

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

«RELATÓRIO SOBRE O SECTOR
DA ÁGUA E
DO SANEAMENTO»

Carlos Botelho Moniz

Eduardo Maia Cadete

«RELATÓRIO SOBRE O SECTOR DA ÁGUA E DO SANEAMENTO»

1. O OBJECTO DO RELATÓRIO
2. AS NORMAS COMUNITÁRIAS RELEVANTES
 - 2.1. O conceito de «*serviço de interesse económico geral*», na acepção do artigo 86.º, n.º 2, do Tratado CE: o entendimento das instituições comunitárias
 - 2.1.1. Os auxílios de Estado e os serviços de interesse económico geral
3. ANÁLISE DO SISTEMA PORTUGUÊS
 - 3.1. O Decreto-Lei n.º 558/99, relativo ao sector Empresarial do Estado e às empresas públicas
 - 3.2. A Lei n.º 22/96, que cria mecanismos destinados a proteger o utente do serviço público
 - 3.3. As razões que estão na base da criação em 1993 dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes
 - 3.3.1. O enquadramento Constitucional
 - 3.3.2. O Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, que estabelece o regime jurídico de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais das actividades relativas à água para consumo humano, aos efluentes e aos resíduos sólidos
 - 3.3.3. O Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público
 - 3.3.4. O Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, que estabelece o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes
 - 3.3.5. O Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, que estabelece o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes
 - 3.3.6. As alterações introduzidas no regime jurídico nacional na sequência do contencioso aberto pela Comissão Europeia
 - 3.4. A entidade reguladora do sector: o Instituto Regulador de Águas e Resíduos
 - 3.5. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2004 e as interrogações sobre a futura evolução do sector
4. CONCLUSÕES

1. O OBJECTO DO RELATÓRIO

O presente Relatório tem por objecto a análise do regime aplicável ao sector da água e do saneamento em Portugal, à luz do conceito de Serviço de Interesse Económico Geral (“**SIEG**”).

Para determinar o alcance deste conceito, e clarificar o regime jurídico que lhe está subjacente, tomaremos em consideração as disposições pertinentes do Direito da União Europeia, em especial os artigos 16.º e 86.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia CE (**Tratado CE** ou **CE**), assim como o artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Focaremos também a nossa atenção nos diplomas que consagram os SIEG no ordenamento jurídico nacional.

Neste particular, e atendendo ao objecto do presente Relatório, analisaremos ainda o regime jurídico específico do sector da água e do saneamento em Portugal, tomando como referência o enquadramento instituído pelos diplomas adoptados na década de 1990, e analisando os motivos que levaram à sua alteração em 2003, na sequência do contencioso aberto pela Comissão Europeia relativamente aos sistemas multimunicipais. Por último, focaremos a nossa atenção na entidade reguladora do sector e nas perspectivas de evolução do mesmo, em função do debate que tem ocorrido nos últimos anos em torno da maior ou menor intervenção dos operadores privados.

2. AS NORMAS COMUNITÁRIAS RELEVANTES

Termos como *liberalização*, *regulação*, *regulamentação*, *serviço público*, *serviço de interesse económico geral*, são hoje termos constantemente referidos no debate público, constituindo matéria de reflexão, tanto a nível nacional, como no plano comunitário¹, a propósito da

¹ A título de exemplo, a Comissão Europeia com vista a legitimar a eventual adopção de uma *directiva quadro* no âmbito dos serviços de interesse económico geral, através do *Livro Verde sobre serviços de Interesse Económico Geral*, de 21.05.2003 [Livro Verde da Comissão Europeia sobre os Serviços de Interesse Económico Geral, Bruxelas, 21.05.2003 COM (2003) 270 final], efectuou uma ampla consulta pública junto dos Estados-membros, dos parceiros económicos e sociais, dos agentes económicos e dos cidadãos em geral sobre estes serviços, tendo recebido mais de 300 contribuições, o que *per se* demonstra a actualidade e relevância do tema. As contribuições apresentadas no quadro do Livro Verde encontram-se disponíveis no endereço: http://europe.eu.int/comm/secretariat_general/service_general_interest/comments/public_en.htm.

identificação das estratégias e dos mecanismos mais adequados para garantir a satisfação de necessidades essenciais da colectividade, como pressuposto do desenvolvimento económico e social.

No plano do Direito da União Europeia, o coração desse debate centra-se no artigo 86.º do Tratado CE, especificamente no seu n.º 2, que determina:

«Artigo 86.º

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedem direitos especiais ou exclusivos os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.º e 81.º a 89.º, inclusive.
2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.
3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.»²

Para alguns, a tónica na concorrência e na liberalização dos mercados peca por excesso, ao passo que para outros o excesso está antes no regime de excepção que o preceito parece assegurar às actividades qualificáveis como SIEG.

O executivo comunitário (a Comissão Europeia) assume oficialmente um papel de equilíbrio, enquanto guardiã simultânea da concorrência e dos SIEG, embora a sua prática decisória, desde a segunda metade da década de 1980, se tenha orientado no sentido de “forçar” a abertura e liberalização dos mercados em sectores tradicionalmente fechados à

² O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (publicado no JOUE de 16.12.2004, série C, n.º 310, pp. 1-474) retoma, com as devidas adaptações, o actual artigo 86.º do Tratado CE no artigo III-166.º, da Parte III, sob a epígrafe “Políticas e Funcionamento da União”.

concorrência. Porém, tem cabido aos tribunais da União Europeia (Tribunal de Justiça e Tribunal de Primeira Instância) filtrar a prática decisória da Comissão, contribuindo de forma relevante para clarificar o alcance do artigo 86.º do Tratado CE, assegurando a coexistência entre a concorrência, a liberalização de sectores tradicionalmente geridos pelo Estado, as liberdades económicas fundamentais e os serviços que os Estados-membros têm de assegurar aos cidadãos, travando, até certo ponto, uma lógica de abertura dos mercados de estrito cariz neo-liberal.

Não obstante, e apesar da União Europeia ter por desiderato a coesão económica e social e o desenvolvimento sustentado dos Estados-membros e da Comunidade como um todo, o entendimento sustentado pela Comissão Europeia tem sido o de que a forma de se atingir estes objectivos, em prol dos consumidores, passa pela utilização das regras do mercado, pelo jogo da concorrência, cabendo aos Estados-membros, cada vez mais, o papel de reguladores das actividades económicas, reduzindo-se o papel interventor do Estado no mercado, enquanto agente económico, nomeadamente, dissuadindo por via indirecta a manutenção de empresas públicas e de monopólios legais.

Trata-se, por conseguinte, de um jogo no qual, não só as posições relativas dos jogadores, mas as próprias regras do jogo, estão em mutação, por força da integração positiva levada a cabo pelos Estados-membros da União, por iniciativa da Comissão Europeia, na esteira das doutrinas económicas que propugnam *"less State, better State"*. O papel do Estado enquanto operador económico retrai-se de forma substancial, assumindo este essencialmente o papel de regulador, que visa garantir o bom funcionamento do mercado, assegurando simultaneamente a satisfação das necessidades colectivas.

Neste contexto, o artigo 86.º, n.º 2, do Tratado CE pode ser observado como a especificação de duas normas do Tratado mais abrangentes que estabelecem que os Estados-membros não podem eliminar o efeito útil das regras de concorrência do Tratado CE [cfr. artigo 3.º, alínea g), CE] e que os mesmos tomarão, de igual modo, todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado ou resultantes de actos das instituições da Comunidade (artigo 10.º CE).

O artigo 86º, nº 1, tem por objecto as medidas adoptadas pelas autoridades públicas nacionais em relação às empresas públicas ou às empresas a que os Estados concedam

direitos especiais ou exclusivos (em regra, empresas encarregadas da gestão de SIEG) e visa garantir que as regras gerais do Tratado, que são aplicáveis às empresas privadas, o sejam também a estas empresas. Pretende-se, deste modo, evitar que os poderes públicos utilizem as relações especiais que estabelecem com determinadas empresas para lhes impor comportamentos proibidos pelo Tratado CE ou para lhes conceder vantagens incompatíveis com o mercado comum³.

Trata-se, essencialmente, de assegurar que a intervenção do Estado junto das empresas públicas e/ou das empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos não tem por resultado restringir ou falsear a concorrência ou ainda introduzir distorções nas relações destas últimas com as empresas privadas⁴.

O artigo 86.º CE, no seu todo, introduz um princípio de igualdade jurídica entre as empresas públicas e as empresas privadas, contribuindo para um regime jurídico que se deseja neutro do ponto de vista institucional, substantivo e funcional. Esta ideia ressuma do artigo 295.º CE^{5 6} que postula: «O presente Tratado em nada prejudica o regime de propriedade nos Estados-membros.»⁷ Conclui-se, recorrendo a um elemento de cariz teleológico e integrador, que no âmbito do n.º 1, do artigo 86.º CE há, ou pelo menos deve haver (dizemos nós), uma paridade de armas entre empresas públicas e privadas.

³ Vide Conclusões do Advogado-Geral JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, apresentadas em 11 de Fevereiro de 1988, no processo que veio a originar o acórdão “Bodson”, processo 30/87, Colect. 1988-5, p. I-2479, n.º 63.

⁴ Vide Conclusões do Advogado-Geral JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, apresentadas em 11 de Fevereiro de 1988, no processo que veio a dar origem ao acórdão “Bodson”, processo 30/87, Colect. 1988-5, p. I-2479.

⁵ O preceito tem um conteúdo análogo ao do artigo 83.º do Tratado CEECA, que estabelecia: “A criação da Comunidade em nada prejudica o regime de propriedade das empresas submetidas às disposições do presente Tratado.” De igual modo, o artigo 66.º, n.º 7, do mesmo Tratado, reflectindo o carácter acrítico da Comunidade face ao regime de propriedade, estabelecia que a Alta Autoridade podia dirigir recomendações quer às empresas públicas, quer às empresas privadas caso as mesmas utilizassem a sua posição dominante para fins contrários aos objectivos do Tratado.

⁶ A norma foi inicialmente criada para proteger os programas de nacionalização dos Estados-membros da intervenção das instituições comunitárias. Cfr. RICHARD WAINWRIGHT e ANDRÉ BOUQUET - «*State Intervention and Action in EC Law*», in *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corporate Law Institute 2003, Juris Publishing, Inc, New York, p. 539.

⁷ “O Estado-membro é, assim, livre de definir as suas opções em matéria de organização económica e de estabelecer as características, a dimensão e a composição do seu próprio sector público. O objectivo do artigo 90.º é o de assegurar que o uso desta liberdade de que dispõem os Estados-membros não constitua obstáculo à correcta aplicação das regras do Tratado e ao bom funcionamento do mercado comum.” Cfr. LUÍS MIGUEL PAIS ANTUNES, «*A aplicação do Direito Comunitário às relações entre os Estados Membros e as suas Empresas Públicas – o Artigo 90.º do Tratado CEE*», in Documentação e Direito Comparado, BMJ, n.º 31/32, 1987, p. 314.

Em trabalhos do Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Geral (CEEP) tem-se sublinhado no entanto que esta neutralidade aparente, a todo o tempo enfatizada pela Comissão Europeia, é uma falsa neutralidade, dado que a política prosseguida por esta instituição se tem orientado, também, no sentido da privatização. De facto, a declarada neutralidade é acompanhada por outro princípio, que tem por efeito remover do mesmo qualquer sentido, a saber: que o comportamento das empresas públicas tem de ser idêntico ao das empresas privadas, e a entidade pública (de âmbito nacional, regional ou local) que é proprietária da empresa deve ter o mesmo comportamento que um accionista tradicional. Em determinado sentido, a empresa pode ser *pública* desde que seja idêntica a uma empresa privada, mas não deve ser *pública* no sentido etimológico do termo⁸.

Os SIEG são ainda, por força do Tratado de Amsterdão, consagrados no artigo 16.º, Parte I, “Princípios”, do Tratado CE, que dispõe:

«Artigo 16.º

Sem prejuízo do disposto nos artigos 73.º, 86.º e 87.º, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro dos limites das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.»⁹

⁸ Cfr. “CEEP.2003/AVIS.4 CEEP Opinion contribution of CEEP to the Convention Detailed document Files”, ficha 23, de Fevereiro de 2003. No entendimento de WOLF SAUTER, o processo comunitário de integração positiva tem levado a reduzir o sentido prático do artigo 295.º CE: apesar de, formalmente, a neutralidade económica se ter mantido, o aumento das restrições de acção impostas aos Estados-membros pelo Direito Comunitário têm, *de facto*, promovido não apenas a liberalização e a desregulação, mas também a privatização. Cfr. WOLF SAUTER - «*Universal Service Obligation and the Emergence of Citizens’ Rights in European Telecommunications Liberalization*», in *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Press Oxford, 1998, p. 128.

⁹ O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (publicado no JOUE de 16.12.2004, série C, n.º 310, pp. 1-474), no artigo III-122.º, da Parte III, sob o título “Políticas e Funcionamento da União”, em sintonia com a actual redacção do artigo 16.º, mas indo um pouco mais além no que respeita às competências da União no campo dos SIEG, dispõe: «Sem prejuízo dos artigos I-5.º, III-166.º, III-167.º e III-238.º, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam, enquanto serviços a que todos na União atribuem valor, e ao papel que desempenham na promoção da sua coesão social e territorial, a União e os Estados-membros, dentro dos limites das respectivas competências e no âmbito de aplicação da Constituição, zelam por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições,

A relevância desta disposição, bem como a do artigo 86.º, n.º 2, do Tratado CE, foi realçada pelos Chefes de Estado e de Governo na Cimeira de Lisboa, realizada em 23 e 24 de Março de 2000, no qual o Conselho Europeu considerou essencial que, no quadro do mercado interno e de uma economia baseada no conhecimento, se tomem plenamente em conta as disposições do Tratado CE relativas aos SIEG e às empresas às quais cabe assegurar a prestação destes serviços.¹⁰

Esta norma foi de igual modo objecto da Declaração n.º 13, em anexo ao Tratado CE, que estabelece:

«As disposições do artigo 16.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia relativas aos serviços públicos serão aplicadas no pleno respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente no que se refere aos princípios da igualdade de tratamento, da qualidade e da continuidade desses serviços.»

Para a Comissão Europeia, o artigo 16.º reconhece o papel que os SIEG desempenham em termos de coesão económica, social e territorial na Europa.¹¹ O Parlamento Europeu considera que a disposição acolhe a noção de SIEG como um dos valores comuns da Europa e como um princípio de Direito Comunitário na sua plenitude.¹² Esta norma pode, no nosso entendimento, ser reconhecida como uma resposta reflexiva às pressões crescentes de privatização e de liberalização.

De notar ainda que Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também acolhe os SIEG no artigo 36.º, sob o título “Acesso a Serviços de Interesse Económico Geral”, inserido no capítulo IV, “Solidariedade”, estatuinto:

designadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. **A lei europeia estabelece esses princípios e condições**, sem prejuízo da competência dos Estados-membros para, na observância da Constituição, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.» (sublinhado nosso).

¹⁰ Conselho Europeu de Lisboa, 23-24 de Março de 2000, Conclusões da Presidência, cfr. doc. SN 100/00, ponto 19.

¹¹ Cfr. Comunicação 2001/C 17/04, da Comissão Europeia, sobre os serviços de interesse geral na Europa (JOCE, série C, n.º 17, de 19.1.2001, pp. 4-23, ponto 56).

¹² Resolução do Parlamento Europeu sobre a Comunicação da Comissão Europeia relativa aos Serviços de Interesse Geral na Europa” (COM(96)0443-C4-0507/96) (JOCE, série C, n.º 14, de 19.1.98, pp. 74-78), ponto 76.

«Artigo 36.º

A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial.»¹³

Verifica-se que este último preceito reconhece a liberdade dos Estados-membros na definição destes serviços, encontrando-se, todavia, esse poder enquadrado pelo regime do artigo 86.º CE, tal como interpretado e aplicado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. De acordo com as anotações do Comité de Redacção da Carta, esta norma secunda o artigo 16.º Tratado CE, não criando no ordenamento jurídico comunitário qualquer novo direito, limitando-se a estabelecer o princípio de que a União respeita o acesso aos SIEG previsto pelas disposições nacionais desde que estas sejam compatíveis com o Direito Comunitário.¹⁴

Salientamos que as disposições da Carta, por força do respectivo artigo 51.º, n.º 1, têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-membros quando apliquem o direito da União Europeia.

O Advogado-Geral Alber, nas Conclusões apresentadas em 1 de Fevereiro de 2001, no quadro do processo que veio a dar origem ao acórdão “TNT Traco”¹⁵, reportando-se ao 86.º, n.º 2 CE, avançou o entendimento segundo o qual: «o novo artigo 16.º CE assim como o artigo 36.º da Carta dos Direitos fundamentais acentuam o valor desta excepção [às normas do Tratado], expressão de um valor fundamental inerente ao Direito Comunitário».

Em sintonia com o mencionado no contexto do artigo 16.º CE, podemos concluir que a norma consolida a posição dos SIEG no seio da Comunidade.

¹³ O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (publicado no JOUE de 16.12.2004, série C, n.º 310, pp. 1-474), na Parte II, sob o título “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” reflecte *ipsis verbis* a norma no artigo II-96.º.

¹⁴ Cfr. anotações relativas ao texto integral da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, da responsabilidade do Comité de Redacção da Instância (*Praesidium*), na versão constante do doc. “CHARTE 4487/00 CONVENT 50”.

¹⁵ Acórdão de 17 de Maio de 2001, “TNT Traco”, processo C-340/99, Colect. 2001-5 (B), p. I-4109, n.º 94.

Feita esta aproximação às normas de direito originário que acolhem os SIEG no âmbito do Direito da União Europeia, procedemos, de seguida, à definição da noção de SIEG, consagrada, entre o mais, no referido artigo 86.º, n.º 2, do Tratado CE.

2.1. O CONCEITO DE «SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL», NA ACEPTÃO DO ARTIGO 86.º, N.º 2, DO TRATADO CE: O ENTENDIMENTO DAS INSTITUIÇÕES COMUNITÁRIAS

É importante notar, desde logo, que o Tratado CE não define o conceito de SIEG, sendo pois necessário, para determinar o seu alcance, recorrer aos ensinamentos que resultam da prática decisória da Comissão Europeia e, sobretudo, da jurisprudência dos tribunais da União.

Por outro lado, é indispensável ter presente que, se é verdade que o conceito tem a sua sede no direito originário da União, que molda a respectiva natureza e baliza o seu alcance, não é menos verdade que a autonomia dos Estados-membros na exacta configuração de cada SIEG (dentro dos limites gerais do Direito da União) é inerente ao próprio conceito.

Com estas precauções, passemos em revista a posição expressa sobre o assunto pelas várias instituições da União.

A POSIÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

A Comissão, por via de duas Comunicações, a primeira de 1996¹⁶ e a segunda de 2001¹⁷, elaborou e publicitou a sua posição sobre os SIEG.

Em ambos os documentos reconhece que estes serviços prosseguem objectivos fundamentais da Comunidade, tais como a *solidariedade* e a *igualdade de tratamento*.

A Comissão considera que, devido às dissemelhantes tradições e práticas nacionais, existem diferenças entre Estados-membros quanto à formulação do objecto e das estruturas organizativas dos SIEG. De facto, o modo como são concretizados reflecte *diferentes realidades nacionais*, tais como as limitações geográficas ou técnicas, a matriz política ou administrativa, a história e as tradições de cada Estado-membro. Além disso, a Comissão reconhece que a expressão *serviços de interesse económico geral* é, por vezes,

¹⁶ COM (96) 443 final (JOCE, série C, n.º 281, de 26.9.1996, p. 3).

¹⁷ COM (2001/C 17/04), publicada no JOCE, série C, n.º 17, de 19.1.2001, pp. 4-23.

considerada como sinónimo de outros conceitos, prestando-se, por essa razão, a uma certa confusão terminológica. Com efeito, e em contraste com o Tribunal de Justiça que não segue um critério terminológico-formalista e que utiliza como sinónimos daquela expressão os conceitos de *serviço público*¹⁸, de *serviço universal*¹⁹ e de *serviço de interesse geral*²⁰, a Comissão entende que estes termos têm um conteúdo diverso.

A Comissão baliza cada um dos conceitos - *serviço de interesse geral*, *serviço público*, *serviço universal* e *serviço de interesse económico geral* - da seguinte forma:

Em primeiro lugar, considera que o conceito de *serviço de interesse geral*, o mais abrangente de todos, engloba os serviços que traduzem o exercício de uma actividade económica e os serviços de natureza não económica (*non-market services*), estes últimos assegurados pelo Estado no uso de prerrogativas de autoridade pública.

Por seu turno, o conceito de *serviço público* pode ser considerado como tendo um carácter ambíguo, porquanto tanto pode designar a entidade que presta o serviço como respeitar ao interesse geral que essa entidade se encontra incumbida de prosseguir. Neste particular, a Comissão esclarece que existe, por vezes, confusão entre este termo que se relaciona com a vocação para prestar um serviço ao público e a forma como o mesmo deve ser prestado e o termo *sector público* (incluindo o funcionalismo público), correlacionado a noção com o estatuto e a natureza legal das entidades que prestam o serviço.

Em terceiro lugar, a noção de *serviço universal*²¹ – utilizado no quadro de diplomas legais comunitários que procedem à liberalização de determinados sectores, como o das telecomunicações e o dos serviços postais – reporta-se às obrigações que são impostas aos operadores económicos que actuam no campo dos sectores liberalizados em prol dos

¹⁸ Acórdão de 18 de Junho de 1998, “Corsica Ferries”, processo C-266/96, Colect., 1998-6, p. I-3949, n.º 60.

¹⁹ Acórdão de 18 de Junho de 1998, “Corsica Ferries”, processo C-266/96, Colect., 1998-6, p. I-3949, n.º 45.

²⁰ Acórdão de 19 de Maio de 1993, “Paul Corbeau”, processo C-320/91, Colect., 1993-5, p. I-2533, n.º 19.

²¹ A expressão **serviço universal** é atribuída a Theodore Vail no ano de 1907 (Presidente da empresa norte-americana AT&T), com um significado diferente do que agora lhe é atribuído pela Comissão Europeia. Na altura, o *serviço universal* era entendido como o princípio segundo o qual o cliente de uma companhia telefónica deveria poder contactar telefonicamente qualquer outro cliente, independentemente de esse outro cliente ter, ou não, um contrato com a mesma companhia telefónica do cliente que o pretendia contactar. Cfr., neste sentido, WOLF SAUTER - «*Universal Service Obligation and the Emergence of Citizens' Rights*

consumidores. A título de exemplo, na Directiva 97/33/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações, a Comissão definiu o *serviço universal* da seguinte forma: «(...) um conjunto mínimo definido de serviços, de qualidade especificada, acessível a todos os utilizadores, independentemente da sua localização geográfica e, em função das condições específicas nacionais, a um preço acessível.»²² Para a Comissão, a razão de ser da consagração de obrigações de serviço universal é a de permitir que todos os consumidores tenham acesso aos *serviços essenciais*, mesmo no caso da liberalização do sector em causa, independentemente da rentabilidade de cada operação em concreto.

Quanto aos SIEG, eles traduzem, para a Comissão, o exercício de uma actividade económica que os Estados-membros submetem a obrigações específicas de serviço público; o seu objectivo, tal como sucede com o serviço universal, é o de garantir *serviços de elevada qualidade* a preços acessíveis a todos os cidadãos, tendo por primado o *princípio da acessibilidade* (comummente designado por *serviço universal*) e, por inerência, os princípios da *igualdade*, da *universalidade*, da *continuidade* e da *adaptabilidade*.

Ao abrigo do artigo 10.º CE²³, que consagra o princípio da *subsidiariedade* e, dizemos nós, também à luz dos princípios da *proporcionalidade*, da *proximidade*, da *diversidade* e da *neutralidade*, a Comissão entende que os Estados-membros têm a liberdade de definir os SIEG²⁴: «Em determinadas circunstâncias, em especial nos casos em que as forças de mercado não proporcionam por si só uma prestação de serviços satisfatória, as autoridades públicas podem confiar a certos operadores de serviços obrigações de

in European Telecommunications Liberalization», in Public Services and Citizenship in European Law, Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 118-119.

²² Definição de *serviço universal* utilizada na alínea g), do artigo 2.º, da Directiva 97/33/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta da rede aberta (JOCE, série L, n.º 199, p. 32).

²³ O artigo 10.º CE, dispõe: «(...) Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado.»

²⁴ No que tange a avaliação da forma como os serviços de interesse económico geral são prestados nos vários Estados-membros, veja-se o Relatório da Comissão Europeia de 2004 “Horizontal Evaluation of the Performance of Network Industries providing services of general economic interest.” [Brussels, 23.06.2004 SEC(2004) 866]

interesse geral e, quando necessário, conceder-lhes direitos especiais ou exclusivos e/ou conceber um mecanismo de financiamento para a prestação destes serviços.»²⁵

Por força das competências que os Estados-membros têm na definição das actividades que traduzem o exercício de um SIEG, constata-se relativa prudência por parte da Comissão no que diz respeito à definição do conceito.

A Comissão Europeia, através da sua prática decisória, já teve oportunidade de reconhecer que em determinados sectores da vida económica as empresas se encontram incumbidas da gestão de um serviço de interesse económico geral. Na decisão “Navewa-Anseau”²⁶, e no que se refere ao caso específico do abastecimento de água, constatou que as sociedades constituídas pelos poderes públicos com a finalidade de assegurarem o aprovisionamento e a distribuição de água e, em última análise a protecção da saúde pública, são empresas visadas pelo n.º 2, do artigo 86.º do Tratado CE. A par, no que diz respeito ao sector das telecomunicações, o mesmo entendimento foi reflectido na decisão “British Telecommunications”²⁷, assim como, no que concerne os serviços postais, na decisão “serviços postais holandeses”²⁸ e, por último, no que se refere à distribuição de energia eléctrica, na decisão “Ijsselcentrale”²⁹.

A POSIÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU

Para dilucidarmos a posição do Parlamento Europeu quanto à temática dos SIEG, temos em conta a Resolução do Parlamento Europeu sobre a Comunicação da Comissão relativa aos SIEG na Europa³⁰. O Parlamento advoga que os serviços económicos de interesse geral são actividades económicas consideradas *vitais* para os cidadãos e a sociedade como um todo, que assentam nos princípios da *continuidade*, *solidariedade*, *igualdade de acesso* e de *tratamento* de todos os utentes. Por sua vez, a qualificação de uma actividade específica como de interesse geral, bem como o respectivo nível de serviço garantido aos cidadãos depende, no entendimento da instituição parlamentar, da evolução

²⁵ Comunicação de 2001, quarto parágrafo.

²⁶ Decisão n.º 82/371, da Comissão, de 17 de Dezembro de 1981 (JOCE, série L, n.º 167, de 15.6.1982, p. 39).

²⁷ Decisão n.º 82/861, da Comissão, de 10 de Dezembro de 1982 (JOCE, série L, n.º 360, de 21.12.1982, p. 36).

²⁸ Decisão 90/16, da Comissão, de 20 de Dezembro de 1989 (JOCE, série L, n.º 90, de 12.1.1990).

²⁹ Decisão 91/50, da Comissão, de 16 de Janeiro de 1991 (JOCE, série L, n.º 28, de 2.2.1991).

tecnológica, das concepções de sociedade e das tradições e recursos económicos de cada Estado-membro.

O Parlamento, tal como a Comissão Europeia, reflecte uma *visão não cristalizada* dos SIEG: os serviços que são hoje reconhecidos como tal, poderão, no futuro próximo, deixar de o ser; ao invés, nada impede que serviços que presentemente não são considerados como de interesse geral pelos Estados-membros e pelas instituições o venham a ser no futuro.

Sem prejuízo do que fica dito, o Parlamento Europeu entende que no estágio actual podem consubstanciar SIEG as actividades das redes principais, incluindo o abastecimento de água, de electricidade e de gás, bem como, os caminhos-de-ferro, os transportes públicos locais, a radiodifusão, as telecomunicações e os serviços postais.

No que giza à delimitação de competências *ratione materiae* entre Estados-membros e instituições comunitárias, considera que o princípio da *subsidiariedade* aconselha a que se deixe aos Estados-membros: (i) a *responsabilidade principal* pela definição dos serviços públicos; (ii) a *determinação* das condições impostas aos operadores em termos de âmbito, nível e qualidade; (iii) os *instrumentos jurídicos* necessários para a selecção do operador; (iv) o *financiamento* do serviço; e (v) a adopção do *método de regulamentação*.

Concordamos inteiramente com a posição assumida pelo Parlamento Europeu, já que as autoridades nacionais, pelo conhecimento que têm da realidade interna, são aquelas que se encontram em melhores condições para, a partir do conhecimento da realidade nacional, identificarem as necessidades sentidas no seu território.

Todavia, como contraponto, e em consonância com a Comissão, o Parlamento considera a União Europeia competente no domínio dos serviços públicos, quer *negativamente* por via dos limites que decorrem das normas fundamentais que regulam o mercado interno (supressão dos direitos especiais dos operadores, caso constituam um obstáculo à livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços ou à concorrência a nível europeu), quer *positivamente* dando cumprimento à obrigação imposta pelo Tratado à Comunidade de proteger o interesse geral (como se prevê, aliás, no artigo 86.º, n.º 3 CE), bem como por via da competência que lhe é atribuída em matéria de coesão económica e

³⁰ Resolução do Parlamento Europeu sobre a Comunicação da Comissão relativa aos serviços de interesse geral na Europa” [COM (96) 0443-C4-0507/96] (JOCE, série C, n.º 14, de 19.1.98, pp. 74-78).

social, de protecção do consumidor, de protecção do meio ambiente e de redes transeuropeias.

A concluir, e no que respeita a *ratio essendi* destes serviços, advoga o Parlamento que os mesmos constituem um *elemento essencial da coesão económica e social* e que – para além da importância de que se revestem para os cidadãos das zonas desfavorecidas ou de baixa densidade populacional – traduzem um elemento não despiciendo para desenvolver as actividades económicas dessas zonas; devendo, como tal, ser prestados sem encargos suplementares para os contribuintes e com níveis de preços sensivelmente equivalentes aos oferecidos noutras zonas mais favorecidas ou de maior densidade populacional do Estado-membro, pondo em prática a designada *perequação tarifária*.

A POSIÇÃO DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL

O Comité Económico e Social, composto, como resulta do artigo 257.º do Tratado CE, por representantes da sociedade civil organizada da União Europeia, teve já oportunidade de ventilar a sua opinião sobre os SIEG. Com efeito, em 2002, na sequência de um pedido formulado pela Comissão ao abrigo do artigo 262.º CE, emitiu um Parecer sobre os Serviços de Interesse Geral³¹.

O Comité, no que diz respeito à distinção entre *serviços de interesse geral e serviços de interesse económico*, teve a mesma percepção que a Comissão quanto ao significado dos conceitos: os primeiros designam as actividades de serviços, com fins lucrativos ou não, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitas a obrigações específicas de serviço público. Os segundos, por seu turno, referem-se aos *serviços de mercado* que os Estados-membros sujeitam a obrigações de serviço público com base em critérios de interesse geral. Em total harmonia com a Comissão e com o Parlamento Europeu, considera ainda que estes serviços constituem um *conceito dinâmico e evolutivo*.

No entanto, no que respeita à delimitação de competências entre a Comunidade e os Estados-membros veicula uma *visão omnicomunitária*: «é necessário um apuramento do conceito comunitário de serviços de interesse geral, bem como dos seus objectivos e

³¹ Parecer do Comité Económico e Social sobre os Serviços de Interesse Geral (JOCE, série C, n.º 241, de 7.10.2002, pp. 119-127).

missões, que devem assentar em instrumentos jurídicos de carácter supranacional», que não nos parece adequada.

Quanto ao funcionamento dos serviços, defende que os mesmos devem atender aos princípios que se passam a enunciar: (i) *igualdade de acesso*, com o desiderato de ser evitada a exclusão social; (ii) *continuidade do serviço*, a prestação do serviço deve ser contínua, regular e ininterrupta; (iii) *universalidade*, o serviço deve ser prestado em todo o território do Estado-membro, nomeadamente, nas zonas rurais, insulares, ou ultraperiféricas; (iv) *qualidade*, a prestação deve obedecer a critérios quantitativos e qualitativos e ser objecto de avaliações periódicas; e (v) *adaptabilidade*, os serviços devem ser objecto de adaptações regulares consoante as prioridades políticas da Comunidade e as necessidades sociais.³²

A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas três últimas décadas, o Tribunal de Justiça pronunciou-se em várias ocasiões sobre a problemática dos SIEG e o alcance do artigo 86.º, quer por impulso das instâncias judiciais nacionais, no quadro do reenvio prejudicial consagrado no artigo 234.º do Tratado CE, quer por iniciativa da Comissão, no âmbito de acções por incumprimento fundadas no artigo 226.º do mesmo Tratado, quer ainda no âmbito de recursos de anulação, fundados no artigo 230.º, desencadeados por Estados-membros contra actos adoptados pela Comissão com base no artigo 86.º, n.º 3. Dessa jurisprudência resultam orientações da maior relevância, que vamos referir de seguida.

Em primeiro lugar, segundo o Tribunal de Justiça, os SIEG representam um *interesse maior* para os Estados-membros (acórdão “Muller”³³) e *têm características específicas e dissociáveis face às actividades ditas comuns* (acórdãos “Merci convenzionali porto di Génova”³⁴, “GT-Link”³⁵, “Corsica Ferries”³⁶, “Paul Corbeau”³⁷, “Raso”³⁸ e “Ambulanz Glöckner”³⁹).

³² Cfr. Parecer do Comité Económico e Social, ponto 4.9.

³³ Acórdão de 14 de Julho de 1971, “Muller”, processo 10/71, Recueil 1971-3, p. 723

³⁴ Acórdão de 10 de Dezembro de 1991, “Merci Convenzionali Porto de Génova”, processo C-179/90, Colect. 1991-10, p. I-5889.

³⁵ Acórdão de 17 de Julho de 1997, “GT-Link”, processo C-242/95, Colect. 1997-7, p. I-4449.

³⁶ Acórdão de 18 de Junho de 1998, “Corsica Ferries”, processo C-266/96, Colect., 1998-6 p. I-3949.

³⁷ Acórdão de 19 de Maio de 1993, “Paul Corbeau”, processo C-320/91, Colect. 1993-5, p. I-2533.

³⁸ Acórdão de 12 de Fevereiro de 1998, “Raso e outros.”, processo C-163/96, Colect. 1998-2, p. I-533.

³⁹ Acórdão de 25 de Outubro de 2001, “Ambulanz Glöckner”, processo C-475/99, Colect. 2001-10 (B), p. I-8089.

Em segundo lugar, o SIEG tem de ser incumbido a uma empresa mediante um *acto público discricionário* (acórdãos “BRT / SABAM”⁴⁰, “Züchner”⁴¹, “Ahmed Saeed”⁴²); para esse efeito, um acto legislativo indistintamente aplicável a todas as empresas que exerçam determinada actividade, ainda que concatenado com um poder de fiscalização estatal acima dos parâmetros normais, não traduz a atribuição da missão específica de prestação de um SIEG (acórdão “GVL”⁴³).

Em terceiro lugar, o conceito de empresa encarregue da gestão de um serviço de interesse económico geral é de *interpretação restrita*, por traduzir uma excepção à aplicação das regras do Tratado CE (acórdão “BRT / SABAM”⁴⁴).

Em quarto lugar, uma empresa pode exercer, em simultâneo, actividades que traduzem e outras que não traduzem a gestão de um SIEG (acórdãos “Ahmed Saeed”⁴⁵, “RTT / GB-INNO-BM”⁴⁶, “Paul Corbeau”⁴⁷ e “Ambulanz Glöckner”⁴⁸).

Em quinto lugar, uma empresa incumbida da gestão de um SIEG pode reservar para si, para além da actividade que exerce em regime de exclusividade, uma actividade conexas, mas distinta, para assegurar o *equilíbrio financeiro* da primeira (acórdãos “Paul Corbeau”⁴⁹ e “Ambulanz Glöckner”⁵⁰).

Em sexto lugar, a empresa incumbida da gestão de um SIEG beneficia da excepção à aplicação das normas do Tratado CE (designadamente, das normas de concorrência), na medida em que a aplicação de tais normas obste ao cumprimento da missão particular que lhe foi confiada – *não sendo necessário que esteja em causa o equilíbrio financeiro da empresa* para que possa beneficiar da derrogação à aplicação das regras do Tratado CE –, na condição

⁴⁰ Acórdão de 21 de Março de 1974, “BRT / SABAM”, processo 127/73, Recueil 1974, p. 165.

⁴¹ Acórdão de 14 de Julho de 1981, “Züchner”, processo 172/80, Recueil 1981-6, p. 2021.

⁴² Acórdão de 11 de Abril de 1989, “Ahmed Saeed”, processo 66/86, Colect. 1989-4, p. 803.

⁴³ Acórdão de 2 de Março de 1983, “GVL”, processo 7/82, Recueil 1983-3, p. 483.

⁴⁴ Cfr. *supra*.

⁴⁵ Cfr. *supra*.

⁴⁶ Acórdão de 13 de Dezembro de 1991, “RTT / GB-INNO-BM”, processo C-18/88, Colect. 1991-10, p. I-5941.

⁴⁷ Cfr. *supra*.

⁴⁸ Cfr. *supra*.

⁴⁹ Cfr. *supra*.

⁵⁰ Cfr. *supra*.

no entanto de que o desenvolvimento das trocas comerciais não seja afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade (acórdão “Comissão / Países Baixos”⁵¹).

Em sétimo lugar, as actividades a seguir identificadas já foram reconhecidas pelo Tribunal de Justiça como podendo traduzir a gestão de um SIEG: *i*) a manutenção da navegabilidade de uma via fluvial (acórdão “Muller”⁵²); *ii*) as transmissões televisivas (acórdãos “Sacchi”⁵³ e “ERT”⁵⁴); *iii*) a exploração de uma linha aérea não rentável (acórdão “Ahmed Saeed”⁵⁵); *iv*) a operação da rede pública fixa de telefones (acórdão “RTT /GB-INNO-BM”⁵⁶); *v*) o serviço postal universal (acórdãos “Paul Corbeau”⁵⁷ e “TNT Traco”⁵⁸); *vi*) a distribuição de energia eléctrica a nível regional (acórdão “Almelo”⁵⁹); *vii*) a distribuição de energia eléctrica a nível nacional (acórdãos “Comissão/Países Baixos”, “Comissão/República Italiana” e “Comissão/República Francesa”⁶⁰); *viii*) a distribuição de gás natural (acórdão “Comissão/República Francesa”⁶¹); *ix*) o serviço universal de pilotagem em portos (acórdão “Corsica Ferries”⁶²); *x*) a gestão de um fundo de pensões sectorial complementar do regime geral (acórdãos “Albany”⁶³, “Brentjens”⁶⁴ e “Drijvende Bokken”⁶⁵); *xii*) a recolha de resíduos de obras não perigosos (acórdão “Sydhavnens Sten & Grus”⁶⁶); e *xiii*) o serviço de transporte de

⁵¹ Acórdão de 23 de Outubro de 1997, “Comissão / Países Baixos”, processo C-157/94, Colect. 1997-10, p. I-5699.

⁵² Cfr. *supra*.

⁵³ Acórdão de 30 de Abril de 1974, “Sacchi”, processo 155/73, Recueil 1974, p. 409.

⁵⁴ Acórdão de 18 de Junho de 1991, “ERT”, processo C-260/89, Colect. 1991-6, p. I-2925.

⁵⁵ Cfr. *supra*.

⁵⁶ Cfr. *supra*.

⁵⁷ Cfr. *supra*.

⁵⁸ Cfr. *supra*.

⁵⁹ Acórdão de 27 de Abril de 1994, “Almelo”, processo C-393/92, Colect. 1994-4, p. I-1477.

⁶⁰ Acórdãos de 23 de Outubro de 1997, “Comissão / Países Baixos”, processo C-157/94, Colect. 1997-10, p. I-5699; “Comissão / Itália”, processo C-158/94, Colect. 1997-10, p. I-5789; e “Comissão / República Francesa”, processo C-159/94, Colect. 1997-10, p. I-5815.

⁶¹ Cfr. *supra*.

⁶² Cfr. *supra*.

⁶³ Acórdão de 21 de Setembro de 1999, “Albany”, processo C-67/96, Colect. 1999 8/9 (B), p. I-5751.

⁶⁴ Acórdão de 21 de Setembro de 1999, “Brentjens”, processos apensos C-115/97 a C-117/97, Colect. 1999-8/9 (B), p. I-6025.

⁶⁵ Acórdão de 21 de Setembro de 1999, “Drijvende Bokken”, processo C-219/97, Colect. 1999-8/9 (B), p. I-6121.

⁶⁶ Acórdão de 23 de Maio de 2000, “Sydhavnens Sten & Grus”, processo C-209/98, Colect. 2000-5 (B), p. I-3799.

emergência em ambulância de pessoas doentes ou feridas (acórdão “Ambulanz Glöckner”⁶⁷).

Em nono lugar, as seguintes actividades não representam, à luz da jurisprudência do TJCE, a gestão de um SIEG: *i*) a exploração comercial dos direitos de autor (acórdãos “BRT/SABAM”⁶⁸ e “GVL”⁶⁹); *ii*) a transferência de capitais entre Estados-membros por uma instituição bancária (acórdão “Züchner”⁷⁰); *iii*) a realização de operações portuárias (acórdãos “Merci convenzionali porto di Genova”⁷¹, “GT-Link”, e “Raso”); e, por último, *iv*) a importação, comercialização, ligação, colocação em funcionamento e manutenção de aparelhos telefónicos (acórdão “RTT /GB-INNO-BM”⁷²).

Por último, e ainda à luz da construção pretoriana do Tribunal, podemos referir como características indissociáveis do SIEG: *i*) a relevância do serviço prestado; *ii*) a não discriminação; *iii*) a não consideração da rentabilidade económica de cada prestação individual; *iv*) a universalidade do serviço; *v*) a uniformidade do serviço; *vi*) a uniformidade das tarifas; *vii*) traduzir um serviço base ou essencial; *viii*) a disponibilidade permanente do serviço; *ix*) a actuação do prestador de modo responsável em relação à colectividade e em prol do interesse público; *x*) a contribuição do serviço para o desenvolvimento sustentado; *xi*) o elevado grau de solidariedade entre utilizadores; e *xii*) a actividade ser prestada de forma eficiente.

A NOSSA POSIÇÃO

Atento o exposto, sustentamos que o conceito de SIEG pode ser definido como o exercício por uma empresa, com base num acto discricionário, expresso, de uma autoridade pública local, regional ou nacional, de uma actividade económica com características específicas face a outras actividades da vida económica, considerada essencial e de interesse público, assente nos princípios da universalidade, igualdade, solidariedade, qualidade, continuidade e adaptabilidade, cujo exercício contribui para o desenvolvimento sustentado e para a coesão económica e social da Comunidade.

⁶⁷ Cfr. *supra*.

⁶⁸ Cfr. *supra*.

⁶⁹ Cfr. *supra*.

⁷⁰ Cfr. *supra*.

⁷¹ Cfr. *supra*.

⁷² Cfr. *supra*.

Por outro lado, e ainda do nosso ponto de vista, a definição dos SIEG não pode passar apenas pela instituições comunitárias, sob pena de uma visão centralizada do conceito, mas deve, sempre que possível, à luz do princípio da subsidiariedade e da proximidade, reflectir a pluralidade e as diversidades existentes nos Estados-membros, sejam elas a nível nacional, regional ou local. Para o efeito, os serviços de interesse económico geral, enquanto elemento essencial do *modelo social europeu*⁷³, devem ser objecto, a todo o passo, de interacção entre as autoridades nacionais e as instituições comunitárias.

De facto, num mundo em que os problemas e os interesses não têm fronteiras, seria um erro concentrar a autoridade máxima e o monopólio normativo numa única entidade.

2.1.1. OS AUXÍLIOS DE ESTADO E OS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL

Antes de darmos por concluída esta breve análise dos SIEG à luz, entre o mais, do artigo 86.º, n.º 2, do Tratado CE, consideramos relevante proceder à concatenação dos SIEG com o regime jurídico previsto no Tratado CE para os auxílios de Estado. Com efeito, apesar de um número não negligenciável de SIEG poderem ser prestados de forma rentável, sob as normais condições de mercado e sem o suporte financeiro dos Estados-membros, existem serviços que necessitam de subvenções públicas para poderem ser prestados à população nos termos e com a abrangência acima referida.

Como é sabido, o artigo 87.º, n.º 1 CE, sob a epígrafe “Os Auxílios Concedidos pelos Estados”, estipula como regra geral a incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado comum, dispondo:

«1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida que afectem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.»

⁷³ De acordo com a proposta apresentada pelo Governo Francês durante o Comité Económico e Social de 29 de Março de 1996, o *modelo social europeu* guinda-se pels seguintes princípios: o sucesso da Europa não pode excluir ninguém; a solidariedade é indissociável do sucesso económico; não existe nenhum dilema ou contradição entre progresso económico e social; o *welfare state* não é um luxo mas um factor de produção.

A questão que se coloca é a de saber se o financiamento atribuído pelo Estado-membro à empresa incumbida da gestão de um SIEG traduz, ou não, um auxílio de Estado, na aceção do artigo 87.º do Tratado CE. A resposta a esta questão é da máxima importância não apenas para os Estados-membros que financiam empresas incumbidas da gestão de SIEG mas também para as empresas que beneficiam das subvenções públicas.

A Comissão Europeia, até 1997, secundando o entendimento do Tribunal de Justiça vertido no acórdão “ADBHU”⁷⁴, considerava que as compensações necessárias à prossecução de obrigações de serviço público não constituíam auxílios de Estado⁷⁵. Contudo, pelo acórdão “FFSA”⁷⁶, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI) determinou que constituem auxílios de Estado as vantagens financeiras concedidas pelas autoridades públicas a uma empresa com o desiderato de custear as obrigações de serviço público. Este entendimento foi posteriormente confirmado pelo Tribunal de Justiça no recurso que foi interposto pela Comissão do aludido acórdão⁷⁷, bem como nos acórdãos “SIC/Comissão”⁷⁸ e “França/Comissão”⁷⁹, o primeiro do Tribunal de Primeira Instância, e o segundo do Tribunal de Justiça.

Ao abrigo desta construção, poder-se-ia considerar que este entendimento constituía jurisprudência assente no ordenamento jurídico comunitário: ou seja, as vantagens financeiras atribuídas a uma empresa incumbida da gestão do SIEG traduziriam um auxílio de Estado (que poderia no entanto ser justificado, nas condições previstas no artigo 87º, n.ºs 2 e 3 e ainda com base na excepção do artigo 86.º, n.º 2) .

⁷⁴ Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, “ABDHU”, processo 240/83, Recueil 1985-2, p. 531, n.ºs 16-21.

⁷⁵ Cfr. n.º 65 do acórdão “FFSA” (de 25 de Março de 1998, processo C-174/97P, Colect. 1998-3, p. I-1303), no qual se encontram explanadas as razões pelas quais a Comissão entende que as compensações atribuídas a empresas incumbidas da gestão de serviços de interesse económico geral não se traduzem em auxílios de Estado.

⁷⁶ Acórdão de 27 de Fevereiro de 1997 “FFSA”, processo T-106/95, Colect. 1997-1/2, p. II-229.

⁷⁷ Acórdão de 25 de Março de 1998, “FFSA”, processo C-174/97P, Colect. 1998-3, p. I-1303, n.º 6.

⁷⁸ Acórdão de 10 de Maio de 2000, “SIC / Comissão”, processo T-46/97, Colect. 2000-5, p. II-2125. Neste acórdão o TPI considerou de forma clara, secundando o entendimento da recorrente: «84. O facto de as autoridades públicas concederem uma vantagem financeira a uma empresa para compensar o custo das obrigações de serviço público pretensamente assumidas por essa empresa é irrelevante para efeitos de qualificação de tal medida de auxílio na aceção do n.º 1 [87.º CE], não prejudicando que tal elemento seja tomado em consideração no âmbito do exame da compatibilidade do auxílio em causa com o mercado comum, nos termos do n.º 2 do artigo 86.º CE.»

⁷⁹ Acórdão de 22 de Junho de 2000, “CELF”, processo C-332/98, Colect. 2000-6, p. I-4833.

Não obstante, em 2001, o Tribunal de Justiça, no acórdão “Ferring”⁸⁰ inverteu a sua orientação jurisprudencial, tendo considerado que, quando o Estado-membro compensa o custo das obrigações de serviço público que impõe a uma empresa, não lhe atribui um auxílio, limitando-se, ao invés, a compensar os custos decorrentes da prestação dessa actividade.

Desta forma, quando o financiamento estatal se limita a compensar uma desvantagem objectiva imposta pelo Estado ao destinatário do auxílio, não existe uma vantagem efectiva ou qualquer tipo de distorção da concorrência, não havendo, como tal, auxílio de Estado.

A questão veio a ser esclarecida, em termos que permitem antever alguma estabilidade da jurisprudência, no acórdão “Altmark Trans”⁸¹, que assume assim uma especial relevância.

No processo estava em causa a posição jurídica da empresa de transporte rodoviário “*Altmark Trans*”, à qual tinham sido atribuídas pela Região de Magdebourg, na Alemanha, licenças para a execução de serviços regulares de transporte de pessoas em autocarro em “*Landkreis Stendal*”. Para assegurar a prestação dos referidos serviços, a empresa carecia de subvenções públicas. A questão que se colocou, no âmbito do reenvio prejudicial, foi a de saber se a compensação do défice de exploração da “*Altmark Trans*” decorrente da actividade de transporte público de pessoas constituía, ou não, um auxílio de Estado à luz do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE.

A empresa, bem como os Governos Alemão e Espanhol, sustentaram perante o Tribunal, na esteira da jurisprudência “Ferring” (acima referida), que o financiamento estatal de serviços públicos não deveria constituir um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, caso as subvenções atribuídas pelas autoridades públicas não excedam os custos gerados pela prestação das obrigações de serviço público. Nesta matéria, alegaram que o conceito de auxílio que figura no artigo 87.º, n.º 1, apenas se aplica às medidas que proporcionam uma vantagem financeira às empresas beneficiárias e, nesse sentido, uma subvenção pública que se limita a compensar o custo ligado à prestação do serviço

⁸⁰ Acórdão de 22 de Novembro de 2001, “Ferring”, processo C-53/00, Colect. 2001-11(A), p. I-9067, n.º 26.

⁸¹ Acórdão de 24 de Julho de 2003, “Altmark Trans”, processo C-280/00, Colect. 2003-7 (B), p. I-7810, n.ºs 89 a 94.

público não proporciona qualquer vantagem efectiva à empresa beneficiária. Além disso, em tal caso, a concorrência não é falseada, pois qualquer empresa poderá beneficiar da subvenção pública na condição de fornecer os serviços públicos de transporte impostos pelo Estado.

Por sua vez, os Governos Dinamarquês, Francês, Holandês e do Reino Unido sustentaram, em substância, perante o Tribunal que deveria ser operada uma distinção entre duas categorias de situações: (i) as somas pagas pelas autoridades públicas não constituem um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE, quando exista umnexo directo e manifesto entre o financiamento estatal e as obrigações de serviço público claramente definidas; e (ii) as somas pagas pelas autoridades públicas constituem auxílios de Estado, quando não existe talnexo ou quando as obrigações de serviço público não estejam claramente definidas.

Na resposta às questões suscitadas, o Tribunal de Justiça, tendo em conta a jurisprudência “ABDHU”⁸² e “Ferring”⁸³ considera que, na medida em que uma subvenção represente a contrapartida das prestações efectuadas pela empresa beneficiária para cumprir obrigações de serviço público, a empresa não beneficia de uma vantagem financeira e, portanto, a compensação não tem por efeito colocar essa empresa numa posição concorrencial mais favorável, não caindo, como tal, no âmbito do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE⁸⁴.

Contudo, e sem prejuízo deste entendimento, o Tribunal estabelece no acórdão “Altmark Trans” (e este é o aspecto mais relevante desta decisão judicial) que para a compensação escapar à qualificação como auxílio de Estado, deve impreterivelmente preencher quatro condições cumulativas.⁸⁵

Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve ser formalmente incumbida do cumprimento das obrigações de serviço público e essas obrigações devem ser claramente definidas. Isto é, as obrigações de serviço público impostas à empresa têm de resultar de forma clara de medidas públicas (por exemplo, de actos legislativos, ou de contratos administrativos).

⁸² Cfr. *supra*.

⁸³ Cfr. *supra*.

⁸⁴ Cfr. n.º 87 do acórdão.

Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais é calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que a compensação implique uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes.

Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução dessas obrigações. O respeito desta condição é indispensável para garantir que não seja concedida à empresa qualquer vantagem que falseie ou ameace falsear a concorrência, por via do reforço da posição concorrencial da empresa.

Em quarto e último lugar, quando a escolha da empresa encarregue do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada através de um processo de concurso público que permita seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações⁸⁶.

Em síntese, na medida em que a subvenção concedida à empresa expressamente encarregue de obrigações de serviço público (leia-se de um SIEG), a fim de compensar os custos ocasionados pelo cumprimento destas obrigações, preencha as quatro condições cumulativas, tais subvenções não constituem um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE.

Este acórdão é, por isso, de grande importância para as empresas incumbidas da gestão de um SIEG, dado que passam a estar imunes, desde que preencham as condições impostas pelo Tribunal, ao âmbito de aplicação das regras relativas aos auxílios de Estado.

⁸⁵ Acórdão de 24 de Julho de 2003, “Altmark Trans”, processo C-280/00, Colect. 2003-7 (B), p. I-7810, n.ºs 89 a 94.

⁸⁶ Quanto a esta terceira condição, cumpre frisar que a Comissão no Relatório apresentado ao Conselho Europeu de Laeken pela Comissão Europeia, ponto 19 [que retoma a aproximação efectuada no Regulamento (CEE) n.º 1191/69, do Conselho, de 26 de Junho, relativo à acção dos Estados-membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público (JOCE, série L, n.º 156, de 28.6.1969)], já referia que caso a empresa incumbida do serviço de interesse económico geral for escolhida no quadro de um

Neste particular, em 18 de Dezembro de 2003, no processo N 475/03, a Comissão Europeia aplicou pela primeira vez a jurisprudência que decorre do acórdão “Altmark Trans”. Com efeito, por forma a garantir a segurança de abastecimento de energia eléctrica na Irlanda, a Comissão autorizou a concessão de auxílios destinados a promover investimentos em novas centrais eléctricas, por considerar que não existiam auxílios de Estado, dado que os quatro critérios estabelecidos no acórdão “Altmark Trans” estavam preenchidos.

Traçados e dilucidados os principais aspectos do Direito da União Europeia no campo dos SIEG, deslocamos a nossa análise para a concretização do conceito no ordenamento jurídico nacional.

3. ANÁLISE DO SISTEMA PORTUGUÊS

3.1. O DECRETO-LEI N.º 558/99, RELATIVO AO SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO E ÀS EMPRESAS PÚBLICAS

O Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico do sector público empresarial português, define no artigo 19.º, o estatuto aplicável às empresas encarregadas da gestão de SIEG, dispondo:

- «1. Para efeitos do presente diploma são consideradas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral aquelas cujas actividades devam assegurar a universalidade e continuidade dos serviços prestados, a coesão económica e social e a protecção dos consumidores, sem prejuízo da eficácia económica e do respeito dos princípios da não discriminação e da transparência.
2. Salvo quando a lei dispuser diversamente, os termos em que a gestão é atribuída e exercida constarão de contrato de concessão.»

Sublinhamos que o Legislador nacional, atento o exposto no artigo 16.º do Tratado CE, optou, deliberadamente, por não efectuar qualquer tipificação exaustiva desta

procedimento concursal equitativo, transparente e não discriminatório, passa a haver uma presunção *iuris et de iure* de que o valor da compensação é compatível com o n.º 2, do artigo 86.º CE.

categoria de serviços, por, no seu entendimento, se afigurar como uma solução demasiado limitativa e rígida.

Estabelece, no entanto, no artigo 20.º, os princípios orientadores para as empresas incumbidas da missão de gerir um SIEG, a saber:

- prestar o serviço o conjunto do território nacional, sem discriminação das zonas rurais e do interior;
- promover o acesso da generalidade dos cidadãos, em condições financeiras equilibradas, a bens e serviços essenciais, procurando, na medida do possível, que todos os utilizadores tenham direito a tratamento idêntico e neutro, sem quaisquer discriminações, quer quanto ao funcionamento dos serviços, quer quanto a contraprestações devidas, a menos que o interesse geral o justifique;
- assegurar o cumprimento das exigências de prestação de serviços de carácter universal relativamente a actividades económicas cujo acesso se encontre legalmente vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza;
- garantir o fornecimento de serviços ou a gestão de actividades cuja rentabilidade não se encontre assegurada, em especial devido aos investimentos necessários ao desenvolvimento de infra-estruturas ou redes de distribuição, ou, ainda, devido à necessidade de realizar actividades comprovadamente deficitárias;
- zelar pela eficácia da gestão das redes de serviços públicos, procurando, designadamente, que a produção, o transporte e distribuição, a construção de infra-estruturas e a prestação do conjunto de tais serviços se processem de forma articulada, tendo em atenção as modificações organizacionais impostas por inovações técnicas ou tecnológicas;
- cumprir obrigações específicas, relacionadas com a segurança, com a continuidade e qualidade dos serviços e com a protecção do ambiente, devendo tais obrigações ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e susceptíveis de controlo.

Salientamos que, apesar do artigo realizar uma menção expressa a *empresas públicas*⁸⁷, por força do artigo 36.º, n.º 4, do respectivo diploma, as duas referidas normas são, reflectindo o regime neutro do já citado artigo 295.º do Tratado CE, inteiramente aplicáveis a todas as empresas encarregues da gestão de SIEG, independentemente da sua natureza pública ou privada.

O Decreto-Lei prevê que o Estado, para a realização das finalidades acima referidas, possa recorrer à celebração de contratos com as empresas incumbidas da prestação destes serviços, contemplando, designadamente, a atribuição de indemnizações compensatórias na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, em sintonia, dizemos nós, com a orientação consagrada no acórdão “Altmark Trans” (cfr, neste sentido, o artigo 21.º do diploma), acima mencionado.

O regime nacional estabelece ainda, no artigo 22.º, o princípio da *participação* e da *cooperação* dos utentes dos SIEG na definição dos objectivos das empresas encarregadas da gestão desse serviços.

Sublinhamos, por último, que a própria Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência, estabelece *ex novo*⁸⁸ no ordenamento jurídico nacional a protecção dos SIEG no campo jusconcorrencial. Assim, em sintonia com o artigo 86.º do Tratado CE, dispõe no artigo 3.º:

«Artigo 3.º

- 1. As empresas públicas e as empresas a quem o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pelo disposto na presente lei, sem prejuízo do disposto no número seguinte.**
- 2. As empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto no**

⁸⁷ O Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro que revoga o Decreto-Lei n.º 270/76, de 8 de Abril, define empresas públicas no seu artigo 3.º como: as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: *i)* detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; e *ii)* direito de designar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.

⁸⁸ Com efeito, o anterior regime jurídico da concorrência, previsto no Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, não previa nenhuma derrogação à aplicação das regras de concorrência para o caso específico de empresas incumbidas da prestação de SIEG.

presente diploma, na medida em que a sua aplicação não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.»⁸⁹

Atento o exposto, podemos afirmar, com segurança, que existe sintonia entre os regimes nacional e comunitário no campo dos princípios aplicáveis aos SIEG.

3.2. A LEI N.º 22/96, DE 26 DE JUNHO, QUE CRIA MECANISMOS DESTINADOS A PROTEGER O UTENTE DO SERVIÇO PÚBLICO

Sem prejuízo do referido Decreto-Lei n.º 558/99 e na Lei n.º 18/2003, cumpre trazer ainda à colação a Lei n.º 23/96, de 26 de Junho, que cria no ordenamento nacional mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos.

Neste diploma, o Legislador reconhece que constituem *serviços públicos essenciais*: *i) o fornecimento de água; ii) o fornecimento de energia eléctrica; iii) o fornecimento de gás; e iv) o fornecimento de serviços telefónicos.*

Este instrumento demonstra a importância vital que qualquer um destes serviços reveste para o País, encontrando-se as actividades identificadas sujeitas a obrigações específicas.

Com efeito, o prestador do *serviço essencial* deve sempre proceder de *boa-fé* e em conformidade com os ditames que decorrem da natureza pública do serviço; a sua prestação obedece a *elevados padrões de qualidade*; e encontra-se proibido de impor a cobrança de consumos mínimos ao utente.⁹⁰

Consideramos, no entanto, que o Legislador poderia ter ido mais longe no campo específico da água para consumo humano, estabelecendo, para certas situações devidamente enquadradas, a proibição legal de o fornecimento de água ser interrompido por falta de pagamento da factura pelo consumidor final, dado que se trata de um bem de primeiríssima necessidade.

⁸⁹ Note-se que na redacção do n.º 2, do artigo 3.º, o Legislador nacional, no plano do direito da concorrência, foi mais exigente que o Legislador comunitário, no que se refere à atribuição do SIEG, dado que exige a atribuição do serviço por norma legal, enquanto que, no âmbito do direito comunitário, a atribuição pode ser efectuada por qualquer acto do Estado no uso do seu *ius imperii*, por exemplo, lei, contrato de concessão ou acto administrativo.

⁹⁰ Cfr. artigos 3.º, 7.º e 8.º, respectivamente.

A Lei de 1996 estabelece ainda o direito de participação dos utentes, mediante consulta, aquando de actos de definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos e demais actos de natureza genérica que sejam celebrados entre o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias e as entidades concessionárias.

Para esse efeito, as entidades públicas que representam o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias devem comunicar atempadamente às organizações representativas dos utentes os respectivos projectos e propostas.

De igual modo, as organizações representativas dos utentes têm o direito de ser ouvidas relativamente à definição das grandes opções estratégicas das empresas concessionárias de serviços públicos, desde que o serviço seja prestado em regime de monopólio⁹¹.

Analisado o enquadramento jurídico nacional e comunitário aplicável aos SIEG, passamos agora, tal como nos propusemos, a incidir a nossa análise sobre o sector da água e do saneamento. Para esse efeito, começamos, antes demais, por referir as razões que estão na base do regime instituído em 1993 quanto aos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes.

3.3. AS RAZÕES QUE ESTÃO NA BASE DA CRIAÇÃO EM 1993 DOS SISTEMAS MULTIMUNICIPAIS DE CAPTAÇÃO, TRATAMENTO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA PARA CONSUMO PÚBLICO E DE RECOLHA, TRATAMENTO E REJEIÇÃO DE EFLUENTES

Para um enquadramento correcto da matéria que nos propomos analisar, é necessário, antes de mais, conhecer as razões que levaram à criação do modelo dos sistemas multimunicipais. Com efeito, a criação, pelo Estado Português, em 1993, do modelo dos sistemas multimunicipais teve por objectivo garantir o acesso da população portuguesa, em todo o território nacional, sem discriminações e em condições de qualidade adequada, aos serviços públicos essenciais de distribuição de água ao domicílio, de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos (estes últimos não são objecto do Relatório, motivo pelo qual de ora em diante nos absteremos de mencioná-los, mesmo quando a lei faça alusão expressa aos mesmos).

⁹¹ Cfr. artigo 2.º.

O modelo tem também por objectivo promover a melhoria e protecção do ambiente, designadamente a recuperação dos meios hídricos e subterrâneos.

Para se compreender a importância decisiva que têm os sistemas multimunicipais na consecução dos referidos objectivos, é necessário ter presente a situação em que Portugal se encontrava em 1993, no final do período de programação financeira que correspondeu ao primeiro Quadro Comunitário de Apoio - QCA I - executado na sequência da reforma dos fundos estruturais realizada no âmbito da Comunidade Europeia em 1988.

Com efeito, em 1993, embora se tivesse verificado um progresso significativo relativamente a 1988, os níveis de atendimento das populações servidas por sistemas domiciliários de abastecimento de água e de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas eram, em Portugal, ainda de 82% e de 35% [cfr, dados que constam do PEAASAR – Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais (2000-2006)⁹²], respectivamente, valores substancialmente inferiores aos níveis médios comunitários.

Em causa estava, sobretudo, o facto de a resolução do problema do abastecimento domiciliário de água e de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas não poder ser alcançada, com um mínimo de eficiência, de forma dispersa e fragmentada, pelos mais de 300 municípios portugueses individualmente. Era necessário desenvolver soluções integradas, agrupando municípios vizinhos, e tendo em conta a realidade física das bacias hidrográficas. Havia que intervir não só na expansão dos sistemas de abastecimento de água e de tratamento de águas residuais, mas também na fiabilidade dos serviços, na qualidade das águas distribuídas para consumo humano e na qualidade do efluente final tratado.

A constatação desta realidade e a consciência de que a generalidade dos mais de 300 Municípios portugueses não dispunha, nem de meios financeiros, nem de meios técnicos que permitissem ultrapassar, com eficácia e num período relativamente curto, as graves insuficiências acima referidas, levaram o Governo Português, depois de ouvida a Associação Nacional dos Municípios Portugueses, a legislar no sentido da assunção de

⁹² O “PEAASAR – Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais (2000-2006)”, do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, de Abril de 2000, é junto ao Relatório como **Anexo 1**.

responsabilidades directas, por parte do Estado, quer ao nível do investimento quer ao nível da exploração e gestão dos serviços públicos acima referidos.

Foi assim que, justamente em 1993, através do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, foi adoptado o regime jurídico base que levou à criação dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos.

Os princípios consagrados no Decreto-Lei n.º 379/93 foram subsequentemente desenvolvidos, através da aprovação de legislação específica, referente aos dois domínios já mencionados, no quadro de uma estratégia de alcance nacional, que foi prosseguida por todos os Governos desde 1993. Assim:

- o Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, estabeleceu o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público;
- o Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, estabeleceu o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes; e
- o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, estabeleceu o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes.

Os sistemas multimunicipais que vieram a ser criados com base nesta legislação permitiram a melhoria dos indicadores acima referidos.

Assim, em 1999, 90% da população portuguesa estava servida por sistemas domiciliários de abastecimento de água (não tendo sido possível, no entanto, atingir o objectivo de 95%, que tinha sido fixado), e 75% e 55% estava servida, respectivamente, por sistemas de drenagem e de tratamento de águas residuais urbanas (números que, representando embora um progresso significativo, ficavam ainda aquém da meta de 90% que tinha sido estabelecida para o período de 1994-1999).

O tempo que foi necessário para a aprovação do quadro legislativo acima mencionado, que só ficou completo entre 1996 e 1997, e para o arranque efectivo da

aplicação prática do modelo dos sistemas multimunicipais, explica, em grande medida, por que não foi possível atingir, até 1999, os objectivos fixados no QCA II.

Por outro lado, sem prejuízo dos progressos registados no período 1994-1999, a avaliação que as autoridades portuguesas efectuaram dos resultados do esforço de investimento realizado, levou à conclusão de que, não obstante a evolução positiva que ocorrera, subsistiam factores estruturais negativos que era imprescindível corrigir.

Assim, quanto ao abastecimento de água:

- mantinha-se uma acentuada dispersão e multiplicidade de origens de água, associada a um número muito elevado de sistemas de pequena dimensão, em muitos casos envelhecidos e pouco fiáveis (mais de 4000 sistemas - 90% do número total - serviam, cada um, menos de 5000 habitantes e, no total, apenas 20% da população);
- não obstante o aproveitamento de novas origens de água que permitiam reforçar a fiabilidade dos serviços e a qualidade da água para consumo humano distribuída pelos sistemas associados a essas origens, subsistiam, em várias zonas do País, muitas origens de água com problemas graves de quantidade (derivados da irregularidade do regime hidrológico natural), o que inibe assegurar a fiabilidade dos serviços de abastecimento de água; em alguns casos subsistiam também problemas de qualidade, implicando o reforço dos processos de tratamento para potabilização da água captada e o aumento do controlo da qualidade da água distribuída;
- continuavam a verificar-se falhas significativas, em muitos sistemas, quer quanto ao abastecimento em contínuo ao longo do dia, quer quanto à pressão na rede e quanto à duração média das reparações;
- mantinham-se níveis muito elevados de perdas de água e de consumos não facturados, situando-se, na grande maioria dos sistemas, acima de 40% da água captada e tratada;
- verificavam-se carências muito significativas de pessoal especializado para a operação e manutenção dos sistemas, sobretudo nos sistemas de pequena dimensão;

- a ausência de uma gestão integrada, para além de ocasionar uma elevada percentagem média de perdas em todo o País, tornava muito onerosa a realização de uma monitorização, de um controlo e de uma fiscalização eficientes, em termos sanitários, operacionais e contabilísticos, sobretudo nos Municípios com sistemas de pequena dimensão, sem condições para manter uma gestão profissionalizada.

Muitas das debilidades acima referidas a propósito do abastecimento de água podiam também ser constatadas quanto ao saneamento básico, sendo ainda de sublinhar, quanto a este domínio específico:

- o deficiente funcionamento de muitas infra-estruturas, com destaque para muitas das estações de tratamento de águas residuais;
- ser muito oneroso o controlo da qualidade das águas residuais descarregadas nos meios receptores por muitos sistemas de reduzida dimensão;
- a falta de pessoal especializado, em particular, nos sistemas de pequena dimensão;
- e a falta de uma visão integrada do ciclo urbano da água, implicando não só o abastecimento de água para consumo público e a rejeição e tratamento de águas residuais, mas também a reutilização dos efluentes tratados.

O diagnóstico realizado em 1999 tornou claro que só através da prossecução e do reforço da estratégia integrada que esteve na base do modelo dos sistemas multimunicipais, criados em 1993, seria possível ultrapassar as deficiências constatadas e recuperar o atraso na consecução das metas anteriormente fixadas.

Sem a implementação do referido modelo seria muito difícil assegurar o cumprimento, em tempo útil, das obrigações que decorrem das normas comunitárias em matéria ambiental, em especial, as que resultam das directivas que de seguida se indicam:

- Directiva 75/440/CEE do Conselho, de 16 de Junho de 1975, relativa à qualidade das águas destinadas à produção de água potável;

- Directiva 76/160/CEE do Conselho, de 8 de Dezembro de 1975, relativa à qualidade das águas balneares;
- Directiva 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à protecção das águas subterrâneas;
- Directiva 91/271/CEE do Conselho, de 21 de Maio 1991, relativa ao tratamento de águas residuais urbanas, com as alterações que decorrem da Directiva 98/15/CE da Comissão, de 27 de Fevereiro de 1998;
- Directiva 98/83/CE do Conselho, de 3 de Novembro de 1998, relativa à qualidade da água destinada ao consumo humano;
- Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água, com as alterações que decorrem da Decisão n.º 2455/2001/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 2001.

Ou seja, a criação, entre o mais, dos sistemas multimunicipais em 1993 teve por objecto defrontar e suplantar as graves dificuldades então sentidas no sector, tendo os instrumentos jurídicos adoptados por objecto a prossecução dos objectivos de política ambiental e de bem-estar das populações que o Estado se propõe atingir.

O artigo 2º do Decreto-Lei nº 379/93, ao enunciar os princípios gerais que estão na base da reforma de 1993, sintetiza as traves mestras do sistema: *prossecução do interesse público, carácter integrado dos sistemas multimunicipais, eficiência e gestão empresarial.*

O desafio com que o Estado Português está confrontado tinha, e tem, dimensões impressionantes. Basta sublinhar que a realização dos objectivos (quantitativos e qualitativos) definidos para o actual período 2000-2006, implica a realização de investimentos globais da ordem dos 6000 milhões de euros nos sistemas em «alta» (a que acrescem cerca de 3000 milhões de euros, destinados aos sistemas em «baixa»), correspondentes à montagem, e/ou reabilitação, assim como à exploração e gestão de sistemas multimunicipais que integram 200 captações de água, 8500 km de adutores e interceptores, 700 ETAR (estações de tratamento de águas residuais), 90 ETA (estações de tratamento de água), 1000 EE (estações elevatórias) e 380 reservatórios.

Em conformidade com as opções estratégicas acima enunciadas, as autoridades portuguesas têm promovido, desde 1993, em todo o território nacional, de forma sistemática e coerente, a criação de sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento, e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos.⁹³

Note-se que a sistemas multimunicipais financeiramente mais desfavoráveis – em resultado, nomeadamente, da baixa densidade populacional, do povoamento disperso, ou das dificuldades e obstáculos que decorrem da geografia das diferentes regiões do País – têm sido atribuídas maiores percentagens de financiamento nacional e comunitário a fundo perdido, de modo a que, no conjunto do território nacional, a tarifa fique contida dentro do intervalo considerado socialmente aceitável, dando, deste modo, cumprimento ao princípio da solidariedade, pelo qual se pauta um autêntico SIEG.

3.3.1. O ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

Como resulta do que acima já fica dito, a criação, pelo Estado Português, do modelo dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes assenta em razões imperiosas de interesse público.

E essas razões assentam, desde logo, nas tarefas que a Constituição da República comete ao Estado.

Com efeito, nos termos do artigo 9º, alínea d), da Constituição da República Portuguesa (**CRP**), constitui uma das tarefas fundamentais do Estado a promoção do bem-estar e da qualidade de vida dos cidadãos.

Em consequência, no que respeita mais precisamente às incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social, a CRP prevê, por um lado, a «*adoção de uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos*» e, por outro, a «*promoção do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas*» [cfr. artigo 81.º, alíneas a) e m), da CRP].

⁹³ No que se refere à caracterização e evolução dos sistemas de Abastecimento de Água e de Saneamento em Portugal vejam-se os dados coligidos e constantes do **Anexo 2**, recolhidos nos endereços de *internet* da AdP – Águas de Portugal, S.G.P.S, S.A., do Instituto Regulador da Água e do Instituto da Água.

Até 1993, prevaleceu a concepção segundo a qual o cumprimento das missões de interesse geral relativas à distribuição de água para consumo público, ao saneamento básico e à recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, implicava uma reserva absoluta de tais actividades para o Estado (conceito que abrange os Municípios, pessoas jurídicas de direito público, de base territorial, que integram a organização territorial do Estado).

Tal era o regime que decorria da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho (a chamada “Lei de Delimitação de Sectores”).

Em 1993, a Lei de Delimitação de Sectores foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro. Este diploma, mantendo embora aqueles sectores como sectores reservados, admitiu no entanto a possibilidade do exercício das referidas actividades em regime de concessão, isto é, sob controlo das autoridades públicas.

Estabelecia-se no entanto, quanto aos sistemas multimunicipais, que a eventual outorga de concessões seria sempre da competência do Estado e que as entidades concessionárias teriam que ter sempre, necessariamente, capitais maioritariamente públicos, excepto no caso dos sistemas municipais.

Este regime mantém-se na Lei de Delimitação de Sectores actualmente em vigor, a Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho.

3.3.2. O DECRETO-LEI N.º 379/93, DE 5 DE NOVEMBRO, QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO DE EXPLORAÇÃO E GESTÃO DOS SISTEMAS MULTIMUNICIPAIS E MUNICIPAIS DAS ACTIVIDADES RELATIVAS À ÁGUA PARA CONSUMO HUMANO E AOS EFLUENTES

A adopção do regime jurídico aplicável à criação e gestão de sistemas multimunicipais teve em atenção o enquadramento, designadamente de carácter constitucional, referido no número anterior.

O referido regime jurídico foi definido, primeiro, através do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, que fixa os princípios gerais aplicáveis, e de seguida, através do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, quanto aos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público, e do Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, quanto ao regime jurídico dos sistemas multimunicipais de recolha,

tratamento e rejeição de efluentes e do Decreto-Lei n.º 147/95, quanto aos sistemas municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes.

O Decreto-Lei n.º 379/93, distingue os sistemas municipais dos sistemas multimunicipais, definindo os últimos, logo no preâmbulo, como *“os sistemas em «alta» (a montante da distribuição de água ou a jusante da colecta de esgotos e sistemas de tratamento de resíduos sólidos), de importância estratégica, que abrangem a área de pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante do Estado”*.

É só em relação a estes sistemas multimunicipais, que são os sistemas essenciais para a infra-estruturação básica do território nacional, que a lei comete responsabilidades directas ao Estado, enquanto Administração Central, estabelecendo, em conformidade a obrigatoriedade de o capital social da entidade que explora o sistema multimunicipal ser detido maioritariamente por entidades públicas.⁹⁴

No que diz respeito aos sistemas municipais (que são sobretudo sistemas em «baixa», isto é, p.ex. quanto à distribuição de água, sistemas que permitem levar a água, já depois de tratada e purificada, dos reservatórios afectos às diferentes povoações até aos consumidores finais), o Decreto-Lei n.º 147/95, prevê que podem ser explorados e geridos, ou directamente pelos Municípios ou, em alternativa, em regime de concessão, mediante realização de concursos públicos.

Já quanto aos sistemas multimunicipais – cuja exploração e gestão cabe ao Estado, – o Legislador estabeleceu um enquadramento jurídico complexo, conjugando para o efeito elementos que são próprios do Direito Público com elementos que são próprios do Direito Privado.

Através desse regime, pretendeu-se assegurar, por um lado, que o Estado - no essencial, através do Ministro do Ambiente - exerce um controlo estrito sobre a actividade das entidades que gerem os serviços públicos que são prestados pelos sistemas multimunicipais, e por outro, que essas entidades podem ser objecto de uma gestão empresarial, que é a mais adaptada às missões que o Estado lhes comete (para o que lhes foi dada a forma de sociedades anónimas).

⁹⁴ Cfr. artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 379/93.

É assim possível compatibilizar a utilização de métodos de gestão típicos ou próprios da gestão empresarial pública com a estrita dependência dessas sociedades em relação ao Ministro do Ambiente.

É ainda o Governo que decide qual o objecto social dessas sociedades, restringindo o mesmo à exploração e gestão dos sistemas multimunicipais. Assim, na área geográfica que corresponde a cada sistema multimunicipal, e para cada um dos serviços públicos que estão em causa, o Estado constitui uma entidade gestora, sob a forma de sociedade concessionária, que assegura a respectiva exploração e gestão (produzindo água para consumo público, que é fornecida aos municípios que integram o sistema; e recolhendo, tratando e rejeitando, nos meios hídricos apropriados, os efluentes que provêm de cada Município).

Note-se, no entanto que, no âmbito de um determinado sistema multimunicipal, a mesma entidade concessionária pode assegurar a gestão de mais do que um serviço público, como sucede, em muitos casos, com a captação e tratamento de água para consumo público e com a recolha, tratamento e rejeição de efluentes.

Como acima se disse, para regular as relações que se estabelecem entre o Estado e as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais (e atendendo a que estas têm a forma jurídica de sociedades anónimas, pelas razões que foram explicadas) foi-se buscar inspiração ao regime jurídico das concessões.

É que assim, para além do controlo que o Estado exerce sobre a sociedade concessionária enquanto accionista que detém o controlo exclusivo da mesma – no quadro de relações jurídicas que são típicas do Direito Privado – exerce-se também um controlo directo, por parte do Ministro do Ambiente, através da utilização de instrumentos jurídicos que são próprios do Direito Público, e que permitem ao Estado actuar investido de poderes de autoridade.

Para o efeito, como foi dito, fez-se apelo à figura jurídica da concessão, e mais concretamente às relações que, nesse contexto, se estabelecem entre concedente e concessionário, atribuindo-se no entanto ao Estado, enquanto concedente, um conjunto de poderes que exorbitam, como se verá, o quadro típico das relações concedente/concessionário (quando este último tem autonomia de vontade em relação ao

Estado, contrariamente ao que sucede no caso específico do sector da água e do saneamento).

As sociedades concessionárias, na prossecução das suas actividades, estão pois submetidas a um controlo estrito do Estado, que determina a sua existência, a sua estrutura accionista, o seu objecto e a sua actividade, na tripla veste de legislador, concedente e accionista. Trata-se pois de entidades que são instrumentos de execução da política do Estado nas áreas em causa.

Com efeito, o que está em causa é a construção das infra-estruturas básicas de que Portugal carece, sobretudo nas regiões menos desenvolvidas do País, e o Estado entende, desde logo por razões de coesão territorial e de solidariedade nacional, que deve desempenhar um papel determinante nessa matéria.

3.3.3. O DECRETO-LEI N.º 319/94, DE 24 DE DEZEMBRO, QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO DOS SISTEMAS MULTIMUNICIPAIS DE CAPTAÇÃO E TRATAMENTO DE ÁGUA PARA CONSUMO PÚBLICO

O Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, que estabelece as bases das concessões da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, dispõe, no seu artigo 2.º, n.º1, que essa actividade «consubstancia um serviço público a exercer em regime de exclusivo».

Enquanto serviço público que é, a exploração e gestão dos sistemas multimunicipais a que se refere o Decreto-Lei n.º 319/94 tem como objectivo fundamental contribuir para o *desenvolvimento económico* e para o *bem-estar das populações* (cfr. artigo 2.º, n.º 2), em conformidade com o disposto na CRP.

A concretização do mencionado objectivo consiste designadamente em assegurar: (i) a oferta de água para consumo público adequada à satisfação da procura nos municípios utilizadores, sob os aspectos quantitativo e qualitativo; e (ii) a progressiva redução dos custos através da racionalidade e eficácia dos meios utilizados nas suas diversas fases, incluindo a captação, tratamento e adução.

As concessões são adjudicadas por decreto-lei e regem-se pelas disposições dos contratos de concessão que são subscritos pelo Estado – representado pelo Ministro do Ambiente – e pelas sociedades concessionárias.

A articulação entre os sistemas multimunicipais de captação, tratamento, e abastecimento de água para consumo público explorados e geridos pelas concessionárias e os sistemas de distribuição de cada um dos municípios utilizadores é assegurada através de contratos (padronizados) que as concessionárias celebram com os Municípios que integram o sistema. Esta articulação reflecte bem a importância que o conceito de sistema integrado e eficaz assume na prossecução da missão de interesse público que é desenvolvida pelas sociedades concessionárias de sistemas multimunicipais.

PRINCÍPIOS GERAIS DAS BASES DO CONTRATO DE CONCESSÃO

O conteúdo dos contratos de concessão está enquadrado pelas «Bases do Contrato de Concessão», que estão anexadas ao Decreto-Lei n.º 319/94, e que dele fazem parte integrante (cfr. artigo 3.º), as quais estabelecem as regras e os princípios que caracterizam a missão de serviço público prosseguida pelas concessionárias dos sistemas multimunicipais.

Nos termos do n.º 1 da Base III, é imposta às sociedades concessionárias a obrigação de assegurar o abastecimento de água aos Municípios que integram o respectivo sistema em termos *regulares, contínuos e eficientes*.

De acordo com a Base VI, as relações entre as sociedades concessionárias e os Municípios integrados em cada sistema multimunicipal regem-se pelo princípio de *não-discriminação*, o que tem consequências importantíssimas ao nível da tarifa que é cobrada pela água, introduzindo no sistema um elemento de *solidariedade* que é indispensável em termos de coesão social.

Note-se pois que os diversos Municípios que estão integrados num sistema multimunicipal pagam a mesma tarifa pela água, sem atender à rentabilidade de cada operação, isto é, independentemente das origens de água, das infra-estruturas necessárias para aduzir a água às diferentes redes de distribuição, das condições de exploração das diferentes partes do sistema e ainda do respectivo consumo (o mesmo é dizer, independentemente do número dos seus habitantes e da densidade populacional do seu território).

OS PODERES DO ESTADO/CONCEDENTE

O segundo aspecto que é essencial tomar em consideração, para se compreender o verdadeiro alcance das «Bases do Contrato de Concessão» constantes do Decreto-Lei n.º 319/94, diz respeito aos poderes que o Estado exerce na qualidade de concedente.

É de sublinhar, desde logo, que o Estado se reserva o direito de alterar unilateralmente as condições da concessão, de modo a adequá-la às orientações de *política ambiental* e às exigências de *regularidade e continuidade* do *serviço público* (cfr. n.º 3, da Base III).

E de acordo com a alínea b), do n.º 1, da Base XXIII, carecem da aprovação do Estado/concedente: (i) as tarifas; (ii) os planos de actividade e os planos financeiros plurianuais para um período de, pelo menos, cinco anos e suas eventuais alterações; e, (iii) os orçamentos anuais de exploração, de investimento e financeiros, bem como as respectivas actualizações que impliquem redução de resultados previsionais, acréscimo de despesas ou de necessidade de financiamento.

Estão também sujeitos a aprovação do Ministro do Ambiente, nos termos da Base XXI, os projectos de construção de infra-estruturas, assim como as respectivas alterações.

E nos termos da Base XXXII, os Regulamentos de exploração e serviço por que se regem os serviços públicos em causa estão também sujeitos a aprovação do Ministro do Ambiente.

De acordo com o n.º 3, da Base XXIII, o contrato de concessão poderá ainda prever outros poderes de fiscalização do concedente, designadamente o poder de apreciar certos actos de gestão da concessionária mediante a respectiva suspensão, autorização ou aprovação.

Tudo isto, naturalmente, sem prejuízo dos poderes gerais de fiscalização, que sempre são atribuídos a qualquer entidade pública concedente, e que implicam o poder de fiscalizar⁹⁵ o cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis e, bem assim, das cláusulas do contrato de concessão, onde quer que a concessionária exerça a sua actividade, podendo, para tanto, exigir as informações e os documentos que forem considerados necessários⁹⁶ - cfr. Base XXV.

⁹⁵ O pessoal de fiscalização dispõe de livre acesso, no exercício das suas funções, a todas as infra-estruturas e equipamentos da concessão e a todas as instalações da concessionária.

⁹⁶ Para além disto, a concessionária enviará todos os anos ao Ministro do Ambiente, até ao termo do 1.º semestre do ano seguinte a que respeita o exercício considerado, os documentos contabilísticos para o efeito indicados no contrato de concessão, os quais deverão respeitar a apresentação formal que tiver sido definida e estar certificados por auditor aceite pelo concedente (cfr. Base XXV).

De sublinhar, finalmente, que mesmo que um determinado Município se atrase ou deixe de pagar à entidade gestora do sistema multimunicipal as tarifas aprovadas, o Ministro do Ambiente tem o poder de impor à sociedade concessionária que continue a assegurar o serviço público em causa (cfr. Base XXXVI, n.ºs 2 e 3).

Atento o exposto, verifica-se, uma vez que este modelo se rege pelos princípios da uniformidade, da proximidade, da eficiência, da continuidade, da não discriminação e da ininterruptabilidade, que estamos perante um verdadeiro e próprio SIEG.

3.3.4. O DECRETO-LEI N.º 162/96, DE 4 DE SETEMBRO, QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO DOS SISTEMAS MULTIMUNICIPAIS DE RECOLHA, TRATAMENTO E REJEIÇÃO DE EFLUENTES

Tal com o diploma anteriormente referido, o Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, que estabelece as bases das concessões da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, dispõe, no seu artigo 2.º, n.º1, que essa actividade «consubstancia um serviço público a exercer em regime de exclusivo».

Enquanto serviço público que é, a exploração e gestão dos sistemas multimunicipais a que se refere o Decreto-Lei n.º 162/96 tem como objectivo fundamental contribuir para o *desenvolvimento económico* e para o *bem-estar das populações* (cfr. artigo 2.º, n.º 2), bem como para a *protecção do ambiente*, em conformidade com o disposto na CRP.

A concretização do mencionado objectivo consiste designadamente em assegurar (a) o tratamento e rejeição dos efluentes provenientes dos municípios utilizadores; e (b) o controlo dos custos através da racionalidade e eficácia dos meios utilizados nas suas diversas fases.

As concessões são adjudicadas por decreto-lei e regem-se pelas disposições dos contratos de concessão que são subscritos pelo Estado – representado pelo Ministro do Ambiente – e pelas sociedades concessionárias (controladas pelo Estado, através da AdP).

A articulação entre os sistemas multimunicipais de recolha, tratamento, e rejeição de efluentes explorados e geridos pelas concessionárias e os sistemas correspondentes de cada um dos municípios utilizadores é assegurada através de contratos (padronizados) que as concessionárias celebram com os Municípios que integram o sistema, tal como acima se

indicou. Esta articulação reflecte a importância que o conceito de sistema integrado e eficaz assume na prossecução da missão de interesse público que é desenvolvida pelas sociedades concessionárias de sistemas multimunicipais.

PRINCÍPIOS GERAIS DAS BASES DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Como acima foi dito, o conteúdo dos contratos de concessão está enquadrado pelas «Bases do Contrato de Concessão», que estão anexadas ao Decreto-Lei n.º 162/96, e que dele fazem parte integrante (cfr. artigo 3.º), estabelecendo as regras e os princípios que caracterizam a missão de serviço público prosseguida pelas concessionárias dos sistemas multimunicipais.

Assume importância particular a limitação legal que prevê que a concessionária não possa exercer actividades diferentes daquelas que constituem o objecto da concessão (cfr. n.º 3, da Base II).

Por outro lado, no n.º 1 da Base III, é também imposta às sociedades concessionárias a obrigação de assegurar, em termos *regulares, contínuos e eficientes*, a recolha, o tratamento e a rejeição dos efluentes canalizados pelos Municípios que integram o respectivo sistema.

De acordo com a Base VI, as relações entre as sociedades concessionárias e os Municípios integrados em cada sistema multimunicipal regem-se pelo princípio de *não discriminação*, o que tem consequências da maior importância ao nível das tarifas que são cobradas, introduzindo no sistema um elemento de *solidariedade* que é indispensável em termos de coesão social.

Note-se pois que são aplicáveis as mesmas tarifas a todos os Municípios que estão integrados num sistema multimunicipal de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, sem atender à rentabilidade de cada operação, isto é, independentemente do número de habitantes de cada Município e da densidade populacional do seu território.

OS PODERES DO ESTADO/CONCEDENTE

O segundo aspecto que é essencial tomar em consideração, para se compreender o verdadeiro alcance das «Bases do Contrato de Concessão» constantes do Decreto-Lei n.º 162/96, diz respeito aos poderes que o Estado exerce na qualidade de concedente.

Esses poderes são exercidos pelo Ministro do Ambiente - cfr. Base XXIV, n.º 1.

É de sublinhar, desde logo, que o Estado se reserva o direito de alterar unilateralmente as condições da concessão, sempre que necessário, de modo a adequá-la às orientações de política ambiental e às exigências das normas legais e regulamentares (cfr. n.º 3, da Base III).

Estão também sujeitos a aprovação do Ministro do Ambiente, nos termos da Base XXI, os projectos de construção de infra-estruturas, assim como as respectivas alterações.

E nos termos da Base XXX, os Regulamentos de exploração e serviço por que se regem os serviços públicos em causa estão também sujeitos a aprovação do Ministro do Ambiente.

De acordo com o n.º 3, da Base XXIII, o contrato de concessão poderá ainda prever outros poderes de fiscalização do concedente, designadamente o poder de apreciar certos actos de gestão da concessionária mediante a respectiva suspensão, autorização ou aprovação.

Tudo isto, naturalmente, sem prejuízo dos poderes gerais de fiscalização, que sempre são atribuídos a qualquer entidade pública concedente, e que implicam o poder de fiscalizar⁹⁷ o cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis e, bem assim, das cláusulas do contrato de concessão, onde quer que a concessionária exerça a sua actividade, podendo, para tanto, exigir as informações e os documentos que forem considerados necessários - cfr. Base XXV.

De sublinhar, finalmente, que mesmo que um determinado Município se atrase ou deixe de pagar à entidade gestora do sistema multimunicipal as tarifas aprovadas, o Ministro do Ambiente tem o poder de impor à sociedade concessionária que continue a assegurar o serviço público em causa (cfr. Base XXXIV, n.ºs 2 e 3).

Constata-se assim que, também no campo do saneamento, o regime em vigor se pauta pelos princípios acima referidos da solidariedade, da eficiência, da regularidade e da uniformidade, o que leva a caracterizá-lo com um SIEG.

Explicadas que estão as razões que levaram à adopção do regime jurídico relativo aos sistemas multimunicipais de abastecimento de água e de tratamento de efluentes, e

⁹⁷ O pessoal de fiscalização dispõe de livre acesso, no exercício das suas funções, a todas as infra-estruturas e equipamentos da concessão e a todas as instalações da concessionária.

analisado que está o alcance do referido regime, torna-se evidente que o Estado considera que esses serviços devem ser garantidos à população portuguesa, em todo o território nacional, sem discriminações, em condições de qualidade adequada, a um preço socialmente justo, mesmo nas zonas mais isoladas e menos desenvolvidas, e independentemente da rentabilidade de cada operação em concreto. Em conformidade, consideramos ser pacífico que as actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes traduzem a gestão de um SIEG.

3.3.5. O DECRETO-LEI N.º 147/95, DE 21 DE JUNHO, QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO DOS SISTEMAS MUNICIPAIS DE CAPTAÇÃO, TRATAMENTO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA PARA CONSUMO PÚBLICO E DE RECOLHA, TRATAMENTO E REJEIÇÃO DE EFLUENTES

Por último, e tal como os diplomas anteriormente referidos, o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, que estabelece o regime jurídico da concessão dos sistemas *municipais* de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, tem, nos termos do seu artigo 1.º, por objecto «assegurar a efectiva protecção dos consumidores».

Relembramos que os sistemas municipais são sobretudo sistemas em «baixa», isto é, quanto à distribuição de água, sistemas que permitem levar a água, já depois de tratada e purificada, dos reservatórios afectos às diferentes povoações até aos consumidores finais, e quanto ao saneamento, sistemas que asseguram a recolha dos efluentes junto a habitações. O diploma prevê que estes podem ser explorados e geridos, ou directamente pelos Municípios ou, em alternativa, em regime de concessão, mediante realização de concursos públicos.

Por força do artigo 5.º, a fixação das tarifas deve assegurar o equilíbrio *económico-financeiro* da concessão e atender ao nível de custos necessários para uma gestão *eficiente* do sistema e à existência de receitas não provenientes das tarifas.

No caso do município optar por concessionar o serviço, a selecção da concessionária deve obedecer, de acordo com o respectivo artigo 8.º, n.º 1, ao princípio geral de que os consumidores devem dispôr do serviço ao *menor custo possível*.

Por outro lado, a entidade que presta o serviço não pode recusar a contratação do fornecimento do serviço (cfr. neste sentido, o artigo 9.º, n.º 3).

Ou seja, também no campo dos sistemas municipais são reconhecidas características ao sistema que o permitem qualificar como traduzindo a prestação de um SIEG.

3.3.6. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO REGIME JURÍDICO NACIONAL DOS SISTEMAS MULTIMUNICIPAIS NA SEQUÊNCIA DO CONTENCIOSO ABERTO PELA COMISSÃO EUROPEIA

Pela análise do regime jurídico nacional constata-se que o Governo Português, em 1993, tendo por pedra angular o Decreto-Lei n.º 379/93, decidiu reorganizar o sector da água e do saneamento, tendo, para esse feito, operado uma autonomização dos serviços «em alta» (que comportam, designadamente, a captação de água na fonte, o transporte para estações de purificação e a sua manutenção em reservatórios adequados) dos serviços «em baixa» que consistem na distribuição de água ao utente final.

Quanto aos serviços «em alta», devido à sua importância e aos investimentos que exigem, o Estado reserva-se a faculdade de assumir a responsabilidade pelos mesmos, através da criação de sistemas multimunicipais.

Para esse efeito, o referido Decreto-Lei e os respectivas diplomas de execução, criaram empresas com a incumbência de assegurarem os serviços «em alta» em determinadas áreas multimunicipais, sendo o capital social dessas empresas detido por entidades públicas. A maioria do capital social é detida pelo Estado, através da AdP – Águas de Portugal, S.G.P.S., S.A. (**AdP**), sendo o remanescente subscrito pelos municípios que integram os respectivos sistemas multimunicipais.

As relações entre o Estado e essas empresas formalizam-se sem recurso a um procedimento concursal, por atribuição directa, decorrente da lei e mediante a celebração de um contrato de concessão.

Note-se que no caso dos sistemas «em baixa» os municípios podem prestar directamente o serviço ou, na sequência de um procedimento concursal, recorrer a entidades terceiras (públicas, privadas, ou de capitais mistos).

Contudo, como se sabe, no caso específico dos sistemas multimunicipais, a Comissão Europeia sustentou, perante o Estado Português, que a concessão directa dos serviços

«em alta», sem abertura à concorrência, apenas é legítima se a entidade a que a concessão é atribuída se encontrar, nas relações com o Estado, naquilo a que a Comissão chama, no jargão comunitário, uma relação “in house”.

O conceito de relação “in house” foi afluído pelo Tribunal de Justiça no acórdão “Teckal”⁹⁸, no qual se dispõe que, para que seja aplicável o direito comunitário em matéria de contratação pública, é suficiente que seja celebrado um contrato entre uma entidade adjudicante e uma pessoa jurídica autónoma daquela, sendo que:

«Só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia [leia-se entidade adjudicante] exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com as autarquias que a compõem»⁹⁹

Assim, no caso da concessão dos sistemas multimunicipais em Portugal, a Comissão considerou que o Estado só não estaria obrigado a recorrer a procedimentos concorrenciais para atribuir a gestão dos sistemas multimunicipais a empresas de capitais públicos, se fosse possível demonstrar que o regime aplicável lhe permite exercer sobre essas empresas um “controlo análogo” ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, cumulativamente, as empresas realizassem o essencial da sua actividade no âmbito da prossecução do fim específico para que foram criadas.

O Estado Português sustentou, com base no regime aplicável, que as empresas multimunicipais estão submetidas ao controlo do Estado que determina a sua própria existência, a sua estrutura accionista, o seu objecto e a sua actividade, apresentando-se o Estado Português na sua tripla veste de legislador, concedente e accionista (como aliás resulta do anteriormente exposto no quadro da análise do regime jurídico nacional dos sistemas multimunicipais - cfr. pontos 3.3.2. a 3.3.4.).

Não obstante a argumentação aduzida, a Comissão considerou que não resultava claro do regime aplicável se os poderes exercidos pelo Estado em relação às referidas empresas têm por base a lei (condição que a Comissão considera essencial para que o conceito de

⁹⁸ Acórdão de 18 de Novembro de 1999 “Teckal”, processo C-107/98, Colect. 1999, p. I-8121. Neste sentido, *vide* também o acórdão de 7 de Dezembro de 2000 “Arge”, processo C-94/99, Colect. 2000, p. I-11.037

relação “in house” seja aplicável) ou se têm antes uma base contratual, o que afastaria a possibilidade de aplicar o referido conceito e de, conseqüentemente, atribuir a gestão do serviço sem abertura à concorrência.

O impasse criado e as graves conseqüências financeiras decorrentes da suspensão da apreciação dos projectos pendentes, até clarificação do enquadramento jurídico aplicável, terão levado o legislador nacional, sem se afastar da lógica que levou à adopção do Decreto-Lei n.º 379/93, e diplomas subsequentes, a introduzir ajustamentos no regime em causa que esvaziassem as objecções apresentadas pela Comissão.

Nesse sentido, foi aditado um novo artigo 4.º-A, pelo Decreto-Lei n.º 103/2003, de 23 de Maio, ao Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, diploma base do regime aplicável aos sistemas multimunicipais, que foi depois retomado e desenvolvido nos diplomas sectoriais. Assim, o Decreto-Lei n.º 222/2003, de 20 de Setembro, alterou o Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, referente ao abastecimento de água, e o Decreto-Lei n.º 223/2003, de 20 de Setembro, alterou o Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, referente ao saneamento.

Assim, por força das normas introduzidas nos três referidos diplomas, explicita-se que a criação de sistemas multimunicipais tem por objectivo garantir a qualidade e continuidade dos serviços públicos de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais ficam incumbidas, essencialmente, da realização das seguintes missões de interesse público:

- assegurar, nos termos aprovados pelo Ministro do Ambiente, de forma regular, contínua e eficiente, o abastecimento de água, a recolha, tratamento e rejeição de efluentes;
- promover a concepção e assegurar a construção e exploração, nos termos dos projectos aprovados pelo Ministro do Ambiente, das infra-estruturas, instalações e equipamentos necessários à captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e à recolha, tratamento e rejeição de efluentes;

⁹⁹ Cfr. § 50 do acórdão.

- assegurar a reparação e renovação das infra-estruturas e instalações, de acordo com a evolução das exigências técnicas e no respeito pelos parâmetros sanitários aplicáveis;
- controlar, sob a fiscalização das entidades competentes, os parâmetros sanitários da água distribuída e dos efluentes tratados, assim como dos meios receptores em que estes são rejeitados.

Para esse efeito, tal como resulta das modificações operadas, o Governo fica ainda com o poder de atribuir direitos especiais ou exclusivos às entidades incumbidas da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais.

Além disso, sempre que os municípios utilizadores de um sistema multimunicipal, ou uma associação de municípios representativa dos municípios utilizadores de um sistema multimunicipal, decidam concessionar os serviços «em baixa», de distribuição de água para consumo público e de recolha de efluentes, considerando-se como serviços «em baixa» aqueles cujos utilizadores finais sejam os consumidores individuais, devem para tanto seguir um procedimento de contratação pública.

Ficou ainda expressamente consagrado nos referidos diplomas que o Ministro Ambiente tem relativamente às entidades gestoras de sistemas multimunicipais, poderes de fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos das mesmas.

Sem embargo de todo o regime jurídico nacional que já consagrava poderes substanciais do Estado sobre as empresas encarregadas da gestão dos sistemas multimunicipais, verifica-se que foi necessário operar as modificações acima referidas para que a Comissão Europeia reconhecesse que o Estado Português exerce sobre as empresas concessionárias dos sistemas multimunicipais um “controlo análogo” ao que exerce sobre os seus próprios serviços, existindo, desta forma, e na esteira da jurisprudência “Teckal”, uma relação “in house”.

Sem prejuízo da relevância do caso concreto, a investigação aberta pela Comissão em relação às sociedades concessionárias de sistemas multimunicipais suscita questões de princípio de âmbito mais geral, com relevância para todos os sectores de actividade em que a intervenção do Estado possa ser configurada como envolvendo a gestão de um SIEG.

Com efeito, a prática decisória da Comissão demonstra que a atribuição por um Estado-membro a uma empresa de capitais públicos, ainda que controlada pelo Estado, de uma missão de serviço público, só escapa às regras de contratação pública (ou, pelo menos, à obrigação de atribuição através de um procedimento aberto à concorrência) se for possível demonstrar que o Estado exerce, nas suas relações com a empresa em causa, poderes análogos aos que exerce sobre os seus próprios serviços.

Pode-se, por conseguinte, concluir que este entendimento preclui a discricionariedade do Estado (ou de outras entidades públicas, como os municípios ou as regiões, nas respectivas esferas de competência) na atribuição da gestão de SIEG a pessoas jurídicas, ainda que de capitais integralmente públicos, dotadas de uma autonomia de gestão significativa. A tese da Comissão é a de que, nesse caso, em que o Estado prescinde de agir directamente, e decide atribuir a gestão do serviço a uma pessoa jurídica distinta dotada de autonomia de gestão, deve respeitar os princípios gerais de transparência e não discriminação e deve solicitar a apresentação de propostas para escolher a que melhor sirva o interesse público.

É um entendimento que, em nome de objectivos de *transparência, não discriminação e boa gestão*, pode ter o efeito paradoxal de tornar mais difícil a utilização, pelo Estado (e por outras entidades públicas), de mecanismos de gestão empresarial, no exercício das suas próprias funções.

Neste particular, sublinhamos que recentemente, em Janeiro de 2005, o TJCE veio, através do acórdão “Stadt Halle”¹⁰⁰, coarctar por completo o poder dos Estados-membros incumbirem empresas de capital misto da gestão de SIEG, sem recorrerem a um procedimento concursal (no caso objecto da decisão judicial, a sociedade procedia ao tratamento e valorização de resíduos sólidos). O TJCE, por via do referido acórdão, veio aniquilar a possibilidade de existirem relações “in house” em sociedades de capital misto, ao estabelecer:

«(...) a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital social de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa

¹⁰⁰ Acórdão de 11 de Janeiro de 2005, “Stadt Halle”, processo C-26/03”, ainda não publicado na Colectânea.

[pública] **exclui de qualquer forma que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.**
(...) uma sociedade juridicamente distinta [da entidade adjudicante], em cujo capital detém uma participação com uma ou várias empresas privadas, devem ser sempre aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos previstos nesta Directiva.»

Pese embora a circunstância de o referido acórdão ter sido proferido no campo específico da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, não temos dúvidas que a Comissão fará o “spillover” desta jurisprudência, não só para o âmbito do regime geral dos contratos de empreitada e de fornecimento, bem como para o campo dos sectores especiais (da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações), mas também para o âmbito das concessões ou, de forma mais genérica, para o da atribuição da gestão de SIEG. É seguramente um domínio em que se vão suscitar problemas complexos no futuro, caso a Comissão prossiga a linha de orientação que tem sustentado nos últimos anos (designadamente, no caso da investigação relativa aos sistemas multimunicipais portugueses). Pense-se, por exemplo, na hipótese de privatização parcial de empresas de capitais públicos que tenham sido incumbidas da gestão de SIEG no quadro de relações “in-house”, para se ter uma ideia das dificuldades que podem surgir.

3.4. A ENTIDADE REGULADORA DO SECTOR: O INSTITUTO REGULADOR DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Por último, incidimos a nossa análise, na entidade reguladora do sector. O Governo Português em 1997, face à crescente complexidade dos problemas suscitados no sector da água e do abastecimento e à sua especial relevância para as populações, entendeu criar uma entidade reguladora com atribuições no que se refere à promoção da qualidade na concepção, execução, gestão e exploração dos sistemas multimunicipais e municipais.

Motivo pelo qual, através do Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto, e nos termos do respectivo artigo 21.º, procedeu à criação do Instituto Regulador de Águas e Resíduos (**IRAR**), tendo os respectivos estatutos sido aprovados em 1998 pelo Decreto-Lei n.º

362/98, de 18 de Novembro e, ulteriormente, modificados pelo Decreto-Lei n.º 151/2002.

O IRAR é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira e património próprio, sujeita a superintendência e tutela do Ministro do Ambiente.¹⁰¹

O Instituto tem por objecto assegurar a qualidade dos serviços multimunicipais e municipais de água de abastecimento público, de águas residuais urbanas e de resíduos sólidos urbanos, supervisionando a concepção, execução, gestão e exploração dos sistemas, bem como garantir o equilíbrio do sector e a sustentabilidade económica desses sistemas.

E por atribuições, assegurar a regulação dos respectivos sectores e o equilíbrio entre a sustentabilidade económica dos sistemas e a qualidade dos serviços prestados, de modo a salvaguardar os interesses e direitos dos cidadãos no fornecimento de *bens e serviços essenciais*.¹⁰²

Constata-se que o legislador reconhece, uma vez mais, através dos fins que comete ao regulador, em sintonia com o Decreto-Lei n.º 558/99 e com a Lei n.º 22/96, que as entidades que actuam no sector da água e do saneamento têm por missão a prestação de um SIEG.

Por forma a poder aferir da qualidade do serviço desenvolvido pelas entidades gestoras dos serviços multimunicipais e municipais, o IRAR pode-lhes solicitar informações sobre os seguintes níveis de serviço¹⁰³:

- Atendimento dos utilizadores;
- Cobertura da população ou acesso aos sistemas públicos;
- Regularidade dos serviços fornecidos;
- Qualidade da água distribuída ou qualidade dos efluentes líquidos e lamas;
- Impacte ambiental dos sistemas e seu funcionamento; e
- Aceitação dos tarifários.

¹⁰¹ Cfr. artigo 1.º.

¹⁰² Cfr. artigo 5.º.

¹⁰³ Cfr. artigo 6.º.

No âmbito das respectivas competências, pode de igual modo: (i) pronunciar-se sobre as mínutas dos contratos de fornecimento de serviços aos utentes dos sistemas multimunicipais e municipais e respectivas modificações; (ii) pronunciar-se sobre o valor das tarifas nas concessões dos sistemas multimunicipais e municipais, acompanhar a sua evolução e elaborar o competente regulamento tarifário; (iii) propor a suspensão ou eliminação de cláusulas contratuais que prevejam ou fixem tarifas que representem uma violação dos direitos dos consumidores; (iv) recolher e divulgar informações relativas aos níveis de serviço das entidades gestoras dos sistemas multimunicipais e municipais, bem como elaborar e publicitar sínteses comparativas dos mesmos; (v) promover a avaliação dos níveis de serviços das entidades gestoras, bem como estimular o aperfeiçoamento das respectivas metodologias; (vi) divulgar informações sobre casos concretos que constituam referências de qualidade na concepção, execução, gestão e exploração de sistemas multimunicipais e municipais; e (vii) apreciar reclamações ou queixas que lhe sejam submetidas por qualquer utente dos sistemas multimunicipais ou municipais¹⁰⁴.

Em síntese, o IRAR, no exercício das suas funções de supervisão e de monitorização do sector, tem um papel relevante na garantia da qualidade dos serviços de abastecimento público de água¹⁰⁵ e de recolha e tratamento de águas residuais urbanas, embora a sua actual configuração reflecta a própria estrutura do sector, dominado por operadores públicos.

Com efeito, o IRAR não tem ainda um estatuto institucional que lhe confira a independência necessária ao exercício das típicas funções de regulação, não dispondo de competências de decisão significativas, e não tendo nomeadamente o poder de sancionar incumprimentos imputáveis aos operadores. A possível evolução do sector, designadamente, no sentido de uma presença mais significativa de operadores privados, aconselha que se repense o estatuto jurídico do IRAR.

3.5. A RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS N.º 72/2004 E AS INTERROGAÇÕES SOBRE A FUTURA EVOLUÇÃO DO SECTOR

¹⁰⁴ Cfr. artigo 11.º.

¹⁰⁵ Veja-se, neste sentido, o Relatório do IRAR, relativo ao “Controlo da Qualidade da Água para Consumo Humano”, de 2003, que se junta como **Anexo 3**.

Em 2004, por via da Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2004, o Governo cessante, na sequência de diversos estudos que procederam à análise de diversas alternativas de enquadramento, organização empresarial e desenvolvimento estratégico do sector das águas em Portugal, aprovou as linhas gerais do modelo de reestruturação do sector das águas em Portugal, com base nos seguintes eixos prioritários:

- (i) Redução do peso do sector empresarial do Estado através da abertura do capital a investidores privados institucionais e da reestruturação da carteira de negócios da AdP, promovendo a consolidação das operações de interesse estratégico e a alienação de activos constituídos em processos de diversificação, tendo por desiderato desenvolver o sector privado da indústria do ambiente em Portugal;
- (ii) Criação de condições que incentivem a participação de entidades privadas no sector da água, designadamente na área de prestação de serviços; e
- (iii) Revisão do enquadramento legal e regulamentar em vigor, no sentido de clarificar o papel de cada interveniente, de reforço do papel do IRAR e do controlo ambiental pelo Instituto da Água e pelas comissões de coordenação e desenvolvimento regional.

Nesse sentido, foi estabelecido um plano quinquenal (2004-2008) de execução do modelo reestruturação do sector das águas, tendo-se fixado um calendário, que vale a pena recordar, mas que entretanto ficou comprometido, até porque a estratégia global definida vai, seguramente, ser reapreciada pelo Governo constituído na sequência das eleições de 20 de Fevereiro de 2005:

- (i) até ao final de 2004, definição de um novo enquadramento legal e regulatório das concessões, relativo às empresas do Grupo AdP, por forma a que a política tarifária assegure as necessidades de desenvolvimento e sustentabilidade económico-financeira do sector, numa perspectiva de valorização das empresas, devendo reflectir tendencialmente, em cada sistema, as suas características específicas, os custos reais de capital e o prazo de

- concessão (ou seja, o Estado aposta na auto sustentabilidade financeira das empresas incumbidas da prestação do SIEG);
- (ii) até ao final de 2005, promoção da abertura do capital social da AdP até 49% da totalidade do mesmo, mediante um aumento faseado de capital, até 1000 milhões de euros, com novas entradas em dinheiro, através da ampla dispersão junto de investidores institucionais e particulares, permitindo o encaixe financeiro necessário à conclusão da infra-estruturação do País;
 - (iii) até ao final de 2006, prioridade na afectação de financiamentos comunitários ou outros incentivos financeiros à constituição e ao desenvolvimento de sistemas «em baixa» de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais envolvendo vários municípios, na área geográfica correspondente à dos sistemas em alta, podendo a primeira ser assumida por: (a) empresas públicas intermunicipais; (b) concessões privadas de construção e exploração do sistema «em baixa», tendo como concedente uma grande área metropolitana ou uma comunidade intermunicipal; ou (c) concessões privadas de construção e exploração dos sistemas em baixa lançadas pelas empresas concessionárias dos sistemas multimunicipais. De acordo com este programa, as sociedades concessionárias dos sistemas multimunicipais podem, a título supletivo, e por iniciativa dos municípios envolvidos, assumir a gestão do sistema em baixa, nomeadamente em zonas de baixa densidade populacional;
 - (iv) até ao final de 2008, deve ser promovida a gradual integração entre si dos sistemas «em alta», fundindo sistemas vizinhos e sistemas de abastecimento de água com sistemas de saneamento que operem na mesma área geográfica, sempre que existam vantagens evidentes em termos de custo e de qualidade do serviço. Até essa data, devia ainda ser ponderada a possibilidade de transformar as actuais empresas concessionárias em empresas de capitais mistos ou em empresas de gestão delegada, podendo estas, posteriormente, numa base contratual, proceder à concessão dos serviços que lhes tenham sido delegados a entidades privadas.

O diploma incumbe ainda o Ministro do Ambiente da coordenação das iniciativas necessárias à implementação deste modelo de reestruturação, bem como de promover as operações de privatização relativas ao sector da água.

Caso as medidas previstas na Resolução viessem a ser implementadas, isso implicaria uma redução do peso relativo do Estado no sector da água e do saneamento a favor da iniciativa privada, mantendo, no entanto, o seu papel de actor de referência.

Sublinhamos, por último, que o Governo na referida Resolução teve oportunidade de reconhecer que o modelo instituído em 1993 «permitiu um enorme avanço nos níveis de atendimento e de qualidade do serviço às populações»¹⁰⁶

No momento em que este relatório é redigido não são ainda conhecidas as orientações precisas do Governo recém constituído, pelo que seriam prematuros quaisquer comentários sobre a estratégia que vai ser definida para o sector.

4. CONCLUSÕES

O estudo efectuado permite, em síntese, retirar as seguintes Conclusões:

- a) Os SIEG têm uma sólida base jurídica no Tratado CE, em especial nos artigos 16.º e 86.º e no artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- b) O artigo 86.º do Tratado CE, introduz um princípio de *igualdade jurídica* entre as empresas públicas e as empresas privadas, contribuindo para um regime jurídico que se deseja neutro do ponto de vista institucional, substantivo e funcional; para além disso, o artigo 86.º permite afastar a aplicação das normas de concorrência às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, na medida em que essa aplicação possa por em causa o cumprimento da missão cometida a tais empresas. O artigo 16.º do Tratado CE pode ser reconhecido como uma resposta reflexiva às pressões crescentes de privatização e de liberalização, visando preservar a especificidade dos SIEG.

¹⁰⁶ Cfr. 6.º considerando do preâmbulo.

- c) Os SIEG têm hoje uma *posição consolidada* no seio da União Europeia, e prosseguem *objectivos fundamentais* da Comunidade, tais como a *solidariedade*, a *igualdade* e a *coesão económica e social*, sendo que, à luz dos princípios da *subsidiariedade*, *proporcionalidade*, *proximidade* e *diversidade*, os Estados-membros têm a responsabilidade principal na definição dos SIEG.
- d) Trata-se de um *conceito mutável*, dependente da evolução tecnológica, das concepções de sociedade e das tradições e das realidades de cada Estado-membro, cabendo, no entanto, no seu campo de aplicação, as actividades das redes principais, incluindo o abastecimento de água, de electricidade e do gás, bem como, os caminhos de ferro, os transportes públicos locais, a radiodifusão, as telecomunicações e os serviços postais.
- e) À luz da jurisprudência comunitária, podemos afirmar que os SIEG representam um *interesse maior* para os Estados-membros e têm características específicas e dissociáveis face às actividades ditas comuns, podendo a empresa incumbida da prestação do SIEG exercer, em paralelo, actividades que não traduzem uma missão pública. A empresa pode ainda reservar para si, para além da actividade que exerce em regime de exclusividade, uma actividade conexa, mas distinta, para assegurar o equilíbrio financeiro da primeira.
- f) O TJCE já teve oportunidade de reconhecer que traduzem a prestação de um SIEG: a manutenção da navegabilidade de uma via fluvial; as transmissões televisivas; a exploração de uma linha aérea não rentável; a operação da rede telefónica pública fixa; o serviço postal universal; a distribuição de energia eléctrica a nível regional; a distribuição de energia eléctrica a nível nacional; a distribuição de gás natural; o serviço universal de pilotagem em portos; a gestão de um fundo de pensões sectorial complementar do regime geral; a recolha de resíduos de obras não perigosos; e o serviço de transporte de emergência em ambulância de pessoas doentes ou feridas.
- g) Ainda à luz da construção pretoriana do TJCE, podemos referir como características indissociáveis do SIEG: a relevância do serviço prestado; a não discriminação; a não consideração da rentabilidade económica de cada prestação individual; a universalidade do serviço; a uniformidade do serviço; a uniformidade das tarifas; traduzir um serviço base ou essencial; a disponibilidade permanente do serviço;

actuação do prestador de modo responsável em relação à colectividade e em prol do interesse público; a contribuir para o desenvolvimento sustentado; o elevado grau de solidariedade entre utilizadores; e a actividade ser prestada de forma eficiente.

- h) Sustentamos que o conceito de SIEG pode ser definido como o exercício por uma empresa, com base num acto discricionário, expresso, de uma autoridade pública local, regional ou nacional, de uma actividade económica com características específicas face a outras actividades da vida económica, considerada essencial e de interesse público, assente nos princípios da *universalidade, igualdade, solidariedade, qualidade, continuidade e adaptabilidade*, cujo exercício contribui para o desenvolvimento sustentado e para a coesão económica e social da Comunidade.
- i) No campo do regime dos auxílios de Estado, o TJCE, pelo acórdão “Altmark Trans” estabeleceu que, na medida em que uma intervenção estatal seja considerada uma compensação que representa a contrapartida das prestações efectuadas pela empresa beneficiária para cumprir com as *obrigações de serviço público*, essa intervenção não consubstancia um auxílio de Estado, dado que a empresa não beneficia, na realidade, de uma vantagem financeira. Contudo, para que a compensação possa escapar à qualificação de auxílio estatal, têm de estar reunidas quatro condições cumulativas: (i) a empresa beneficiária deve efectivamente ser incumbida do cumprimento de *obrigações de serviço público* e essas obrigações devem estar *claramente definidas*; (ii) os *parâmetros* com base nos quais é calculada a *compensação* devem ser previamente estabelecidos de forma *objectiva e transparente*; (iii) a compensação *não pode ultrapassar* o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, bem como um lucro razoável pela execução destas obrigações; e (iv) o nível da compensação deve ser determinado com base numa *análise dos custos* que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada para poder satisfazer as exigências de serviço público requerido, suportaria para cumprir as obrigações em causa, tendo em conta as respectivas receitas, assim como um lucro razoável.
- j) Este acórdão é, por isso, de magistral importância para as empresas incumbidas da gestão de um SIEG, dado que passam a estar imunes, desde que preencham as

quatro condições impostas pelo TJCE, ao âmbito de aplicação das regras relativas aos auxílios de Estado.

- k) No plano nacional, com a aprovação do Decreto-lei n.º 558/99, o legislador implementou no ordenamento jurídico nacional, em sintonia com o direito comunitário primário, uma definição de SIEG não cristalizada, dado que não tipifica exhaustivamente o que se pode ou não entender como traduzindo a prestação de um SIEG, estabelecendo, no entanto, os princípios orientadores para as empresas encarregadas destes serviços.
- l) Por seu turno, na Lei n.º 23/96, de 26 de Junho, que cria no ordenamento mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos, o legislador reconhece que constituem *serviços públicos essenciais*: o fornecimento de água, energia eléctrica, gás e o fornecimento de serviços telefónicos, impondo obrigações específicas às entidades que prestam estes serviços.
- m) No que se refere especificamente ao sector da água e do saneamento em Portugal, a criação, em 1993, do modelo dos sistemas multimunicipais teve por objectivo garantir o acesso da população portuguesa, em todo o território nacional, sem discriminações e em condições de qualidade adequada, aos serviços públicos essenciais de distribuição de água ao domicílio e de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas. O modelo tem também por objectivo promover a melhoria e protecção do ambiente, designadamente a recuperação dos meios hídricos e subterrâneos.
- n) Em causa estava, sobretudo, o facto de a resolução do problema do abastecimento domiciliário de água e de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas não poder ser alcançada, com um mínimo de eficiência, de forma dispersa e fragmentada, pelos mais de 300 municípios portugueses individualmente. Havia que intervir não só na expansão dos sistemas de abastecimento de água e de tratamento de águas residuais, mas também na *fiabilidade* dos serviços, na *qualidade* das águas distribuídas para consumo humano e na *qualidade* do efluente final tratado.
- o) Foi assim que, em 1993, através do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, foi adoptado o regime jurídico base que levou à criação dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de

recolha, tratamento e rejeição de efluentes. Os princípios consagrados no diploma foram subsequentemente desenvolvidos, através da aprovação de legislação específica, referente aos dois domínios já mencionados, no quadro de uma estratégia integrada: o Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, estabeleceu o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público; o Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, estabeleceu o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes; e o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, estabeleceu o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes.

- p) Os sistemas multimunicipais que vieram a ser criados com base nesta legislação permitiram a melhoria dos indicadores do sector: em 1999, 90% da população portuguesa estava servida por sistemas domiciliários de abastecimento de água, e 75% e 55% estava servida, respectivamente, por sistemas de drenagem e de tratamento de águas residuais urbanas. Estes indicadores têm continuado a evoluir de forma positiva.
- q) Sem a implementação do referido modelo teria sido muito difícil assegurar o cumprimento, em tempo útil, das obrigações que decorrem das normas comunitárias em matéria ambiental.
- r) O artigo 2.º do Decreto-Lei nº 379/93, ao enunciar os princípios gerais que estão na base da reforma de 1993, sintetiza as traves mestras do sistema: *prosecução do interesse público, carácter integrado dos sistemas multimunicipais, eficiência e gestão empresarial.*
- s) A sistemas multimunicipais financeiramente mais desfavoráveis – em resultado, nomeadamente, da baixa densidade populacional, do povoamento disperso, ou das dificuldades e obstáculos que decorrem da geografia das diferentes regiões do País – têm sido atribuídas maiores percentagens de financiamento nacional e comunitário a fundo perdido, de modo a que, no conjunto do território nacional, a tarifa fique contida dentro do intervalo considerado socialmente aceitável, dando, deste modo, cumprimento ao princípio da solidariedade, pelo qual se pauta um autêntico SIEG.

- t) No que respeita as incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social, a Lei Fundamental prevê, de forma expressa, a *adoção de uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos*.
- u) O Decreto-Lei n.º 379/93, distingue os sistemas municipais dos sistemas multimunicipais, definindo os últimos como *“os sistemas em «alta» (a montante da distribuição de água ou a jusante da colecta de esgotos e sistemas de tratamento de resíduos sólidos), de importância estratégica, que abrangem a área de pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante do Estado”*, sendo que só em relação aos primeiros, que são os sistemas essenciais para a infra-estruturação básica do território nacional, a lei comete responsabilidades directas ao Estado.
- v) No que diz respeito aos sistemas municipais (que são sobretudo sistemas em «baixa»), o Decreto-Lei n.º 147/95, prevê que podem ser explorados e geridos, ou directamente pelos Municípios ou, em alternativa, em regime de concessão, mediante realização de concursos públicos.
- w) O Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, que estabelece as bases das concessões da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, dispõe que essa actividade *consubstancia um serviço público a exercer em regime de exclusivo*, que tem como objectivo fundamental contribuir para o *desenvolvimento económico* e para o *bem-estar das populações*, assegurando: a oferta de água para consumo público adequada à satisfação da procura nos municípios utilizadores, sob os aspectos quantitativo e qualitativo; e a progressiva redução dos custos através da racionalidade e eficácia dos meios utilizados nas suas diversas fases, incluindo a captação, tratamento e adução.
- x) As regras e os princípios caracterizadores da missão de serviço público prosseguida pelas concessionárias dos sistemas multimunicipais estão definidas enunciados nas «Bases do Contrato de Concessão», que estão anexadas ao referido Decreto-Lei. Pela análise das Bases de Concessão verifica-se que este modelo se rege pelos princípios da *uniformidade*, da *proximidade*, da *eficiência*, da *continuidade*, da *não discriminação* e da *ininterruptibilidade*.
- y) Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, que estabelece as bases das concessões da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha,

tratamento e rejeição de efluentes, dispõe, também, que essa actividade *consustancia um serviço público a exercer em regime de exclusivo*, sendo que tem como objectivo fundamental contribuir para o *desenvolvimento económico* e para o *bem-estar das populações*, bem como para a *protecção do ambiente*, assegurando: (i) o tratamento e rejeição dos efluentes provenientes dos municípios utilizadores; e (ii) o controlo dos custos através da racionalidade e eficácia dos meios utilizados nas suas diversas fases.

- z) As regras e os princípios caracterizadores da missão de serviço público prosseguida pelas concessionárias dos sistemas multimunicipais estão enunciados nas «Bases do Contrato de Concessão», que estão anexadas ao referido Decreto-Lei. Pela análise das Bases de Concessão verifica-se também que este modelo se rege pela obrigação de assegurar, em termos *regulares, contínuos e eficientes*, a recolha, o tratamento e a rejeição dos efluentes canalizados pelos Municípios que integram o respectivo sistema, bem como pelo princípio de *não discriminação*, o que tem consequências da maior importância ao nível das tarifas que são cobradas, introduzindo no sistema um elemento de *solidariedade* que é indispensável em termos de *coesão social*. Com efeito, são aplicáveis as mesmas tarifas a todos os Municípios que estão integrados num sistema multimunicipal de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, sem atender à rentabilidade de cada operação, isto é, independentemente do número de habitantes de cada Município e da densidade populacional do seu território.
- aa) Assim, também no campo do saneamento, o Estado se pauta pelos princípios acima da solidariedade, da eficiência, da regularidade e da uniformidade.
- bb) Por último, e tal como os diplomas anteriormente referidos, o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, que estabelece o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, tem por objecto *assegurar a efectiva protecção dos consumidores*, devendo a fixação das tarifas assegurar o equilíbrio *económico-financeiro* da concessão e atender ao nível de custos necessários para uma gestão *eficiente* do sistema. Caso o município opte por concessionar o serviço, a selecção da concessionária deve obedecer, de acordo com o respectivo artigo 8.º, n.º 1, ao princípio geral de que os consumidores devem dispôr do serviço ao *menor custo possível*.

- cc) No campo dos sistemas municipais são também reconhecidas características ao sistema que o permitem qualificar como traduzindo a prestação de um SIEG.
- dd) No quadro da investigação realizada em relação ao regime aplicável aos sistemas multimunicipais, a Comissão Europeia considerou que o Estado só não está obrigado a recorrer a procedimentos concorrenciais para atribuir a gestão dos sistemas multimunicipais a empresas de capitais integralmente públicos, se for possível demonstrar que exerce sobre essas empresas um “controlo análogo” ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, cumulativamente, as empresas realizarem o essencial da sua actividade na prossecução do fim específico para que foram criadas.
- ee) Os ajustamentos introduzidos no regime jurídico nacional têm pois que ser compreendidos no contexto da referida investigação e visaram assegurar a configuração jurídica da relação como relação “in house”, à luz do direito comunitário.
- ff) Por via das alterações introduzidas no regime nacional ficou, entre o mais, expressamente consagrado que o Ministro Ambiente tem relativamente às entidades gestoras de sistemas multimunicipais, poderes de fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos das mesmas.
- gg) A prática decisória da Comissão demonstra que a atribuição por um Estado-membro a uma empresa de capitais públicos, controlada pelo Estado, de uma missão de serviço público, só escapa às regras de contratação pública se o Estado exercer sobre essa empresa um controlo análogo ao que exercer sobre os seus próprios serviços.
- hh) Este entendimento, preclui a discricionariedade do Estado na atribuição do SIEG e coarcta as vias que as autoridades nacionais podem seguir para desenvolver SIEG, designadamente obstaculizando o uso de mecanismos de gestão empresarial.
- ii) A mais recente jurisprudência do TJCE sobre esta matéria (no acórdão “Stadt Halle”), pode eliminar o poder dos Estados-membros incumbirem empresas de capital misto na gestão de SIEG, sem recorrerem a um procedimento concursal. *De jure*, por via do referido acórdão, o Tribunal parece ter aniquilado a possibilidade de existirem relações “in house” em sociedades de capital misto.
- jj) O legislador nacional, através dos fins que comete ao IRAR reconhece, uma vez mais, em sintonia com o Decreto-Lei n.º 558/99 e com a Lei n.º 22/96, que as

entidades que prestam serviços no sector da água e do saneamento têm por missão a prestação de um SIEG, sendo que o Instituto no exercício das suas funções de supervisão e de monitorização do sector, tem um papel relevante na garantia da qualidade dos serviços de abastecimento público de água e de recolha e tratamento de águas residuais urbanas.

kk) A actual configuração jurídica do IRAR reflecte a própria estrutura do sector, dominado por operadores públicos, não tendo ainda um estatuto institucional que lhe confira a independência necessária ao exercício das típicas funções de regulação. Designadamente, o IRAR não dispõe de competências de decisão significativas, não tendo nomeadamente o poder de sancionar incumprimentos imputáveis aos operadores. A possível evolução do sector, designadamente, no sentido de uma presença mais significativa de operadores privados, aconselha que se repense o estatuto jurídico do IRAR.

Carlos Botelho Moniz

Eduardo Maia Cadete