

Sumário

A – Consulta

B – Parecer

§§ 1 Enquadramento normativo dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água

I – Sistema instável da lei de delimitação dos sectores

1. Síntese sobre o regime ordinário da lei de delimitação dos sectores
2. Notas fundamentais

II – Princípio geral da exclusividade de intervenção municipal e “indústria da água”

1. A criação dos sistemas intermunicipais e os modelos de organização e gestão dos serviços públicos de abastecimento de água e recolha e tratamento de resíduos urbanos
2. Caracterização dos sistemas intermunicipais
3. O princípio da repartição de actividades e responsabilidade entre o Estado e os princípios

III – O modelo de gestão dos sistemas intermunicipais e dos sistemas municipais

1. A questão do sistema multimunicipal
2. A exploração e gestão dos sistemas municipais

IV – A articulação entre os dois sistemas

1. A decisão e o procedimento de criação dos sistemas multimunicipais
 - 1.1. Legitimação constitucional e limites da liberdade de conformação legislativa
 - 1.2. Modos de institucionalização dos sistemas multimunicipais e regime de controlo

1.3. Criação de sistemas multimunicipais e justificação da restrição do princípio da autonomia local

V – Regime específico da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha e tratamento de resíduos urbanos

1. O regime do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto
2. A “Entidade reguladora dos serviços”
3. Síntese: da “competência local” à “privatização funcional”

§§ 2 Os (novos) regimes em curso de aprovação

I – A Proposta de Lei nº 123/XII – regime de delimitação dos sectores

II – A Proposta de Lei nº 140/XII e a Proposta de Lei nº 125/XII – a institucionalização de uma relação de dependência entre os municípios e o Estado

1. Proposta de Lei nº 140/XII
2. Proposta de Lei nº 125/XII

III – Apreciação crítica das “Propostas”

1. Os poderes hierárquico-administrativos da Entidade Reguladora (ERSAR)
2. Problemas jurídico-constitucionais

§§ 3 A problemática jurídico-financeira / fiscal suscitada pela imputação de custos do sistema multimunicipal ou intermunicipal ao “utilizador final”

I – A relação jurídico-fiscal subjacente à dinâmica de financiamento dos serviços multimunicipais

C - Conclusões

A - Consulta

A Associação Nacional dos Municípios Portugueses solicita o nosso Parecer sobre alguns aspectos 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 a questão da conformidade jurídico-constitucional do seguinte segmento daquele regime:

i) Sobre a competência atribuída à Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos para fixar as tarifas dos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor (alínea d) do n.º 4 do artigo 11.º);

ii) Sobre o facto de as componentes da tarifa correspondentes aos serviços prestados pelos sistemas multimunicipais ou intermunicipais aos sistemas municipais, conforme aquela seja fixada pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, constituírem receita própria das entidades gestoras dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais, independentemente da entidade responsável pela cobrança aos utilizadores finais.

B - Parecer

A resposta às questões colocadas na Consulta pressupõe uma prévia análise, ainda que sintética, 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.

E pressupõe também que se proceda a uma prévia indagação, ainda que sintética, 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.

Em terceiro lugar, impõe-se igualmente como imprescindível enquadrar a análise dos pontos anteriores no âmbito dos princípios jurídico-constitucionais relevantes, extraíndo deles as possíveis projecções jurídico-normativas com relevância directa para a concreta situação da Consulta.

É o que faremos de seguida.

§§ 1

Enquadramento normativo

I – Sistema instável da “Lei de delimitação dos sectores”

1. Síntese sobre o regime originário da “lei de delimitação de sectores” e a evolução dos modelos (legais) de organização e gestão dos serviços públicos de abastecimento de água e de recolha e tratamento de resíduos urbanos (estes, então designados por saneamento básico)

A Lei n.º 46/77, 8 de Julho de 1977, que veio regular o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas (lei de delimitação de sectores), na alínea b) do seu artigo 4.º estabelecia que era vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às actividades económicas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público. Ao saneamento básico referia-se, nos mesmos termos, a alínea b). A Lei n.º 46/77, de 8 de Junho, foi entretanto objecto de diversas alterações, acabando por ser revogada pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, que, na alínea a) do artigo 1.º, manteria o princípio de que era vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso a determinadas actividades económicas, mas *salvaguardando a respectiva concessão*, na sequência do que, aliás, já tinha sido anteriormente admitido. Uma dessas actividades consistia na captação, tratamento e distribuição de água para consumo público (...), através de redes fixas, no caso de sistemas multimunicipais e municipais. Para este efeito, o legislador considera sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional e sistemas municipais todos os outros, incluindo os geridos através de associações de

municípios (n.º 2). Adiantando que, no caso de sistemas multimunicipais, as concessões relativas às actividades referidas na citada alínea a) do n.º 1 seriam outorgadas pelo Estado e só podiam ser atribuídas a empresas cujo capital social fosse maioritariamente subscrito por entidades do sector público, nomeadamente autarquias locais.

1. Notas fundamentais

E, na legislação que especificamente tem vindo a regular o sector, importa reter as seguintes notas fundamentais:

i) Até à publicação do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, os serviços de abastecimento de água e de saneamento básico (este assim designado pela lei de delimitação de sectores) constituíam serviços públicos municipais, geridos e explorados, em regime de monopólio, pelos próprios municípios — por cada um dos municípios ou organizados em associações de municípios -, designadamente através de serviços municipalizados. O acesso de entidades privadas a estas actividades encontrava-se vedado;

ii) Criação de um novo modelo de organização e gestão, permitindo que o mesmo serviço público - que antes constituía, desde o princípio ao fim, como se referiu, uma responsabilidade municipal, desde a captação, ao transporte e à distribuição domiciliária ou desde a recolha ao tratamento, no caso dos resíduos urbanos -, pudesse ser segmentado em dois sistemas: o sistema multimunicipal, da responsabilidade do Estado; e o sistema municipal, da responsabilidade dos municípios (a designação de sistema multimunicipal

constitui uma inovação do Decreto-Lei n° 372/93, tal como a distinção entre os dois sistemas, embora em termos pouco precisos, como veremos);

iii) Possibilidade de concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais, mas apenas sob a forma de concessão a outorgar pelo Estado a empresas com capital social maioritariamente público, e dos sistemas municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, o que também constitui uma inovação neste domínio¹. No primeiro caso, o acesso das empresas privadas foi admitido de forma limitada, enquanto no segundo o acesso àquelas actividades abriu-se sem aquele limite, isto é, permitiu-se que entidades integralmente privadas tivessem acesso à gestão dos sistemas municipais, também sob o regime de concessão a outorgar pelo Estado;

iv) Transferência para o Estado do poder de instituir, em concreto, os sistemas multimunicipais e da responsabilidade pela respectiva gestão e do poder de outorgar a concessão da gestão dos sistemas municipais a entidades privadas. Refira-se que este último poder não se encontrava previsto no Decreto-Lei n°

¹Na verdade, a nota referida no texto constitui um dos principais desígnios da Lei n° 58/93, de 6 de Agosto, que autorizou o Governo a alterar a Lei n° 46/77, de forma a permitir o acesso de empresas que resultem da associação de entidades do sector público, designadamente autarquias locais, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social da nova sociedade, com outras entidades privadas, em regime de concessão a outorgar pelo Estado, às actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, no caso de sistemas que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominantemente a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional e, igualmente, permitir-lhe também o acesso, em regime de concessão, a outorgar pelo Estado, às actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, no caso dos sistemas municipais (artigos 2º, als. b) e c), respectivamente). O Decreto-Lei n° 379/93, de 5 de Novembro, emitido ao abrigo daquela lei de autorização, viria a estabelecer o regime de acesso de empresas privadas à gestão do serviço público de captação e abastecimento de água.

372/93, de 29 de Outubro, constando apenas da respectiva lei de autorização (Lei n° 58/93, de 6 de Agosto). A soma destes dois poderes acaba por se traduzir na transferência do serviço público de abastecimento de água para o Estado: é o Estado que cria o sistema multimunicipal e outorga a concessão da respectiva gestão; e quanto ao sistema municipal, embora sem expressamente o subtrair das atribuições municipais, o certo é que também é o Estado que outorga sua concessão entidades privadas².

Em termos gerais, pode, pois, dizer-se que, a partir de 1993, o mesmo serviço público foi cindido entre o Estado - sistemas multimunicipais - e os municípios - sistemas municipais. Isto é, um e mesmo serviço público passou a ser constituído por dois segmentos: um, a cargo dos municípios — o sistema municipal -, operando, conseqüentemente, a nível exclusivamente municipal; o outro a cargo do Estado — o sistema multimunicipal.

De qualquer modo, do regime legal referido não resultava inteiramente clara quer a distinção entre os sistemas — sistemas multimunicipais e municipais -, quer a delimitação do âmbito de intervenção do Estado e dos municípios. No entanto, como vemos no ponto seguinte, o Decreto-Lei n° 379/93, de 5 de Novembro, viria tornar mais clara a distinção entre ambos os sistemas.

II – Princípio geral da exclusividade de intervenção municipal e “indústria da água”

² A deslocação daquele poder para a titularidade do Estado revelava-se, em nosso entender, inconstitucional por, entre outras razões, representar uma manifesta ingerência do Estado em elementos integrantes do núcleo essencial da autonomia local. Posteriormente, como veremos, o regime referido no texto viria a ser alterado.

1. A criação dos sistemas multimunicipais e os modelos de organização e gestão dos serviços públicos de abastecimento de água e de recolha e tratamento de resíduos urbanos: a razão de ser da intervenção do Estado e os limites decorrentes de princípios jurídico-constitucionais

Como se referiu, os serviços públicos a que nos referimos, até 1993, constituíam um monopólio ou exclusivo municipal. Através do Decreto-Lei n.º 372/93 e da Lei n.º 88-A/97, o Governo ficou habilitado a instituir a figura dos sistemas multimunicipais, permitindo que um dos segmentos desses serviços públicos pudesse ser retirado aos municípios.

De qualquer modo, do quadro legislativo então vigente resultava que a gestão do serviço público de abastecimento de água (e também de resíduos urbanos) assentava predominantemente nas atribuições das autarquias locais, na linha, aliás, da tradição histórica. Na verdade, pode dizer-se que até 1993 vigorou, entre nós, um princípio geral de exclusividade de intervenção municipal neste domínio, que só foi parcialmente alterado com a publicação do Decreto-lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, que criou a figura dos sistemas multimunicipais³. O legislador justificou esta alteração com a necessidade de promover uma verdadeira indústria da água, através da definição de uma estratégia rigorosa que acautelasse os interesses nacionais, possibilitasse o aumento do grau de empresarialização no sector, incluindo capitais privados, e permitisse a aceleração do ritmo de investimento, abrindo, para este efeito, a possibilidade de participação de capitais privados, embora sob a forma de concessão, a empresas intervenientes no sector da água e dos resíduos sólidos.

³ O diploma identificado no texto foi emitido ao abrigo de uma lei de autorização da Assembleia da República (Lei n.º 58/93, de 6 de Agosto).

Com aquele diploma, o Governo, a coberto de uma lei de autorização (Lei n° 58/93, de 6 de Agosto), viria a introduzir, como se salientou, uma alteração à Lei n° 46/77, de 8 de Julho (lei de delimitação de sectores), passando, no seu artigo 4º, n° 1, a dispor que é vedada a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas:

ii) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos, no caso de sistemas multimunicipais;

ii) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos, no caso de sistemas municipais, **salvo quando concessionadas.**

2. Caracterização dos sistemas multimunicipais

A criação dos sistemas multimunicipais é de responsabilidade estadual, sendo decidida pelo Governo sempre que razões de interesse nacional a justifiquem. Da leitura do artigo 1º, n° 2, do Decreto-Lei n° 379/93, de 5 de Novembro, resultam os seguintes requisitos ou pressupostos em que se baseia (e justifica) a criação dos sistemas multimunicipais. A saber:

i) Os sistemas multimunicipais só podem ser criados em situações de importância estratégica;

ii) Tem de servir, pelo menos, dois municípios (mas note-se que os sistemas municipais também podem ter um âmbito plurimunicipal, no caso de associações de municípios);

- iii)* Exigirem um investimento a efectuar predominantemente pelo Estado (responsabilidade estadual do financiamento) e que este investimento se justifique por razões de interesse nacional;
- iv)* Decisão estadual de criação, devendo a respectiva instituição revestir a forma de decreto-lei (requisito formal);
- v)* Emissão de parecer prévio, não vinculativo, dos municípios territorialmente envolvidos (requisito procedimental).

Por sua vez, o Decreto-lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro - diploma que aprova o regime jurídico da construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público, quando atribuído por concessão, aprovando as respectivas bases -, para além de definir, no respectivo Preâmbulo, os sistemas multimunicipais como sistemas em alta, a montante da distribuição da água, estabelece, no seu artigo 2.º, que este é um serviço público a exercer em regime de exclusivo, tendo por objecto a exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo dos municípios utilizadores, só estes podendo ser, por princípio, os utilizadores daqueles sistemas⁴. Um sistema é em alta quando se situa, pois, a montante da distribuição de água, estando-lhe associado necessariamente um elemento de âmbito territorial, uma vez que o sistema multimunicipal abrange mais que um município «em baixa»; aqueles cujos utilizadores finais sejam consumidores individuais. Na noção do legislador, “a criação de sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público tem por objectivo garantir a qualidade e a continuidade dos serviços públicos de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público” (n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei

⁴ E dizemos por princípio, dado que não está excluída a possibilidade de o sistema multimunicipal ter utilizadores directos, para além dos municípios.

nº 319/94, de 24 de Dezembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 222/2003, de 20 de Dezembro e nº 1 do artigo 4º-A do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, aditado pelo Decreto-Lei nº 103/2003, de 23 de Maio).

3. Princípio da repartição de actividades e de responsabilidade entre o Estado e os Municípios

De qualquer modo, *a noção de sistema multimunicipal como sistema em alta*, contraposta ao sistema em baixa, não pretende apenas identificar os utilizadores, mas também *delimitar ou repartir dois domínios distintos de responsabilidades, bem como o tipo tarefas ou actividades que cabem a cada um daqueles sistemas*. Dir-se-á que a distinção entre sistemas multimunicipais e municipais concretiza um princípio de repartição de actividades e de responsabilidades entre o Estado e os municípios: ao Estado cabe a tarefa de captação e transporte da água para a entregar aos municípios; a estes cabe proceder à distribuição da água directamente aos munícipes. Efectivamente, subjacente à distinção entre os dois sistemas está o entendimento de que ao Estado deve caber a responsabilidade de captar e transportar a água para a entregar aos municípios, cabendo a estes a distribuição doméstica aos munícipes no âmbito das respectivas áreas municipais. Ao Estado cabe uma responsabilidade ou tarefa estrutural, consubstanciada no investimento em infra-estruturas essenciais ao nível do sistema em alta, rentabilizado e destinado a um conjunto de municípios territorialmente limítrofes. Por sua vez, aos municípios cabe a criação e gestão do sistema em baixo, consubstanciado no abastecimento de água no interior de cada município, isto é, na distribuição de água directamente aos munícipes (Lei nº 159/99, de 14 de Setembro).

Os motivos que presidem à criação dos sistemas multimunicipais na necessidade de proceder à realização de investimentos avultados em infra-estruturas para suportar as actividades a montante de distribuição de água, pressupondo o legislador que, neste campo, os municípios teriam menores apetências e possibilidades financeiras, acrescidas de

limitações em termos de gestão. Daí também a criação de entidades concessionárias do Estado, que são encarregadas destas tarefas. Significa isto que os sistemas multimunicipais constituem um *plus* auxiliar dos sistemas municipais e de existência eventual relativamente a estes. E dizemos eventual porque não são de existência obrigatória. ***A sua criação e existência (manutenção) só se justifica se e na medida em que se preencherem (e enquanto preencherem) os respectivos pressupostos.***

Os sistemas em alta são necessariamente multimunicipais, sendo inadmissíveis entre nós sistemas de multimunicipais mistos — sistemas que satisfaçam todas as escalas da prestação do serviço público de água. Tal possibilidade está excluída pelas leis que disciplinam a matéria, sendo, antes disso, incompatível com os **princípios da autonomia local**, da **descentralização territorial e da subsidiariedade da intervenção do Estado face às autarquias locais**, para além de que contrariaria o sentido e a razão de ser daquele sistema⁵.

Os sistemas em baixa são tipicamente municipais, mas podem ser simultaneamente sistemas em alta, abrangendo forçosamente, neste caso, todos os sistemas em baixa. Recordamos que antes da criação do sistema em alta, a prestação do serviço público de água era verticalmente unificado no âmbito dos sistemas municipais, assumindo, na generalidade, os municípios todas as fases da prestação deste serviço.

III - Os modelos de gestão dos sistemas multimunicipais e dos sistemas municipais

⁵ Em todo caso refira-se que não é de excluir a hipótese de as sociedades concessionárias dos sistemas multimunicipais poderem assumir, a título supletivo, a gestão dos sistemas municipais, mas apenas por iniciativa dos municípios interessados (cfr. ponto *iii*) da alínea c) da Resolução n.º 72/2004, do Conselho de Ministros). Para além disso, podem ser candidatas aos procedimentos abertos pelos municípios, que tenham por objecto a concessão da gestão do sistema municipal de água (n.º 6 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 222/2003, de 20 de Setembro, conjugado com o n.º 4 do mesmo artigo).

1.A gestão do sistema multimunicipal

A gestão do sistema multimunicipal — de cada um dos sistemas multimunicipais existentes - é feita, em regime de exclusividade, por empresas criada pelo Estado através de decreto-lei, concedendo-lhe simultaneamente a gestão dum sistema (antes municipal), que lhe foi transferido, também *ope legis*, pelos municípios. O capital social destas empresas tem de ser subscrito maioritariamente por entidades do sector público, nomeadamente autarquias locais (nº 1 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro e nº 3 do artigo 1º da Lei nº 88-A/97, de 25 de Julho)⁶, podendo o Governo atribuir-lhe, mediante decreto-lei, direitos especiais ou exclusivos, com vista à prossecução das missões de interesse público de que legalmente são incumbidas (n.ºs 2 e 3 do artigo 6º do Decreto-lei nº 319/94, de 24 de Dezembro, com a redacção que lhe foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 222/2003, de 20 de Setembro). O objecto principal destas empresas consiste na exploração e gestão de sistemas multimunicipais de água para consumo público (nº 8 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 319/94, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 222/2003).

Os utilizadores do sistema multimunicipal, já o salientámos, são os municípios (e não os utilizadores singulares ou cada um dos munícipes) e mais que um município - pelo menos dois municípios, “sirvam pelo menos dois municípios”, segundo a fórmula do Decreto-Lei nº 379/93, sistematicamente repetida em outros diplomas legais -, o que justifica a sua relevância supramunicipal e, portanto, estadual.

⁶ A participação de entidades privadas, em posição obrigatoriamente minoritária, no capital social de entidades gestoras de sistemas multimunicipais tem de ser precedida de procedimentos compatíveis com os princípios gerais de direito comunitário (nº 7 do artigo 4º-A, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 103/2003, de 23 de Maio, e nº 7 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 319/94, de 24 de Dezembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 222/2003, de 20 de Setembro).

Em todo caso, o elemento nuclearmente caracterizador do sistema multimunicipal - e que, realmente, o distingue do sistema municipal, segundo resulta da parte dispositiva da disciplina legal e dos respectivos textos preambulares, *maxime* do Preâmbulo dos Decretos-Lei n.º 379/93 e 319/94, de 24 de Dezembro -, reside no facto de se considerarem ou definirem os sistemas multimunicipais como sistemas em alta e, portanto, a montante da distribuição da água, o que justifica que os seus utilizadores sejam os municípios e não os munícipes e, conseqüentemente, que as tarifas sejam cobradas directamente àqueles e não a estes últimos^{7 8}.

Por conseguinte, todos os restantes sistemas e, desde logo, os que têm por objectivo a distribuição de água dentro do município, têm de ser considerados como sistemas em baixa, estando, pois, fora do âmbito do conceito de sistema multimunicipal, e, como tal, fora do domínio da intervenção do Estado. É com este sentido que a expressão é utilizada no Decreto-Lei n.º 22/2003, de 20 de Setembro, que introduziu alterações ao Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro.

A exploração e gestão destes sistemas pode ser feita directamente pelo Estado: *i*) Ou, no regime de concessão outorgada pelo Estado, por uma entidade pública de natureza empresarial criada por decreto-lei; *ii*) Ou ainda sob o regime de concessão outorgada pelo Estado, por empresa, também criada por decreto-lei, em que participam entidades públicas e entidades privadas, mas em que as primeiras têm obrigatoriamente posição dominante no respectivo capital social.

Mas note-se que, repetimos, tal não tem, em abstracto, de significar uma transferência da titularidade do serviço público em causa, no segmento do sistema multimunicipal, para

⁷ O caso da EPAL constitui excepção ao que se diz no texto, uma vez que esta empresa desempenha o papel dos dois sistemas.

⁸ Mas note-se que, como já o referimos no texto, não está excluída a hipótese - pelo contrário, é legalmente admitida - de os sistemas multimunicipais poderem integrar uma componente de distribuição directa. Situação que suscita interrogações e dúvidas de natureza jurídico-constitucional e lança alguma confusão na distinção entre sistemas multimunicipais e municipais.

o Estado. Tal só sucede se o sistema multimunicipal for concretamente criado e na medida dos municípios por ele abrangidos.

1.A exploração e gestão dos sistemas municipais

Quanto aos sistemas municipais, a exploração e gestão pode ser efectuada directamente pelos municípios e associações de municípios ou ser atribuída, em regime de concessão, a entidades públicas ou privadas de natureza empresarial e também a associações de utilizadores (artigo 6º do Decreto-Lei nº 379/93). Nos termos deste diploma quem figura como concedente é o município. O legislador corrigiu, assim, a opção inicial que deslocava o poder de concessão dos sistemas municipais para o Estado.

Tal como vimos suceder anteriormente ao Decreto-Lei nº 372/93 - em que o serviço público de água era da titularidade dos municípios em toda a sua extensão, da captação à distribuição domiciliária, só por eles podendo ser gerido, isoladamente, pelas respectivas câmaras municipais ou por intermédio dos serviços municipalizados, ou em associação com outros municípios, estando, pois, vedado o acesso à iniciativa privada -, também hoje o serviço de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público continua a ser uma atribuição própria dos municípios, quer por uma razão constitucional, por se tratar de um interesse próprio das populações respectivas (artigo 242º da CRP), quer porque a lei continua a qualificá-lo como uma atribuição das autarquias locais (Lei nº 159/99, de 14 de Setembro). A favor desta conclusão jogam também os *princípios da autonomia local, da descentralização e da subsidiariedade da intervenção do Estado face às autarquias locais*.

Esta circunstância tem, como veremos, importantes consequências de regime. A *intervenção do Estado*, quer em termos de investimento, quer em termos de gestão do serviço público, *é configurada pela lei como complementar das autarquias locais* e, para além disso, não tem de ser configurada como necessária, justificando-se antes como *auxiliar ou instrumental*, designadamente na fase em que os municípios mais

precisam para se desenvolver, com vista a dotá-los de infra-estruturas e de técnicas mais avançadas, ficando os municípios envolvidos dispensados da realização de investimentos vultuosos na montagem de sistemas de captação, transporte e de reservatórios de distribuição.

Significa isto que *os sistemas multimunicipais não foram criados para substituírem as atribuições autárquicas, mas sim para as complementar*. Aliás, tal como os sistemas municipais, também os sistemas multimunicipais as pressupõem. Com a criação dos sistemas multimunicipais, as autarquias locais não só não perdem as suas atribuições “em alta” (podem, por exemplo, continuar a manter a gestão de sistemas intermunicipais), como também ficam em melhores condições — é esta a razão de ser da criação daquele sistema - para prosseguir as suas atribuições “em baixa”.

Ou seja, *os sistemas multimunicipais não pretendem substituir-se aos sistemas municipais, mas sim suprirem as suas carências, sobretudo em infra-estruturas de captação e transporte de água*. Trata-se de um domínio que exige investimentos avultados e em que a abrangência ultrapassa o âmbito municipal, daí se justificando que o respectivo financiamento fique predominantemente a cargo do Estado, de forma a criar uma rede de infra-estruturas abarcando uma área superior à dos municípios (de cada um dos municípios) e que rentabilize o investimento estadual.

Mas - insistimos — o surgimento da figura ou do modelo de gestão multimunicipal não afastou nem pretendeu afastar os municípios da prestação dos serviços que, tradicionalmente, já se encontrava a seu cargo — a distribuição domiciliária de água. Apenas fez com que algumas tarefas que os municípios não poderiam, só por si, realizar ou realizar satisfatoriamente fossem assumidas pelos sistemas multimunicipais. Trata-se de uma decorrência directa ou de uma concretização do *princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado*. O objectivo tido em vista com a criação destes sistemas - sistemas multimunicipais - consistiu apenas em adicionar ou

acrescentar uma extensão em alta, de responsabilidade estadual, aos sistemas municipais existentes.

IV - A articulação entre os dois sistemas

Como se referiu, os utilizadores dos sistemas multimunicipais são os municípios. Mas não só, pois pode ser também utilizador qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, no caso de “distribuição directa” integrada naqueles sistemas⁹. Dos sistemas municipais é utilizador qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada.

Nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, e do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, os utilizadores são obrigados a ligar-se aos sistemas. Os municípios utilizadores devem efectuar a ligação ao sistema multimunicipal de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo explorado e gerido pela concessionária de água (n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 319/94)¹⁰. Por sua vez, na Parte IV, das bases anexas a este último diploma, relativa às relações da concessionária com os utilizadores (Base XXVIII), dispõe-se no n.º 1 que a concessionária obriga-se a fornecer a cada um dos utilizadores, mediante contrato, a água necessária para alimentar os respectivos

⁹ No entanto, defendemos que tal possibilidade deve ser excepcional e limitada aos casos em que a ligação directa de outros utilizadores dos sistemas multimunicipais seja devidamente justificada (por ex., grandes explorações agro-industriais ou grandes unidades industriais e nunca os municípios). Efectivamente, a referência à possibilidade de os sistemas multimunicipais poderem integrar uma componente de “distribuição directa” não “deixava” de suscitar algumas dúvidas, por se afigurar contrária à lógica da dualidade de sistemas e à repartição de tarefas entre os sistemas multimunicipais e os sistemas municipais, tanto mais que tudo parecia indicar que os primeiros coabitariam sempre com os segundos, não podendo absorvê-los ou integrá-los, ao que acresciam ainda dúvidas sobre o papel dos municípios nos sistemas multimunicipais.

¹⁰ Excepcionalmente, os municípios podem ser dispensados do cumprimento da obrigação referida no texto, nos termos do n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 379/93: “a obrigação consagrada no n.º anterior não se verifica quando razões ponderosas de interesse público o justificarem, reconhecidas por despacho do Ministro do Ambiente e dos Recursos Naturais, no caso dos sistemas multimunicipais”.

sistemas municipais. E segundo o n.º 2 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 319/94, a articulação entre ambos os sistemas é feita através de contratos de fornecimento ou contratos de entrega celebrados entre a empresa estadual concessionária do sistema multimunicipal e cada um dos municípios utilizadores ou respectivas substitutas (empresas municipais ou empresas concessionárias).

1. A decisão e o procedimento de criação dos sistemas multimunicipais

1.1. Legitimação constitucional e limites da liberdade de conformação legislativa

Neste ponto, a primeira questão a colocar está em saber se o legislador pode criar sistemas multimunicipais, transferindo dos municípios para o Estado uma parcela de um serviço público municipal.

A nossa resposta é positiva. O legislador justifica esta solução com a necessidade de dar cumprimento aos princípios da prossecução do interesse público, do carácter integrado dos sistemas, da eficiência e da prevalência da gestão empresarial (n.º 1 do artigo do Decreto-Lei n.º 379/93).

Em primeiro lugar, tal possibilidade não é impedida pela lei que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais (Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro). Esta lei reconhece aos municípios atribuições no âmbito do saneamento básico (artigo 13º, n.º 1, al. 1) e concede aos órgãos municipais competências no domínio do planeamento, da gestão de equipamentos e da realização de investimentos no domínio dos sistemas municipais de abastecimento de água. Por sua vez, a Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, procede, neste mesmo domínio, à concretização das competências dos órgãos municipais (artigo 26º). Contudo, tal não impede que o legislador, por

diploma de igual valor, possa criar (ou permitir a criação) de sistemas multimunicipais de abastecimento de água. E é o que efectivamente sucede. Não constituindo matéria de reserva absoluta da Assembleia da República, esta, através da Lei n.º 58/93, de 6 de Agosto, autorizou o Governo a legislar sobre a criação dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água. Pelo que no aspecto orgânico nada existe a registar de anormal sob o ponto vista jurídico-constitucional.

Em segundo lugar, porque estamos na presença de matérias transversais e difusas — ambiente, saneamento, qualidade de vida, etc. -, que interessam simultaneamente ao Estado e às autarquias locais, convocando a intervenção de ambos, por, precisamente, constituírem *matérias de interpenetração de interesses locais e de interesses mais gerais, de âmbito nacional*. Daí que a Lei n.º 159/99 fale a este propósito, na epígrafe do artigo 26.º, em ambiente e saneamento básico e a CRP, no seu artigo 66.º, n.º 2, al. e), diga que incumbe ao Estado promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana. Aliás, neste âmbito, a importância estratégica da água tem sido sucessivamente reafirmada, sendo disso exemplo a Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que aprovou a Lei da Água, transpondo para o direito interno a Directiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro.

Deste modo, cremos que não existe impedimento constitucional à intervenção do Estado em matéria de saneamento básico (ou mais especificamente, para a economia do presente Parecer, em matéria de abastecimento de água e de recolha e tratamento de resíduos urbanos), que importa, é certo e em primeira linha, às autarquias locais, mas que interfere com interesses mais amplos e que o Estado, por imposição constitucional, deve também salvaguardar. Deste modo, desde que observados

certos requisitos e limites jurídico-constitucionais, julgamos que não existe impedimento para a concentração nas mãos do Estado de algumas das atribuições clássicas ou tradicionais dos municípios, como é caso abastecimento de água e tratamento de resíduos urbanos, justificada pelo surgimento e/ou evolução de outros valores, como o ambiente e a qualidade de vida, que retiraram àquelas actividades a natureza de interesse exclusivamente local.

Mas, para o efeito, o legislador deve proceder a uma adequada partilha de atribuições e de competências entre o Estado e as autarquias locais, ***impondo-se que justifique a sua intervenção em termos de necessidade, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito***. Tanto mais que, com a criação dos sistemas multimunicipais, está, desde logo, em causa operação de transferência para o Estado ou de concentração no Estado de atribuições municipais ou de uma matéria (ou de parte dela) tradicionalmente sob monopólio dos municípios e, de forma inerente ou consequente, o ***respeito do princípio da autonomia local*** (ou pelo menos do conteúdo mínimo da autonomia local) e ***dos princípios da subsidiariedade da intervenção do Estado e da descentralização***. A este propósito convém lembrar que a Lei das Autarquias Locais atribuía exclusivamente a estas a matéria relativa ao saneamento básico, tendo o legislador decidido, com a criação dos sistemas multimunicipais, alterar essa exclusividade.

Por outro lado, a observância destes requisitos deve, em nossa opinião, ser analisada em relação a cada um dos municípios envolvidos na ou pela criação do sistema multimunicipal e não em termos globais, isto é, tendo apenas em consideração o conjunto de municípios abrangidos (ou a abranger) pelo sistema, pois os princípios da autonomia local e da subsidiariedade devem, em termos concretos, ser vistos na relação de cada município com o Estado e não na relação do conjunto dos municípios envolvidos com este. Até porque pode, por exemplo, muito bem suceder que um determinado município tenha feito um esforço financeiro em termos de investimento em infra-estruturas de captação, transporte, tratamento e distribuição da

água para consumo público que, relativamente a ele, não se justifica a intervenção do Estado, não nos parecendo, neste caso, ser legítimo impor-lhe um sistema multimunicipal. Tal imposição contrariaria os princípios da autonomia local, da descentralização e da subsidiariedade (artigos 6.º, n.º 1, 235.º, n.º 2 e 237.º da CRP). De facto, nesta situação sempre poderia colocar-se a seguinte questão: poderá o Estado “expropriar” o serviço público de abastecimento de água a um município, transferindo-o para si, e, de seguida, obrigá-lo a ser utilizador do (seu) sistema multimunicipal, contra o pagamento de tarifas unilateralmente impostas, quando este município, por si e através do seu esforço financeiro, conseguiu montar as necessárias, suficientes e adequadas infra-estruturas de captação, transporte, tratamento e distribuição de água ao público?

1.2. Modo de institucionalização dos sistemas multimunicipais e regimes de controlo

Visto, nos termos referidos e com as limitações assinaladas, que não existe impedimento à intervenção do Estado no domínio do abastecimento de água para consumo público e na recolha e tratamento de resíduos urbanos, avancemos agora para a análise do modo de institucionalização dos sistemas multimunicipais.

Resulta expressamente do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro (e de outros diplomas-base sobre a matéria), que os actos que, em concreto, criem os sistemas multimunicipais revestem a forma de decreto-lei.

Quanto à sua natureza, entendemos que este acto, muito embora revestindo forma legislativa, é materialmente um acto administrativo. É um acto substancialmente administrativo sob forma legal. Explicando melhor: Designadamente os Decretos-Leis nos 372/93 e 379/93, funcionam como leis gerais sobre a matéria, isto é, como leis que estabelecem o regime geral de institucionalização dos sistemas multimunicipais e o modo dessa institucionalização. Os actos que, em concreto, criem (ou criam) cada um destes sistemas constituem actos de aplicação daquelas leis gerais, tratando-se, pois, de

actos que, muito embora assumam a forma de decreto-lei, aplicam, de forma individual e concreta, o regime constante de uma lei geral.

E tratando-se de *actos materialmente administrativos* estão sujeitos ao juízo de ilegalidade por expressa imposição constitucional, uma vez que a CRP admite a “impugnação de quaisquer actos administrativos (...), independentemente da sua forma” (artigo 268º, nº 4), sendo hoje, pois, indiscutível que a forma legislativa não representa qualquer obstáculo à impugnação de actos administrativos revestidos daquela forma. E os actos administrativos sob a forma de lei são simultaneamente actos administrativos e actos legislativos, encontrando-se sujeitos, nessa qualidade, a um duplo controle judicial: à impugnação contenciosa nos tribunais administrativos e à fiscalização da constitucionalidade das leis, uma vez que, para este último efeito, são actos normativos. Aliás, o raciocínio seria o mesmo se, por hipótese, para a mesma situação - criação dos sistemas municipais (de cada sistema) - , tivesse sido prevista, em vez da forma de decreto-lei, uma outra forma ou um outro tipo de acto como, por exemplo, a forma de resolução ou de decreto do Conselho de Ministros^{11 12}. Significa isto que a criação, nos termos previstos, dos sistemas municipais é uma medida ou providência materialmente administrativa, de natureza individual e concreta. Devendo ainda acrescentar-se que é hoje unânime na doutrina e na jurisprudência do tribunal constitucional que a sujeição dos actos administrativos praticados sob a forma de lei ao regime próprio dos actos administrativos, desde logo com o objectivo de garantir a sua impugnação contenciosa, não se confunde, ou melhor, nada tem a ver com o conceito formal de lei adoptado pela constituição.

¹¹ E diga-se que, no caso, até poderia ser prevista uma outra forma ou um outro acto para a criação de cada sistema multimunicipal.

¹² Note-se que a situação referida no texto não deve confundir-se com outras, designadamente com aquelas situações em que, por força da Constituição, certas leis são dotadas de valor reforçado, devendo ser respeitadas por outras leis, sob pena de ilegalidade ou com aquelas em que certas leis constituem o pressuposto normativo de outras leis, nem, por último, com as leis-medida (estas devem ter por objecto situações excepcionais).

E tratando-se de um acto administrativo, devem, conseqüentemente, extrair-se todas as conseqüências em termos de regime, designadamente quanto aos respectivos requisitos de legalidade, independentemente da respectiva natureza (substancial, formal e procedimental).

Deste modo, o Governo, ao criar um sistema multimunicipal, terá de justificar a medida adoptada, em termos de saber se estão preenchidos os pressupostos (abstractos e concretos) de que depende a sua criação, a fundamentação da decisão de criar cada um dos sistemas multimunicipais e a justificação do respectivo “interesse estratégico” ou o “interesse nacional”, a que acrescem requisitos procedimentais, designadamente a auscultação prévia de cada um dos municípios envolvidos. É que não pode esquecer-se que *a criação de um sistema multimunicipal envolve os municípios abrangidos numa “colaboração forçada” com o Estado na prestação de um serviço público.* Pelo que se impõe, de forma acrescida, a *observância dos princípios jurídico-constitucionais relevantes na matéria*, bem como a justificação dos pressupostos legais de que depende a instituição, em concreto, de cada sistema multimunicipal.

E, como referimos, a criação de cada sistema multimunicipal tem de observar os requisitos estabelecidos na lei geral que aplicam, desde logo, nos termos do artigo 1º, nº 2, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro: *i)* só podem ser criados em situações de importância estratégica; *iii)* que este investimento se justifique por razões de interesse nacional; *iii)* emissão de parecer prévio, não vinculativo, dos municípios territorialmente envolvidos (requisito procedimental).

1.3. Criação dos sistemas multimunicipais e justificação das restrições dos princípios da autonomia local

Cada um destes requisitos deve ser objecto de justificação aquando da criação de cada um dos sistemas multimunicipais. Ou seja, os sistemas municipais só podem ser criados quando e na medida em que se encontrem preenchidos os requisitos

legais que o justificam. Para além disso, *o acto que institui em concreto cada sistema multimunicipal terá de respeitar os princípios constitucionais da Administração*, designadamente, no caso, *os princípios da autonomia local, da descentralização e da subsidiariedade* (artigos 6º, nº 1, 235º, nº 2 e 237º, da CRP).

Em termos conclusivos, o Governo, ao instituir em concreto um determinado sistema multimunicipal de abastecimento de água *deve justificar sua necessidade e exigibilidade em termos de salvaguarda de valores constitucionais relevantes*, densificando os conceitos materiais ou substantivos a que se refere a lei, designadamente os conceitos de “importância estratégica” ou de “interesse nacional”. Trata-se de conceitos que funcionam como pressupostos de emissão do acto administrativo de instituição, em concreto, de cada sistema multimunicipal. A sua inobservância provoca a ilegalidade daquele acto.

Por outro lado, *a instituição em concreto de cada sistema multimunicipal deve ainda limitar-se ao necessário para a salvaguarda dos valores constitucionais invocados*.

Por sua vez, o *princípio da subsidiariedade na relação entre o Estado e as autarquias locais* significa que, na repartição de tarefas, só devem ser atribuídas ao Estado as tarefas que não possam ser mais adequadamente prosseguidas pelas autarquias. Significa isto que, nesta relação, o que deve ser justificado são as tarefas estaduais e não as municipais.

O conjunto destes requisitos e princípios tem de ser observado por cada acto que, em concreto, institua os sistemas multimunicipais, sob pena de inconstitucionalidade e/ou de ilegalidade. E isto será assim mesmo que se entenda, ao contrário do que defendemos, que o acto de instituição, em concreto, de cada sistema multimunicipal não constitui um acto materialmente administrativo praticado sob forma legislativa, mas antes um acto normativo. Neste caso, o acto de instituição ficaria subtraído à jurisdição administrativa nos termos referidos, ficando apenas sujeito à jurisdição do Tribunal Constitucional. Em

todo caso, tal não significaria a irrelevância do mesmo para efeitos de emissão de um juízo sobre a projecção das suas consequências (ou das consequências dos vícios de que padecesse) em actos posteriores, designadamente na validade de actos ou de contratos (administrativos ou não), posteriormente praticados ou celebrados.

V - Referência ao regime jurídico específico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha e tratamento de resíduos urbanos

O regime jurídico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha, e tratamento de resíduos sólidos urbanos viria a ser também objecto de um diploma próprio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de Novembro¹³.

Com interesse para a economia do Parecer releva o facto de a articulação entre sistemas multimunicipais e municipais ter passado a fazer-se mediante contratos entre a concessionária daqueles e os municípios envolvidos ou as concessionárias dos respectivos serviços municipais (artigo 5.º, n.º 4). Os resíduos entregues pelos municípios serão “pesados no ponto de entrega acordado com cada utilizador”, isto é, com cada município.

Do regime global do diploma ressalta a ideia de “dualidade e

¹³ Refira-se que o Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de Novembro, é o primeiro de três diplomas de desenvolvimento do diploma básico. As suas coordenadas principais são: (i) a natureza de serviço público dos sistemas multimunicipais de resíduos urbanos, prestado em regime de exclusivo (artigo 2.º); (ii) a natureza e a forma de concessão, estabelecida por meio de contrato administrativo; (iii) a possibilidade de concessão a empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos (artigo 3.º); (iv) a articulação entre os sistemas multimunicipais e os municípios utilizadores, designadamente no que se refere aos serviços municipais preexistentes de recolha e tratamento de lixo e (v) as regras básicas da concessão, anexas ao diploma.

coabitação” necessária dos dois sistemas, acrescentando o multimunicipal ao municipal, que fica comprimido na parte respeitante ao tratamento e valorização dos resíduos recolhidos pelos próprios serviços municipais. Ou seja, o sistema multimunicipal não comporta o sistema de recolha de resíduos directamente junto dos munícipes, que permanece como tarefa própria dos municípios, a executar directamente ou através dos respectivos concessionários.

1. O regime do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto

O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, que estabeleceu o novo regime jurídico serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, viria a alargar o leque de alternativas ao nível dos modos de organização e de gestão destes serviços.

Para efeitos de diploma, os serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos compreendem, no todo ou em parte: *i)* A gestão dos sistemas municipais de captação, elevação, tratamento, adução, armazenamento e distribuição de água para consumo público, bem como a gestão de fontanários não ligados à rede pública de distribuição de água que sejam origem única de água para consumo humano; *ii)* A gestão dos sistemas municipais de recolha, drenagem, elevação, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, bem como a recolha, o transporte e o destino final de lamas de fossas sépticas individuais; *iii)* A gestão dos sistemas municipais de recolha, transporte, armazenagem, triagem, tratamento, valorização e eliminação de resíduos urbanos, bem como as operações de

descontaminação de solos e a monitorização dos locais de deposição após o encerramento das respectivas instalações.

Segundo o mesmo diploma, são sistemas municipais todos os que não devam ser considerados sistemas multimunicipais, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, incluindo os sistemas geridos através de associações de municípios ou pelas áreas metropolitanas (cfr. o artigo 2.º)¹⁴. Para além da gestão directa, o diploma prevê o modelo da gestão delegada, que pressupõe a celebração de um “contrato de gestão delegada” entre a entidade delegante e a empresa municipal delegatária (artigo 20.º, n.º 1), designadamente quando haja capitais privados (artigo 26.º), sendo que poderá haver aqui a concessão parcial do serviço delegado a entidades privadas (artigo 28.º), aplicando-se, neste caso, o regime da gestão concessionada (artigo 28.º, n.º 1). Por sua vez, o modelo da gestão concessionada processa-se através da outorga da gestão a um particular, que assume o risco da (ou pela) exploração do serviço (artigos 31.º e segs.).

2. A “Entidade reguladora dos serviços”

¹⁴ A Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas (lei de delimitação de sectores). No artigo 1.º, n.º 1, estabelece-se que vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas, salvo quando concessionadas: a) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso de sistemas multimunicipais e municipais. Para este efeito, *consideram-se*, respectivamente, *sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional* e *sistemas municipais todos os outros, incluindo os geridos através de associações de municípios*.

Mas uma das grandes novidades do regime estaria nos poderes conferidos à “Entidade reguladora dos serviços” - a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P. (artigo 11.º), competindo-lhe zelar pelo cumprimento das obrigações das entidades gestoras, decorrentes daquele decreto-lei e demais legislação aplicável, com o objectivo de promover a eficiência e a qualidade do serviço prestado aos utilizadores e a sustentabilidade económico-financeira da prestação destes serviços, contribuindo para o desenvolvimento geral do sector.

O âmbito de intervenção da entidade reguladora é extensível à entidade titular dos serviços, quando esta for distinta da entidade gestora, sempre que estejam em causa direitos e obrigações desta última ou dos utilizadores.

Para aqueles efeitos, compete à entidade reguladora: *i)* Emitir recomendações gerais relativas à interpretação e à forma de implementação do presente decreto-lei; *ii)* Emitir pareceres, a pedido das entidades titulares e das entidades gestoras dos sistemas, sobre questões relativas à interpretação e à forma de implementação do presente decreto-lei; *iii)* Emitir pareceres sobre os contratos atinentes aos diversos modelos de gestão e respectivas peças pré-contratuais; *iv)* Emitir recomendações gerais relativas aos tarifários dos serviços objecto do presente decreto-lei, independentemente do modelo de gestão adoptado para a sua prestação, e acompanhar o seu grau de adopção, divulgando os respectivos resultados; *v)* Elaborar códigos de boas práticas, não vinculativos, no que diz respeito à implementação do presente decreto-lei e da restante legislação aplicável.

Quanto às *consequências*, determina a lei que são *nulos os actos* praticados sem a obtenção de parecer obrigatório da entidade reguladora ou antes do decurso do prazo para a respectiva emissão, bem como os actos

realizados sem o decurso do procedimento de audição obrigatória. Para além disso, as decisões das entidades titulares ou gestoras desconformes às recomendações ou pareceres não vinculativos previstos no presente decreto-lei devem fundamentar essa opção na respectiva deliberação ou decisão.

E quando a entidade reguladora verifique que existem fortes indícios de um manifesto incumprimento, por parte de tarifário dos serviços, do disposto no artigo 82.º da Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, nos artigos 20.º a 23.º do regime económico e financeiro da água, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 97/2008, de 11 de Junho, e no artigo 16.º da Lei das Finanças Locais, aprovada pela Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, pode: *i)* Pedir esclarecimentos à entidade às entidades gestoras sobre esse facto; *ii)* No caso de a entidade gestora não prestar os esclarecimentos ou se estes não afastarem os indícios de incumprimento, aconselhar à entidade gestora a realização de uma auditoria ao tarifário em causa, dando disso conhecimento à respectiva assembleia municipal, intermunicipal ou metropolitana e à entidade competente da tutela inspectiva; *iii)* Recomendar à entidade gestora a revisão do tarifário, de acordo com o enquadramento legal, dando disso conhecimento à respectiva assembleia municipal, intermunicipal ou metropolitana e à entidade competente da tutela inspectiva. O anterior procedimento aplica-se igualmente às situações em que existam fortes indícios de um manifesto incumprimento de disposições legais relativas à qualidade do serviço prestado, à protecção da saúde pública e aos direitos dos consumidores.

Por último, através de regulamento, a entidade reguladora pode definir níveis mínimos de qualidade para os aspectos que estão directamente relacionados com a qualidade do serviço prestado aos

utilizadores e por eles sentidos directamente, bem como as compensações devidas em caso de incumprimento (artigo 12.º). E sobre as entidades gestoras impende a obrigação de informação à entidade reguladora, devendo remeter-lhe *i)* Os tarifários dos serviços, acompanhados da deliberação que os aprovou; *ii)* Os relatórios e contas ou documento equivalente de prestação de contas; *iii)* As restantes informações decorrentes da aplicação das disposições do presente decreto-lei, do estatuto da entidade reguladora e demais legislação aplicável.

Síntese: da “competência local” à “privatização funcional”

Do exposto nos pontos anteriores podem alinhar-se algumas ideias-síntese.

Quanto à titularidade, até à publicação do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, o regime geral dos serviços públicos de água e de saneamento básico (como então se designavam) enquadrava-se numa pura lógica de modelo público-local. Tratava-se, então: *i)* De serviços públicos municipais; *ii)* E as entidades privadas não tinham acesso a tais sectores (isto é, à sua exploração e gestão). Desse modo, tais serviços só podiam ser geridos e explorados pelos próprios municípios, isoladamente ou organizados em associações de municípios, nomeadamente mediante serviços municipalizados.

Com as mudanças legislativas de 1993 e subsequentes, o modelo continuou a ser público, mas deixou de ser puramente local, em virtude da referida intervenção do Estado.

O sistema assenta hoje na distinção básica entre os sistemas multimunicipais e os sistemas municipais. Os primeiros são propriedade do Estado e os segundos são propriedade municipal, podendo a respectiva

gestão ser concessionada.

Os serviços públicos de água e saneamento estão entre o núcleo duro das atribuições municipais, que, aliás, lhes cabia em exclusivo até à publicação do Decreto-lei n.º 372/93, que, como referimos, veio instituir a figura dos sistemas multimunicipais, atribuindo a sua titularidade destes sistemas ao Estado, que os pode explorar ele próprio (em regime de administração directa) ou concedê-los a empresas de maioria pública.

Ao Estado passou a caber a tarefa de captação e de transporte da água para a entregar aos municípios, bem como a da recolha dos efluentes e resíduos sólidos destes, enquanto aos municípios passou a caber a função de proceder à distribuição da água directamente aos munícipes e à recolha de efluentes e resíduos sólidos dentro da área municipal.

À luz da legislação referida, quer ao nível do Estado, quer ao nível dos municípios, os serviços em causa podem (ou podiam) ser organizados e geridos dos seguintes modos: administração directa; administração indirecta por empresa pública; concessão, ou outra forma de delegação afim, a empresa privada.

O abastecimento de água e a recolha e tratamento de resíduos urbanos, constituem, na tradição europeia continental, *serviços públicos em sentido objectivo ou material*, ou seja, *constituem uma responsabilidade pública, sendo prestados directamente pelos poderes públicos aos cidadãos ou prestados por delegação sua, por entidades privadas, nomeadamente em regime de concessão*.

Quer dizer que esta actividade está, em princípio, fora do mercado. É, por via de regra, prestada em regime de exclusivo e *a sua prestação é retribuída mediante tarifas fixadas administrativamente ou legalmente e o regime de prestação está sujeito aos tradicionais princípios de serviço*

público: os princípios da universalidade, da igualdade, da continuidade e da adaptação. Por via deles, *os poderes públicos asseguram a todos os cidadãos, em condições de igualdade* e sem interrupção, serviços que são considerados essenciais à vida colectiva e que, por isso, não podem ser deixados à lógica da iniciativa privada e do mercado. A gestão da água e do saneamento básico constitui, neste sentido, um monopólio natural, pois dispõe de redes infra-estruturais (canalizações, colectores, estações de bombagem, etc.), que, por motivos económicos e ambientais, não podem ser multiplicadas, não sendo concebível a concorrência entre diferentes prestadores, cada um detentor da sua rede. Por isso mesmo, recorrendo ou não à noção euro-continental de serviço público ou à anglo-saxónica de “*public utility*”, em todo o lado as actividades dessa natureza são sujeitas a regime de prestação que excluem a concorrência — pelo menos na parte respeitante à rede —, pelo que, *mesmo quando abertas à iniciativa privada, implicam uma regulação pública mais ou menos densa, de modo a salvaguardar, entre outras coisas, certas obrigações de serviço público ou obrigações de serviço universal.*

O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, que estabeleceu o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, viria a alargar o leque de alternativas ao nível dos modos de organização e de gestão destes serviços, incluindo a “delegação” a entidades privadas.

Em termos de teoria geral, as razões subjacentes a esta privatização funcional de tarefas públicas são, entre outras: substituição da lógica do serviço administrativo pela lógica empresarial, criação de sinergias de competência e saber técnicos de empresas privadas, da sua flexibilidade, das suas estratégias temporalmente adequadas, da sua eficiência e

efectividade, da agilização do recrutamento e selecção do pessoal, a que
acrescem relevantes factores financeiros para instalar e fazer funcionar
empresas dotadas de grande complexidade técnica.

§§ 2

Os (novos) regimes em curso de aprovação

I - A Proposta de Lei n.º 123/XII: regime de delimitação de sectores

A Proposta de Lei n.º 123/XII, procede à segunda alteração à Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas (lei de delimitação de sectores), que foi objecto de aprovação pelo Decreto n.º 138/XII da Assembleia da República, com o objectivo específico de proceder à reorganização do sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais e recolha e tratamento de resíduos sólidos.

A Proposta mantém, no n.º do artigo 1.º, o princípio de que é vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso a algumas actividades económicas, *salvo quando concessionadas*. Entre elas está (ou continua) a captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso dos sistemas multimunicipais e municipais. A alínea a) do n.º 2, define *sistemas multimunicipais* os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam a intervenção do Estado em função de razões de interesse nacional, e *sistemas municipais* todos os outros, incluindo os geridos através de entidades intermunicipais ou associações de municípios para a realização de finalidades especiais. E, no n.º 3, adianta-se que, no caso de sistemas multimunicipais, as concessões relativas às actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas são outorgadas pelo Estado e só podem ser atribuídas a *empresas cujo*

capital social seja maioritariamente subscrito por entidades do sector público, nomeadamente autarquias locais (cfr. o n.º 3). Ainda no âmbito dos mesmos sistemas, as concessões relativas às actividades de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos são outorgadas pelo Estado e podem ser atribuídas a empresas cujo capital social seja maioritariamente subscrito por entidades do sector público, nomeadamente autarquias locais ou a *empresas cujo capital social seja maioritária ou integralmente subscrito por entidades do sector privado* (cfr. as alíneas a) e b) do n.º 5). O n.º 6 vem permitir a *subconcessão*, nos seguintes termos: mediante autorização do concedente, as concessões relativas às actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas referidas podem ser subconcessionadas, total ou parcialmente, a empresas cujo capital seja maioritária ou integralmente subscrito por entidades do sector privado.

II - A Proposta de Lei n.º 140/XII e a Proposta de Lei n.º 125/XII: a institucionalização de uma relação de dependência entre os municípios e os Estado

1. Proposta de Lei n.º 140/XII

A Proposta de Lei n.º 140/XII vem introduzir alterações ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, modificando os regimes de facturação e contra-ordenacional (artigo 1.º). Contudo, o objecto das alterações introduzidas não se esgota aqui. Efectivamente, ele é mais vasto e não menos problemático, designadamente quanto aos poderes que são reconhecidos à Entidade Reguladora dos

Serviços de Águas e Resíduos.

E se o regime do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, na parte em que estabelecia os poderes da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, não suscitava especiais problemas jurídico-constitucionais, a mesma conclusão já não se afigura tão líqüida em relação ao regime daquela Proposta.

Na verdade, o enquadramento que fizemos ao longo dos pontos anteriores permitiu-nos concluir que o regime jurídico de organização e de gestão da água convoca princípios jurídico-constitucionais de especial melindre no contexto das relações intersubjectivas entre o Estado e as autarquias locais. Por outro lado, ele permite igualmente compreender o quadro em que se movem os poderes, ditos de regulação, atribuídos à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR).

E, neste âmbito, a pretexto de poderes de regulação económica, estabelece a Proposta de Lei n.º 140/XII que compete àquela entidade *fixar as tarifas dos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor* (alínea d), do n.º 4 do artigo 11.º). Mas, e antes disso, estabelece que *a definição das tarifas dos serviços municipais obedece às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela entidade reguladora* para os serviços em alta e para os serviços aos utilizadores finais (n.º 1 do artigo 11.º-A). E, *a posteriori*, em caso de incumprimento dos regulamentos tarifários por parte dos municípios, *cabe-lhe o poder de emitir instruções vinculativas*, indicando os novos valores das tarifas a praticar *ou*, no caso de serviços geridos por contrato, *determina* se existe necessidade de rever o mesmo (artigo 11.º-B), sendo que, caso haja decorrido o prazo de 30 dias após a emissão das instruções vinculativas, sem que as *tarifas* tenham sido

adaptadas nos termos indicados pela entidade reguladora, *as mesmas são fixadas por esta* e comunicadas às entidades gestoras e às entidades titulares dos serviços. À aprovação das tarifas dos sistemas municipais pela entidade reguladora se refere igualmente o n.º 4 do artigo 11.º-B.

2.Proposta de Lei nº 125/XII

Por sua vez, a Proposta de Lei n.º 125/XII, aprova os novos estatutos da ERSAR.

O artigo 1.º estabelece a natureza e a missão da ERSAR, definindo-a como uma entidade administrativa independente com funções de regulação e supervisão, tendo, precisamente, por missão a regulação e a supervisão dos sectores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano.

O artigo 4.º identifica as *entidades reguladas*, estabelecendo que se encontram sujeitas à actuação da ERSAR todas as entidades gestoras que actuem nos sectores atrás referidos, *independentemente da titularidade estatal ou municipal dos respectivos sistemas e do modelo de gestão adoptado*, designadamente: *i)* A prestação directa do serviço; *ii)* A delegação do serviço em empresa do sector empresarial do Estado, do sector empresarial local, em entidades intermunicipais ou em empresa constituída em parceria com o Estado; *iii)* A concessão do serviço. Estão ainda sujeitas à actuação da ERSAR, nos termos da lei, as entidades titulares dos serviços de águas e resíduos, sempre que estejam em causa direitos e obrigações da entidade gestora ou dos utilizadores, bem como quaisquer outras entidades que tenham assumido a responsabilidade pela

gestão de serviços no âmbito dos sectores regulados, independentemente da sua natureza pública ou privada e do título que legitime o exercício daquelas actividades, sendo, para o efeito, equiparadas a entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal ou municipal.

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), *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).

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 captações de água mais justas e eficientes; *iii)* Definir a tarifa social (cfr. as alíneas a), c) e d) do artigo 6.º).

III – Apreciação crítica das “Propostas”

Sobre o regime citado, impõe-se algumas e imediatas ilações, designadamente:

1.Os poderes hierárquico-administrativos da Entidade Reguladora (ERSAR)

1. A Proposta de Lei n.º 140/XII coloca em igual plano, perante a ERSAR, todos os entes, públicos ou privados, potencialmente sujeitos ao seu âmbito extensivo e intensivo de regulação. Neste aspecto, os

municípios são colocados no mesmíssimo plano que uma qualquer entidade privada sujeita à mesma regulação;

2. A pretexto de poderes de regulação económica e/ou comportamental, a Proposta de Lei n.º 140/XII estabelece o exercício, pela ERSAR, sobre as autarquias locais – os municípios – genuínos poderes administrativos não apenas de mera tutela de legalidade, mas antes característicos poderes de superintendência e até de hierarquia.

3. Efectivamente, a ERSAR, para além de ser titular do poder de *definição das tarifas dos serviços municipais, pois estas obedecem às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela entidade reguladora*, goza ou fica detentora do exercício de uma tutela substitutiva, consubstanciada no facto de, pela via supletiva, *fixar as tarifas dos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor*;

4. Mas os poderes hierárquicos-administrativos são ainda mais manifestos na emanção de *instruções vinculativas*, que, atendo às concretas situações que as “legitimam”, acabam por se traduzir em ordens concretas e precisas, pois que determina – em termos concretos e precisos - os novos valores das tarifas a praticar ou, caso as tarifas não tenham sido adaptadas nos termos indicados pela entidade reguladora, são as mesmas são fixadas por esta;

5. E pode ainda determinar a um concreto município, no caso de um serviço gerido por contrato – um contrato de concessão celebrado com

uma entidade privada, ou até mesmo um contrato de gestão delegada celebrado com uma empresa municipal, na terminologia do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, ou um contrato-programa, na terminologia da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, que aprova o regime jurídico da actividade empresarial local e das participações locais –, *que modifique/reveja aquele contrato*.

6. Através da ERSAR, o Estado permite-se ao exercício de poderes sobre as autarquias locais que, em caso algum, poderia, por si e directamente, arrogar-se ao seu exercício em termos constitucionalmente legítimos.

2.Problemas jurídico-constitucionais

E, em face do quadro referido, a questão jurídico-constitucional que se coloca reside no seguinte: pode o Estado, através de uma entidade por si criada, ainda que qualificada como uma entidade administrativa independente, exercer aqueles poderes administrativos que, à luz do paradigma que preside ao artigo 242.º da Constituição, teriam de considerar-se como constitucionalmente ilegítimos?¹⁵

Efectivamente, o exercício da tutela administrativa sobre as autarquias locais constituiu uma reserva constitucional do Governo (artigo 199.º, alínea d), da Constituição), enquanto órgão superior da Administração

¹⁵ O artigo 242.º, sob a epígrafe, “(Tutela administrativa)”, estabelece que: “1. A *tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento da lei* por parte dos órgãos autárquicos e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei. 2. As medidas tutelares restritivas da autonomia local são precedidas de parecer de um órgão autárquico, nos termos a definir por lei. 3. A dissolução de órgãos autárquicos só pode ter por causa acções ou omissões ilegais graves”.

Pública (artigo 182.º da Constituição), e só pode *consistir na verificação do cumprimento da lei* (n.º 1 do artigo 242.º da Constituição). *No conceito constitucional cabe apenas um típico poder (tutelar) de controlo ou uma típica função administrativa de controlo*, sendo tal conceito designadamente *incompatível com o exercício de uma função administrativa tipicamente orientadora* (por exemplo, através da emanção de instruções ou directrizes vinculativas), com uma *tutela de tipo homologatório ou de tipo substitutiva* e, naturalmente, com o exercício de *poderes tipicamente hierárquico-administrativos* (exercidos, por exemplo, através de determinações concretas e precisas).

Mesmo admitindo a interpenetração dos interesses nacionais e locais, conferindo-lhes uma dimensão ou relevância supramunicipal¹⁶, ou um conceito jurídico-constitucional de tutela administrativa “mais aberto”¹⁷, assim como o exercício desconcentrado – desconcentração em órgãos periféricos do Governo (ou através da desconcentração personalizada?) -, naturalmente que se mantêm o âmbito intensivo e extensivo do conceito de tutela administrativa sobre as autarquias locais fornecido pela Lei Fundamental¹⁸.

¹⁶ Sobre o problema a que se alude no texto, J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, 2003, págs. 843-844, e Ana Raquel MONIZ, *Titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português: Algumas questões*, BFDUC, LIII, em especial as págs. 538 e segs.

¹⁷ Vide Pedro GONÇALVES, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa Sobre as Autarquias Locais*, CEFA, 1997, págs. 14 a 16, mas excluindo expressamente a tutela revogatória e substitutiva: a primeira, por pressupor um juízo de mérito; a segunda, por ser muito difícil dizer-se que as medidas adoptadas em via substitutiva são expressão de um poder de “verificação do cumprimento da lei”.

¹⁸ Admitindo o exercício de poderes tutelares por órgãos periféricos do Governo, o Acórdão 379/96 e o Acórdão 329/99, ambos do Tribunal Constitucional.

2.1.A tutela administrativa de regulação

E, relativamente ao exercício da tutela administrativa através de mecanismo desconcentração personalizada, da redacção do texto constitucional não resulta que a titularidade constitucional e o respectivo exercício caiba a outras entidades ou órgãos, para além do Governo. Do mesmo modo, também do artigo 241.º da Constituição, em função do seu teor literal, não pode concluir-se que, no âmbito da órbita do Estado, o poder regulamentar de natureza tutelar pertença a outras entidades ou órgãos estaduais¹⁹, pois, a qualidade de “autoridades com poder tutelar”, a que se refere a parte final do artigo, teria de ser reconhecida aos órgãos do Governo, numa leitura conjugada com o artigo 182.º, 199.º, alínea d), ambos da Constituição.

Mas, embora aceitando que a Constituição também possa ser objecto de uma interpretação “teleologicamente actualista”, de forma a admitir a abertura do texto constitucional à evolução da realidade constitucional, sendo, para o que importa no tema que nos ocupa, “sensível” a novos fenómenos regulatórios, exercidos, em substituição do Estado, por entidades administrativas independentes, tem, não obstante, de concluir-se que, a pretexto de uma leitura da Constituição à luz de uma teoria geral da regulação, não podem obter-se resultados interpretativos que extravasem o conceito jurídico-constitucional de tutela administrativa sobre as autarquias locais, reconhecendo àquelas entidades a titularidade e o exercício de poderes tipicamente característicos de uma *Administração de orientação (superintendência administrativa)* ou até de uma *Administração de*

¹⁹ O artigo 241.º, com a epígrafe “(Poder regulamentar)”, dispõe que “As autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior *ou das autoridades com poder tutelar*”.

direcção (direcção administrativa - hierarquia). E se já é questionável a admissibilidade, neste domínio, de um fenómeno de substituição constitucional do Governo pelas autoridades reguladoras no exercício de típicos poderes da Administração clássica – poderes regulamentares –, ***seguro é que tal fenómeno de substituição em caso algum poderá implicar a titularidade (originária) e o exercício de poderes que a Constituição não reconhece ao Governo, ou melhor, que a Constituição proíbe ao Governo*** – o exercício de uma tutela substitutiva por via regulamentar e o exercício de poderes próprio de uma Administração de orientação e de direcção sobre as autarquias locais²⁰. O que significa dizer que, no actual quadro constitucional, a ***tutela administrativa de regulação*** sobre as autarquias locais, ainda que admissível, não poderá, contudo, num fenómeno de substituição constitucional ao Estado/Governo no plano regulatório, servir de argumento para “suster” o conceito e o regime jurídico-constitucional da tutela administrativa previsto para aquelas entidades.

Feito este sintético excuro sobre a problemática jurídico-constitucional subjacente aos problemas suscitados pela Consulta, tem de concluir-se que o quadro de poderes referido, de titularidade originária da ERSAR, ainda que motivado por um pretexto de Estado-regulador e por uma dinâmica e relevância supramunicipais dos interesses em jogo, deve,

²⁰ Admitindo, mas no plano exclusivamente regulamentar, que as autarquias locais também devem observar os regulamentos das autoridades reguladoras, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, págs. 497-498. Questionando uma tal possibilidade, Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, pág. 454, J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, 2003, págs. 844-845.

no concreto modo em que surge configurado, ter-se por constitucionalmente inadmissível, pois:

1. A Constituição apenas consente o exercício de uma tutela administrativa de legalidade sobre as autarquias locais (esta apenas “consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos” – n.º 1 do artigo 242.º da CRP);

2. *Naquele conceito constitucional de tutela não cabe a tutela substitutiva*, pois que tal modo tutelar configura uma intromissão que *aniquila o núcleo essencial do princípio da autonomia local*, não devendo, sequer, tal possibilidade ser equacionada no quadro das “medidas tutelares restritivas da autonomia local”, a que se refere o n.º 2 do artigo 242.º da Constituição;

3. Os *poderes hierárquico-normativos* da ERSAR, nos termos em que são previstos, dificilmente podem ter-se como subsumíveis à previsão contida no artigo 241.º da Constituição, nos termos do qual autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar, na medida em que esta disposição seja – ou deva ser – conjugada com o artigo 235.º, também da Constituição, por via do qual as autarquias locais visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas, o que implica o reconhecimento constitucional do poder de (auto)definir esses interesses e do poder de os (auto)gerir.

4. Por maioria de razão, são constitucionalmente inadmissíveis os mencionados *poderes hierárquico-administrativos* que a Proposta de Lei reconhece à entidade reguladora ou lhe permite, em concreto, o seu exercício sobre os municípios.

§§ 3

A problemática jurídico-financeira/fiscal suscitada pela imputação de custos do sistema multimunicipal ou intermunicipal ao “utilizador final”

I – A proposta de Lei n.º 140/XII

Neste âmbito, o Preâmbulo da Proposta de Lei n.º 140/XII revela, com suficiente clareza, 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 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).

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 o presente texto.

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 pelos sistemas multimunicipais ou intermunicipais 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, 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 -, reforçando 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, funcionando as transferências dos montantes obtidos a título de tarifa como meio de extinção das dívidas dos sistemas municipais aos sistemas multimunicipais ou intermunicipais.

O regime legal, para operacionalizar a engenharia financeira, mobiliza uma técnica relacional tripla

Por um lado, numa fileira, mobiliza uma dupla relação jurídica:

i) Uma relação jurídica interadministrativa, estabelecida entre os sistemas multimunicipais ou intermunicipais e os sistemas municipais, cujo núcleo essencial reside nos serviços prestador por aqueles a estes, sendo-lhes, por isso, devido um preço, independentemente da qualificação que lhe seja atribuída (um “preço civil” ou um “preço tributário ou preço-tarifa”);

ii) E uma relação jurídico-administrativa estabelecida entre os sistemas municipais e os utilizadores, na qual estes sistemas assumem uma dúlice qualidade jurídica: a qualidade de titulares originários de uma parte da tarifa – a parte correspondente aos serviços prestados por estes aos utilizadores; e a *qualidade de substituto ou sub-rogado legal dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais*, 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* – precisamente, os *sistemas multimunicipais ou intermunicipais* -, mas nunca perdendo a qualidade legal de real e originário devedor em relação a estes sistemas, em virtude dos serviços que, por estes mesmos, lhes são prestados, *aparecendo*, nesta perspectiva, *o utilizador*, por via da legalmente designada tarifa, *como substituto legal coactivo do sistema municipal num débito que por este é devido àqueles*, cujo berço jurídico-genético reside no facto de o sistema municipal ser, técnica, funcional e juridicamente, o utilizador directo dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais a que se encontre vinculado. 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 de solidariedade passiva, mas, na verdade, o que realmente se nos apresenta é o dado incontornável de que o (seu) substituto legal coactivo – o utilizador – não liquidou o seu débito para com o titular originário do crédito correspondente – o sistema multimunicipal – e, por isso, a lei impõe que o titular originário daquele débito – o município (o sistema multimunicipal) - o liquide ele próprio.

II – A relação jurídico-fiscal subjacente à dinâmica de financiamento de serviços multimunicipais

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 munícipes 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*²¹; *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: *i) O facto de corresponderem a bens*

²¹ Cfr. José Manuel M. Cardoso da COSTA, *Curso de Direito Fiscal*, 2.^a Edição, Almedina, 1972, pág. 11.

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 impostas²². 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 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

²² Cfr. José J. Teixeira RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a ed., Coimbra Editora, 1997, pág. 30, que define o *imposto*, na pág. 258, como uma “prestação pecuniária, coactiva e unilateral, sem carácter de sanção, exigida pela Estado com vista à realização de fins públicos”.

correspetivo da prestação tributária²³. 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)²⁴.

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

²³ Cfr. José Manuel M. Cardoso da COSTA, Curso de Direito Fiscal, 2.ª Edição, Almedina, 1972, págs. 10 a 12.

²⁴ 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 “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.

artigo 3.º da Lei Geral Tributária)²⁵, ***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 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*²⁶, tal como decorre do

²⁵ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 339/98, de 17 de Dezembro.

²⁶ 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.

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 públicas²⁷.

Mas, nos termos da citada norma da Lei Geral Tributária, para além dos impostos e das taxas, ***são ainda classificadas como tributos as “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 República²⁸.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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 Constituição²⁹, não assistimos à previsão (constitucional) e legal de uma *divisão “tripartida ou ternária” das receitas públicas coactivas*³⁰.

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).

²⁹ Lei Constitucional n.º 1, de 1997.

³⁰ 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.

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”*³¹.

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*”.

³¹ Cfr. José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 5.ª Edição, Almedina, 2009, págs. 20 a 26.

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. 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*³². 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 impostos³³.

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

³² 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.

³³ 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.

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.

C - Conclusões

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

1.ª A Proposta de Lei n.º 140/XII (e também a Proposta de Lei n.º 125/XII) reconhece à ERSAR não apenas poderes de tutela substitutiva em relação aos municípios, mas também extensos e intensos poderes hierárquico-administrativos.

2.ª A Constituição apenas consente o exercício de uma tutela administrativa de legalidade sobre as autarquias locais, pois esta apenas “consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos”.

3.ª No conceito constitucional de tutela não cabe a tutela substitutiva, pois que tal modo tutelar configura uma intromissão que aniquila o núcleo essencial do princípio da autonomia local, não devendo, sequer, tal possibilidade ser equacionada no quadro das “medidas tutelares restritivas da autonomia local”.

4.ª Os poderes hierárquico-normativos da ERSAR, nos termos em que são previstos, dificilmente podem ter-se como subsumíveis à previsão contida no artigo 241.º da Constituição, nos termos do qual autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar, na medida em que esta disposição seja –

ou deva ser – conjugada com o artigo 235.º, também da Constituição, por via do qual as autarquias locais visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas, o que implica o reconhecimento constitucional do poder de (auto)definir esses interesses e do poder de os (auto)gerir.

5.^a São igualmente constitucionalmente inadmissíveis os mencionados poderes hierárquico-administrativos que a Proposta de Lei reconhece à entidade reguladora ou lhe permite, em concreto, o seu exercício sobre os municípios.

6.^a Se já é questionável a admissibilidade, no domínio em causa na Consulta, de um fenómeno de substituição constitucional do Governo pelas autoridades reguladoras no exercício de típicos poderes da Administração clássica – poderes regulamentares -, *seguro é que tal fenómeno de substituição em caso algum poderá implicar a titularidade (originária) e o exercício de poderes que a Constituição não reconhece ao Governo, ou melhor, que a Constituição proíbe ao Governo* – o exercício de uma tutela substitutiva por via regulamentar e o exercício de poderes próprio de uma Administração de orientação e de direcção sobre as autarquias locais.

7.^a No actual quadro constitucional, a *tutela administrativa de regulação* sobre as autarquias locais, ainda que admissível, não poderá, contudo, num fenómeno de substituição constitucional ao Estado/Governo no plano regulatório, servir de argumento para “suster” o conceito e o regime jurídico-constitucional da tutela administrativa previsto para aquelas entidades.

8.^a 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.

9.^a No caso concreto, o 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), 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 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.

10.^a 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.

11.^a Ora, 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.

É este, salvo melhor, o nosso Parecer.

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 21 de Junho de 2013.

José Joaquim Gomes Canotilho
Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra