

CURSOS TÉCNICOS

A GOVERNANÇA DA ÁGUA

Coordenação Científica

João Miranda

Rui Cunha Marques

Ana Luísa Guimarães

Em parceria com:



Lisbon
Public Law
Research Centre

ERSAR

CURSOS TÉCNICOS

A GOVERNANÇA DA ÁGUA

Coordenação científica

João Miranda

Rui Cunha Marques

Ana Luísa Guimarães

Autoria

Textos de diversos autores



Lisbon
Public Law
Research Centre



FICHA TÉCNICA

TÍTULO:

A Governança da Água

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

João Miranda

Rui Cunha Marques

Ana Luísa Guimarães

AUTORIA:

Amparo Sereno

Ana Luísa Guimarães

Francisco Silva Pinto

Jaime Melo Baptista

João Miranda

João Tilly

João Tomé Pilão

Luciano Marcos

Margarida Vidal Sampaio

Maria Rita Nascimento

Nuno Oliveira Garcia

Patrícia Sampaio

Pedro Moniz Lopes

Pedro Simões

Raquel Franco

Rui Cunha Marques

Rui Godinho

Simão Mendes de Sousa

Susana Neto

Tiago Cetrulo

Vera Eiró

EDIÇÃO:

Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

CONCEPÇÃO GRÁFICA:

Brand Practice

COMPOSIÇÃO E PAGINAÇÃO:

OH! multimedia

LOCAL E DATA DE EDIÇÃO:

Lisboa, Fevereiro de 2024

ISBN:

978-989-8360-47-2

PREFÁCIO DA ERSAR

A água é um bem imprescindível à vida, insubstituível e de valor infinito. Pensar na governança da água, um recurso limitado e vital, é um exercício que cada vez mais se torna prioritário para cada país. A quantidade de água que existe no planeta é finita ao passo que a população mundial tende a crescer, o que significa que há cada vez menos água por habitante no planeta. As rápidas alterações climáticas e o cenário de escassez hídrica resultam de duas condicionantes difíceis de conciliar: por um lado, menos água que nos é dada pela natureza; por outro lado, uma maior necessidade de água para prover às necessidades e para desenvolver o nosso país.

Face a este cenário e numa altura de rápidas mudanças no setor, é com grande satisfação que a ERSAR participa na atual edição do Curso Técnico n.º 9 sobre “A Governança da Água”, que resulta de uma colaboração com o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A presente edição pretende dar continuidade à anterior publicação intitulada “Direito da Água”, de 2013, atualizando a informação e incluindo temas relevantes como os modelos de gestão dos serviços de águas e a participação do setor privado, os desafios do PENSAARP 2030, os poderes regulamentares da ERSAR, a proteção dos consumidores, o impacto das alterações climáticas sobre os serviços públicos de águas, a água como um recurso circular e o regime da reutilização das águas residuais, entre outros.

No que respeita aos desafios da regulação da água para consumo humano em Portugal, destacamos o desafio da regulação da qualidade de serviço, o desafio da governança do setor – a necessidade de garantir que as entidades gestoras estão à altura dos desafios de escassez e de qualidade – e o desafio do financiamento do setor como quatro grandes eixos de atuação da ERSAR.

A missão da ERSAR tem no seu cerne a necessidade de proteger os consumidores (que são consumidores de serviços públicos essenciais, prestados em regime de monopólio legal ou natural), a necessidade de ga-

rantir o equilíbrio do setor (na procura da manutenção de condições que permitam o equilíbrio económico e financeiro por parte das atividades dos setores regulados, exercidos em regime de serviço público) e a procura da sustentabilidade económica e ambiental dos serviços regulados.

Neste contexto, a ERSAR espera que a utilização deste Curso Técnico no meio académico e como ferramenta de suporte técnico possibilite a todos os interessados, nomeadamente aos técnicos das entidades gestoras dos serviços de águas, atualizar e densificar os seus conhecimentos no que respeita à organização do setor, à gestão dos serviços de águas, à qualidade do serviço a prestar e aos desafios futuros.

O acesso à água potável é um Direito Fundamental e uma questão de sobrevivência. Assim, tudo o que for feito para o futuro da água e da sua governação será certamente também para o futuro da Humanidade.

Vera Eiró

Presidente do Conselho de Administração da ERSAR

Joaquim Barreiros

Vogal do Conselho de Administração da ERSAR

Miguel Nunes

Vogal do Conselho de Administração da ERSAR

PREFÁCIO DA COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

A presente obra reúne textos das intervenções proferidas no Curso de Pós-Graduação de Direito da Água, organizado em 2022, o melhor trabalho apresentado por um participante no referido curso e ainda um trabalho sobre o tema da articulação da concessão de utilização privativa do domínio público hídrico com o Direito da União Europeia.

A publicação desta obra dá sequência à parceria entre o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, que já se tinha traduzido na edição em 2013 do livro técnico sobre Direito da Água. Naturalmente, mais de uma década volvida sobre a publicação anterior, os textos incidem sobre temáticas novas, sem prejuízo de serem também revisitados assuntos já abordados, de acordo com a realidade institucional, social ou jurídica atual. Na linha da edição anterior, procurou preservar-se a interdisciplinaridade, mediante a inclusão de textos com uma perspetiva não estritamente jurídica.

A obra encontra-se organizada em cinco partes fundamentais: i) modelos de governação de serviços públicos de águas; ii) recursos hídricos e transição climática; iii) propriedade e recursos hídricos; iv) contratação pública no setor da água; v) regime económico-financeiro dos recursos hídricos.

A primeira parte é composta por textos abordando matérias tão relevantes quanto os desafios e as oportunidades do PENSAARP 2030, os sistemas intermunicipais de águas, a participação do setor privado através de contratos de gestão ou de assistência técnica e as perspetivas do marco regulatório do saneamento do Brasil adotado em 2020, terminando com textos sobre os desafios da regulação da água para consumo humano e o impacto da Lei do Orçamento de Estado de 2021 sobre os poderes regulamentares da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos.

Na segunda parte, é abordado o impacto das alterações climáticas sobre os serviços de águas, com um estudo de caso sobre a necessidade

de adaptação da Convenção de Albufeira de 1998 aos fenómenos meteorológicos extremos verificados no ano de 2022. Ainda nesta parte é tratada a temática da gestão integrada dos recursos hídricos a nível nacional e a sua aplicação no caso português.

A terceira parte comporta dois textos sobre o tema clássico da propriedade dos recursos hídricos, abordando-se, por um lado, o caso da união de águas públicas e águas particulares, e por outro, o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicas, que tem gerado abundantes litígios nos tribunais portugueses.

Reconhecendo a relevância da matéria da contratação pública no setor da água, é-lhe dedicada a quarta parte desta obra com um texto que procura indagar se as normas do direito português respeitantes à prorrogação de títulos de utilização privativa do domínio público a favor de particulares se mostram conformes com as exigências da União Europeia quanto à garantia de uma concorrência efetiva e da liberdade de estabelecimento e com um outro texto sobre a partilha de risco e o equilíbrio do caso-base no âmbito do reequilíbrio económico-financeiro do contrato.

A obra é concluída com textos sobre o regime económico-financeiro dos recursos hídricos, nos quais são tratadas as matérias da taxa de recursos hídricos, a medição da adequação das estruturas tarifárias de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, bem como a da tarifa social enquanto garante da acessibilidade e universalidade dos serviços públicos de águas.

A publicação da presente obra não seria possível sem o apoio da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, pelo que é devido um justo agradecimento ao respetivo Conselho de Administração. Esperamos que a mesma constitua um contributo para o lançamento de novas reflexões a propósito do funcionamento dos serviços públicos de águas e da proteção dos recursos hídricos.

Os Coordenadores Científicos

João Miranda
Rui Cunha Marques
Ana Luísa Guimarães

ÍNDICE

Prefácio da ERSARIII

Prefácio da Coordenação CientíficaV

I. MODELOS DE GOVERNAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUAS

O PENSAARP 2030, novos desafios e oportunidades

Jaime Melo Baptista2

Os sistemas intermunicipais: as agregações de sistemas municipais de água

Ana Luísa Guimarães25

A participação do setor privado através de contratos de gestão ou de assistência técnica baseados em desempenho: quando, como e para quê?

Rui Cunha Marques54

Desafios e perspectivas do marco regulatório do saneamento no Brasil

Patrícia Sampaio73

Os desafios da regulação da água para consumo humano em Portugal. O caso da ERSAR

Vera Eiró99

Os poderes regulamentares da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos. Em especial, as alterações em matéria tarifária após a Lei do Orçamento de Estado de 2021

Pedro Moniz Lopes, Raquel Franco e João Tilly.....115

II. RECURSOS HÍDRICOS E TRANSIÇÃO CLIMÁTICA

O impacto das alterações climáticas sobre os serviços de águas

Rui Godinho166

A Convenção de Albufeira ante alterações climáticas em 2022. O ano de todos os extremos meteorológicos	
Amparo Sereno	178

Integração territorial da gestão de recursos hídricos	
Susana Neto	210

III. PROPRIEDADE E RECURSOS HÍDRICOS

A união de águas com diferentes naturezas: um breve ensaio	
João Tomé Pilão	227

O reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos	
Luciano Marcos e Margarida Vidal Sampaio	247

IV. CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO SETOR DA ÁGUA

Concessão de utilização do domínio público hídrico e Direito da União Europeia	
João Miranda	271

Reequilíbrio económico-financeiro de contratos: a partilha de risco e o equilíbrio do caso-base	
Pedro Simões e Francisco Silva Pinto	289

V. REGIME ECONÓMICO-FINANCEIRO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Introdução à taxa de recursos hídricos	
Nuno de Oliveira Garcia e Maria Rita Nascimento	309

Estruturas tarifárias de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais: a medição da sua adequação	
Francisco Silva Pinto e Tiago Cetrulo	338

A tarifa social enquanto garante da acessibilidade e universalidade dos serviços públicos de águas	
Simão Mendes de Sousa	377

Sobre os autores	414
-------------------------------	-----

PARTE I

MODELOS DE GOVERNAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUAS

O PENSAARP 2030, NOVOS DESAFIOS E OPORTUNIDADES

Jaime Melo Baptista

Resumo

Apresenta-se o novo Plano Estratégico para o Abastecimento de Água e Gestão de Águas Residuais e Pluviais 2030 (PENSAARP 2030), recentemente aprovado pelo Governo. Começa por se salientar, a título de enquadramento, a importância dos serviços de águas e a sua situação atual em Portugal, descrevendo-se a metodologia utilizada no desenvolvimento do Plano. Detalha-se seguidamente a sua visão estratégica, os seus objetivos e as medidas previstas, completadas com os incentivos e os estímulos a criar. Identificam-se os investimentos necessários para a sua realização, as tarifas previsíveis e a estratégia de atribuição de subsídios. Termina-se com o modelo de governação previsto e a importância de mobilizar o setor para este desígnio nacional.

Palavras-chave

Plano, abastecimento de água, águas residuais e águas pluviais.

Abstract

The new Strategic Plan for Water Supply and Wastewater and Stormwater Management 2030 (PENSAARP 2030), recently approved by the Government, is presented. It begins by highlighting, by way of framework, the importance of water services and their current situation in Portugal, describing the methodology used in the development of the Plan. Its strategic vision, objectives and envisaged measures are detailed, together with the incentives and stimuli to be created. The investments needed to carry them out, the foreseeable tariffs and the subsidy allocation strategy are identified. It ends with the planned governance model and the importance of mobilizing the sector for this national plan.

Keywords

Plan, water supply, wastewater and stormwater

1. Qual a importância dos serviços de águas?

Os serviços de abastecimento de água e de gestão de águas residuais e pluviais (designados daqui em diante por serviços de águas) são essenciais à saúde pública, ao ambiente, ao bem-estar dos cidadãos e às atividades económicas. Enquadram-se nas grandes prioridades da Humanidade, no âmbito dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas aprovados em 2015, e são considerados direitos humanos desde 2010, o que implica para os Governos nacionais e locais a obrigação de os respeitar, proteger e cumprir.

2. Qual a situação destes serviços em Portugal?

Anteriormente a 1993 a situação global dos serviços em Portugal era bastante deficitária e apresentava dificuldades em responder aos novos desafios impostos pela entrada em 1986 na então Comunidade Económica Europeia, quer no cumprimento da legislação ambiental, quer na gestão dos fundos europeus disponibilizados.

Por essa razão, Portugal iniciou há três décadas uma profunda reforma do setor da água, visando aumentar a cobertura e melhorar a qualidade dos serviços. A reforma compreendeu a formulação de uma nova estratégia nacional, com a revisão do enquadramento institucional e legislativo, dos modelos de governação das entidades gestoras e da organização territorial, materializada em diversos ciclos estratégicos sequenciais.

Em resultado desta reforma, verificou-se uma evolução notável dos serviços, em que se atingiram 97% de cobertura nacional da população com abastecimento de água, 99% de água segura para consumo humano e 86% de cobertura com águas residuais, praticamente sempre com tratamento.

Os últimos anos revelam porém alguma estagnação, ainda com problemas de fundo, nomeadamente: manutenção da fragmentação no setor dos serviços em baixa (de distribuição de água e de recolha de águas residuais), com alguma dificuldade na concretização das agregações face

à complexidade dos processos envolvidos, pese embora uma dezena de projetos de agregação concretizados nos últimos anos; manutenção das grandes assimetrias no setor, com um País com entidades gestoras a várias velocidades e uma tendência para aumentar o fosso existente; desconhecimento de gastos reais dos serviços em muitas entidades gestoras; pouca progressão no contributo das tarifas para a recuperação de gastos, em muitas entidades gestoras; insuficiente conhecimento infraestrutural; gestão ineficiente dos ativos, que se estão a degradar com o tempo, originando perdas de água, falhas no serviço, etc.; falta de compromisso de diversos agentes com o Plano; pouca atenção dada aos serviços de gestão de águas pluviais; necessidade de melhoria da eficácia dos comandos legislativos; descargas industriais sem pré-tratamento nas redes de drenagem por falta de regulamentos de descarga ou por falta do seu cumprimento, causando problemas nas redes e nas estações de tratamento de águas residuais; aflúências indevidas nas redes de drenagem, conduzindo a problemas operacionais e a focos de poluição; poluentes de preocupação emergente, nomeadamente substâncias farmacêuticas, desconhecendo-se os seus reais efeitos nos ecossistemas; instalação de atividades que podem colocar em causa a qualidade da água na origem quando não existem perímetros de proteção nas captações para abastecimento público; e fragilidades na gestão do Plano.

As curvas de evolução anual dos indicadores de desempenho do setor mostram essa estagnação das médias nacionais nos últimos anos, por exemplo no que respeita à adesão pelos consumidores aos serviços existentes, à água não faturada, às perdas reais, ao conhecimento infraestrutural, à reabilitação e à recuperação de gastos, tendo as metas do plano estratégico anterior (PENSAAR 2020) ficado aquém do expectável. Acrescem ainda os desafios emergentes das alterações climáticas, a escassez hídrica, a degradação das massas de água, o maior risco de ocorrência de inundações, a necessidade de controlo dos poluentes emergentes e a tendência para uma maior circularidade e valorização ambiental e territorial dos serviços.

Para o País continuar o caminho do progresso é fundamental que a política pública evolua para a procura de um nível de excelência destes serviços, na redução das assimetrias do setor e na sua sustentabilidade. Para

isso é necessária uma estratégia governamental que coordene com eficácia o universo de meios disponíveis para a concretização destes objetivos socialmente relevantes, e que são metas coletivas – do País e dos seus cidadãos – incluindo, entre outras, um conjunto de decisões e medidas aos níveis nacional, regional e municipal.

3. Como foi desenvolvido o novo Plano estratégico?

Nesse contexto, e dando continuidade aos ciclos estratégicos anteriores, o Governo português decidiu aprovar o Plano Estratégico para o Abastecimento de Água e Gestão de Águas Residuais e Pluviais 2030 (PENSAARP 2030), enquadrado nos grandes desígnios internacionais anteriormente referidos.

Os pressupostos na elaboração do Plano foram: incluir no seu âmbito de aplicação, além do abastecimento de água e da gestão de águas residuais, a gestão de águas pluviais; constituir o instrumento norteador das políticas para o ciclo urbano da água e da sua articulação com as restantes políticas setoriais relevantes, internacionais, europeias e nacionais; estar adaptado às alterações entretanto ocorridas nestes serviços, resultantes, por um lado, da cisão de sistemas multimunicipais e, por outro, das agregações de sistemas municipais; responder aos desafios que se colocam a médio prazo, por exemplo, por força das alterações climáticas, dos poluentes de preocupação emergente, da evolução tecnológica e das alterações do mercado de trabalho; responder à necessidade de alinhamento da política nacional de investimentos ao próximo período de programação dos fundos europeus; ser sujeito a um processo de Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), instrumento de apoio à tomada de decisão que visa a promoção do desenvolvimento sustentável.

O Plano traça as grandes linhas orientadoras do setor para a próxima década e apela ao alinhamento de todos os seus atores, numa convergência de esforços e de ambição. Vem dar continuidade aos planos anteriores e à política pública que foi definida há três décadas, procurando manter as mais-valias das principais linhas de rumo, mas sendo inovador sempre que adequado, e articulado temporalmente com a Estratégia Portugal 2030 e outros documentos estratégicos relevantes, a nível nacional, ibérico, europeu e mundial.

Este Plano distingue-se dos anteriores essencialmente pela sua abordagem mais sistémica e holística, procurando considerar a integralidade das componentes de uma política pública, por ter sido elaborado com intensa participação do setor, com maior envolvimento de todos os agentes na sua concretização, e por destacar a gestão de águas pluviais e os desafios emergentes.

A elaboração do PENSAARP 2030 foi precedida de ampla mobilização e consulta prévia, chamando à participação os agentes do setor, envolvendo um grupo de trabalho, um conselho consultivo, diversos especialistas, doze sessões públicas de reflexão com cerca de 1500 participantes e inquéritos a um painel de especialistas. Foram adicionalmente realizadas as consultas públicas quer do Plano quer da sua avaliação ambiental estratégica, também elas com intensa participação.

O Plano é essencialmente constituído pelo “PENSAARP 2030- Volume 1: Plano Estratégico”, parte principal compreendendo o enquadramento geral, o alinhamento com o contexto, a visão e os objetivos estratégicos, as medidas e os incentivos a implementar, a análise económica e financeira e a governação do Plano, e pelo “PENSAARP 2030- Volume 2: Plano de Ação”, parte complementar compreendendo a execução das medidas e dos incentivos e a monitorização dos objetivos. Foi também elaborado o respetivo “Relatório da Consulta Pública”. Tendo o Plano sido sujeito a um processo de Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), foram ainda elaborados o “Relatório Ambiental”, o “Resumo Não Técnico”, a “Declaração Ambiental” e o “Relatório da Consulta do RAAE”.

4. Qual a visão estratégica do Plano?

A visão do Plano para 2030 passa por atingir serviços de águas de excelência para todos e com contas certas. O País necessita de serviços que assegurem à sociedade portuguesa eficácia, eficiência e sustentabilidade, e que criem valor económico, ambiental, territorial e societal, no quadro do desenvolvimento sustentável e de uma crescente circularidade da economia e destes serviços. O País necessita de serviços de águas para todos, sem deixar ninguém para trás, com contas certas com as gerações atuais e vindouras, com o ambiente e com a economia.

5. Quais os objetivos estratégicos do Plano?

A visão do Plano foi materializada em quatro objetivos estratégicos globais, que passam por atingir serviços eficazes, eficientes, sustentáveis e com mais valor acrescentado para a sociedade, desdobrados em 20 objetivos específicos:

- A eficácia dos serviços passa por assegurar a acessibilidade física, a continuidade e fiabilidade, a qualidade das águas distribuídas e rejeitadas, a segurança e resiliência e a equidade e acessibilidade económica;
- A eficiência dos serviços passa por assegurar a governação e estruturação do setor, a organização das entidades gestoras, a alocação de recursos financeiros, a eficiência hídrica e a eficiência energética e descarbonização;
- A sustentabilidade dos serviços passa por assegurar a sustentabilidade económica e financeira, infraestrutural, da utilização de recursos, do capital humano e do conhecimento;
- A valorização dos serviços passa por assegurar a valorização empresarial e económica, ambiental e territorial, societal, da transparência e responsabilização e do desenvolvimento sustentável.

De entre estes, foram identificados dez objetivos específicos considerados prioritários, com elevada criticidade e desempenho insatisfatório. O “top 3” são: sustentabilidade económica e financeira; eficiência na governação e estruturação do setor; e sustentabilidade infraestrutural. Os restantes são: eficácia na qualidade das águas, na vertente das águas residuais; eficiência hídrica; eficiência na alocação de recursos financeiros; eficácia na segurança e resiliência; sustentabilidade do capital humano; eficiência na organização das entidades gestoras; e eficácia na continuidade e fiabilidade.

Foram selecionados quatro objetivos específicos considerados muito importantes, com elevada criticidade, mas com desempenho médio já aceitável: eficácia na acessibilidade física; eficácia na equidade e acessi-

bilidade económica; eficiência energética e descarbonização; e sustentabilidade do conhecimento.

Foram finalmente selecionados seis objetivos específicos considerados importantes, com menor criticidade e com desempenho insatisfatório: sustentabilidade da utilização de recursos; valorização empresarial e económica; valorização ambiental e territorial; valorização societal; valorização da transparência e da responsabilização; e valorização para o desenvolvimento sustentável.

Em termos globais, os objetivos específicos prioritários referidos estão essencialmente associados à eficiência, os objetivos muito importantes à eficácia e à sustentabilidade e os objetivos importantes à valorização.

6. Quais as medidas previstas no Plano?

Tendo presente o anteriormente referido, foram definidas 70 medidas, destinadas a alcançar os objetivos globais e específicos anteriormente definidos, embora com distintas prioridades. Essas medidas são identificadas abaixo, agrupadas por objetivos, e com referência aos desafios que levantam e às oportunidades para o mercado que originam.

Quanto a medidas para melhor eficácia dos serviços:

7. Medidas para o objetivo de eficácia na acessibilidade física

Importa assegurar a acessibilidade física da população aos serviços através da construção de infraestruturas de abastecimento de água e águas residuais, da construção e renaturalização de infraestruturas de águas pluviais, da conclusão das ligações dos sistemas em baixa aos sistemas em alta e dos utilizadores aos sistemas em baixa, da melhoria de sistemas públicos simplificados e da melhoria do controlo de soluções particulares.

Os principais desafios passam pela mobilização de relevantes recursos financeiros para a construção de infraestruturas ainda em falta (especialmente de águas residuais), pela sensibilização dos decisores para soluções de drenagem pluvial mais naturais e integradas no território (transitando de soluções cinzentas para soluções verdes) e pelo aumen-

to da percepção social para a importância de ligação a estes serviços (ajudando a completar a ligação dos utilizadores aos sistemas em baixa).

As principais oportunidades para o mercado são oferta de serviços e produtos de construção ou ampliação de infraestruturas ainda em falta e, se bem que em menor escala, a oferta de serviços e produtos tecnologicamente mais evoluídos para sistemas simplificados e soluções particulares.

8. Medidas para o objetivo de eficácia na continuidade e fiabilidade

Importa assegurar a continuidade e fiabilidade dos serviços através da reabilitação de infraestruturas e da melhoria operacional, modernização e automação dos mesmos.

Os principais desafios passam pela sensibilização dos decisores para a necessidade de reabilitação dos ativos já existentes (que se vão degradando), pela mobilização de recursos financeiros para a efetiva reabilitação de infraestruturas, bem como pela modernização, digitalização e automação dos serviços de águas.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos de reabilitação de infraestruturas e de equipamento para monitorização, sensorização e controlo (telegestão) das mesmas.

9. Medidas para o objetivo de eficácia na qualidade das águas

Importa assegurar a qualidade das águas distribuídas e rejeitadas através da melhoria da qualidade da água para abastecimento, mas essencialmente das águas residuais e também das águas pluviais rejeitadas, da melhoria do cumprimento ambiental das captações de água para abastecimento e das rejeições das águas residuais e pluviais, da responsabilização ambiental de rejeições de águas residuais industriais nos sistemas públicos e da melhoria dos sistemas prediais.

Os principais desafios passam pelo esforço de adaptação às novas diretivas europeias (nomeadamente em termos de reforço das estações de tratamento), pelo reforço da capacidade de intervenção da autoridade

de ambiental nos pontos de captação e de descarga, pela melhoria da operação de estações de tratamento de águas residuais e pelo melhor controlo das descargas de águas residuais industriais nos sistemas públicos de drenagem.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços de operação de estações de tratamento de águas residuais e, noutro segmento, de manutenção dos sistemas prediais de abastecimento para assegurar a sua periódica higienização.

10. Medidas para o objetivo de eficácia na segurança, resiliência e ação climática

Importa assegurar a eficácia na segurança e na resiliência dos serviços através de medidas visando a proteção de bens materiais e vidas humanas e da capacidade de adaptação dos sistemas às alterações climáticas e a outros desafios.

Os principais desafios passam pela mobilização de recursos financeiros para aumentar a segurança e, especialmente, a resiliência de infraestruturas (face aos desafios existentes).

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e equipamentos de segurança e de intervenções construtivas de diversos tipos para aumentar a resiliência de infraestruturas de abastecimento de água e águas residuais.

11. Medidas para o objetivo de eficácia na equidade e acessibilidade económica

Importa assegurar a equidade e acessibilidade económica através do aperfeiçoamento da estrutura tarifária para os serviços, do aperfeiçoamento de critérios de subsidiação e do aperfeiçoamento do tarifário social.

Os principais desafios passam pelo compromisso dos decisores políticos locais para uma gestão mais racional dos tarifários e pela capacidade de criar um fundo de equilíbrio tarifário equilibrado e funcional para o setor.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços de consultoria para apoio ao planejamento financeiro dos serviços.

Quanto a medidas para melhor eficiência dos serviços:

12. Medidas para o objetivo de eficiência na governação e estruturação do setor

Importa assegurar a governação e a estruturação do setor através do reforço do compromisso dos diversos órgãos políticos, do reforço de competências do regulador de serviços, do reforço do compromisso da holding e das entidades gestoras de titularidade estatal e das entidades gestoras de titularidade municipal, da promoção de economias de escala e de gama e do alargamento do âmbito de serviço público.

Os principais desafios passam por refocalizar a atenção política neste setor, quer a nível central quer municipal (por exemplo através do estabelecimento de um Pacto de Compromisso Nacional pelos Serviços de Águas), por implementar o plano estratégico do setor através de uma estrutura temporária para apoio à sua governação, por reconhecer o regulador como um instrumento estruturante e atribuir-lhe os poderes necessários (nomeadamente na área tarifária e sancionatória), por evoluir para modelos empresariais e especializados de prestação de serviços e por conseguir materializar as agregações em baixa ainda em falta, ou, em alternativa, partilha de recursos entre entidades, que permitam otimizar o setor.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços na área das agregações em baixa e tudo o que isso implica.

13. Medidas para o objetivo de eficiência na organização das entidades gestoras

Importa assegurar a organização, modernização e digitalização através da melhoria organizacional e de gestão das entidades gestoras, da modernização e digitalização dos serviços, da melhoria do planeamento estratégico dos serviços e da melhoria dos contratos para apoio à gestão de serviços.

Os principais desafios passam pela prática de uma gestão mais empresarial dos serviços prestados pelas entidades gestoras públicas, por um maior recurso aos instrumentos de planeamento, pela sua modernização digital e pela utilização de melhores modelos de outsourcing (nomeadamente contratos remunerados por desempenho).

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços de apoio à governança corporativa, de instrumentos de planeamento, de toda a vasta área da digitalização e de prestação de serviços com remuneração função do desempenho, por exemplo no aumento da eficiência hídrica e energética.

14. Medidas para o objetivo de eficiência na alocação de recursos financeiros

Importa assegurar a gestão e alocação de recursos financeiros através do reforço da capacidade de atração de financiamento para o setor, da melhoria do mecanismo de gestão de fundos estruturais para subsidiação e financiamento, da aceleração de investimento e eficiência operacional e da melhoria da tomada de decisão de investimento pelas entidades gestoras.

Os principais desafios passam por assegurar uma eficaz, eficiente e justa gestão dos fundos europeus e de realização física assertiva e atempada desses fundos pelas entidades gestoras.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos que possam apoiar as entidades gestoras na realização física desses fundos.

15. Medidas para o objetivo de eficiência hídrica

Importa assegurar a eficiência hídrica através da redução de perdas de água nos sistemas de abastecimento, de aflúncias indevidas nos sistemas de águas residuais e de aflúncias indevidas/indesejadas nos sistemas de águas pluviais, da melhoria da macromedição e micromedição de água e da melhoria da eficiência hídrica das instalações domésticas e não domésticas.

Os principais desafios passam pela evolução do setor para uma gestão mais preocupada com a eficiência operacional e com o efetivo custeio das ineficiências hídricas, quer nos sistemas de abastecimento de água, quer nos sistemas de gestão de águas residuais e pluviais (nomeadamente elaborando planos de eficiência hídrica e utilizando contratos remunerados com base no desempenho).

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços, produtos e equipamentos na área da eficiência hídrica quer nos sistemas públicos, quer também nas instalações particulares.

16. Medidas para o objetivo de eficiência energética e descarbonização

Importa assegurar a eficiência energética e a descarbonização através da melhoria da eficiência energética dos sistemas e do reforço do auto-consumo de energia de fonte renovável pelas entidades gestoras e da sua gradual descarbonização.

Os principais desafios passam pela evolução do setor para uma gestão mais preocupada com a eficiência operacional e com o efetivo custeio das ineficiências energéticas (nomeadamente utilizando contratos remunerados com base no desempenho).

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços, produtos e equipamentos na área da eficiência energética nos sistemas públicos e na área das energias renováveis.

Quanto a medidas para melhor sustentabilidade dos serviços:

17. Medidas para o objetivo de sustentabilidade económica e financeira

Importa assegurar a sustentabilidade económica e financeira através da elaboração e aprovação de regulamentação tarifária para o setor e da melhoria do seu desempenho económico e financeiro.

Os principais desafios passam pela vontade política para ser aprovada a regulamentação tarifária e para serem devolvidos os poderes ao regulador nesta área (retirados no orçamento de Estado de 2021), bem como ser praticado um correto custeio dos serviços.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos na área da gestão económica e financeiras das entidades gestoras.

18. Medidas para o objetivo de sustentabilidade infraestrutural

Importa assegurar a sustentabilidade infraestrutural através da melhoria da gestão patrimonial, da reabilitação de infraestruturas e do conhecimento cadastral e operacional das infraestruturas.

Os principais desafios passam pela mudança cultural do setor para uma gestão mais moderna e de médio prazo do vasto património infraestrutural já existente e de mobilização de recursos financeiros para a efetiva reabilitação de infraestruturas que se vão degradando.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos na área da realização e digitalização de cadastros, da gestão patrimonial de infraestruturas de abastecimento de água e águas residuais e da sua reabilitação.

19. Medidas para o objetivo de sustentabilidade da utilização de recursos

Importa assegurar a utilização e recuperação de recursos através do uso eficiente da água pelos utilizadores e pelas entidades gestoras, da utilização de origens alternativas de água, da gestão e valorização de lamas urbanas e produtos resultantes do tratamento e da seleção e destino adequado de materiais e componentes de construção.

Os principais desafios passam pela mudança cultural do setor para uma visão mais circular da economia, combinando a eficiência no uso com recursos alternativos, sem esquecer a valorização dos resíduos.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos nas áreas de dessalinização, de reutilização, de gestão de lamas e de aproveitamento de resíduos.

20. Medidas para o objetivo de sustentabilidade do capital humano

Importa assegurar a adequação em número e competências do capital humano dos serviços, a sua renovação, a formação contínua e a existência de redes de partilha de informação e transferência de conhecimento.

Os principais desafios passam pela mudança cultural do setor para uma visão mais centrada nas condições de carreira dos profissionais do setor para melhorar a atração e a retenção de recursos humanos e na sua capacitação continuada e não apenas ocasional (ex. através de um programa nacional de capacitação).

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços de gestão e de capacitação de recursos humanos.

21. Medidas para o objetivo de sustentabilidade do conhecimento

Importa assegurar a gestão de informação, conhecimento e inovação através da consolidação dos sistemas de informação, da interoperabilidade e reforço da análise e divulgação da informação, da consolidação do conhecimento e divulgação de boas práticas e do reforço da investigação e inovação no setor.

Os principais desafios passam pela mudança cultural do setor para uma visão das autoridades e das entidades gestoras mais centrada na circulação de informação, na inovação e no apoio a startups.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos de sistemas de informação e meta dados, bem como a criação de startups focadas nas prioridades do setor.

Finalmente, quanto a medidas para melhor valorização dos serviços:

22. Medidas para o objetivo de valorização empresarial e económica

Importa assegurar a valorização empresarial e económica do setor no mercado interno, por simbiose com outros setores (ex. agropecuária, floresta, indústria e turismo), bem como no mercado externo.

Os principais desafios passam por valorizar o setor empresarial nacional, por encontrar modelos de negócio interessantes de permuta entre o setor e outros setores de atividade económica, bem como um maior compromisso do governo na exportação de serviços para outros mercados, divulgando a marca Portugal no setor da água.

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos que apoiem a prestação destes serviços e que apoiem a simbiose com outros setores de atividade económica (agricultura, pecuária, indústria, etc.) e a maior internacionalização desses serviços e produtos.

23. Medidas para o objetivo de valorização ambiental e territorial

Importa assegurar a circularidade e valorização ambiental e territorial através da promoção gradual de circularidade e valorização ambiental nas infraestruturas a construir, da promoção de economia circular e valorização ambiental nos serviços associados e da articulação dos serviços com o ordenamento do território.

Os principais desafios passam pela capacidade de evoluir para a conceção e o projeto mais circulares e integrados das novas infraestruturas que se venham a construir (ex. passando gradualmente de soluções lineares para soluções circulares), mantendo em paralelo a procura de maior economia circular nos serviços de águas já existentes (ex. reutilização, lamas).

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços e produtos na área da economia circular, quer para a construção de novas infraestruturas quer para a operação das já existentes.

24. Medidas para o objetivo de valorização societal

Importa assegurar a valorização societal através do reforço da valorização dos serviços junto da sociedade e da transformação de comportamentos, do reforço da proteção e da participação dos consumidores, da melhoria das instalações sanitárias públicas e da melhoria das instalações sanitárias domiciliares de famílias carenciadas.

O principal desafio é a necessidade de mudança cultural da sociedade face à importância da água e dos serviços de águas, envolvendo di-

versos atores para a sensibilização dos cidadãos, quer na forma como percebem esse recurso, os serviços e os seus intervenientes, quer na participação que querem ter nas decisões associadas (ex. “vozes locais pela água”).

As principais oportunidades para o mercado são a oferta de serviços na área da comunicação e de produtos e equipamentos na área das instalações sanitárias públicas.

25. Medidas para o objetivo de valorização da transparência e responsabilização

Importa assegurar a transparência, responsabilização e ética através do reforço da transparência na administração pública e na prestação dos serviços, da responsabilização dos agentes do setor e da cultura ética no setor.

O principal desafio é a necessidade de melhoria cultural dos atores do setor face aos princípios de transparência, responsabilização e ética, nomeadamente em termos de divulgação de informação e de perceção da utilidade de auditorias externas para a melhoria da sua atividade e o aumento de confiança da sociedade.

Não existem oportunidades relevantes para o mercado.

26. Medidas para o objetivo de valorização para o desenvolvimento sustentável

Importa assegurar a contribuição para o desenvolvimento sustentável através do reforço da cooperação nacional sobre o ODS 6 e com os restantes objetivos e da cooperação internacional na perspetiva água, paz e desenvolvimento.

Os principais desafios passam pela melhor articulação ministerial entre o ODS6 e os restantes objetivos de desenvolvimento sustentável, passando de um relacionamento formal para um mais efetivo e aprofundado, e da integração do tema água na diplomacia portuguesa.

Não existem oportunidades relevantes para o mercado.

Para além destas medidas, associadas diretamente aos serviços de águas, são identificadas 15 outras medidas complementares associadas à regulação ambiental, na componente de recursos hídricos.

Estas 85 medidas distribuem-se por três níveis de importância relativa: 21 medidas consideradas prioritárias pela sua elevada criticidade para se alcançarem os objetivos do setor, 31 medidas consideradas medianamente prioritárias que têm de manter a atenção do setor; e 33 medidas que (só aparentemente) consideradas menos prioritárias, mas que não podem desmerecer a atenção do setor.

Tendo em conta o primeiro nível de importância, o PENSAARP 2030 dá especial atenção: à aplicação da regulamentação tarifária pelas entidades gestoras; à melhoria do desempenho económico e financeiro das entidades gestoras; ao reforço do compromisso dos diversos órgãos políticos; ao reforço do compromisso das entidades gestoras de titularidade municipal; ao reforço de competências do regulador de serviços; ao reforço da fiscalização de licenciamento das captações de água; ao reforço da fiscalização de licenciamento das rejeições das águas residuais; à melhoria da qualidade das águas residuais rejeitadas; ao reforço da articulação da autoridade ambiental com a entidade reguladora do setor; à promoção de economias de escala; à melhoria da gestão patrimonial das infraestruturas; à reabilitação de infraestruturas; à melhoria do conhecimento cadastral e operacional das infraestruturas; à redução de perdas de água nos sistemas de abastecimento; à redução de aflúncias indevidas nos sistemas de águas residuais; à redução de aflúncias indevidas/indesejadas nos sistemas de águas pluviais; ao reforço do capital humano do sector; à adaptação dos serviços às alterações climáticas; à melhoria do planeamento estratégico dos serviços; à melhoria organizacional e de gestão das entidades gestoras; e à melhoria do mecanismo de gestão de fundos estruturais para subsidiação e financiamento.

27. Quais os incentivos previstos no Plano?

A materialização das medidas do Plano será facilitada através da criação de incentivos necessários, que geram as condições para uma mais

fácil e rápida concretização das primeiras, que podem ser institucionais, económicos, financeiros e fiscais, e ainda legais e regulamentares.

Os incentivos institucionais incluem articulação entre áreas governativas, articulação ou parceria com terceiros e criação da estrutura temporária de gestão do Plano. Os incentivos económicos, financeiros e fiscais incluem criação de mecanismos económicos e financeiros e criação e reavaliação de mecanismos fiscais. Os incentivos legais e regulamentares incluem criação e atualização da legislação, nomeadamente sobre mecanismos sancionatórios.

A responsabilidade pela criação dos incentivos necessários passa, na grande maioria dos casos, pela área governativa e, pontualmente, pelas autoridades de gestão dos programas regionais, pela entidade reguladora do setor e pelas entidades gestoras estatais.

28. Quais os estímulos previstos no Plano?

Adicionalmente, a materialização das medidas do Plano será facilitada através da utilização de estímulos recomendados. Embora não sejam essenciais para a sua implementação, também ajudam a criar as condições para uma mais fácil e rápida concretização das medidas, prevenindo-se estímulos técnicos e de capacitação, estímulos reputacionais e de comunicação, e estímulos de inovação e mercado.

Os estímulos técnicos e de capacitação incluem formação e capacitação, elaboração de guias técnicos, cadernos de sensibilização para decisores, recomendações, estudos e outros instrumentos, e ações de reflexão e de divulgação de casos de referência. Os estímulos reputacionais e de comunicação incluem ações de comparação (*benchmarking*), de sensibilização e de divulgação. Os estímulos de inovação e mercado incluem ações de apoio à inovação e à realização de projetos piloto.

Sendo os estímulos recomendados não essenciais, mas relevantes, a sua concretização depende muito da iniciativa dos agentes do setor, nomeadamente instituições de ensino superior, instituições de I&D, associações e empresas. A sua criação pode ser acelerada por exemplo

através de avisos do Fundo Ambiental, capazes de mobilizarem todo o potencial existente no setor.

29. Quais os investimentos necessários para a realização do Plano?

Para a definição da estratégia de investimento e de financiamento foi avaliada a situação económica e financeira atual e estimadas as necessidades de investimento para diferentes cenários. Nos sistemas de titularidade estatal considerou-se um único cenário baseado nos seus atuais planos de investimento. Nos sistemas de titularidade municipal, face à maior imprevisibilidade devido à frequente ausência de instrumentos de planeamento estratégico e ao maior peso previsível da reabilitação nos investimentos, optou-se por simular quatro cenários centrados neste aspeto, para além do caso base:

- Cenário 1 (insuficiente) correspondente à manutenção da atual situação de reabilitação (0,5% por ano de condutas e 0,3% por ano de coletores) e, adicionalmente, aos investimentos de conclusão da construção de ativos, bem como de resiliência, modernização e descarbonização previstos no Plano;
- Cenário 2 (minimalista) correspondente à melhoria das práticas de reabilitação atual, atingindo-se 1% por ano de reabilitação de condutas e coletores e, adicionalmente, aos investimentos de conclusão da construção de ativos, de resiliência, modernização e descarbonização;
- Cenário 3 (central) correspondente à melhoria das práticas de reabilitação atual, atingindo-se 1,5 a 2% por ano, e, adicionalmente, aos investimentos de conclusão da construção de ativos, de resiliência, modernização e descarbonização;
- Cenário 4 (ideal) correspondente à melhoria das práticas de reabilitação atual, atingindo-se 2 a 3% por ano, e, adicionalmente, aos investimentos de conclusão da construção de ativos, de resiliência, modernização e descarbonização.

Este Plano preconiza que as entidades gestoras com desempenho atual baixo prossigam o Cenário 2 (minimalista), realizando investimentos de conclusão da construção de ativos, bem como de resiliência e modernização, e promovendo 1% por ano de reabilitação de condutas e coletores, concentrando prioritariamente esforços na sua reestruturação e viabilidade, de forma a poderem depois evoluir para uma situação que permita ir aumentando sustentadamente o investimento infraestrutural e alcançarem o cenário seguinte. Preconiza também que as entidades gestoras com desempenho atual mediano prossigam o Cenário 3 (central), realizando investimentos de conclusão da construção de ativos, de resiliência, modernização e descarbonização, e promovendo entre 1,5 e 2% por ano de reabilitação de condutas e coletores. Preconiza ainda que as entidades gestoras com desempenho elevado prossigam o Cenário 4 (ideal), realizando investimentos de conclusão da construção de ativos, de resiliência, modernização e descarbonização, e promovendo entre 2 e 3% por ano de reabilitação de condutas e coletores.

As necessidades totais de investimento a preços correntes serão de 5500 M€, no Cenário 3 (central) que é recomendado, sendo a parcela de reabilitação das infraestruturas a mais relevante, representando cerca de metade do investimento total. Considerando que nas últimas três décadas o setor investiu em média perto de 500 M€ por ano, com variações entre 200 e 700 M€, para o futuro o setor necessita de manter esse ritmo médio, substituindo gradualmente os investimentos em novas infraestruturas por investimentos na reabilitação dos ativos existentes.

30. Quais as tarifas previsíveis no Plano?

Os gastos devem ser tendencialmente recuperados por tarifas para os serviços de abastecimento de água e de águas residuais (e eventualmente pluviais), sendo prevista também a utilização dos impostos para os serviços de águas pluviais e, em situações pontuais, para os restantes dois serviços, apenas quando se ultrapassem os limites de acessibilidade económica estabelecidos. Naturalmente há que deduzir eventuais transferências, nomeadamente através dos fundos europeus existentes.

Sem considerar eventual subsídio, os investimentos necessários e os correspondentes gastos operacionais apontam para um tendencial

acréscimo das tarifas médias domésticas de valores de 2,06 €/m³ (situação de partida) para valores da ordem de 2,45 €/m³ a 3,28 €/m³, função do cenário, sendo de 2,90 €/m³ no Cenário 3 (central).

Este acréscimo é justificado pela tendencial recuperação de gastos por via tarifária e pelo previsível grande aumento dos investimentos de reabilitação de que o País necessita, para assegurar a sustentabilidade a longo prazo das infraestruturas e conseqüentemente dos serviços. Este nível previsível de tarifas dos serviços é aceitável em termos de macro acessibilidade económica média nacional dos consumidores, seguindo aproximadamente os valores de referência estipulados pela entidade reguladora.

31. Qual a estratégia de atribuição de subsídios?

A estratégia de atribuição de subsídios do setor deve ter em conta dois segmentos de entidades gestoras, de forma a atender diferentemente as entidades de maior maturidade e as de menor maturidade e ou de zonas predominantemente rurais, que traduzem as atuais duas velocidades do setor.

Para as entidades de menor maturidade e ou de zonas predominantemente rurais (entidades pequenas com menos de 25 000 habitantes e ou predominantemente rurais) a linha de orientação do Plano é de que os subsídios sejam utilizados em investimentos essenciais e estruturantes, que privilegiem, em especial, o reforço das entidades gestoras através do aumento de escala (em entidades cuja abrangência territorial permita essas economias através de agregações em baixa), do aumento do nível de especialização e de assessoria técnica, de forma a garantir a sustentabilidade a médio e longo prazo dos investimentos realizados, com critérios menos exigentes de mérito das entidades, mas com especiais exigências ao nível da sua evolução ao longo do tempo e da demonstração de uma evolução no sentido da sustentabilidade.

Para as entidades de maior maturidade, sendo importante que este setor caminhe para a sustentabilidade exclusivamente através de tarifas, nomeadamente preparando-se para deixar de fazer recurso a transferências, a linha de orientação do Plano é de que os subsídios sejam utilizados como mecanismo de premiação de mérito, de incentivo a projetos de carácter inovador e demonstrativos, privilegiando projetos que possam

ser replicados posteriormente por outras entidades gestoras ou incentivando o estabelecimento de parcerias com entidades gestoras de menor desempenho. Devem ser priorizados projetos de elevada qualidade, através de critérios exigentes de seleção das candidaturas.

32. Qual a governação prevista para o Plano?

Considerando que, tão importante como ter um adequado planeamento estratégico, é ter uma boa governança do mesmo, a realização do Plano será coordenada por uma estrutura especializada de gestão, denominada de Grupo de Apoio à Gestão 2030 (GAG 2030), dotada de recursos adequados. Ao GAG 2030 cabe a responsabilidade de: acompanhamento e avaliação da realização da estratégia; identificação de desvios e propostas de alteração concretas; realização periódica de sessões de reflexão estratégicas; acompanhamento da elaboração do regulamento de atribuição de fundos e dos avisos a lançar; mobilização das partes interessadas na realização do Plano; maior integração do Plano nos objetivos de desenvolvimento sustentável das Nações Unidas; e preparação de uma revisão intercalar do Plano. O seu relatório anual será objeto de divulgação pública.

A monitorização dos objetivos do Plano será feita anualmente ao longo do período da sua vigência. Para o efeito, o GAG 2030 avaliará a situação em que se encontra cada objetivo através das métricas de desempenho estabelecidas, que podem ser indicadores (de resultados), índices ou dados e procuram abranger todos os aspetos relevantes de cada objetivo. Na monitorização dos objetivos, para além da análise das métricas com base na média anual das entidades gestoras, será também monitorizado o número de entidades gestoras com avaliação abaixo da meta, permitindo a adoção de programas específicos para a sua melhoria.

A monitorização das medidas do Plano será feita anualmente, avaliando o GAG 2030 a situação em que se encontra cada uma, com apoio de um painel de especialistas.

A monitorização dos incentivos considerados necessários será feita anualmente, avaliando o GAG 2030 a situação em que se encontra cada um.

A monitorização do investimento e do financiamento do setor será realizada anualmente ao longo da vigência do Plano e comparada a sua realização com as estimativas previstas.

33. Como mobilizar o setor?

Para a concretização do Plano será implementada uma estratégia alargada e articulada de mobilização do setor, com o poder político e a administração pública a assumirem, naturalmente, um papel de especial relevo, mas envolvendo também os restantes agentes do setor. Para o reforço da mobilização destes agentes preconiza-se a criação de um Pacto de Compromisso Nacional pelos Serviços de Águas, com um conjunto de iniciativas para apresentação e discussão da estratégia com cada um destes agentes, que serão convidados a assumir os seus compromissos através da realização de um plano de ação específico.

OS SISTEMAS INTERMUNICIPAIS: AS AGREGAÇÕES DE SISTEMAS MUNICIPAIS DE ÁGUA

Ana Luísa Guimarães

Resumo

Este breve artigo corresponde, na sua essência, à matéria tratada na sessão sobre “Os sistemas intermunicipais de água e saneamento”, que teve lugar no dia 17 de março de 2022, no âmbito da Pós-graduação em Direito da Água.

O presente texto insere-se num contexto da crescente importância da maior eficiência nos serviços de águas, surgindo a junção de vários sistemas municipais como uma resposta ao problema, através da procura de maior escala. Procurou-se avançar com algumas luzes sobre o conceito de sistema intermunicipal e a criação dos sistemas intermunicipais, aprofundando a sua ressonância tanto no plano da respetiva titularidade (no qual se tem assistido a soluções não totalmente conformes com as exigências legais), como no plano da sua gestão.

Palavras-chave

água, sistemas municipais, sistemas intermunicipais, agregação, eficiência, entidade titular, entidade gestora.

Abstract

In essence, this brief article corresponds to the material covered in the session on “Inter-municipal water and sanitation systems”, which took place on March 17, 2022, as part of the Postgraduate Course in Water Law.

This text is set in the context of the growing importance of greater efficiency in water services, with the merger of several municipal systems emerging as a response to the problem, through the search for greater

scale. The aim was to shed some light on the concept of an intermunicipal system and the creation of intermunicipal systems, delving into their resonance both in terms of their respective ownership (in which we have seen solutions that do not fully comply with legal requirements) and in terms of their management.

Key-words

water, municipal systems, intermunicipal systems, aggregation, efficiency, ownership entity, management entity.

1. Os serviços públicos de água e saneamento: breve enquadramento

1.1 Os serviços de água e saneamento como serviços de interesse geral

1. O tema desta sessão – uma das muitas da Pós-Graduação em Direito da Água- posiciona-se no contexto do enquadramento legislativo dos serviços públicos de água e, mais concretamente, das formas pelas quais podem os municípios prosseguir as suas atribuições neste domínio. Interessamo-nos, como o título da sessão indica, a prossecução dessas atribuições mediante a criação de um sistema intermunicipal, isto é, mediante a agregação dos serviços municipais de vários municípios como forma de melhor atingir o interesse público associado à satisfação das necessidades coletivas das populações em matéria de acesso à água e ao saneamento e contribuir para a melhor proteção do ambiente.

Os diversos instrumentos de planeamento para o setor dos serviços de águas e, bem assim, os diversos Programas de Governo que se têm sucedido têm apontado a agregação de sistemas municipais de águas e resíduos urbanos como uma prioridade: as agregações territoriais como um instrumento em vista de maiores economias de escala e de consequente contributo para a sustentabilidade económico-financeira dos serviços¹. A aposta fundamental tem sido as agregações dos sistemas em baixa (ou, mais bem dito, dos sistemas de titularidade municipal), por ser este o domínio onde os maiores problemas do setor se sentem e onde se jogam os

¹ Assim era no Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Águas Residuais 2007-2013 (PEASAAR II), no Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Águas Residuais 2020 (PENSAAR 2020) e, ao que tudo indicada, no Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Águas Residuais e Pluviais 2020 (PENSAARP 2030).

maiores desafios, podendo ser acompanhada de processos de integração verticalizada, isto é, de integração dos sistemas em baixa nos sistemas em alta aos quais os primeiros estejam ligados. Coerentemente, foram abertos avisos do PO SEUR para atribuição de subsídios para entidades agregadas, incentivo que motivou algumas das agregações que avançaram.

2. Antes de entrar diretamente no tema, justifica-se olhar brevemente para o panorama legislativo que envolve a prestação dos serviços de águas.

De acordo com a alínea zz) do artigo 4.º da Lei da Água (aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro), “serviços de águas” são “*todos os serviços prestados a casas de habitação, entidades públicas ou qualquer atividade económica através de: (i) Represamento, captação, armazenamento, tratamento, elevação, adução e distribuição de águas superficiais ou subterrâneas; (ii) recolha, tratamento e rejeição de águas residuais*”.

Com exceção de algumas normas de fundamental e basilar importância em matéria de regime económico-financeiro dos serviços de águas, constantes do Capítulo VII da Lei da Água – entre as quais a que estabelece o princípio da recuperação dos custos dos serviços de águas, incluindo os custos de escassez (alínea c) do n.º 1 do artigo 77.º), a que prevê que os utilizadores de serviços públicos de abastecimento de água e drenagem e tratamento de águas residuais ficam sujeitos à tarifa dos serviços das águas prevista no artigo 82.º (n.º 3 do artigo 77.º) e o artigo 82.º que estabelece os objetivos do regime das tarifas a praticar pelos serviços de águas –, o regime jurídico associado aos serviços de águas não se encontra na Lei da Água, mas antes essencialmente, no que respeita aos sistemas municipais, na Lei de Delimitação de Setores (aprovada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho) e no Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Desde logo, cabe frisar que estes serviços são qualificados legalmente como *serviços de interesse geral*² no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto. E, nesse sentido, o legislador também prevê um corpo de princípios associados, ligados a obrigações de serviço público, como os princípios da universalidade e garantia a igualdade

2 Sobre o conceito e conceitos afins, cfr. Pedro Costa Gonçalves, “*Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*”, in Estudos de Regulação Pública I, Organiz. Vital Moreira, Cedipre, n.º5, Coimbra Editora, p. 198 e ss.

no acesso, da garantia da qualidade do serviço, da proteção da saúde pública e do ambiente e da garantia da eficiência e da melhoria contínua na utilização dos recursos (cfr. n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto).

Os serviços de água são, à semelhança de outros serviços públicos, verdadeiros monopólios naturais, no sentido de que supõem redes infraestruturais (canalizações, coletores, estações de bombagem, entre outros) que, por motivos económicos e ambientais, não podem ser multiplicadas³; não sendo concebível a concorrência entre diferentes prestadores, cada um detentor da sua rede, não há incentivo natural à maior eficiência e eficácia pelas entidades gestoras e há, por isso, um maior risco de prevalência das entidades gestoras sobre os utilizadores. Como é consabido, estas características de monopólio natural justificam a necessidade de regulação.

Mas o setor da água apresenta, como também tem sido frisado, especificidades que o distinguem de qualquer outro serviço de interesse económico geral. Estas específicas redes infraestruturais têm cariz local e regional, e não nacional. Por outro lado, não é possível neste setor a utilização da mesma rede por vários prestadores de serviços (como sucede nas telecomunicações e na eletricidade). Na água e no saneamento, a cada rede corresponde um operador único: não sendo aqui possível uma concorrência “no mercado”, é, contudo, possível uma concorrência “pelo mercado”.

Os serviços de águas denotam também uma clara confluência e, portanto, exigem a necessidade de articulação, entre as dimensões social, ambiental e económica da água. Na perspetiva do serviço público de água para consumo, a boa qualidade da água assegurará o abastecimento das populações com água potável; já a consideração da água como um bem escasso (económico) induz à preservação da sua qualidade e à promoção da maior eficiência na sua utilização.

1.2 A titularidade dos sistemas municipais de águas

3. A ligação do setor da água às autarquias locais remonta pelo menos ao Código Administrativo de 1940 e manteve-se com a Lei das Autarquias

³ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, *“Regulação, Eletricidade e Telecomunicações”*, in Estudos de Regulação Pública I, Organiz. Vital Moreira, Cedipre, n.º 97, Coimbra Editora, p. 80.

Locais de 1977 e a Lei das Finanças Locais (1979). O setor da água é um setor tradicionalmente de matriz municipal, pontuado, a partir de certa altura, pela intervenção do Estado na prestação do serviço. Atualmente, a Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro (em linha com a anterior Lei n.º 159/99, de 14 de setembro) prevê a matéria do *ambiente e do saneamento básico* como atribuições municipais (alínea k) do n.º 2 do artigo 23.º)⁴.

4. Mas mais forte do que a municipalização das atribuições em causa é o facto de o setor da água ser um setor vedado à iniciativa privada com o cunho forjado pela Lei de Delimitação de Setores, atualmente aprovada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho⁵. Tal limitação encontra o seu fundamento no n.º 3 do artigo 86.º da Constituição, que, após o abandono da imposição dos setores vedados que era um traço marcante da constituição económica originária, prevê a possibilidade de o legislador ordinário vedar certas áreas económicas à iniciativa privada. O setor da água é precisamente um *setor vedado*, isto é, um *setor sob reserva do setor público*, que só admite a participação de privados através de concessões (inovação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro). Não há liberalização, não há mercado competitivo no setor da água; quando muito, há concorrência *pelo* mercado (no acesso às concessões), mas não concorrência *no* mercado.

4 No sentido de que as atividades de abastecimento de água e o saneamento constituem uma “parte irredutível” das atribuições municipais, cfr. Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira, “Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos”, in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra, 2004, p. 28 e ss..

5 A Lei de Delimitação de Setores de 1977 – Lei 46/77, de 8 de julho- interditiu totalmente às empresas privadas o exercício das atividades de prestação de serviços de águas (abastecimento e saneamento). Não falava, portanto, sequer na possibilidade de privados serem concessionários. Entretanto, a lei de 77 foi sofrendo alterações – Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de novembro; Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de dezembro; Decreto-Lei n.º 339/91, de 10 de setembro-, todas no sentido da redução do âmbito dos setores da atividade económica totalmente vedados à iniciativa económica privada, ainda que, no setor da água, o legislador se tenha mantido cauteloso. A alteração mais relevante, no que ao setor da água respeita, à lei de 1977 foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 379/93, de 29 de outubro, que veio prever a possibilidade de participação de capitais privados no setor, embora sob a forma de concessão. Esta opção explica-se pela alusão preambular à intenção de *promover uma verdadeira indústria da água*, o que pressupõe uma estratégia rigorosa que possibilite o *aumento do grau de empresarialização* e permita a *aceleração do ritmo de investimento*. Em 1997, o legislador voltou a intervir nesta matéria, através da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que revogou a Lei n.º 46/77, mas sem inovação substancial no que diz respeito ao setor da água.

5. Foi também o legislador de 1993 que introduziu, na Lei de Delimitação de Setores, a segmentação entre *sistemas multimunicipais* e *sistemas municipais*. Os sistemas multimunicipais são hoje “os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam a intervenção do Estado em função de razões de interesse nacional” (cfr. n.º 2 do artigo 1.º) e sejam criados por decreto-lei (cfr. n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho). Todos os demais são sistemas municipais, “incluindo os geridos através de entidades intermunicipais ou associações de municípios para a realização de finalidades especiais” (cfr. n.º 2 do artigo 1.º). Uma nota importante – e que, como veremos, se mantém até hoje – é que a Lei de Delimitação de Setores estabelece que, nos sistemas multimunicipais, as concessões devem ser atribuídas a empresas maioritariamente públicas, podendo os privados ter apenas participações minoritárias⁶, enquanto nos sistemas municipais os capitais das concessionárias são totalmente privados. Esta diferenciação, materializada numa “espécie de reserva de soberania” do Estado ainda que transitória, mereceu já crítica, no sentido de que se se percebe que “o legislador legitimado democraticamente pretenda vedar à iniciativa privada serviços públicos que repute essenciais e se encontrem dependentes de importantes redes e infraestruturas fixas com uma implantação territorial transmunicipal”, já “(...) não se percebe por que motivo, no final da concessão, quando o sistema multimunicipal se converte num sistema intermunicipal de titularidade autárquica, uma tal preocupação em não abrir a atividade aos privados desaparece”⁷.

6. Estas marcas de municipalização e de reserva do setor público refletem-se, no plano dos sistemas municipais, num conceito operativo cunhado legislativamente e que apresenta basilar importância para a organização institucional do setor da água: a *titularidade* dos sistemas (municipais e multimunicipais).

6 Alguma doutrina já considerou que este é um critério *rígido e formal*, na medida em que exclui outras soluções que permitam que o Estado, apesar de não ter a maioria do capital social, possa exercer influência dominante sobre a empresa - cfr. Rui Medeiros, “Raízes e contexto da distinção binária entre sistemas multimunicipais e municipais no setor da água e perspectivas de futuro, in Direito da Água (Coord. João Miranda, Ana Luísa Guimarães, António Leitão Amaro e Mark Kirkby), Série Cursos Técnicos 3, 2012, p. 78).

7 Cfr. Rui Medeiros, ob. cit., p. 78.

O regime jurídico dos sistemas multimunicipais encontra a sua arquitetura base, para lá da Lei de Delimitação de Setores, no Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho. Quanto aos sistemas multimunicipais, a respetiva titularidade estatal é explicitamente afirmada pelo legislador no n.º 2 do artigo 1.º desse diploma legal- “(...) sendo a criação destes sistemas de titularidade estatal precedida de parecer dos municípios territorialmente envolvidos (...)” – e em várias passagens do respetivo preâmbulo.

Já o regime jurídico dos sistemas municipais de água e de resíduos urbanos encontra-se estabelecido no Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, o qual, no respetivo Capítulo II, elege como “entidades intervenientes” naqueles sistemas municipais a “entidade titular dos serviços”, a “entidade gestora dos serviços” e a “entidade reguladora dos serviços”. Sobre a entidade titular versa diretamente o artigo 6.º. À parte da afirmação da sujeição dos serviços de titularidade estatal a legislação própria, o artigo 6.º reitera, n.º 1, que os serviços de águas são uma atribuição municipal, que “pode ser por eles prosseguida isoladamente ou através de associações de municípios ou de áreas metropolitanas, mediante sistemas intermunicipais, nos termos do presente decreto-lei” e, no seu n.º 2, explicita mais claramente que “as entidades referidas na parte final do número anterior [isto é, os municípios, as associações de municípios e as áreas metropolitanas] são as entidades titulares da gestão dos respetivos sistemas municipais”⁸.

Com esta chamada de atenção para o conceito de titularidade do sistema está dado o mote para a entrada no tema que nos ocupa: a criação de um sistema intermunicipal.

2. A criação de sistemas intermunicipais de água

2.1 A decisão de agregação como uma decisão sobre a titularidade dos sistemas

7. A decisão sobre a agregação de sistemas municipais e sobre a constituição de um sistema intermunicipal é intrinsecamente uma decisão so-

⁸ Surpreende-se, neste segmento final do n.º 2 do artigo 6.º, alguma imprecisão legislativa quando se refere a “entidades titulares da gestão dos respetivos sistemas municipais”. Tanto a titularidade como a gestão referem-se diretamente aos serviços e aos sistemas, pelo que o que o legislador queria dizer era tão-só a titularidade dos respetivos sistemas, estando a palavra “gestão” claramente a mais.

bre a titularidade dos sistemas. Esta é a primeira afirmação de relevo atinente ao tema em apreço, da qual decorrem consequências relevantes em termos do processo de implementação de uma agregação. Vejamos.

Tal como frisa o legislador no n.º 1 do artigo 6.º, os municípios podem, em vez da prossecução *isolada* por cada município das suas atribuições na matéria (sistemas municipais), optar por uma prossecução *conjunta* dessas atribuições, através de associações de municípios ou de áreas metropolitanas, mediante sistemas intermunicipais. É uma de entre estas duas alternativas que cada município deve, em primeira linha, escolher: (i) prossecução isolada do seu sistema municipal ou (ii) prossecução conjunta com outros municípios, através de entidades intermunicipais, mediante a criação de um sistema intermunicipal. Neste segundo caso, os sistemas municipais de cada município envolvido como que submergem, emergindo um único sistema intermunicipal. Pertencendo as atribuições aos municípios, como claramente decorre do quadro jurídico em vigor, o direito de escolher se tais atribuições são exercidas individualmente ou em conjunto com outros municípios, através da intermediação de entidades supramunicipais, integra a autonomia organizatória dos municípios. E, se assim é, essa é uma opção atinente, antes de tudo, à *titularidade do serviço e da atividade*, que pode legitimamente ocorrer tanto individual como agregadamente, isto é, por cada município isoladamente ou em comum com outros municípios⁹.

8. Vale a pena reiterar assim que, de acordo com o artigo 6.º, as entidades titulares dos sistemas podem ser: (i) *os municípios isoladamente (sistemas municipais) ou (ii) as associações de municípios* (devendo abranger-se aqui as comunidades intermunicipais e as associações de fins específicos) e *as áreas metropolitanas* – nesta segunda hipótese, o sistema é intermunicipal. Decorre, portanto, do n.º 1 do artigo 6.º que as associações de municípios ou as áreas metropolitanas são as entidades titulares dos sistemas intermunicipais. A consequência imediata desta asserção na parte respeitante à prossecução conjunta das suas atribuições é a de que a designada agregação de sistemas municipais através da criação de um sistema intermunicipal, a gerir de modo uní-

⁹ Cfr. Ana Luísa Guimarães, O exercício das atribuições municipais em matéria de distribuição de eletricidade em BT em três passos”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6, Setembro-Dezembro 2019, p. 27.

voco, envolve *sempre* a criação de uma associação de municípios de fins específicos ou a delegação numa entidade intermunicipal pré-existente (área metropolitana ou comunidade intermunicipal, consoante o caso) das atribuições municipais na matéria. Dito de outro modo, a opção que brota do Decreto-Lei n.º 194/2009 para o setor dos serviços de águas e resíduos urbanos é inequivocamente a imposição da *titularidade* (direta) dos sistemas intermunicipais por uma entidade intermunicipal (*rectius*, supramunicipal), isto é, pela necessária intermediação de uma entidade supramunicipal, já constituída ou a constituir pelos municípios que se querem agregar, não autorizando o legislador que um sistema intermunicipal de serviços de águas (e resíduos urbanos) seja titulado diretamente por uma mera pluralidade de municípios.

Num ordenamento jurídico como o nosso em que as atribuições e competências das entidades públicas são irrenunciáveis, a titularidade dos sistemas municipais de águas e resíduos urbanos cabe a cada município, só podendo ser exercido de modo diferente nos casos e nos termos em que a lei o admita expressamente. De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição, um dos princípios fundamentais que regulam e limitam as atuações das entidades administrativas é o *princípio da legalidade administrativa*, segundo o qual a Administração Pública não fica somente obrigada a respeitar a primazia das normas legais em cada um dos atos que aprova e a assegurar que nenhum desses atos colide com a lei (isto é, a observância do subprincípio da *preferência de lei*), mas também a garantir que nenhuma das suas atuações (independentemente de se traduzir em norma regulamentar, em ato unilateral ou em contrato) pode ser aprovada sem que seja *precedida*, diretamente ou por via regulamentar também autorizada por lei, por uma norma legal habilitante (*precedência de lei*)¹⁰. É daqui que se extrai, em termos práticos, a conhecida consequência de que as entidades administrativas só podem praticar os atos (em sentido amplo) para os quais a lei expressamente lhes confere atribuições e competências¹¹.

10 Cfr. Maria da Glória Garcia / António Cortês, “Artigo 266.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 561; Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, I, 2.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2006, p. 157.

11 Cfr. J.M. Sérvulo Correia – *Noções de Direito Administrativo*. Lisboa: Editora Danúbio, 1982. p. 174.

Do princípio da legalidade da competência decorrem, de facto, alguns corolários fundamentais: (i) o de que a competência não se presume; (ii) o de que a competência é imodificável e (iii) a competência irrenunciável e inalienável¹².

Por conseguinte, a forma de exercer as suas competências neste setor de modo agregado com outros municípios envolve sempre a intermediação de uma entidade supramunicipal, por ser esse o modelo legalmente previsto e o modelo que melhor se adequa ao princípio da legalidade das atribuições e das competências.

A gestão unificada de serviços constitui classicamente um dos objetos do chamados contratos de gestão unificada de serviços, a qual pode *“ocorrer através de vários instrumentos jurídicos, que constituem todas elas formas de colaboração sem sentido amplo: celebração de um contrato de colaboração em sentido estrito, nos termos do qual se mantém a separação, mas com gestão coordenada quanto às opções a tomar, o material a adquirir, a contratação de pessoal, etc; conclusão de um contrato de encomenda de serviços, que pressupõe a transferência da competência para uma das partes; ou ainda, finalmente, criação de uma entidade nova, dotada de personalidade jurídica, para gerir os serviços unificados, pressupondo a celebração de um contrato institucional”*¹³. Não obstante a multiplicidade de opções em abstrato, o legislador escolheu para os serviços de águas e resíduos urbanos um caminho possível, exigindo a criação de uma entidade nova ou a utilização de uma pré-existente para assumir a titularidade do serviço. É que, num sistema intermunicipal, não está em causa uma mera colaboração para concertação sobre o exercício de competências autónomas e separadas de cada um dos municípios; mais do que isso, está em causa uma prossecução e gestão unificada do serviço, e do sistema intermunicipal, como um sistema verdadeiramente integrado.

12 Cfr. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 4.ª edição (reimpressão), 2019, Almedina, p. 644. Como nota este administrativista, *“os órgãos administrativos não podem em caso algum praticar atos pelos quais renunciem aos seus poderes ou os transmitam para outros órgãos da Administração ou para entidades privadas. Esta regra não obsta a que possa haver hipóteses de transferência do exercício da competência – designadamente, a delegação de poderes e a concessão – nos casos e dentro dos limites em que a lei o permitir (artigo 36, n.º 1 e 2)”* (sublinhado não consta do original).

13 Cfr. Alexandra Leitão, *Contratos Interadministrativos*, Almedina, 2011, p. 204.

Dúvidas não havendo sobre que o legislador concedeu discricionariedade de escolha¹⁴ ao município sobre a prossecução isolada ou em conjunto com outros municípios das suas atribuições relativas aos serviços de água e saneamento, apresenta-se outrossim inequívoco que, no cenário em que tal escolha tenha recaído sobre a criação de um sistema intermunicipal, o legislador impõe aos municípios que a titularidade desse sistema intermunicipal caiba a uma entidade de natureza supramunicipal (podendo estes apenas optar entre constituir *ex novum* uma associação de municípios de fins específicos ou delegar aquelas competências em entidade intermunicipal já existente, uma área metropolitana ou comunidade intermunicipal).

9. São múltiplos os sinais deixados pelo Decreto-Lei n.º 194/2009 nesse sentido, os quais, para além da correspondente clareza textual, encontram também, a nosso ver, fácil explicação racional.

- a. Como se viu, é, desde logo, o artigo 6.º, dedicado à entidade titular dos serviços, que esclarece, logo à cabeça, que a titularidade de sistemas intermunicipais cabe às áreas metropolitanas e às associações de municípios, daqui se extraindo que uma mera pluralidade de municípios não pode ser titular de sistemas intermunicipais.
- b. No mesmo sentido parecem apontar os normativos específicos dos quatro modelos de gestão previstos no Decreto-Lei n.º 194/2004 (isto é, a gestão direta, regulada no Capítulo III, a gestão delegada em empresa constituída em parceria com o Estado, cujo regime se encontra no Capítulo IV, a gestão delegada em empresa local, tratada no Capítulo V, e, por fim, a gestão concessionada, regulada no Capítulo VI).

Para aludir às entidades que podem prestar o serviço diretamente e delegar o serviço em empresa local, os n.ºs 1 dos artigos 14.º

14 Cfr. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 109 e p. 479. Existe “discricionariedade de escolha” caso a norma autorize a Administração optar entre várias condutas possíveis, quer estas se encontrem preditas em alternativa na norma (*discricionariedade optativa*), quer as mesmas não se encontrem predeterminadas normativamente implicando uma invenção do conteúdo completo do ato administrativo a praticar (*discricionariedade criativa*).

e 17.º, respetivamente, referem-se, para além das mencionadas entidades supramunicipais, a “*um município*”; também o n.º 3 do artigo 17.º prevê que o contrato de gestão delegada é celebrado entre “*o*” município ou aquelas entidades supramunicipais e a empresa local; no âmbito da gestão concessionada, o n.º 1 do artigo 33.º refere-se à totalidade do território de “*um município*, de uma associação de municípios ou de uma área metropolitana”. A persistente alusão no singular ao município mostra, em reforço da opção inequívoca constante do artigo 6.º, que o legislador apenas concebe a titularidade de sistemas intermunicipais por entidades supramunicipais e que o município individualmente apenas pode ser titular do respetivo sistema municipal.

A conclusão que se extrai das referências legislativas invocadas é que as mesmas confirmam realmente a opção vertida no artigo 6.º e que essa opção foi assumida com coerência no plano da regulação de cada um dos modelos de gestão, não se encontrando sequer, de resto, no Decreto-Lei n.º 194/2009 qualquer sinal da letra da lei que pusesse em causa esta leitura (o que, como se sabe, não raro sucede em resultado de imperfeição legislativa).

- c. Acresce que a relevância da entidade titular como centro decisório único e autónomo de cada um dos municípios nela associados não é apenas teórica ou formal.

Ao longo do Decreto-Lei n.º 194/2009 está prevista a sua intervenção em diversas matérias, cabendo-lhe a competência para diversas decisões com impacto na gestão do serviço e na sua relação com a entidade gestora. Veja-se alguns exemplos: (i) é a entidade titular que cabe solicitar pareceres à entidade reguladora (alínea b) do n.º 4 do artigo 11.º); (ii) aprovação de regulamento de serviço (n.º 1 do artigo 62.º); (iii) decisão de aplicação de coimas aos utilizadores (n.º 8 do artigo 62.º); (iv) aprovação do contrato tipo de fornecimento e recolha (n.º 8 do artigo 63.º); (v) processamento e aplicação de coimas (n.º 1 do artigo 73.º); (vi) aprovação pela entidade delegante do montante do seguro de responsabilidade civil extracontratual (n.º 6 do artigo 20.º); (vii) imposição de modificações ao plano de investimentos pela

entidade delegante (n.º 3 do artigo 22.º); (viii) ratificação pela entidade delegante do cálculo da atualização das tarifas (n.º 1 do artigo 23.º); (ix) poderes da entidade delegante relativamente à atividade da empresa delegatária previstos no artigo 24.º, como aprovação do tarifário e ratificação das atualizações anuais, definição dos objetivos, modificação unilateral do contrato, aplicação de sanções e autorizações diversas; (x) direito da entidade delegante de exercer opção de compra sobre o parceiro privado nas empresas de capital misto (n.º 4 do artigo 26.º); (xi) autorização pela entidade delegante para a concessão parcial do serviço pela empresa delegatária (n.º 1 do artigo 28.º); (xii) autorização de revisões extraordinárias intercalares das tarifas (n.º 6 do artigo 29.º); (xiii) autorização pelo concedente a modificações pelo concedente ao plano de investimentos (alínea c) do n.º 3 do artigo 35.º); (xiv) poderes do concedente listados no artigo 45.º, como ratificar a atualização anual das tarifas, aprovar os projetos de execução de investimentos, impor modificações unilaterais ao contrato, aplicar sanções contratuais e regatar a concessão por interesse público. A lista não pretende evidentemente ser exaustiva, mas é já suficiente para mostrar que há uma série de decisões que devem ser tomadas pela entidade titular na sua relação com a entidade gestora, com a entidade reguladora e mesmo com os utilizadores e cuja viabilidade poderia ficar obstaculizada no caso de sistemas intermunicipais titulados por uma pluralidade de municípios.

10. A imputação plural subjetiva dessas decisões a vários municípios (caso fossem esses os titulares plurais do serviço) teria de consubstanciar-se em decisões múltiplas dos órgãos, deliberativos ou executivos, de cada município, o que seria passível de gerar dificuldades no exercício daquelas competências e mesmo impasses e bloqueios indesejáveis na prossecução da atividade e do serviço em causa. Pense-se na hipótese de uma gestão delegada em empresa intermunicipal em que a entidade delegante fosse uma pluralidade de municípios ao invés de uma associação de municípios e no exercício, por aquela, do poder de aprovação do tarifário do serviço para os períodos vinculativos previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 194/2009. Como

se sabe, de acordo com a Lei nº 75/2013, de 12 de setembro, as atribuições associadas aos serviços municipais de água são uma atribuição de cada município, competindo à câmara municipal *“fixar os preços da prestação de serviços ao público pelos serviços municipais ou municipalizados”* (cfr. alínea e) do n.º 1 do artigo 25.º), entendendo-se que as competências de aprovação de tarifas de água a praticar por uma empresa delegatária são competência da câmara municipal. Ora, não sendo o sistema intermunicipal titulado por entidade supramunicipal, a aprovação das tarifas tem de ser deliberada em todas as câmaras municipais de todos os municípios em causa, exigindo-se na prática a unanimidade de todos quanto à aprovação do tarifário. Esta lógica é transponível para todas as demais decisões legalmente atribuídas à entidade titular dos serviços, as quais, não reunindo o consenso de todos os municípios, ficam na prática inviabilizadas, gerando impasses e bloqueios da gestão do sistema.

Crê-se que foi justamente isto que o legislador quis evitar nos sistemas intermunicipais de águas e resíduos urbanos, impondo a criação ou a delegação das competências em causa numa entidade supramunicipal, a qual tem necessariamente órgãos próprios e regras próprias para a formação da sua vontade (regras de maioria de votos e, porventura, exigência de unanimidade).

Num sistema intermunicipal, a respetiva entidade titular – a entidade supra supramunicipal-, a quem cabem múltiplas decisões, como veremos, deve formar e manifestar a sua vontade nos termos legalmente previstos, atendendo a que *“[t]oda a atuação administrativa envolve ou pressupõe uma vontade proveniente de estruturas da Administração Pública e essa vontade, sendo imputável a uma entidade coletiva, por via dos seus órgãos e agentes, assenta num procedimento (...)”*¹⁵. É certo que enquanto, no caso das áreas metropolitanas e das comunidades intermunicipais, é a Lei n.º 75/2013 que estabelece o regime da formação da vontade dos órgãos dessas entidades intermunicipais, o mesmo já não acontece nas associações de municípios de fins específicos, relativamente às quais, como se verá, o funcionamento da associação é

15 Cfr. Paulo Otero, *Direito do Procedimento Administrativo*, Volume I, Almedina, 1.ª edição, reimpressão (2021), p. 462.

relegado para a definição estatutária, através do respetivo acordo constitutivo, contrato este que é regido pela civil, sem prejuízo do disposto nos artigos 109.º e 110.º da Lei n.º 75/2013. Mas tal acordo é aprovado pelo órgão deliberativo do município e a possibilidade de constituição deste tipo de associação para estes fins é especificamente autorizada pelo legislador, razão pela qual o princípio da legalidade, atrás enunciado, não fica posto em causa¹⁶.

Em suma, tendo em conta os argumentos expostos, entende-se que um sistema intermunicipal titulado por uma pluralidade de municípios (um conjunto de vários municípios) - sem intermediação de uma entidade com natureza supramunicipal – não está em conformidade com o esquema previsto no Decreto-Lei n.º 194/2009.

11. Não se ignora que esta possa não ser a solução geral do quadro jurídico com vocação aplicativa a todos os setores em que haja intervenção autárquica.

Deteta-se realmente pelo menos uma norma legal que se afasta desta solução setorial para o setor das águas e resíduos urbanos. Trata-se de um preceito legal que admite a titularidade plural de serviços intermunicipalizados (em gestão direta, portanto): o artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto (que estabelece o regime jurídico do setor empresarial local) parece admitir, em geral, a possibilidade de titularidade de serviços intermunicipalizados por uma pluralidade de municípios, para além da possibilidade da sua titularidade por entidades intermunicipais. Muito embora o legislador não o adiante, já foi entendido que, neste caso, *“cabe ao acordo a celebrar entre os municípios envolvidos a incumbência de regulamentar as questões suscitadas pelas especificidades dos serviços intermunicipalizados”* e que *“independentemente do que o acordo possa vir a estabelecer, a figura dos serviços intermunicipalizados deve considerar-se, em geral, nas relações externas, uma*

¹⁶ A esta luz, no caso de sistemas intermunicipais titulados por uma pluralidade de municípios, poderia discutir-se – matéria sobre a qual não nos debruçamos aqui - a legalidade de um acordo entre os municípios para regular o modo de exercício entre eles das competências associadas à titularidade do sistema intermunicipal, no qual pudessem definir justamente as regras para a formação da sua vontade enquanto entidade titular de um sistema intermunicipal único, formada por uma pluralidade de municípios, cujas competências deixavam de ser exercidas em separado, mas sim em conjunto.

*forma de administração indireta dos municípios envolvidos na respetiva criação: os “seus” órgãos são, pois, órgãos desses mesmos municípios, pelo que a atuação que os mesmos desenvolvam deve imputar-se em simultâneo a todos os municípios envolvidos (trata-se de um caso original do que se pode designar por imputação final plural)”*¹⁷. Não se contestando a clareza do mencionado segmento normativo inscrito na Lei n.º 50/2012 e a consequente legitimidade de constituição de serviços intermunicipalizados titulados por uma pluralidade de municípios¹⁸, o que mais importa realçar, no contexto do tema em análise, é que, na nossa perspetiva, tal possibilidade (que, em qualquer caso, estaria sempre limitada aos serviços intermunicipalizados e, por isso, à gestão direta) encontra-se precluída no setor das águas e resíduos urbanos por ter sido inelutavelmente afastada pelo Decreto-Lei n.º 194/2009. Isto é, a racionalidade de *“lex specialis derogat legi generali”* determina a consideração prevalecente do regime setorial aplicável em detrimento do regime geral com vocação aplicativa à generalidade dos setores.

2.2 A constituição de uma associação de municípios de fins específicos

12. Esta opção de exercício partilhado e em comum das atribuições dos municípios é hoje reconhecida pelo legislador em termos gerais de modo inequívoco.

Nos termos do n.º 1 do artigo 63.º da Lei n.º 75/2013, *“podem ser instituídas associações públicas de autarquias locais para a prossecução conjunta das respetivas atribuições, nos termos da presente lei”*¹⁹. Por

¹⁷ Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Almedina, 2012, p. 80.

¹⁸ Ainda que, *de iure condendo*, se propenda para discordar da bondade da opção da Lei n.º 50/2012 e da consequente necessidade de regulação por acordo da forma de exercício de competências que a Lei 75/2013 atribui a cada município, sem intermediação das formas legalmente habilitadas para o seu exercício em comum (isto é, através das entidades supramunicipais reguladas na Lei 75/2013), este não é o foco da análise que se empreende neste breve estudo, nem é, em rigor, argumento relevante para sustentar a assinalada prevalência do Decreto-Lei n.º 194/2009 sobre a Lei 50/2012 nesta matéria.

¹⁹ Embora a categoria de associações de autarquias locais englobe as áreas metropolitanas, as comunidades intermunicipais e as associações de freguesias e de municípios de fins específicos, só as primeiras (a área metropolitana e a comunidade intermunicipal) mereceram a designação legislativa de entidades intermunicipais (cfr. n.º 3 do artigo 63.º da Lei 75/2013). Como nota Pedro Gonçalves, trata de uma “uma inovação nominativa que em grande medida, se refere a realidades que já existiam” –

consequente, mesmo não configurando as atribuições relativas aos serviços de águas atribuições próprias das associações de autarquias locais (essas previstas no n.º 1 do artigo 67.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 81.º, para as áreas metropolitanas e para as comunidades intermunicipais²⁰), os municípios que as integram podem: (i) nelas delegar as suas competências na matéria, visto tratar-se de “domínio dos interesses próprios das populações daquelas”²¹, com vista ao respetivo exercício em comum (o que é válido para a área metropolitana e comunidade intermunicipal, nos termos do n.º 2 do artigo 67.º e do n.º 2 do artigo 81.º, respetivamente, e nos termos dos n.ºs 1 do artigo 128.º) ou (ii) decidir constituir associações de municípios precisamente com esses fins específicos (cfr. artigo 108.º e seguintes da Lei n.º 75/2013)²².

Se politicamente o caminho eleito for a constituição, por contrato, de uma associação de municípios de fins específicos para o efeito, é o próprio ato de constituição da associação que traduz a vontade de prossecução conjunta das atribuições em apreço (tornando assim desnecessária uma delegação de competências²³), devendo os estatutos da associação, e as respetivas deliberações posteriores, regular os termos como esse exercício em comum se processará. Já se a estrutura escolhida for a área metropolitana ou a comunidade intermunicipal, terá de

cfr. “As entidades intermunicipais”, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 1, janeiro/março 2014, p. 22.

20 As associações de municípios não têm atribuições próprias, recebendo apenas os fins que os municípios que a constituem lhes atribuem no respetivo ato constitutivo. Nem aqui se fala propriamente de delegação de competências.

21 Nos termos do n.º 1 do artigo 128.º, “os municípios concretizam a delegação de competências nas entidades intermunicipais em todos os domínios dos interesses próprios das populações destas”.

22 Cfr. Ana Luísa Guimarães, ob. cit., p. 27.

23 A mesma lógica, de resto, subjaz à criação de empresas locais. A decisão de constituição da empresa e o respetivo ato constitutivo (acompanhado do contrato-programa) produzem, *por si só*, o efeito translativo para a empresa das competências da entidade participante para a execução das atividades que constituem o objeto social da empresa (efetivamente, se uma empresa tiver como objeto social a exploração do serviço público de abastecimento de água, é “natural” que, por exemplo, esta empresa deva ter o poder necessário para adquirir os equipamentos necessários para a exploração, sem que seja necessário que este poder esteja elencado numa disposição normativa) – cfr., neste sentido, Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, 2012, Almedina, p. 127.

haver um contrato interadministrativo de delegação de competências, nos termos previstos na Lei n.º 75/2013, que preveja, entre outros aspetos legalmente exigidos, os meios de financiamento que sejam necessários para o exercício das competências delegadas pela área metropolitana ou pela comunidade intermunicipal²⁴.

13. Sendo, como se escreveu acima, a decisão de agregação uma decisão sobre a titularidade dos sistemas, a criação de um sistema intermunicipal mistura-se, de certo modo, com a criação da respetiva entidade titular, embora não se confundindo com esta.

14. As associações de municípios de fins específicos encontram-se previstas e reguladas na Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, em particular no respetivo Capítulo IV.

A criação de uma associação deste tipo compete à câmara municipal de cada município (cfr. n.º 1 do artigo 108.º da Lei n.º 75/2013), devendo ser precedida de autorização pela respetiva assembleia municipal (cfr. alínea u) do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 75/2013).

Uma vez aprovada a sua constituição, a mesma ocorre mediante contrato, nos termos da lei civil, outorgado pelos presidentes das câmaras municipais participantes. O conteúdo obrigatório mínimo do contrato constitutivo está estabelecido no artigo 109.º da Lei 75/2013, de 12 de setembro, chamando-se especialmente a atenção para (i) os fins da associação, (ii) os bens, os serviços e os demais contributos com que

24 Tais contratos interadministrativos de delegação de competências dos municípios nas entidades intermunicipais merecem, desde 2019, um tratamento mais favorável em matéria da sua potencial sujeição a fiscalização prévia pelo Tribunal Contas (caso, em concreto, se verificassem os pressupostos legais para tanto): foram dispensados de fiscalização prévia do Tribunal de Contas pela alínea c) do n.º 6 do artigo 255.º da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, que aprova o Orçamento do Estado para 2019. No mesmo sentido e com estabilidade, dispõe a alínea h) do n.º 1 do artigo 47.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (cfr. Lei n.º 98/97, de 26 de agosto) que estão excluídos de fiscalização prévia “os contratos-programa, acordos e/ou contratos de delegação de competências, e respetivos atos de execução, celebrados entre autarquias locais, bem como entre uma autarquia local e uma entidade do setor empresarial local, por via dos quais sejam transferidas competências, constituído mandato para a sua prossecução ou assumido o compromisso de execução de determinadas atividades ou tarefas”.

os municípios concorrem para a prossecução das suas atribuições, (iii) os direitos e as obrigações dos municípios associados, as condições das suas saída e exclusão e admissão de novos municípios e (iv) os termos de extinção da associação e da divisão do seu património. Tratando-se de conteúdo mínimos, os municípios podem aditar aspetos que considerem relevante regular. Poderá ser o caso da possibilidade de direitos de voto diferenciados entre os municípios, segundo critério objetivo a fixar (pode ser a população), através da atribuição do direito a voto plural a determinado(s) associado(s) enquanto um “direito especial”. Admite-se também a possibilidade de os estatutos exigirem a *unanimidade para determinadas deliberações* - o que, apesar de poder ser duvidosa a legalidade de exigência de unanimidades, é muito comum em estatutos de aociedades e associações -, bem como a possibilidade de *previsão de quotizações* dos municípios.

A eficácia do contrato depende de aprovação pela assembleia municipal e a constituição da associação deve ser comunicada ao membro do Governo que tutela as autarquias locais pelo município onde se situe a respetiva sede, nos termos do mesmo artigo 108.º.

Não obstante a sua constituição nos termos da lei civil, não parece haver dúvidas sobre a natureza pública destas associações, a qual decorre inequivocamente da alusão a “pessoas coletivas públicas” no artigo 110.º da Lei n.º 75/2013²⁵.

15. O contrato constitutivo da associação de municípios não estará, à partida, sujeito a fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas.

Por um lado, a constituição de uma *associação de municípios de fins específicos* a que se refere o artigo 108.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, não está abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 56.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto (o que determinaria a sua sujeição ao visto prévio do Tribunal de Contas, independentemente do valor associado ao ato de constituição).

²⁵ Neste sentido também, cfr. Pedro Gonçalves, “Entidades intermunicipais”, ob. cit., p. 26.

Por outro lado, a constituição de associações de municípios de fins específicos não estará sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Conta nos termos da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, por não parecer subsumir-se em qualquer das alíneas do n.º 1 do artigo 46.º da Lei 98/97 (preceito que estabelece especificadamente que contratos estão sujeitos a fiscalização prévia), independentemente até de o contrato ser gerador de despesa para os municípios. De entre todas, as únicas alíneas que poderiam aplicar-se seriam as alíneas b) e c), mas esse não é, contudo, o caso. A constituição de uma associação de municípios de fins específicos não acarreta encargos que, nos termos da lei, tenham de ser satisfeitos necessariamente no ato de celebração do respetivo acordo constitutivo, o que justifica imediatamente a inaplicabilidade da alínea c). Paralelamente, os acordos constitutivos de associações de municípios de fins específicos representam uma categoria especial de contratos administrativos caracterizada pela sua *função organizativa*, traduzindo-se num instrumento de concretização da autonomia do poder local na organização dos respetivos serviços e atividades, pelo que a constituição de associações deste tipo não é reconduzível a qualquer aquisição de serviços ou aquisição patrimonial interadministrativa entre os Municípios associados, nem entre estes e a própria associação, não sendo assim enquadrável na alínea b) daquele n.º 1 do artigo 46.º.

A circunstância de o contrato constitutivo não estar sujeito a fiscalização prévia não significa, como é sabido, que o Tribunal de Contas não possa apreciá-lo noutra sede, designadamente em sede de fiscalização sucessiva.

2.3 O processo de criação do sistema intermunicipal

16. Tem sido notado que a lei parte do princípio de que as atividades das entidades públicas são exercidas em regime de gestão direta²⁶; acrescenta-se, no plano dos sistemas municipais de águas e resíduos urbanos, que a lei parte igualmente do princípio de que cada município prossegue as suas atribuições na matéria de modo isolado.

De facto, o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, que se ocupa especificamente da constituição dos sistemas intermunicipais e intermuni-

26 Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime do Setor Empresarial Local*, Almedina, 2012, p. 35.

cializados de gestão direta, impõe a elaboração prévia de um estudo que fundamente a racionalidade económica e financeira acrescentada decorrente da integração territorial dos sistemas municipais²⁷. Esta exigência transmite a ideia de que o legislador não aceita como abstratamente boa a integração territorial dos sistemas, exigindo demonstração específica, o que supõe a preparação de um estudo que evidencie que a prossecução conjunta das atribuições na matéria pelos vários municípios que integram o sistema intermunicipal a criar mais racional económica e financeiramente.

17. O mesmo artigo 15.º impõe que a criação do sistema intermunicipal deve ser também precedida de audição obrigatória da ERSAR, sob pena de nulidade, nos termos previstos no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009. Trata-se de um parecer obrigatório, que a ERSAR deve emitir no prazo máximo de 30 dias úteis. Apesar de obrigatório, o parecer não é vinculativo, embora as decisões que não o observem devam ser fundamentadas.

O n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento dos Procedimentos Regulatórios, da ERSAR²⁸, estabelece que o pedido de parecer dirigido à ERSAR deve ser acompanhado de:

a. Projeto de constituição do sistema intermunicipal

Apesar de nem o Decreto-Lei n.º 194/2009, nem o Regulamento dos Procedimentos Regulatórios o dizerem expressamente, parece-nos que, quando se refere ao envio para a ERSAR do “projeto de constituição do sistema intermunicipal”, está a aludir-se ao projeto de contrato constitutivo da entidade titular respetiva, isto é, da associação de municípios e respetivos estatutos.

b. Estudo que fundamente a racionalidade económica e financeira acrescentada decorrente da integração territorial dos sistemas municipais, que deve obedecer aos requisitos/conteúdo previs-

²⁷ Esta norma encontra paralelo no n.º 3 do artigo 8.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que exige também para a criação de serviços municipalizados a elaboração de um estudo relativamente a aspetos económicos, técnicos e financeiros.

²⁸ Cfr. Regulamento n.º 446/2018, publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 23 de julho.

tos no artigo 14.º deste Regulamento (o designado comparador de modelos de gestão).

18. Misturando-se, como se assinalou, a criação do sistema intermunicipal com a própria constituição da respetiva entidade titular, os momentos procedimentais relevantes para cada decisão devem ser coincidentes, fazendo todo o sentido que a intervenção dos órgãos municipais competentes – câmara e assembleia municipais – ocorra em simultâneo, apreciando conjuntamente a criação do sistema e a sua entidade titular.

19. O artigo 4.º deste regulamento estabelece também que, no prazo de 15 dias a contar da constituição do sistema intermunicipal, deve ser enviado à ERSAR cópia do ato constitutivo e dos documentos que regem a prestação do serviço, acompanhados:

- a. Do estudo que fundamente a racionalidade económica e financeira acrescentada;
- b. Do plano de investimentos (não é clara a autonomia do plano de investimentos em face do estudo de fundamentação económico-financeira);
- c. Da data prevista para a transferência da responsabilidade pela gestão do sistema;
- d. Da respetiva área de intervenção;
- e. Da percentagem da população residente abrangida, com desagregação ao nível da freguesia.

3. A gestão de uma sistema intermunicipal

20. A decisão sobre a agregação não se confunde, concetualmente, com a *decisão sobre o modelo de gestão* a adotar em cada sistema, que pode ser atribuída a diferentes entidades. São juridicamente decisões autónomas e é à entidade titular do sistema que cabe a decisão sobre

o modelo de gestão a adotar. Não obstante a sua inegável autonomia, é inelutável que essa decisão sobre a agregação (agregar ou não agregar) não é, na prática, alheia ao modelo de gestão a adotar e aos resultados previsionais que essa opção gerará.

21. O Decreto-Lei n.º 194/2009 prevê quatro modelos de gestão possíveis para os sistemas municipais de águas e resíduos urbanos, onde se integram, como se viu, os sistemas intermunicipais: (i) a gestão direta; (ii) a gestão delegada em parceria instituída com o Estado; (iii) a gestão delegada em empresa local e a (iv) a gestão concessionada.

Todos envolvem opções diferentes, com regimes jurídicos diferentes e pressupostos políticos também diferentes.

22. A gestão direta é realizada mediante serviços intermunicipais ou intermunicipalizados, que integram a estrutura organizacional dos municípios.

Os serviços municipalizados têm, porém, maior grau de autonomia administrativa e financeira do que os serviços municipais, possuem uma organização autónoma no âmbito da administração municipal e são geridos sob forma empresarial (daí estarem regulados na Lei 50/2012). Compete ao órgão deliberativo da entidade titular deliberar sobre a criação de serviços intermunicipalizados

A constituição de sistemas (intermunicipais e) intermunicipalizados de gestão direta deve ser precedida de *estudo que fundamente a racionalidade económica e financeira acrescentada* decorrente da integração territorial dos sistemas municipais (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 194/2009) e que analise os aspetos económicos, técnicos e financeiros relevantes (artigo 8.º da Lei n.º 50/2012) e deve ser ouvida a ERSAR. A criação de serviços municipalizados deve ser comunicada à Direção Geral das Autarquias Locais no prazo de 15 dias úteis. O regime de funcionamento e operação dos serviços (inter)municipalizados encontra-se previsto nos artigos 11.º e ss da Lei n.º 50/2012.

23. A gestão delegada em empresa local envolve a criação de uma empresa local (intermunicipal) para o efeito, a qual é constituída nos termos da lei comercial.

A empresa local tem natureza intermunicipal quando a influência dominante²⁹ é exercida, direta ou indiretamente, por (i) dois ou mais municípios, (ii) uma comunidade intermunicipal (iii) uma área metropolitana ou (iv) uma associação de municípios de fins específicos (cfr. n.º 4 do artigo 19.º da Lei 50/2012).

Sem qualquer pretensão de exaustividade, deixa-se alguns traços particulares do regime das empresas locais:

- a. Os empréstimos contraídos pelas empresas locais, bem como o endividamento líquido das mesmas, relevam para os limites ao endividamento das entidades públicas participantes, mas só em caso de incumprimento das regras relativas ao equilíbrio de contas previstas no artigo 40.º da Lei n.º 50/2012. Para efeitos do apuramento do montante de dívida total relevante para o limite de cada município, sendo uma entidade supramunicipal a participar na empresa local, a percentagem de endividamento relevante a imputar a cada município resulta da percentagem que lhe corresponda na entidade associativa (artigo 54.º da Lei 73/2013). Nas entidades supramunicipais, o apuramento do montante de dívida total relevante para o limite de cada município é calculado de acordo com o critério a estabelecer pelos seus órgãos deliberativos, com o acordo expresso das assembleias municipais respetivas, ou, na sua ausência, de forma proporcional à quota de cada município para as suas despesas de funcionamento.
- b. As entidades públicas participantes nas empresas não podem conceder empréstimos às empresas locais (n.º 3 do artigo 41.º da Lei n.º 50/2012, o que abrange os suprimentos, as prestações acessórias ou outra forma.
- c. Existe também uma proibição de subsídios ao investimento ou em suplemento a participações de capital (artigo 36.º da Lei n.º

29 A influência dominante advém (i) da detenção da maioria do capital social ou dos direitos de voto; (ii) do direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização; e (iii) de qualquer outra forma de controlo de gestão.

50/2012), o que abrange as prestações suplementares e, já foi defendido, a “participação daquelas entidades no aumento de capital social através de novas entradas”³⁰.

- d. Admissibilidade de subsídios à exploração (artigo 47.º), os quais devem ser objeto de contratos-programa, uma vez que, no caso de uma empresa dedicada aos serviços de abastecimento de água, saneamento e recolha de resíduos sólidos, se trata de uma empresa local de gestão de serviços de interesse geral.
- e. Este modelo de gestão exige a celebração de um contrato de gestão delegada (artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 194/2009), mediante o qual a entidade delegante (*um* município, uma comunidade intermunicipal, uma associação de municípios de fins específicos ou uma área metropolitana) autoriza a empresa delegatária a prestar o serviço público em causa. O contrato tem um prazo mínimo de vigência de 10 anos; não se prevê qualquer limite máximo. O conteúdo obrigatório do contrato encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 194/2009, nomeadamente: *(i)* o âmbito da delegação, especificando os serviços, a tipologia de utilizadores e o espaço territorial abrangido; *(ii)* a data a partir da qual a empresa assume a responsabilidade pela prestação dos serviços; *(iii)* as regras de determinação da taxa de remuneração dos capitais próprios, bem como da sua base de incidência de acordo com o previsto no artigo seguinte; *(iv)* os objetivos para a empresa, materializados em indicadores de cobertura e de qualidade de serviço, de desempenho ambiental, de produtividade e de eficiência de gestão;

30 Cfr. Pedro Gonçalves, ob. cit., p. 191. O Tribunal de Contas, porém, numa visão que nos parece mais acertada, por mais equilibrada, já entendeu o seguinte: “Assim, e sintetizando, o citado art.º 36.º, n.º 1, do RJAE, na parte correspondente às participações sociais, proíbe, claramente, o recurso à concessão de prestações suplementares e suprimentos [vd. art.º 210.º e 243.º, do CSC, também plicáveis às sociedades anónimas] e, bem assim, os aumentos de capital social, direta e concretamente decorrentes da necessidade de acorrer ao financiamento de um determinado e individualizado investimento.” (destaque nosso) – cfr. <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2017/ac026-2017-1spl.pdf>. Segundo esta interpretação, o artigo 36.º da Lei n.º 50/2012 só proíbe os aumentos de capital que sejam diretamente meios de financiamento ao investimento.

(v) a identificação das principais iniciativas de carácter estratégico que a empresa municipal delegatária deve implementar, incluindo metas temporais e indicadores que permitam aferir o seu sucesso; (vi) o plano de investimentos a cargo da empresa e (vii) o tarifário e a sua trajetória de evolução temporal.

- f. A constituição da empresa tem de ser precedida dos *estudos técnicos* exigidos (cfr. artigo 32.º da Lei n.º 50/2012), nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a *viabilidade e sustentabilidade económica* e financeira das unidades através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial, e, bem assim, a *pronúncia da ERSAR* sobre essa criação, prevista no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, e sobre a minuta do contrato de gestão delegada (cfr. n.º 7 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 194/2009), a emitir no prazo de 30 dias úteis. A minuta do contrato de constituição da empresa, acompanhada de toda a demais documentação relevante prevista no artigo 32.º, *a visto prévio do Tribunal de Contas* (cfr. artigo 23.º da Lei n.º 50/2012). Após a outorga do contrato constitutivo da empresa, segue-se a *comunicação da constituição da empresa, pelas entidades participantes, à Direção Geral das Autarquias Locais, à Inspeção Geral das Finanças e à ERSAR*, no prazo de 15 dias após a constituição da empresa.

24. A gestão delegada em parceria pública é um modelo de gestão – regulado no Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril - que consiste na articulação dos municípios (ou entidades supramunicipais) com o Estado (representado pelo membro do governo responsável pela área do ambiente) para a gestão dos sistemas municipais de abastecimento de água, tratamento de águas residuais e recolha de resíduos sólidos urbanos. A instituição da parceria é concretizada através da celebração de um *contrato de parceria entre o Estado e as autarquias locais* – a instituição da parceria assenta numa negociação e numa base de acordo entre o Estado e as autarquias.

A gestão da parceria é atribuída a uma *entidade gestora*, mediante a celebração de um contrato de gestão entre o Estado, os municípios (enquanto parceiros públicos) e a entidade gestora. A entidade gestora integra-se obrigatoriamente numa das seguintes categorias:

- a. Entidade do setor empresarial local, com participação de entidades do setor empresarial do Estado (o Grupo Águas de Portugal);
- b. Entidade do setor empresarial do Estado, com participação de municípios ou entidades de natureza supramunicipal;
- c. Entidade do setor empresarial do Estado legalmente habilitada para o exercício de atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos (aqui incluídas estão as entidades concessionárias de sistemas multimunicipais).

A decisão deve basear-se em *estudos técnicos de viabilidade económica e financeira*, elaborados pelo Estado e pelos municípios, que evidenciem as vantagens decorrentes da integração dos sistemas para o interesse nacional e para o interesse local (cfr. n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 90/2009 de 9 de abril). O conteúdo dos estudos está previsto na Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho. Se a entidade gestora for uma empresa do setor empresarial do Estado é necessária autorização prévia para os contratos de parceria e gestão pelo membro do Governo responsável pela área das finanças (cfr. n.º 4 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 90/2009)

A entidade reguladora do setor deve emitir parecer sobre os contratos atinentes aos diversos modelos de gestão, o que abrange, portanto, os contratos de parceria e de gestão exigidos no âmbito das parcerias públicas (cfr. alínea c) do n.º 4 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009).

O contrato de gestão deve estabelecer *os objetivos para a entidade gestora*, com base em indicadores de cobertura, de qualidade de serviço, de desempenho ambiental, de produtividade e eficiência de gestão e identificar metas temporais para a consecução das principais iniciati-

vas de carácter estratégico (cfr. n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 90/2009). Em regra, *a entidade gestora exerce em exclusivo* as atividades para que foi incumbida, sem prejuízo do exercício de atividades acessórias ou complementares, com a prévia autorização do Estado e municípios, desde que a gestão do sistema seja a sua atividade maioritária, com contabilidade própria e autónoma (cfr. n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 90/2009). A entidade gestora está sujeita aos poderes de fiscalização, direção, autorização, aprovação e suspensão dos seus atos pelo Estado e/ou pelos municípios, conforme previsto no contrato de parceria (a prática nas parcerias já criadas tem sido a criação de uma “comissão de parceria” para o exercício conjunto desses poderes pelos parceiros públicos).

25. O quarto modelo de gestão dos sistemas (inter)municipais é a gestão concessionada, mediante a celebração de um contrato de concessão de serviço público com uma entidade privada. É o contrato pelo qual o cocontratante se obriga *a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade*, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público (cfr. artigo 407º do Código dos Contratos Públicos) e consubstancia a criação de uma *parceria público-privada contratual* (embora não submetida ao regime constante do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, por as entidades do setor local não integram o conceito de “parceiro público” para efeitos deste diploma legal).

A gestão concessionada permite aos municípios (ou entidades supra-municipais), sem abdicar do controlo e fiscalização da gestão do serviço – mediante, entre outros instrumentos, o exercício dos poderes de conformação contratual que assistem ao contraente público, como o poder modificação unilateral e os poderes de direção e fiscalização do modo de execução do contrato -, aproveitar a disponibilidade financeira dos operadores privados, do seu *know-how* e experiência em benefício da gestão do serviço público. O regime de execução do contrato encontra-se previsto nos artigos 31.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 194/2009 e, subsidiariamente, no CCP.

A decisão de concessionar o serviço deve ser precedida de estudo *que demonstre a viabilidade financeira da concessão e a racionalidade econômica e financeira acrescida* decorrente do desenvolvimento da atividade através deste modelo de gestão, designadamente em função de expectáveis ganhos de eficiência e da transferência para o concessionário de riscos passíveis de por este serem melhor geridos (cfr. n.º 1 do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 194/2009).

A escolha do procedimento pré-contratual aplicável rege-se pelo disposto no artigo 31.º do CCP, devendo adotar-se um dos procedimentos ali previstos (a regra é a de que se trata de um *procedimento de tipo concursal*, valendo o ajuste direto apenas para situações muito excecionais).

A ERSAR deve dar parecer, não vinculativo, sobre as peças do procedimento (cfr. alínea c) do n.º 4 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009). A entidade adjudicante deve ter em consideração as recomendações da ERSAR, nomeadamente acerca dos fatores e subfatores e respetivas ponderações que densificam o critério de adjudicação (cfr. artigo 37º e n.º 2 do 39.º do Decreto-Lei n.º 149/2009).

A PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO ATRAVÉS DE CONTRATOS DE GESTÃO OU DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA BASEADOS EM DESEMPENHO: QUANDO, COMO E PARA QUÊ?

Rui Cunha Marques¹

1. Introdução

Nas últimas décadas, os governos de todo o mundo, especialmente nos países desenvolvidos e de rendimento mais elevado, têm contratualizado com o setor privado atividades relativas à prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais (*vide*, por exemplo, <https://www.ppiaf.org>). A participação do setor privado tem sido relativamente eficaz em apoiar os governos a responder às crescentes exigências e complexidade da prestação daqueles serviços. Ao transferir a prestação de algumas ou de todas as suas atividades para o setor privado, o setor público pode, por um lado, aproveitar a capacidade e maior facilidade de financiamento por parte do setor privado e, por outro lado, a sua elevada especialização e *know-how* na prestação de atividades de complexidade e índole técnica muito elevadas, para além da sua maior flexibilidade e agilidade, reduzindo os custos e aumentando a eficiência da prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais (Marques, 2017, Marques e Simões, 2020).

Contudo, a participação do setor privado, por si só, não é uma resposta para todos os problemas encontrados com a (não) prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais. Por conseguinte, ao nível internacional, a experiência da participação do setor privado evidencia vários exemplos de sucesso considerável

1 Professor universitário; Consultor e especialista global em regulação e contratos

(e.g., Inglaterra e País de Gales, Chile, Brasil, França e Espanha), mas também diversas situações em que os resultados desejados não foram alcançados (e.g. *vide* as experiências na Argentina e na Bolívia). A participação bem sucedida do setor privado requer a existência de projetos com viabilidade, uma conceção cuidadosa dos contratos alinhada com o interesse público e um ambiente propício e favorável (*enabling environment*), incluindo uma repartição equilibrada dos riscos, o desenvolvimento de estudos pré-contratuais e uma preparação adequada da fase contratual, uma concorrência efetiva e uma boa governança, especialmente lançando procedimentos de concurso transparentes e com uma adequada responsabilização, e o envolvimento das principais partes interessadas desde o início (Cruz e Marques, 2012, e Marques e Berg, 2010 e 2011).

Existe um diverso leque de abordagens para a participação do setor privado nos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais que têm sido, comumente, utilizadas em todo o mundo em diferentes circunstâncias, incluindo a privatização material dos serviços, contratos de concessão (de serviço público ou obra pública), contratos de arrendamento (*affermage* ou *leasing*), contratos de gestão e contratos de assistência técnica (Cruz e Marques, 2013). Com frequência, estes contratos com o setor privado são denominados de parceria público-privadas (PPP). Embora o conceito de PPP se altere de acordo com a jurisdição, o objetivo principal pretendido com a participação do setor privado é sempre o mesmo, isto é, fornecer *value for money*, proporcionando uma boa relação qualidade de serviços / preço na prestação sustentável dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais.

Este capítulo discute o uso de uma dessas abordagens do setor privado, designadamente dos contratos de gestão ou de assistência técnica baseados em resultados e/ou no desempenho, que podem ter uma função muito importante para melhorar a prestação de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais. As principais características deste modelo de participação do setor privado

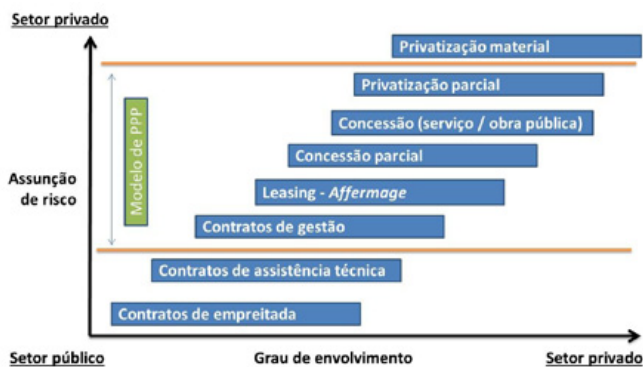
são analisadas, incluindo os seus prós e contras. Ademais, discute-se quando esta opção deve ser adotada, como a mesma deve ser implementada e quais as áreas da prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais que potencializam os seus benefícios. As primeiras experiências de aplicação deste tipo de contratos em Portugal nos setores da água e do saneamento são brevemente apresentadas e discutidas.

Posteriormente a esta breve introdução, este capítulo de livro descreve na seção dois os diferentes modelos de participação do setor privado na prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais. A seção três analisa e caracteriza os contratos de gestão, apontando as suas principais virtudes e limitações e quando e onde podem e devem ser aplicados. A seção quatro descreve a experiência portuguesa e global na utilização destes contratos nos setores de água e saneamento e a seção cinco apresenta um resumo e discussão dos contratos de gestão e sugere um conjunto de recomendações para a aplicação com sucesso deste modelo de participação privada na gestão e exploração dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais.

2. Modelos de participação do setor privado

A participação do setor privado na prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais é diversa e concretizada através de diferentes opções. A Figura 1 sistematiza os principais modelos de participação do setor privado. Embora a terminologia e o seu contorno apresentem variações, de acordo com o país e a região de jurisdição, as principais características que diferenciam os modelos associados à participação do setor privado são a propriedade dos ativos, a obrigação da realização de investimentos, o sistema de remuneração e a duração e objeto do contrato (Marques, 2011). Todas estas opções têm consequências, em termos de alocação de riscos e dos incentivos fornecidos às entidades gestoras.

Figura 1 Modelos de participação do setor privado na prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais



Com exceção do modelo de privatização total ou parcial (privatização material), a propriedade dos ativos permanece com o setor público. Às vezes, em alguns tipos de contratos de concessão, por exemplo, em projetos *greenfield* do tipo DBFOT (*design, finance, build, operate e transfer*), a propriedade é temporariamente atribuída ao setor privado. As obrigações de investimento e financiamento nos modelos de privatização material e de concessão são da responsabilidade do setor privado, pelo menos em parte, enquanto em todos os restantes modelos cabe ao setor público (Marques e Monteiro, 2004). Quanto às receitas e ao pagamento da empresa privada, no caso dos modelos de participação do setor privado através de privatização material, das concessões e do *affermage* (arrendamento), os mesmos advém dos utilizadores dos serviços por intermédio de tarifas. Contudo, também é frequente em algumas concessões que a empresa privada seja paga pela disponibilidade da infraestrutura ou do serviço (e.g. em prestações mensais) ou pelas quantidades de serviço prestadas (e.g. por m³ de água de abastecimento fornecida ou de água residual tratada). Esta última circunstância acontece sobretudo quando os utilizadores não possuem capacidade de pagamento suficiente. O método de pagamento da entidade privada tem consequências importantes no que diz respeito à assunção de riscos relacionados com os riscos comerciais (de não

pagamento) e logo também com os riscos de procura (consumo), cujo equilíbrio e nível de transferência adequados são determinantes para o envolvimento e atratividade do setor privado, particularmente em países de rendimento baixo ou médio, onde estes riscos tendem a ser mais críticos (Carron *et al.*, 2013). Refira-se que em alguns países, como o Brasil, é comum, encontrarem-se sistemas mistos, denominadas de concessões patrocinadas, onde as entidades privadas cobram as tarifas aos utilizadores e recebem um pagamento periódico (contraprestação) que complementa o montante auferido com as tarifas, e, por esta via, asseguram a modicidade tarifária (Marques, 2016).

A duração do contrato é outra variável diferenciadora, que está relacionada com as obrigações de investimento e o tempo necessário para o amortizar. A privatização material geralmente é ilimitada e não tem um período de tempo associado. Na maioria dos casos, o prazo dos contratos de concessão varia entre 20 e 35 anos. Pode ser um pouco maior ou menor, dependendo do volume de investimentos envolvidos e do prazo em que estes podem ser amortizados. Em Portugal, o regime jurídico dos serviços de municipais de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 194 de agosto de 2009, limita a duração máxima a 30 anos. Como não impõem investimentos significativos ao parceiro privado, os restantes modelos de participação do setor privado possuem durações menores. Por exemplo, a duração de um contrato de arrendamento oscila entre 10 e 15 anos e dos contratos de gestão entre 4 e 10 anos. A terceirização, incluindo os contratos de assistência técnica, geralmente tem duração entre 2 e 4 anos.

Por último, o modelo de participação do setor privado também está associado ao objeto do contrato. A privatização material e os contratos de concessão e arrendamento envolvem frequentemente a globalidade dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais ou, pelo menos, uma instalação ou infraestrutura independente (por exemplo, ETA ou ETAR), enquanto os contratos de gestão, assistência técnica ou outros contratos de terceirização abrangem normalmente tarefas específicas. É ainda possível encontrar uma abordagem de contrato de gestão ou de assistência técnica para os serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais como um

todo, mas centrando-se em atividades ou objetivos específicos que são implementados pelo pessoal da entidade gestora (por exemplo, melhoria das atividades comerciais).

Quanto maior for o envolvimento do setor privado na prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, maior será a transferência de riscos e maiores poderão ser os benefícios da sua participação. No entanto, devem ser garantidas condições mínimas para a atratividade e participação do setor privado, as quais, nos países de baixo rendimento onde foram tentados modelos de participação do setor privado, na maioria dos casos não estiveram presentes. Se o ambiente operacional, institucional e regulatório não for adequado e favorável, a participação do setor privado pode tornar-se mesmo contraproducente (OECD, 2009; Khemka *et al.*, 2023).

Conforme mencionado, embora os contornos dos diferentes modelos de participação do setor privado variem de acordo com a jurisdição, os projetos de PPP estão normalmente associados aos modelos de concessão, arrendamento e contratos de gestão, assumindo que os riscos envolvidos são substancialmente transferidos e partilhados com o setor privado, e que a sua remuneração depende, de alguma forma, dos resultados obtidos e é baseada no desempenho evidenciado (Cruz e Marques, 2013).

3. Contratos de gestão

Num contrato de gestão, uma empresa privada é contratada por uma entidade pública para gerir e operar os ativos e o pessoal existentes, ou para desenvolver uma atividade específica, em troca de um pagamento baseado em resultados e/ou no desempenho evidenciado (pelo menos, uma parte da sua remuneração). A empresa privada pode possuir controlo sobre o ativo ou atividade executada e, em alguns casos, pode trazer pessoal próprio para operar ou desenvolver essa tarefa contratada, pelo menos para cargos específicos. Embora as suas responsabilidades sejam sempre limitadas, podem ser contratualizados alguns investimentos, por exemplo em reparação ou manutenção ou substituição de alguns ativos (Janssens *et al.*, 2018).

De acordo com o sublinhado, a duração do contrato de gestão situa-se, geralmente, entre 4 e 10 anos, a propriedade dos ativos pertence ao setor público, o investimento é limitado ou não existe nenhum investimento e o risco assumido pela empresa privada é reduzido à atividade desempenhada. A circunscrição do risco implica sempre incentivos limitados para a empresa privada, mas como, normalmente, a fórmula de pagamento está associada, pelo menos, em parte ao desempenho, uma relação custo-benefício adequada pode ser alcançada (OECD, 2011).

A opção por contratos de gestão possui os seguintes benefícios:

- São contratos relativamente simples e menos controversos, dado que, quase sempre, não há relacionamento direto entre a entidade privada e os utilizadores, pelo que são politicamente pacíficos;
- Os ganhos da operação são alcançados sem investimentos significativos e os ativos são mantidos em mãos públicas;
- A experiência e o *know-how* da participação do setor privado podem ser aproveitados sem um custo adicional de capital, conduzindo a um contrato de risco controlado e logo mais atrativo e de menor custo para o setor privado. Desta forma, os contratos de gestão são atrativos e ajustam-se bem também em países de rendimento médio ou reduzido;
- Nos contratos de gestão em que o pessoal pertence à entidade gestora pública local, pode existir uma transferência genuína e eficaz de conhecimento, dado que o fortalecimento e a capacitação são quase sempre uma componente forte do projeto e a remuneração variável da empresa privada dependerá do seu desempenho;
- Por fim, os custos de preparação e transação desta modalidade de participação do setor privado são menores do que outras opções e podem beneficiar da elevada concorrência e do recurso ao mercado frequentemente devido ao prazo reduzido ou moderado do contrato.

Como principais desvantagens dos contratos de gestão, podem ser assinalados os incentivos limitados concedidos devido à menor duração dos contratos e à impossibilidade de incluir avultados investimentos pela falta de tempo para a sua depreciação. A inovação, a autonomia e o próprio esforço da empresa privada são penalizados por esta modalidade de participação do setor privado devido ao reduzido prazo dos contratos.

Nos contratos de gestão, pelo menos, uma parte do pagamento ao parceiro privado deve basear-se no desempenho evidenciado pela empresa privada, procurando fornecer-lhe os incentivos adequados. Esta é uma diferença fundamental em relação a um contrato de prestação de serviços, embora fórmulas de contratação híbridas (com características tanto de um contrato de prestação de serviços como de um contrato de gestão) também tenham sido aplicadas com sucesso. Esta realidade permite observar que o modelo convencional de contrato de gestão promovido pelas entidades financeiras multilaterais ou unilaterais, que era apanágio a nível global no início da década de 2000, evoluiu ao longo dos anos, muitas vezes fruto da inovação na conceção e preparação de tais contratos pelos serviços públicos e com base nas exigências das situações específicas. Hoje em dia, os contratos de gestão afastaram-se do modelo convencional, e configuram um modelo híbrido em que o problema a ser resolvido inclui tanto questões de gestão como questões operacionais (e são, frequentemente, referidos como contratos baseados em desempenho). Neste contexto, o pagamento variável (de desempenho) deve ser cuidadosamente concebido, para que seja eficaz nos incentivos fornecidos ao cumprimento de metas, o que é quase sempre complicado de fazer (Kingdom *et al.*, 2006).

Os contratos de gestão têm sobretudo também duas aplicações principais, designadamente:

- A utilização de contratos de gestão para a melhoria do desempenho de uma ou mais tarefas ou objetivos específicos, por exemplo, reduzir o volume de água não faturado ou melhorar a eficiência energética, onde o conhecimento, *know-how* e a capacidade de gestão do setor privado podem trazer ganhos de eficiência. Em situações frequentes, dependendo do custo de produção da água, haverá uma situação vantajosa para todos,

com custos residuais temporários para a entidade gestora pública do serviço de abastecimento de água. Vários projetos e estudos de caso de sucesso, em todo o mundo, podem ser mencionados, como os das Bahamas, Jamaica, Filipinas e Brasil (ver próxima secção deste capítulo);

- A utilização de contratos de gestão para a operação e/ou manutenção de uma determinada infraestrutura ou instalação, por exemplo, uma ETA ou uma ETAR. Nesta segunda abordagem, o pessoal (operacional) pode pertencer ou não à empresa privada. Por serem independentes ou desempenharem tarefas isoladas de prestação de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, e devido à sua especificidade, a entidade gestora (pública) pode identificar que há benefícios financeiros ou na qualidade de serviço prestada se forem desenvolvidos pelo setor privado e não investirem na formação dos seus funcionários. Podem ser apontados exemplos, da utilização desta opção, contratos de gestão em Portugal, Brasil e Bélgica, entre muitos outros países;

Existem ainda outras experiências interessantes da utilização de contratos de gestão, sobretudo em países menos capacitados e em situação mais frágil, compreendendo o apoio comercial, técnico e de gestão ao arranque de empresas de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais recentemente criadas ou para as modernizar e melhorar o seu desempenho (ver a próxima secção para o exemplo de Angola).

4. Experiências globais

4.1 Portugal

Em Portugal, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) estabelece uma meta de 20% para o volume de água não faturada (ERSAR, 2023). Embora as empresas privadas e a maioria das empresas municipais superem este valor (com algumas delas apresentando menos de 10%), a média nacional é de cerca de 30%. Recentemente, algumas entidades gestoras de serviços de abastecimento de água cele-

braram contratos baseados no desempenho com o setor privado, para reduzir o volume de perdas de água. Estes contratos inovadores, denominados de “contratos de eficiência hídrica”, possuem normalmente a duração de 5 anos e preveem o pagamento de uma parte substancial do valor contratual, exclusivamente com base nas poupanças geradas pelo desempenho alcançado. Inclusive, se as metas de desempenho não forem alcançadas a empresa privada pode ter resultados negativos.

Neste âmbito, o primeiro contrato é datado de 2019 e foi assinado entre a Águas da Região de Aveiro- ADRA (uma parceria público-pública que envolve 9 municípios e a empresa Águas de Portugal como acionistas e que presta os serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais a 350 mil habitantes) e a INDAQUA, uma empresa privada. O objetivo era reduzir o volume de água não faturada dos iniciais 35,7% para 22,8% em cinco anos, incluindo a conceção e construção dos ativos necessários, compreendendo a definição de zonas de medição de controlo (ZMCs), o controlo de pressões e a substituição de contadores. O valor do contrato foi de 3,4 milhões de euros.

Nos primeiros três anos, o projeto economizou 5,8 milhões de m³ e, nos dois primeiros anos, a meta foi superada em mais de 200%. Estas poupanças totais traduziram-se, nos primeiros anos, na eliminação de 36% das perdas de água que existiam ao longo da rede de abastecimento de água, o equivalente a abastecer o território (os nove concelhos) durante quatro meses. Note-se que neste modelo de contrato de gestão, o pagamento só ocorre quando os objetivos definidos anualmente são efetivamente alcançados.

Várias outras entidades gestoras dos serviços de abastecimento de água também recorreram a este tipo de contratos baseados em desempenho para a redução do volume de água não faturado e das perdas de água. Por exemplo, no concelho da Maia (135 mil habitantes), o valor do contrato foi de 2,5 milhões de euros por 5 anos e o objetivo da empresa privada, neste caso também a INDAQUA, era reduzir o volume de água não faturada de 32,7% para 12,9%. Para o efeito, a INDAQUA realizaria uma base de dados cadastral e implementaria um sistema de informação geográfica, bem como o projeto e construção necessários à implantação das ZMCs, do controlo de pressões, da substituição de contadores, e de

outros trabalhos de engenharia, investigação e monitorização. Também no município de Vila Nova de Gaia (300 mil habitantes), foi assinado um contrato baseado em desempenho entre a Águas de Gaia (empresa municipal) e um consórcio entre a INDAQUA e a SUEZ para implementar ações que reduziram o volume de água não faturado para menos de 20% e perdas de água para valores próximos de 10%. Isto conduziria a ganhos líquidos acumulados superiores a 2 milhões de euros para a empresa Águas de Gaia com o contrato durante a sua vigência.

4.2 Brasil

O Brasil tem uma grande experiência com contratos de *performance*. Desde 2006, quando a SABESP, Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, assinou seu primeiro contrato de gestão baseado em desempenho para reduzir o volume de água não faturada, diversos contratos foram desenvolvidos, principalmente pelas empresas estatais mais dinâmicas, incluindo, entre outras, Copasa, Sanepar, Compesa, bem como a já referida SABESP.

A experiência da SABESP em contratos baseados em desempenho é notável. A SABESP desenvolveu contratos de *performance* em diversas áreas, por exemplo, contratos de cobrança administrativa (recuperação de faturas em dívida), contratos de substituição de contadores para grandes utilizadores (pagamento pelo ganho em m³ após a troca), contratos de desempenho para remunerar serviços de desentupimento das redes de saneamento (pagamento mensal com ganho na redução de serviços) e contratos de desempenho para redução de perdas de água (volume disponibilizado) e redução do consumo de energia elétrica e contratos de desempenho para a adesão e conexão às redes em bairros de vulnerabilidade elevada (pagamento baseado na ligação efetiva e sua manutenção durante um período pré-definido).

O modelo baseado em desempenho normalmente é dividido em três etapas, respetivamente: i) a fase de implementação do objeto do contrato, onde há um pagamento parcial; ii) a fase de avaliação de desempenho, onde existe uma remuneração variável, normalmente (entre 75 e 120%); e iii) e uma fase de pagamento fixa.

Um dos contratos de desempenho particularmente inovadores adotados pela SABESP foi o de redução de perdas de água para uso social, cujo objetivo principal é regularizar ligações de utilizadores de habitações informais e aumentar o número de ligações e utilizadores cobrados. O âmbito da atuação do parceiro privado para regularização de ligações clandestinas e inativas envolve um trabalho aprofundado em ações socioeducativas, sendo que o pagamento variável só ocorre após a efetivação das ligações e após terem sido mantidas por um período pré-estabelecido de tempo. Esses contratos de atuação inseridos nos programas 'água legal' e 'se liga na rede' da SABESP permitiram a inclusão de milhares de ligações nos seus sistemas de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais.

4.3 Bahamas

Nas Bahamas, foi assinado um contrato baseado em desempenho entre a Water and Sewerage Corporation (empresa nacional e único operador dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais do país) e a empresa privada Miya, em New Providence, que abrange uma população de cerca de 250 mil habitantes.

Este contrato de dez anos, iniciado em 2012, com um valor de cerca de 83 milhões de dólares americanos, tinha como objetivo reduzir as perdas de água em New Providence em mais de 37 milhões de m³ até ao final do contrato. Isto significava reduzir de 60% para 21% o volume de água não faturado. Este contrato representou um grande passo e o compromisso da empresa pública com a eficiência do serviço de abastecimento de água no país.

O contrato de gestão baseado no desempenho compreendia uma abordagem em 4 etapas para a entrega de resultados, respetivamente uma auditoria ao serviço de abastecimento de água (elaboração e aferição da linha de base), o desenvolvimento de um plano estratégico de eficiência e um modelo financeiro, a execução de um plano de redução do volume de água não faturada e, por último, a manutenção dos resultados e formação do pessoal da empresa pública.

O custo total estimado do projeto de 83 milhões de dólares americanos foi dividido entre 70% de pagamentos fixos (para cobrir custos de pes-

soal, viagens, materiais, equipamentos, software, etc.) e 30% de pagamentos variáveis (baseados no desempenho) (com base em uma unidade de pagamento de US\$ 0,528 /m³ de redução de água não faturada).

A empresa privada conseguiu reduzir a água não faturada de 60% em 2012 para 17% em 2021, permitindo que o consumo aumentasse em quase 50 por cento no mesmo período, proporcionando o abastecimento de água aos utilizadores da cidade 24 horas por dia. Além disso, foi alcançada uma redução significativa nos encargos energéticos da empresa pública.

4.4 Jamaica

Na Jamaica, a *National Water Commission* (empresa nacional e o principal operador dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais do país) assinou um contrato, em 2015, para a redução do volume de água não faturada em Kingston e Saint Andrew, abrangendo cerca de 600 mil habitantes.

O contrato foi estabelecido por uma duração de 6 anos (incluindo 1 ano de negociação e aferição da linha de base). O foco do projeto foi a redução do volume de água não faturada e a capacitação do pessoal nesta matéria. Em particular, o contrato tinha como objetivo reduzir volume de água não faturada de 71% para 53% até ao término do contrato.

No que diz respeito ao desempenho da empresa privada e relacionado à redução das necessidades de produção de água, antes do início do contrato, a empresa apresentava um nível de 116.449 m³ por dia de volume de água não faturado nesta área e, ao final do contrato, o valor alcançado era de 71.204 m³ por dia, uma redução de 39%, que supera largamente a meta inicial de desempenho estabelecida. Os resultados foram tão positivos que foram assinados outros contratos baseados no desempenho para reduzir o volume de água não faturada noutras cidades e está em curso a preparação, para todo o país, de um contrato baseado em desempenho para redução do volume de água não faturado com uma duração de cerca de 15 anos.

4.5 Filipinas

Nas Filipinas, a *Maynilad Water Services* assinou um contrato baseado em desempenho para melhorar a eficiência hídrica dos sistemas de

abastecimento de água na área metropolitana oeste de Manila, abrangendo mais de 2,5 milhões de habitantes.

De 2009 a 2014, o contrato de *performance* cobriu um programa abrangente de gestão e do volume de água não faturada, incluído uma auditoria de serviços de abastecimento de água para otimizar a operação e manutenção dos sistemas. O contrato de gestão baseado em desempenho permitiu à empresa reduzir o volume de água não faturado de 63% para 34%. Além disso, o contrato incluiu também a capacitação e o treinamento abrangente para o pessoal da empresa.

De acordo com o contrato de gestão estabelecido, o pagamento é baseado numa parcela fixa e numa parcela variável de acordo com o desempenho, variando em função das metas estabelecidas.

4.6 Angola

O setor da água em Angola, com o apoio do Banco Mundial, sofreu uma grande reforma nos últimos anos. Uma das contribuições mais importantes foi a criação de 16 empresas provinciais para a prestação do serviço de abastecimento de água. Devido à falta de institucionalização, pessoal qualificado e recursos adequados, foram desenvolvidos inicialmente /seis contratos de gestão, com uma duração de quatro anos, fornecendo apoio comercial, técnico e de gestão. Posteriormente, foram assinados mais nove contratos de gestão adicionais com duração igualmente de quatro anos. Atualmente a maioria das empresas provinciais está já num segundo contrato de gestão com o setor privado.

Os contratos foram desenhados com base nos resultados e metas a alcançar pelas empresas privadas, incluindo uma série de bônus e penalizações consoante o cumprimento de um conjunto específico de indicadores de desempenho e padrões de qualidade, relativos ao fornecimento de abastecimento de água e partilha de conhecimento. As empresas privadas transferiram apenas três especialistas a tempo inteiro para trabalharem na empresa de abastecimento de água. Dado que uma parte do pagamento está relacionada com o desempenho da empresa privada, de acordo com as metas definidas, o pagamento contratual é maior ou menor, dependendo do desempenho inferior ou superior da empresa públi-

ca. Desta forma, inevitavelmente ocorre uma verdadeira transferência de conhecimento para o pessoal local da concessionária de água.

4.7 Outras experiências de Contrato de Gestão

Em vários outros países, de rendimento elevado ou de rendimento médio ou baixo, encontram-se contratos de gestão, a maioria baseados em desempenho, bem-sucedidos. Citam-se exemplos em Yerevan na Armênia e depois em todo o país, na cidade de Constança na Romênia, em Beirute no Líbano, e, Ho-Chi-Minh no Vietnã, em Kuala Lumpur na Malásia e em Bangkok na Tailândia, entre muitas outras. Muitas vezes, como nos casos da Armênia ou mesmo na Jamaica, existe um primeiro contrato, em geral de reduzida ou moderada dimensão, para mais tarde, em função dos resultados conseguidos, se adotar um contrato de gestão com o setor privado de maior dimensão e amplitude.

5. Discussão e recomendações-chave

Embora o número de contratos de gestão nos sectores de água e saneamento a nível global seja muito superior ao que se poderia pensar a priori, acredita-se que o potencial dos seus benefícios, sobretudo nos países de rendimento elevado, não é suficientemente explorado. Na Europa (e também nos EUA), ou mesmo em países onde a gestão pública é dominante ou absoluta (Japão), são muito comuns os contratos de gestão (embora nem sempre com esta terminologia) para a operação de estações de tratamento de água e de águas residuais, gestão comercial, redução de perdas de água, eficiência energética ou outras atividades, nomeadamente naquelas onde os ganhos de eficiência são relevantes ou onde a sua especificidade não justifica o investimento em quadros internos formados para estas funções. Nos países de rendimento médio ou reduzido, os contratos de gestão, muitas vezes baseados em desempenho, têm também sido utilizados como meio de fortalecer as capacidades internas e treinar o pessoal da entidade gestora para executar determinadas tarefas de gestão ou operacionais e para fornecer assistência técnica nos casos em que existe uma notória falta de capacidade, incluindo a possibilidade de contratar pessoal com a experiência necessária, que é escassa ou não está disponível localmente.

Os contratos de gestão nos países de rendimento médio e reduzido, são, no entanto, menos frequentes e o seu potencial é muitas vezes ignorado. Por outro lado, a literatura aponta vários casos de fracasso, por exemplo em Moçambique, Tanzânia, Gana e África do Sul. Todavia, as razões para estes resultados são evidentes, quer pela falta de incentivos e desenho contratual inadequado, quer porque foram desenvolvidos como uma ponte para a privatização dos serviços de abastecimento de água, o que gerou conflitos laborais e políticos e efeitos distorcidos na sua execução. Com efeito, além de Angola, é difícil encontrar experiências na África subsariana que cumpram as boas práticas e contenham os ingredientes que lhes permitam ter sucesso e atingir os seus objetivos. No Benim, os resultados foram muito bons, constituindo um dos casos de sucesso de participação do sector privado em Africa, embora o modelo seja mais semelhante a um modelo de concessão dado que exigia investimento por parte dos parceiros privados.

Embora seja difícil estabelecer boas práticas que se ajustem na sua plenitude à diversidade de objetivos e âmbitos dos contratos de gestão, podem ainda ser feitas diversas recomendações gerais, tais como:

- a. Os contratos de desempenho devem ter metas muito claras, mensuráveis e razoáveis relativamente aos objetivos a atingir, parametrizadas por indicadores de desempenho ou outras métricas. Para o efeito, a preparação destes projetos, embora não tão exigente como outras formas de participação do sector privado, requer a determinação da linha de base e o planeamento e programação das metas anuais e periódicas a atingir, que devem ser exigentes, mas alcançáveis;
- b. O pagamento ao parceiro privado deverá ser baseado no seu desempenho. Apesar de ser razoável e até desejável que uma parte da remuneração seja fixa, uma parte significativa deve ser variável de acordo com o desempenho demonstrado, em função do cumprimento e superação das metas estabelecidas. Esta circunstância exige uma escolha muito criteriosa dos indicadores de desempenho, bem como das metas associadas e ainda de uma elevada qualidade e precisão da linha de base. Além disso, a partilha de riscos do projeto deve ser equilibrada;

- c. O desempenho e os resultados a alcançar pelo contrato de gestão devem, no todo ou em parte, dizer respeito ao desempenho da entidade gestora dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais e não da empresa privada, promovendo assim uma cooperação eficaz entre a entidade gestora e a empresa privada e, conseqüentemente, a formação e a genuína transferência de conhecimento e *know-how* entre eles;
- d. O contrato de gestão deve estar fundamentalmente centrado em aspetos e objetivos técnicos. Mesmo que integrado na estratégia de gestão e sustentabilidade da entidade gestora, deve, tanto quanto possível, evitar questões de relevância e influência política ou com impacto social significativo, como a reestruturação do quadro de pessoal ou o aumento do sistema tarifário, ainda que estes sejam necessários à recuperação de custos;
- e. O contrato de gestão não deve ser imposto externamente (por exemplo, por doadores ou como condição ou contrapartida de empréstimo) e deve ser apoiado e compreendido pelo governo e pelos diretores da entidade gestora dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais local. A entidade gestora deve estar convencida de que esta é a melhor ou, pelo menos, uma boa opção para melhorar o desempenho da prestação dos serviços. O contrato de gestão também deve estar alinhado com o ambiente externo (por exemplo, não é recomendado um contrato de desempenho que vise melhorar a cobrança e reduzir perdas de água aparentes quando há descontinuidade dos serviços, ou a qualidade da água é inadequada);
- f. O contrato de gestão deve ser desenhado para obter, pelo menos, alguns resultados de curto prazo. É essencial para o seu sucesso e para o apoio e envolvimento das diversas partes interessadas obter resultados claros e mensuráveis o mais rapidamente possível na execução do contrato;
- g. O contrato de gestão deve procurar ser inclusivo e prevenir possíveis conflitos, tanto na relação com os colaboradores da entidade gestora local como com a sociedade em geral. É provável

que a empresa privada seja estrangeira e que os funcionários, principalmente os estrangeiros, tenham salários muito elevados em comparação com os salários locais, portanto, se necessário, deverá ser imposta a contratação de pessoal local e a empresa deverá pagar impostos locais e mostrar uma grande responsabilidade social.

6. Referências bibliográficas

Carron, D.; Janssens, J.; Castro-Wooldridge, V. (2013). Evolution of contract structures in water supply and sanitation. *Journal of Water, Sanitation and Hygiene for Development*, Vol. 3, no.3.

Cruz, C.; Marques, R. (2012). *O Estado e as Parcerias Público-Privadas*. Edições Sílabo, ISBN 978-972- 618-683-0, 213 p.

Cruz, C.; Marques, R. (2013). *Infrastructure Public-Private Partnerships: Decision, Management and Development*. Springer, ISBN 978-3-642-36909-4, 171 p.

ERSAR (2023). Avaliação da Qualidade dos Serviços de Águas e Resíduos. Guia Técnico no. 27. Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos. Lisboa.

Khemka, R.; Lopez, P.; Jensen, O. (2023). *Scaling Up finance for Water. A WBG Strategic Framework and Roadmap for Action*. The World Bank, Washington DC.

Kingdom, W.; Liemberger, R.; Marin, P. (2006). The Challenge of Reducing Non-Revenue Water (NRW) in Developing Countries. How the Private Sector Can Help: A Look at Performance-Based Service Contracting. *Water Supply and Sanitation Sector Board Discussion Paper Series Paper*, no. 8, PPIAF, The World Bank.

Janssens, J.; Carron, D.; Marin, P.; Giantris, P.; Williams, T. (2018). *Performance-Based Contracts (PBC) for Improving Utilities Efficiency: Experiences and Perspectives*. International Water Association Publishing, London, ISBN 9781780405964, 166 p.

Marques, R. (2010). *Regulation of Water and Wastewater Services. An International Comparison*. International Water Association Publishing, London, ISBN 972-618-380-4, 402 p.

Marques, R. (2016). PPP arrangements in the Brazilian water sector: a double-edged sword. *Water Policy*, Vol. 18, pp. 463-479.

Marques, R. (2017). *Análise do Desempenho dos Operadores Privados e Públicos de Água*. AEPSA. ISBN:978-989-95059-3-3.

Marques, R.; Berg, S. (2011). Public-private partnership contracts: a tale of two cities with different contractual arrangements. *Public Administration*, Vol. 89, no. 4, pp. 1585-1603.

Marques, R.; Berg, S. (2011). Risks, contracts and private sector participation in infrastructure. *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 137, no. 11, pp. 925-933.

Marques, R.; Monteiro, A. (2004). A privatização dos serviços de água e de águas residuais. *Águas & Resíduos*, Série II, no. 4, pp. 43-49.

Marques, R.; Simões, P. (2020). Revisiting the comparison of public and private water services provision: an empirical study in Portugal. *Water*, Vol. 12 (5), 1477.

OECD (2009). *Private Sector Participation in Water Infrastructure OECD Checklist for Public Action*. Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris.

OECD (2011). *Guidelines for Performance-Based Contracts between Water Utilities and Municipalities. Lessons learnt from Eastern Europe, Caucasus and Central Asia*. Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO NO BRASIL

Patrícia Sampaio¹

Resumo

O artigo discute se a reforma legislativa realizada pelo Brasil em 2020 traz instrumentos capazes de propiciar ao país a universalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Inicia-se com a descrição da atual situação de déficit na sua provisão e as razões históricas. Na sequência, apresentam-se os instrumentos trazidos pela reforma legislativa, como a ênfase na prestação regionalizada dos serviços, na sua delegação à iniciativa privada, e os incentivos à uniformização da regulação. Discute-se que as mudanças foram objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade, que veio a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, são elencadas as dificuldades que vêm sendo enfrentadas na implementação da reforma, como atrasos na edição das normas de referência pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. Conclui-se que a reforma apresenta instrumentos adequados à melhoria dos serviços, mas que sua implementação tende a enfrentar desafios capazes de comprometê-la.

Palavras-chave

Saneamento. Fornecimento de água. Esgotamento sanitário. Regulação. Brasil.

Abstract

This paper discusses whether the legislative reform carried out by Brazil in 2020 provides the country with the instruments needed to improve potable water provision and sewage services. It begins with a descrip-

1 Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada. patricia.pinheiro@fgv.br

tion of the current situation of deficit and its historical reasons. Next, it presents the instruments brought about by the legislative reform, such as the emphasis on services' regionalization (in contrast to local provision), in their delegation to the private sector, and the incentives to standardize subnational regulation. We comment that such changes were argued to be unconstitutional, but the Federal Supreme Court confirmed their constitutionality. We mention challenges already foreseen to reform's implementation, such as delays in the delivery of the standardized rules by the Federal Water Agency (ANA). We conclude that the legislative reform aligns incentives correctly, but it is for the future to confirm whether its implementation will be successful.

Keywords

Sanitation. Water provision. Sewage. Regulation. Brazil.

1. Introdução

Este artigo propõe-se a apresentar um diagnóstico de por que o Brasil experimenta até o presente momento grave déficit na provisão de saneamento básico à sua população, e discutir se a reforma legislativa de 2020 traz instrumentos aptos a contribuir para a universalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

O tema do saneamento é urgente no Brasil, sendo certo que as modelagens regulatórias historicamente adotadas não surtiram os efeitos desejados. Em 2017, o serviço de esgotamento sanitário era ausente em 39,6% dos municípios brasileiros.² Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), em 2020 as perdas de água potável na distribuição suplantavam 40%³ e o tratamento de esgoto atingia apenas metade da população brasileira.⁴

2 Agência IBGE. Quatro em cada dez municípios não têm serviço de esgoto no país, 22/07/2020 (ref. dados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2017). Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28326-quatro-em-cada-dez-municipios-nao-tem-servico-de-esgoto-no-pais>. Acesso em nov.2022.

3 Dado referente à água potável não contabilizada ou perdida na distribuição. SNIS, 2020. Disponível em < <http://antigo.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-abastecimento-agua> > Acesso em nov.2022.

4 Do esgoto gerado, apenas 50.8% são tratados. SNIS, 2020. Disponível em < <http://antigo.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-esgotamento-sanitario> > Acesso em nov.2020.

O saneamento teve avanços bastante inferiores aos de outros serviços de utilidade pública em termos de universalização, como o fornecimento de eletricidade e o acesso a telecomunicações. Segundo o IBGE, em 2015, a eletricidade estava presente em 99,7% dos domicílios brasileiros. Dados da indústria indicam que o país tem mais de um aparelho móvel por habitante, e que esse serviço atingia 96% dos lares brasileiros em 2021.⁵ No entanto, em 2019, somente 85,5% tinham acesso a água e 68,3% a serviço de esgotamento sanitário.⁶ O comprometimento da renda com o serviço de saneamento também é o menor dentre esses serviços.⁷

O presente artigo traz, em sua seção 2, algumas possíveis explicações para a ausência de universalização dos serviços de saneamento básico até a presente data. Na sequência (seção 3), apresentam-se as principais balizas da reforma regulatória iniciada em 2020, com a promulgação da Lei nº 14.206/2020. Na seção 4 comentam-se os questionamentos sofridos pela reforma quanto à sua constitucionalidade. Na seção 5 são elencados alguns resultados já alcançados, assim como percalços que ainda poderão ser enfrentados no processo de universalização do serviço. Na última seção são feitas algumas considerações quanto a possíveis futuros passos para a melhoria do ambiente jurídico-institucional no setor de saneamento.

5 Segundo dados da Fundação Getúlio Vargas, no início de 2022, o Brasil tinha “mais de 1 smartphone por habitante: [são] 242 milhões de celulares inteligentes (smartphones) em uso no Brasil”. Disponível em https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/u68/pesti_fgvcia_2022_-_ppt.pdf. Acesso em dez.2022. Segundo dados do IBGE (2021), telefone móvel estava presente em 96% dos domicílios brasileiros. Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7304>. Acesso em jan.2023.

6 Dados disponíveis em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em nov.2022.

7 “Importante notar que neste mesmo ano, 2018, as despesas médias das famílias brasileiras com telecomunicação foram de R\$ 117,31 e com energia elétrica de R\$ 124,75, em média. No período de 2008 a 2018, enquanto as despesas médias com eletricidade e telecomunicação cresceram 4,3% e 7,6% respectivamente, as com água e esgoto caíram 1,0%. Em resumo, o peso das despesas com saneamento na renda das famílias reduziu de 1,37% para 1,26%, ao mesmo tempo em que as famílias brasileiras gastaram mais com energia elétrica e telecomunicações. Em 2018, nas famílias mais pobres, o custo da energia representava 6% da renda mensal, as telecomunicações 5,6%, saneamento 3,7% e gás (encanado ou botijão) de 3%”. Instituto Trata Brasil. Famílias brasileiras gastam menos com saneamento básico do que com energia e telecomunicações. Disponível em https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Press_Release_.pdf, acesso em nov.2022.

Como limitação da abrangência, esclarece-se desde logo que o artigo tratará apenas dos serviços de fornecimento de água potável e de esgotamento sanitário à população, embora a definição legal de saneamento inclua também os serviços de drenagem e manejo de águas pluviais, bem como os de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.⁸

2. Diagnóstico: por que o Brasil até hoje não universalizou os serviços de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário?

A pergunta que inicia a presente seção tem múltiplos fatores como resposta, os quais passamos a explicitar.

Em primeiro lugar, as falhas de mercado presentes na provisão dos serviços de fornecimento de água e esgoto à população fazem com que o seu fornecimento apenas com base nas regras de mercado, i.e., a partir da interação entre oferta e demanda, gere provisão subótima. Dada a atual tecnologia, são necessários vultosos investimentos iniciais irrecuperáveis para se construir adequados sistemas de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário à população. Trata-se, ainda, de um setor que se beneficia de economias de escala⁹. Portanto, tem-se a presença de monopólio natural¹⁰ e externalidades de rede.

Dadas as características acima, historicamente o país optou pela provisão pública do serviço. A atividade é reconhecida como serviço público.

Adicionalmente, o Brasil apresenta território extenso e com graves disparidades sociais, o que traz dificuldades à capacidade da população em arcar, em regra, com as tarifas que seriam necessárias ao custeio da construção, manutenção e expansão das redes. Estudo encomendado pela organiza-

⁸ Ver, nesse sentido, art. 3º da Lei 11.445/2007, com a redação dada pela Lei 14.026/2020.

⁹ “Uma tecnologia de produção exibe economias de escala quando o custo de uma empresa produzir uma quantidade Q é menor do que o custo total de duas empresas produzirem quantidades q_1 e q_2 separadamente”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 285.

¹⁰ Monopólios naturais surgem quando “os custos fixos são muito elevados relativamente à demanda”, de forma que, “se puderem ser diluídos por toda a produção do mercado, uma única firma fornecendo aquele produto pode ter um custo médio de produção menor do que duas firmas igualmente eficientes, cada uma das quais tendo de incorrer nos mesmos custos fixos, mas tendo de diluí-los por apenas metade da produção total”. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1988.

ção não governamental Trata Brasil apontou correlação entre baixa renda e ausência de disponibilidade do serviço. Com base em dados de 2018, estimou-se que 51,7% das famílias abaixo da linha da pobreza não recebiam água com regularidade (diariamente e na quantidade exata), ou seja, 61,5 milhões de pessoas (30% da população), e que 67,5% das famílias abaixo da linha da pobreza não possuíam acesso à rede de esgotos.¹¹

O Brasil é uma federação em três níveis, composta pela União Federal, Estados e municípios, todos autônomos. Do ponto de vista jurídico, a divisão constitucional de competências federativas em matéria de saneamento apresenta um emaranhado de atribuições focadas na cooperação entre os entes federativos, mas que, na prática, traz elevada complexidade e fundadas dúvidas interpretativas quanto aos limites e à extensão dos poderes de cada um. Este tema tem relevância não negligenciável no histórico da baixa efetividade do setor no país e foi responsável por alguns argumentos de inconstitucionalidade do novo marco legal.¹² Por ora, interessa destacar o poder da União Federal para traçar as diretrizes do desenvolvimento do setor de saneamento básico; a atribuição comum aos três entes federativos para promover medidas visando à sua melhoria; a competência dos municípios para dispor sobre assuntos e serviços públicos de interesse local; e a participação do Sistema Único de Saúde na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico.¹³

11 Instituto Trata Brasil e Ex Ante. *Famílias brasileiras gastam menos com saneamento básico do que com energia e telecomunicações - Novo estudo do Instituto Trata Brasil aponta leve avanço nos serviços em 10 anos e estabilidade dos gastos das famílias brasileiras com saneamento*. Disponível em https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Press_Release_.pdf. Acesso em nov. 2022.

12 Ver, sobre o tema, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. The challenges of regulating water and sanitation tariffs under a three-level shared-authority federalism model: The case of Brazil. *Utilities Policy*, Elsevier, v. 64, 2020.

13 Constituição Federal. Art.21.Compete à União: (...) IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; (...) XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Art. 23.É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX-promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Art. 30. Compete aos Municípios: I- legislar sobre assuntos de interesse local; (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) IV-participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

A regulação também sofre as consequências desse emaranhado de competências. Como a regra geral é que o ente político titular do serviço é o responsável pela sua provisão e pela sua regulação¹⁴, em teoria o Brasil poderia contar com milhares de reguladores municipais (pois o país possui 5568 municípios, além do distrito federal e da autarquia de Fernando de Noronha em Pernambuco¹⁵). Na prática, no entanto, é comum e estimulada pela legislação a delegação da regulação, pelos municípios, a agências estaduais ou intermunicipais.¹⁶ Ainda assim, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (“ANA”)¹⁷ mapeou a existência, no país, de 90 reguladores do setor, sendo 48 municipais, 16 intermunicipais e 26 estaduais.¹⁸

Uma consequência relevante dessa fragmentação é que um mesmo grupo econômico que detenha concessões em diferentes áreas do

14 Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal em diferentes oportunidades, como, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3433/DF: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal. Proibição de cobrança de assinatura básica nos serviços de água, luz, gás, tv a cabo e telefonia. Inconstitucionalidade. Competência da União para legislar e prestar os serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, art. 21, XI e XII, ‘B’, e 22, IV). Fixação da política tarifária como prerrogativa inerente à titularidade do serviço público (...). Procedência do pedido” (grifou-se).

15 Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *IBGE atualiza a lista de municípios, distritos e subdistritos municipais no País*. Brasília, 14.mar.2023. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36441-ibge-atualiza-lista-de-municipios-distritos-e-subdistritos-municipais-do-pais>. Acesso em 29.jan.2024.

16 Lei 11.445/2007 (alterada pela Lei 14.026/2020). Art. 23. (...) § 1º A regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora, e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. (...) § 1º-B. Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços.

17 A reforma legislativa de 2020 alterou a denominação da ANA de “Agência Nacional de Águas” para “Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico”, destacando a ampliação de competências dessa entidade.

18 A ANA, no entanto, esclarece que a lista possivelmente seja maior, face à ausência histórica de um cadastro único dessas entidades, que a agência está buscando montar. Ver <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>. Acesso em jan/2024.

país pode estar sujeito a regulações distintas.¹⁹ Esta possibilidade incrementa custos de transação no gerenciamento dos negócios e, possivelmente, práticas de *cream skimming*, com os investidores preferindo os mercados mais lucrativos²⁰ (a lucratividade pode ser afetada, dentre outros fatores, por critérios como segurança jurídica e custos associados à regulação).

Adicionalmente, experimentam-se problemas atrelados à baixa qualidade, em média, da burocracia estatal dedicada ao tema, que produz projetos falhos e incapacidade de fiscalização. O fenômeno das “obras paradas” tem sido uma realidade do setor.²¹

Há também questões de governança institucional, que vão desde as disputas históricas em torno da titularidade da provisão do serviço em regiões de adensamento urbano (se estadual ou municipal) até o fato de que a responsabilidade pela atividade de saneamento, em nível federal, apresenta-se historicamente segregada: enquanto a política nacional de saneamento era de competência do Ministério do Desenvolvi-

19 MARQUES, Rui Cunha. A reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA. In ROBERTO DE OLIVEIRA, Carlos; GRANZIERA, Maria Luix Machado (orgs.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 41.

20 “Esta prática de ingressar apenas nos mercados mais lucrativos é conhecida como ‘*cream skimming*’ [separar a nata do leite]. Entrantes pegam o ‘creme’ da firma estabelecida e deixam o ‘leite’, i.e., os mercados menos lucrativos”. VISCUSI; W; HARRINGTON JR., J; VERNON, J. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 533. No caso do saneamento, investidores buscariam os mercados mais atrativos e deixariam os pouco atraentes para o poder público, já que, sendo serviço público, esse tem o dever de garantir o fornecimento do serviço.

21 Auditorias do Tribunal de Contas da União sobre projetos de infraestrutura têm reputado as obras paradas a três causas principais: (i) falhas no projeto básico; (ii) falta de recursos para contrapartidas dos estados e municípios; e (iii) falta de capacidade de gestão de estados e municípios sobre os recursos federais recebidos. Ver, a esse respeito, TCU. Obras paralisadas no país – causas e soluções: *TCU realiza diagnóstico das obras paralisadas no país financiadas com recursos federais*, 23/05/2019. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em nov.2022. Especificamente com relação a obras de saneamento, a imprensa noticiou que o “saneamento tem R\$ 13,5 bilhões em obras paradas no País: são quase mil contratos de empreendimentos planejados com recursos públicos que não atendem a população - a maior fatia localizada no Nordeste, publicado em 03/09/2019”. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/09/epoca-negocios-saneamento-tem-r-135-bilhoes-em-obras-paradas-no-pais.html>. Acesso em nov.2022.

to Regional²², a promoção do saneamento nas cidades de até 50.000 habitantes, áreas rurais e de comunidades tradicionais era de atenção prioritária da Fundação Nacional de Saúde, vinculada ao Ministério da Saúde²³. Em 2023, o presidente da República, ao tomar posse, promoveu reforma na organização administrativa federal, determinando, por medida provisória, a extinção da Funasa, e concentrando todas as competências da Administração direta federal em matéria de saneamento, seja urbano, seja rural, no Ministério das Cidades.²⁴ No entanto, referida medida provisória não foi convertida em lei e teve sua vigência encerrada, tornando incerto o futuro da união do planejamento do saneamento em um único órgão federal e da Funasa.

Merece ser ainda considerado que 4905 municípios possuíam menos de 50.000 habitantes em 2017, enquanto havia apenas 355 com população entre 50.001 e 100.000; 268 entre 100.000 e 500.000; e 42 com mais de 500.000 habitantes. Esses dados denotam a dificuldade de se planejar e implementar políticas públicas em matéria de saneamento,

22 Conforme decreto 11.065/2022. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11065.htm#art7. Acesso em nov.2022.

23 “Compete à Funasa, por meio do Departamento de Engenharia de Saúde Pública (Densp), fomentar ações de saneamento para o atendimento, prioritariamente, a municípios com população inferior a 50.000 habitantes, bem como implementar ações de saneamento em áreas rurais e comunidades tradicionais de todo o Brasil, tais como as populações remanescentes de quilombos, assentamentos de reforma agrária, comunidades extrativistas e populações ribeirinhas.” Disponível em <http://www.funasa.gov.br/saneamento-para-promocao-da-saude>. Acesso em nov.2022.

24 A Funasa foi extinta pela Medida Provisória 1156, de 01/01/2023. A Medida Provisória 1154, também de 01/01/2023, recriou o Ministério das Cidades e atribuiu-lhe as seguintes competências: Art. 20. Constituem áreas de competência do Ministério das Cidades: I- política de desenvolvimento urbano e ordenamento do território urbano; II - políticas setoriais de habitação, de saneamento ambiental, de mobilidade e trânsito urbano, incluídas as políticas para os pequenos Municípios e a zona rural; III- promoção de ações e programas de urbanização, de habitação e de saneamento básico e ambiental, incluída a zona rural, de transporte urbano, de trânsito e de desenvolvimento urbano; IV - política de financiamento e subsídio à habitação popular, de saneamento e de mobilidade urbana; V- planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação e saneamento básico e ambiental, incluídos a zona rural, a mobilidade e o trânsito urbanos; e VI- participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água e para adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e da gestão do saneamento. Merece ser esclarecido que medidas provisórias precisam ser convertidas em lei no Congresso Nacional, sob pena de perderem vigência.

pois a realidade nacional é de municípios com características bastante díspares, havendo muitos municípios com poucos habitantes e graves dificuldades socioeconômicas, enquanto elevada parcela da população encontra-se concentrada em poucas cidades de médio e grande porte, também em muitos casos com questões relacionadas a iniquidades sociais e territoriais em termos de acesso aos serviços.²⁵

Outro ponto relevante de diagnóstico consiste na historicamente reduzida participação de investidores privados no setor. A titularidade pública dos serviços de saneamento faz com que a sua provisão pela iniciativa privada dependa de licitação para celebração de contratos de concessão. No direito brasileiro, as atividades de saneamento são consideradas serviços públicos e, portanto, não abertas à livre iniciativa: a participação privada depende de decisão política de se delegar o serviço. A estruturação de parcerias público-privadas pode esbarrar nas limitações à estruturação de garantias de pagamento, pelos parceiros públicos, das contribuições pecuniárias a que venham a se obrigar contratualmente.²⁶

Em 2007, foi promulgada a Lei 11.445, que estabeleceu as diretrizes nacionais do saneamento básico, mas não alterou a estrutura de prestação dos serviços, que seguiu com clara predominância das empresas estatais estaduais (conhecidas como Companhias Estaduais de Saneamento – “Cesbs”). Até recentemente, pouquíssimos municípios haviam seguido a opção de delegação, talvez em razão da incapacidade técnica de desenhar concessões resilientes, ou da reduzida capacidade de pagamento da população (em razão do baixo poder aquisitivo), o que dificulta a estruturação de modelagens financeiramente atrativas ao setor privado.

25 IBGE. *Perfil dos municípios brasileiros – Gestão do saneamento básico – Abastecimento de água e esgotamento sanitário*, 2017, p. 32. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101735.pdf>. Acesso em nov.2022.

26 Diversos municípios brasileiros encontram-se em cenários de restrição fiscal. Ver, sobre o tema, FIRJAN. IFGF 2021 - Índice Firjan de Gestão Fiscal. Disponível em <https://firjan.com.br/data/files/2E/D2/DD/93/82E9C7109125A9C7A8A809C2/firjan-IFGF-edicao-2021.pdf>. Acesso em dez/2022. Sobre a estruturação de garantias em PPPs por entes subnacionais, ver CERON DE OLIVEIRA, Rogério; BARBOSA DA SILVA, Maíra Madrid; SELLIN, Víctor Bueno. Estruturação de garantias sob ambiente de restrições fiscais: a utilização de parcela do ganho de eficiência como fonte de recursos para conta garantia (*escrow account*). *Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas*, 2º semestre 2021, p. 77 e ss.

Com a reforma legislativa empreendida em 2020, a expectativa é de mudança desse quadro, com maior predominância de concessões e PPPs. Em 2020, apenas 291 municípios eram atendidos por prestadores privados; após o novo marco legal, esta quantidade foi ampliada para 509 em 2022, correspondentes a cerca de 9% do total de municípios do país e 21% da população brasileira.²⁷ Esses dados indicam que o novo marco legal catalisou a estruturação de projetos de delegação dos serviços à iniciativa privada. Todavia, ainda é cedo para se constatar se houve efetiva expansão e melhoria dos serviços, pois os contratos licitados ainda estão em seus estágios iniciais de execução.

2.1 O histórico embate entre Estados e municípios pela titularidade e prestação dos serviços de saneamento

A história do saneamento no Brasil remonta, ao menos desde os anos 70, a uma disputa entre estados e municípios quanto à responsabilidade pela provisão dos serviços.

Nos anos 1970, criou-se o Plano Nacional de Saneamento – Planasa, que confiou aos estados da federação, por meio de financiamento federal a programas de habitação e criação das Cesbs, o dever de prover o serviço, a partir de delegação recebida dos municípios. Em tese o desenho deveria funcionar, pois a alocação do serviço aos estados atenderia ao tema das economias de escala, permitindo subsídios cruzados, ao mesmo tempo em que permitiria a descentralização da aplicação dos recursos federais. O reconhecimento da atividade como serviço público, por sua vez, orientaria no sentido da sua priorização nos orçamentos públicos, sendo que a União Federal faria a coordenação das atividades.²⁸

27 ABCON SINDCON. *Panorama da participação privada no saneamento*, 2022, p. 16.

28 “Até o final dos anos 1980, o setor era referenciado pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa), que tinha no Banco Nacional de Habitação (BNH) o órgão institucional de coordenação central do sistema de saneamento. Apesar de seu perfil político-institucional centralizador, o Planasa dispunha de mecanismos institucionais de coordenação, princípios claros de regulação tarifária e fluxos estáveis de recursos, oriundos principalmente do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), destinados prioritariamente à expansão das redes de abastecimento de água. A gestão do setor se baseava na centralização decisória no âmbito federal, em investimentos concentrados nas regiões e serviços mais rentáveis e na indução de concessões municipais dos serviços às Companhias Estaduais de Saneamento Básico (Cesbs), processo este em que os municípios, na prática, renunciavam às prerrogativas de titular dos serviços. (...) Em que pese o caráter politicamente coercitivo e socialmente seletivo do Planasa, havia uma instância nacional de coordenação e a existência de regras e papéis que orientavam as relações entre os agentes do setor. Após a extinção do BNH em

No entanto, o projeto, em grande medida, fracassou. Salvo honrosas exceções, as Cesbs transformaram-se em redutos de apadrinhamento político, loteamento de cargos, baixa produtividade e pouca capacidade de investimento, inclusive em tecnologia. O uso político das tarifas também contribuiu para que essas entidades falhassem no seu dever de universalizar o serviço.²⁹

A Constituição Federal de 1988, fruto da redemocratização do país, adotou uma postura municipalista, com os municípios sendo reconhecidos como entes autônomos integrantes da federação no art. 18.³⁰ A eles a Constituição reserva o dever de cuidar dos assuntos de interesse local. Tem-se então, como regra, que aos municípios compete a titularidade dos serviços de saneamento básico, reconhecidos como assuntos de interesse local. De outro lado, a maior parte da sua execução seguiu com as Cesbs, por força de ajustes de natureza precária, como convênios e contratos de programa, ou mesmo sem ato formal de delegação.

Paralelamente, com relação às áreas mais densamente povoadas, observou-se durante mais de duas décadas uma disputa entre Estados e

1986 e o fim do Planasa em 1990, o modelo institucional de coordenação da política entrou em processo de desagregação, caracterizado pela inexistência de uma instância decisória que unificasse as ações da política no âmbito do governo federal; pela desarticulação e fragmentação dos seus agentes; pela ausência de um efetivo marco jurídico-político que servisse de referência para a atuação dos diversos níveis de governo; e, principalmente, pela erosão da capacidade de planejamento da política, derivada tanto da ausência de um marco regulatório nacional quanto da imprevisibilidade do processo de alocação de recursos.” FERREIRA DE ARAÚJO FILHO, Valdemar. O quadro institucional do setor de saneamento básico e a estratégia operacional do PAC: possíveis impactos sobre o perfil dos investimentos e a redução do déficit. *Boletim Regional e Urbano, Brasília*, Ipea, n. 1, dez.2008.

29 “Não obstante, é possível citar alguns pontos de atenção concernentes à parte das Cesbs e dos municípios, quais sejam: a grande influência política na estratégia de atuação da empresa; a ausência de um banco de projetos e a baixa capacidade de execução e acompanhamento dos investimentos; a falta de planejamento de médio e longo prazos; a baixa capacidade de captação de recursos para investimentos; e a baixa eficiência em termos de controle de custo”. PIMENTEL, Letícia Barbosa; ASSALIE, Jorge Luiz Sellin; MACHADO, Francesca Munia. *Panoramas Setoriais 2030 – Saneamento*. Rio de Janeiro: BNDES, 2017, p. 194. Disponível em https://web.bnades.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14218/2/Panoramas%20Setoriais%202030%20-%20Saneamento_PBD.pdf. Acesso em dez.2022.

30 Constituição Federal. Art.18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

municípios quanto à titularidade do serviço, pois, nas regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, dadas as economias de escala, argumentava-se com razão que o tema suplantava o interesse meramente local. Além disso, o art. 25 da Constituição confere aos estados a prerrogativa de, por lei complementar, instituir essas regiões.³¹

Foi apenas em 2013 que o Supremo Tribunal Federal (STF) trouxe uma orientação mais clara à controvérsia, disciplinando que, nas regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, a titularidade do serviço é partilhada entre Estados e municípios, ou seja, nem os estados nem os municípios podem exercer isoladamente a titularidade do serviço, mas precisam entrar em acordo.³²

De um lado, a decisão do STF espelhou uma solução de compromisso, impedindo tanto que Estados suprimissem a autonomia municipal e impusessem soluções aos municípios, quanto impedindo soluções isoladas por municípios situados em regiões metropolitanas, descompromissadas com os vizinhos. De outro, no entanto, a solução tende a apresentar elevados custos de transação, exigindo a negociação de compromissos entre o Estado e os municípios da federação participantes dos referidos arranjos federativos. Dados os limites da função jurisdicional, a decisão do STF não esclarece como a cooperação deve ser implementada na prática, que permanece até hoje com profunda complexidade.

31 Art. 25. (...) § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

32 “O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal”. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 1842, j. em 06/03/2013, Redator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes.

O esclarecimento quanto à titularidade do serviço em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas tampouco foi capaz de fomentar grandes transformações na situação vivenciada no setor de saneamento. Chegou-se ao ano de 2020 com pouco mais da metade do esgoto do país sendo coletado e com milhões de pessoas sem acesso ou com acesso apenas intermitente à água tratada. Até aquele ano, duas tentativas de reforma do setor haviam malgrado no Congresso Nacional.³³ A epidemia decorrente da Covid-19 possivelmente consistiu no *momentum* que permitiu a aprovação de um novo marco legal, o qual veio alterar profundamente os alicerces em torno dos quais o setor tinha se constituído até aquele momento.

3. A reforma do marco legal em 2020

O marco legal aprovado em 2020 inova em relevantes aspectos.

Quanto ao primeiro diagnóstico – de uma excessiva fragmentação do poder concedente, com muitos municípios incapazes de estruturar projetos e torná-los factíveis face ao poder aquisitivo de suas populações para suportar o valor das tarifas – a lei respondeu com um forte incentivo à regionalização.³⁴ Além das regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas – institutos, como visto, de envergadura constitucional – a lei criou a figura da “unidade regional”, permitindo a sua criação por lei estadual e possibilitando, inclusive, a junção de municípios não limítrofes. A regionalização foi incentivada por meio da formação de blocos regionais para posterior licitação conjunta do servi-

33 Trata-se das medidas provisórias – MP 844/2018 e 868/2018, que perderam vigência, uma vez que não foram convertidas em lei pelo Congresso Nacional dentro do prazo estabelecido na Constituição Federal.

34 Sobre a relevância da prestação regionalizada, Ferro *et al* afirmaram, em estudo empírico realizado em 2014; portanto, antes da adoção do novo marco legal: “a estrutura de custos de firmas regionais e microrregionais é 10 por cento inferior do que a das firmas municipais” (...) Ao se regionalizar firmas municipais ou microrregionais, economias de custo emergiriam” (FERRO, G., LENTINI, E.J., MERCADIER, A.C.; Romero, C.A., 2014. Efficiency in Brazil’s water and sanitation sector and its relationship with regional provision, property and the independence of operators. *Utilities Policy*. 28, 42-51). Marques e De Witte igualmente concluíram em favor da presença de economias de escala na indústria saneamento, sugerindo que a fornecedora ótima de água atenderia entre 160.000 e 180.000 habitantes em Portugal (MARQUES, R. C, De Witte, K., 2011. Is big better? On scale and scope economies in the Portuguese water sector. *Economic Modelling*. 28, 1009-1016).

ço. À União Federal foi permitida a criação de “unidades de referência”, caso os estados permanecessem omissos.³⁵

Sobre o segundo diagnóstico – a fragmentação dos reguladores do serviço – a solução legislativa confia (i) na atribuição de competência à ANA para uniformização de boas práticas regulatórias, através da edição de normas de referência, e (ii) em uma ampla possibilidade de delegação, pelos municípios, da regulação a agências reguladoras estaduais ou intermunicipais que sigam essas diretrizes. As normas de referência são, em princípio, de observância não obrigatória pelos entes titulares dos serviços, mas a adesão aos seus ditames mostra-se necessária aos municípios que pretendam se beneficiar de repasses de verbas públicas federais para investimentos em saneamento.³⁶ A edição de normas de referência foi inserida na Agenda Regulatória da ANA, com a previsão de publicação

35 A Lei 14.026/2020 reconheceu e incentivou as formas já constitucionalmente previstas de regionalização, tendo a elas acrescentados outras duas, quais sejam, a unidade regional e o bloco de referência. Dessa forma, apresenta três agrupamentos de soluções regionalizadas:

a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da MetrÓpole);

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; e

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares.

36 Nesse sentido, a lei de criação da ANA (Lei nº 9.884/2000) foi alterada para passar a prever: Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Lei 11.445/2007 (redação dada pela Lei n. 14.026/2022). Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: (...) III- à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA.

de 19 normas de referência entre o 1º semestre de 2021 e o 1º semestre de 2023 (após atualização)³⁷. No entanto, até dezembro de 2023, apenas 3 (três) normas de referência haviam sido exaradas, o que sugere que o cronograma será provavelmente revisto, e que a desejada redução de assimetria regulatória levará mais tempo para ser implementada do que o que foi inicialmente imaginado.³⁸

O terceiro diagnóstico – a baixa capacidade institucional da maioria das Cesbs (historicamente as principais prestadoras) e a incapacidade de investimento pelos municípios – fez com que a lei tenha confiado na iniciativa privada como o principal motor de investimentos no setor para os próximos anos. O ponto principal desse incentivo consistiu na vedação legal à celebração direta de contratos de programa entre municípios e Cesbs, passando a lei a exigir prévia licitação para que o serviço seja outorgado a qualquer entidade, pública ou privada, que não integre a Administração Pública municipal³⁹. A prestação direta do serviço de saneamento pelo ente titular não foi de todo proibida, mas ficou restrita a órgãos da Administração direta, autarquias e estatais municipais, como fenômenos de desconcentração ou descentralização administrativa. A lei incentiva a concorrência entre

37 Dados atualizados conforme a Resolução ANA n. 105, de 18/10/2021.

38 São elas: (i) a Resolução ANA n. 79, de 14/06/2021 (alterada pela Resolução ANA 114, de 30/11/2021), que aprova a Norma de Referência nº 1, que dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias; (ii) a Resolução ANA n. 106, de 04/11/2021, que aprova a Norma de Referência n. 2, que dispõe sobre a padronização dos aditivos aos contratos de programa e de concessão, para a prestação de serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, para incorporação das metas previstas no art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, modificada pela Lei n. 14.026/2020; e (iii) a Resolução 161/2023, que aprova a norma de referência n. 3, que dispõe sobre a metodologia de indenização de investimentos realizados não amortizados ou depreciados dos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Além disso, foi também editada a Resolução ANA 134, de 18/11/2022, que disciplina os requisitos e procedimentos a serem observados pelas entidades infranacionais encarregadas da regulação e da fiscalização do serviço público de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas de referência

39 Lei nº 11.445/2007, Art. 10 (redação dada pela Lei nº 14.026/2020). A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (...) § 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual.

potenciais prestadoras por meio da exigência de processo licitatório para celebração de contratos de concessão como regra geral, dos quais podem participar, inclusive, as Cesbs de qualquer estado da federação.

Em suma, a reforma legislativa empreendida em 2020 confia na iniciativa privada como vetor primordial de investimentos para a universalização dos serviços de saneamento básico. O binômio regionalização-concessão (em sentido amplo, mas com preferência para modelagens que não requeiram aportes de recursos pelo poder público) parece ser a opção política por excelência formalizada no novo marco legal. É relevante que se mencione, todavia, que esta escolha não é isenta de percalços. Já houve caso de Estado que tentou por lei impedir a desestatização dos serviços de saneamento, o que veio a ser reputado inconstitucional pelo STF, por ofensa à titularidade municipal do serviço.⁴⁰

De modo a ampliar a segurança jurídica, a lei estabeleceu a exigência de que os serviços de saneamento sejam regulados por agências reguladoras, determinando a separação entre as atribuições do poder concedente e as competências de regulação, como normatização e fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão.⁴¹ Trata-se de medida que aprimora a organização institucional do setor, em linha com as boas práticas regulatórias.

Além disso, o país tomou a arriscada decisão de colocar em lei as metas de universalização do serviço, que foram fixadas no atendimento a 99% da população com acesso à água potável e 90% com coleta e tratamento de esgotamento sanitário até 2033, além da previsão de diretrizes gerais de redução da intermitência na oferta de água, redução de per-

40 “Ação direta de inconstitucionalidade. § 3º do art. 210-A da Constituição do Paraná, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 24/2008. Exigência de serem prestados os serviços locais de saneamento e abastecimento de água por pessoa jurídica de direito público ou sociedade de economia mista sob controle acionário e administrativo do estado ou do município. Invasão da competência do município para legislar sobre assuntos de interesse local: Saneamento Básico. Incs. I e V do art. 30 da Constituição da República. Ação direta julgada procedente” (ADI 4454, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020).

41 Lei 11.445/2007. Art. 21. A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões (redação dada pela Lei 14.026/2020).

das, e melhoria nos processos de tratamento.⁴² Foi previsto que contratos de programa em vigor que não tivessem metas deveriam incluí-las até 31/03/2022, prazo posteriormente prorrogado para 31/03/2023.⁴³ Aos municípios que tinham contratos licitados anteriormente à edição da lei com metas inferiores a essas foram dadas as seguintes alternativas: (i) realizar aditamento contratual, por mútuo acordo com o prestador e reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, (ii) o próprio município titular viabilizar os investimentos necessários para atender às exigências legais diretamente, ou (iii) a realização de nova licitação para atendimento da parcela faltante ao alcance das metas.

4. A reforma em risco e sua superação: as ações diretas de inconstitucionalidade

O tripé acima mencionado – (i) redução do protagonismo municipal com a preferência por soluções regionalizadas; (ii) o incentivo à uniformização das normas regulatórias com a outorga de poder à ANA para edição de normas de referência; e (iii) o incentivo à delegação do serviço à iniciativa privada com a proibição à contratação das Cesbs, pelos municípios, sem licitação – fez com que os perdedores na arena política argumentassem pela inconstitucionalidade do novo marco legal no STF, por meio de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (“ADIs”).⁴⁴ As principais alegações giraram em torno de alegada ofensa à autonomia municipal e à possibili-

42 A Lei nº 14.026/2020 determinou a inclusão do art. 11-B na Lei nº 11.445/2007, para estabelecer: “Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.” Em caso de inviabilidade econômico-financeira comprovada, a agência reguladora poderá aprovar modelagem que preveja atingimento das metas até 2040.

43 Prazo prorrogado para 31/03/2023 nas hipóteses do art. 7º, §.1º, Decreto 10.588/2020 (redação dada pelo Decreto 11.030/2022).

44 ADI 6492, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); ADI 6536, proposta pelo Partido Comunista do Brasil e pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-Sol); ADI 6583, proposta pela Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento – ASSEMAE; e ADI 6882, proposta pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE. Todas as ações foram apensadas e julgadas em conjunto.

dade constitucionalmente consagrada de cooperação entre estados e municípios na provisão de serviços de interesse comum, o que sustentaria, nessa visão, a impossibilidade de se vedar a celebração de contratos de programa entre municípios (ou consórcios intermunicipais) e as Cesbs.

Quanto ao primeiro ponto, sustentou-se que o fato de a lei subordinar o acesso a recursos federais a que municípios aderissem ao fenômeno da regionalização ofenderia a autonomia constitucionalmente consagrada às municipalidades pela Constituição de 1988.⁴⁵

Quanto ao federalismo cooperativo, houve discussões em torno do art. 241 da Constituição Federal, segundo o qual “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Foi alegado nas ADIs que a proibição legal de celebração de contratos de programa sem licitação com as companhias estatais estaduais ofenderia esse dispositivo constitucional.

Também a exigência de adesão às normas de referência da ANA como condição para acesso a recursos públicos federais teve sua constitucionalidade questionada.⁴⁶ A alegação era que referida exigência suprimiria, na prática, a autonomia constitucionalmente assegurada aos municípios.

45 Acolhendo este argumento, veja-se trecho do voto vencido do Ministro Edson Fachin: “No entanto, permitir que a União, ente financiador por excelência do saneamento básico no País, inclusive porque arrecada mais recursos, como esta Corte já asseverou tantas vezes na apreciação de conflitos federativos de natureza financeira, estrangule a competência decisória dos demais entes, sob pena de vedação ao acesso a recursos, consiste em verdadeira chantagem, a impedir o exercício de atribuição constitucionalmente conferida ao ente”.

46 “Não compreendo que o ente federal não possa estabelecer condicionantes ao repasse de recursos voluntários aos demais entes da federação, nos termos do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, impor normativas excessivas a entes que também possuem competência para gerir o serviço público de saneamento básico, deixando-lhes sem qualquer margem decisória – pois a opção será a prestação direta e sem incentivos, ou a concessão do serviço e observância das regras da ANA para obtenção do financiamento com recursos federais – prejudicando quem mais necessita da expansão dos serviços relacionados ao saneamento básico, é exigência desproporcional e que contraria fortemente a lealdade federativa que se espera seja observada por todos os entes” (trecho do voto vencido do Ministro Edson Fachin no julgamento das ADIs 6492, 6536, 6583 e 6882).

Os argumentos acima, todavia, não prosperaram. Logo após o ajuizamento da primeira ADI em face da Lei 14.026/2020, o Ministro Relator Luis Fux proferiu decisão indeferindo a liminar pleiteada, mantendo o novo marco legal em vigor. Menos de um ano e meio após o protocolo da primeira ação, as quatro ADIs ajuizadas em face da Lei 14.026/2020 tiveram o seu mérito julgado. Por maioria, o STF reputou constitucionais todos os dispositivos que tiveram sua constitucionalidade questionada. A rapidez com que o STF confirmou a constitucionalidade do novo marco legal teve relevante consequência para a segurança jurídica dos projetos que estavam sendo estruturados já sob a vigência da nova legislação.

O ministro relator sustentou não haver inconstitucionalidade na exigência, pela lei federal, de que recursos federais somente sejam liberados para projetos a serem fiscalizados por agência com regulação aderente às normas de referência a serem editadas pela ANA.⁴⁷ Da mesma forma, entendeu que as modelagens de agrupamento de municípios permitem soluções que consideram as disparidades locais, permitindo análises à luz das bacias hidrográficas e a realização de subsídios cruzados.⁴⁸ A ementa da decisão destacou a “defasagem e acomodação

47 Conforme trecho de seu voto: “É constitucional o mecanismo de *compliance* do art. 50, que exige a conformidade regulatória como requisito para a transferência de recursos provenientes da União. O condicionamento da destinação de recursos federais via transferências voluntárias já pode ocorrer para atendimento de certas metas, objetivos, obrigações pelos entes recebedores, inclusive por pactuação contratual. Desse modo, o condicionamento sequer demanda lei disciplinadora das condições para a percepção das dotações. Nada obstante, em apreço à segurança jurídica, não há vedação a que haja disciplina em lei formal. Não prospera a linha argumentativa segundo a qual a ANA concentra as competências regulatórias a ponto de não comportar o acompanhamento conjuntural nem a inovação normativa protagonizados por autoridades reguladoras subnacionais. A rigor, a Lei nº 14.026/2020 deixa clara a sua agenda de estímulo às instâncias subnacionais de Regulação. A meta é a articulação de um ambiente regulatório policêntrico, como se extrai do art. 23, par. 10-A, III, e 1º-B”.

48 “A disposição territorial contígua, a integração econômica e populacional e o domínio compartilhado (ou condomínio) de recursos hidrográficos são fatores que levam dois Municípios à comunhão ou à contraposição de interesses em torno dos serviços e instalações de saneamento. Configura-se o equilíbrio instável entre a titularidade (*status* de posse, poder de *imperium*), a abrangência territorial e os interesses. Ademais, os aludidos arranjos federativos representam um dos trunfos do Marco Regulatório para promover a modicidade tarifária. As unidades regionais de saneamento básico (art. 3º, VI, alínea ‘b’) e os blocos de referência (art. 3º, VI, alínea ‘c’) podem ser benéficos à outorga de serviços que contemplem os subsídios cruzados, agregando entes administrativos deficitários e superavitários quanto ao retorno financeiro (arrecadação) com os serviços de saneamento básico. (...) A rigor, a Administração Pública Estadual estaria mais bem informada sobre o ponto ótimo de integração, para fins de compensação financeira e de oportunidades – se comparada à associação voluntária de Municípios” (voto do Min. Relator Luiz Fux na ADI 6492).

geradas pelo contrato de programa” como argumentos para suportar a constitucionalidade da proibição legal do seu uso para delegação dos serviços às Cesbs sem licitação.

5. Balanço

Alguns resultados da vigência do Novo Marco Legal do Saneamento já podem ser vislumbrados.

Em primeiro lugar, é fato que parcela relevante dos Estados se organizaram para adotar instrumentos de regionalização. Alguns, por exemplo, aprovaram leis que definiram como unidade regional o inteiro teor de seus territórios, de modo que o território do Estado e a unidade regional se tornaram sinônimos.⁴⁹ Outros preferiram confiar no instituto da microrregião para realizar a sua regionalização⁵⁰, talvez acreditando que esse, por ter expressa previsão constitucional, não seria suscetível a questionamentos jurídicos quanto a sua eventual inconstitucionalidade, ou pelo fato de que, nesses casos, a adesão dos municípios abrangidos é compulsória, dispensando a necessidade de sua manifestação de vontade⁵¹, o que não ocorre com a unidade regional.

49 Foi o caso por exemplo, de Rondônia, cuja Lei estadual n. 4955/2021 assim estabeleceu: “Art. 1º Fica instituída a Unidade Regional de Saneamento Básico no Estado de Rondônia, visando a promoção de viabilidade técnica e econômico-financeira para prestação dos serviços públicos de fornecimento de água tratada, esgotamento sanitário, coleta e tratamento de resíduos sólidos, assim como a drenagem de águas pluviais, nos 52 (cinquenta e dois) municípios do Estado, com meta estabelecida para 2033, em conformidade com o que dispõe nas Leis Federais nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 e nº 14.026, de 15 de julho de 2020. § 1º. A Unidade Regional contemplará, automaticamente, outros municípios, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões que venham a ser posteriormente criados no estado de Rondônia”.

50 “Entre os 26 estados e o Distrito Federal, após a edição do Novo Marco, 10 instituíram microrregiões, 4 criaram unidades regionais, 1 possui Projeto de Lei Complementar para a criação de microrregiões e 2 possuem Projetos de Lei para a criação de unidades regionais”, em dados levantados até 30/07/2022. BARRETO, Pedro Lucas Santos. *Regionalização da oferta do serviço de saneamento à luz das inovações trazidas pela lei 14.026/2022*. FGV Direito Rio, 2022 (*mimeo*).

51 “A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal” (STF, ADI 1842).

O primeiro bloco de referência instituído em âmbito federal foi aprovado em dezembro de 2022 pelo Comitê Interministerial do Saneamento Básico, órgão federal composto de 6 ministros, quais sejam, do Desenvolvimento Regional, Chefe da Casa Civil, da Saúde, da Economia, do Meio Ambiente e do Turismo. Tendo em vista que a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais tardava em aprovar a lei de criação da unidade regional do Vale do Jequitinhonha, região historicamente desfavorecida, com indicadores elevados de pobreza,⁵² 96 municípios pleitearam e obtiveram do Comitê o seu reconhecimento como bloco de referência. Esse seria um passo relevante para a estruturação de projetos de provisão do serviço para a região.⁵³

A ANA adotou iniciativas para elaborar as primeiras normas de referência, embora seja fato que este tema está a andar a passos mais lentos do que inicialmente vislumbrado. Passados mais de três anos desde a edição da Lei 14.026/2020, apenas três normas de referência foram editadas.

Exemplo de tentativa de burla à estratégia legislativa de ênfase em investimentos privados para a oferta de saneamento básico consiste na construção entre Estados e municípios de consórcios interfederativos e a defesa da tese de que, uma vez que o Estado o integre, a delegação sem licitação à Cesb não ofenderia o novo marco legal.⁵⁴ Com base nesse entendimento, a Cesb paraibana CAGEPA- Companhia de Águas e Esgotos

52 PEREIRA, Nathana Jéssica; ROCHA DE SOUZA, Kellen. Pobreza no Estado de Minas Gerais: uma análise da Região Norte. *Revista Iniciativa Econômica*, Araraquara, v. 4 n. 2, julho/dezembro 2018.

53 <http://www.meioambiente.mg.gov.br/noticias/5413-governo-federal-estabelece-primeiro-bloco-de-referencia-de-saneamento-do-brasil-no-vale-do-jequitinhonha>. Acesso em dez.2022.

54 Bernardo Stroebel assim descreve a proposta: “valendo-se das regras que regem a prestação regionalizada, se criaria por lei uma entidade integrada por estado e municípios. A justificativa para tanto seria que o interesse nesses casos não seria puramente local, demandando a implementação de um modelo de gestão concertada (o que é permitido pelo inciso II do artigo 8º)”. Na sequência, todavia, defende que tal arranjo constitui burla ao Marco Legal do Saneamento, pois “no modelo proposto *não há atribuição do serviço para ente que integra o titular dos serviços, mas a delegação para um terceiro alheio a essa estrutura, qual seja a estatal vinculada ao Estado*, o que não é permitido pela Lei do Saneamento, indo de encontro com o próprio espírito da lei, consistente na quebra das vantagens até então garantidas às estatais e na abertura do setor de saneamento às empresas privadas”. STROEBEL, Bernardo. Contratação das empresas estaduais de saneamento por entidades regionais. **Consultor Jurídico**, 11 de novembro de 2022.

da Paraíba – assumiu, sem licitação, a prestação do serviço de 30 municípios componentes da Microrregião do Litoral.⁵⁵ A deliberação foi tomada por 71,36% dos votos em assembleia dos membros da microrregião. Na sequência, foi editada a Resolução n. 01/2022 do Colegiado Microrregional de Água e Esgoto, formalizando a autorização para a prestação do serviço pela CAGEPA, e foi aprovado o regulamento de provisão dos serviços.⁵⁶ A questão se encontra em discussão no STF na ADI 7335.⁵⁷

Ainda é cedo para afirmar se essa estratégia argumentativa terá êxito, mas o movimento denota que, apesar da orientação do STF no sentido da constitucionalidade da vedação aos contratos de programa entre municípios e Cesbs, permanece a busca por modelagens que confirmem sobrevida a esses instrumentos em detrimento da opção legislativa por privilegiar procedimentos licitatórios na eleição dos prestadores de serviços (deixando-se claro que não há vedação a que os municípios sigam sendo os provedores dos serviços por meio de secretarias, autarquias ou estatais municipais).

Os conflitos federativos também não findaram de todo. Ilustrativo deste fato é o precedente em que o STF concedeu medida cautelar para impedir que o Estado de Alagoas ficasse com 100% (cem por cento) da outorga estabelecida em modelagem de concessão dos serviços de saneamento envolvendo 13 municípios integrantes da região metropolitana de Maceió. Ao deferir a medida cautelar, o STF determinou que 50% dos recursos ficassem indisponíveis ao Estado até o julgamento final da ação, ao entendimento de ser necessária a partilha desses recursos com os municípios, já que esses são também titulares do serviço

55 <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/10/20/paraiba-usa-brecha-na-lei-de-saneamento-e-abre-disputa.ghtml>. Acesso em jan/2023.

56 Documentos disponíveis em <https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-de-infraestrutura-dos-recursos-hidricos-e-do-meio-ambiente/microrregioes-de-agua-e-esgoto>. Acesso em jan/2023.

57 No momento em que este artigo é encerrado, a imprensa noticia o ajuizamento de ADI, em 12/01/2023, pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Abcon). Ver HIRATA, Taís. Abcon entra com ADI contra “brecha” na lei do saneamento adotada na Paraíba. Disponível em <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/01/13/setor-privado-entra-com-adi-contrabrecha-na-lei-do-saneamento-adotada-na-paraba.ghtml>. Acesso em jan/2023.

dessas regiões.⁵⁸ No mérito, a ação foi julgada procedente, tendo sido considerado inconstitucional o conjunto de normas e a cláusula do contrato de concessão que previam que a integralidade da outorga ficasse para o Estado de Alagoas.⁵⁹

6. Conclusão e próximos passos

O Novo Marco Legal do Saneamento foi exitoso em atrair capital privado para o setor, tendo sido experimentado crescimento de 31% no total de municípios atendidos por provedores privados no período de 1 ano de vigência do novo marco legal.⁶⁰ Todavia, são muitos os desafios que as mudanças do marco legal ainda enfrentarão.

Em primeiro lugar, será colocada à prova a resiliência dos contratos de concessão celebrados recentemente no país. Está por ser verificado se as agências reguladoras subnacionais terão condições de efetivamente fiscalizá-los adequadamente, fazendo cumprir os prazos para os investimentos na universalização do serviço, de um lado, e man-

58 “2. O princípio da proibição de concentração de poder acarreta um outro, seu consectário lógico-normativo: não se pode admitir que a percepção dos frutos da empreitada metropolitana comum aproveite a apenas um dos entes-federados. Se a autonomia municipal significa autonomia política, autonomia financeira e autonomia administrativa, só se pode afirmar a proibição à concentração de poder afirmando, também, o compartilhamento da gestão e da percepção dos frutos da empreitada comum. 3. Por analogia à proibição de concentração de poder decisório, também quanto à partilha dos frutos da empreitada metropolitana a Constituição da República não impõe um único modelo pré-fixado: há apenas a vedação a que um só ente absorva a integralidade das competências e das benesses, podendo a partilha obedecer a critérios outros que a paridade estrita. 4. Encontram-se verificados os requisitos para a concessão da tutela pleiteada, uma vez que não apenas a tese jurídica apresentada ostenta razoabilidade (*fumus boni iuris*), senão também se evidencia o risco de que a demora da decisão torne o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental inócua (*periculum in mora*)” (STF, ADPF 863 TPI-REF / AL).

59 “5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das Resoluções AM 05/2019 e 01/2020 da Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Maceió; das Resoluções CD 04/2019 e 01/2020 do Conselho de Desenvolvimento Metropolitano da Região Metropolitana de Maceió; dos itens 1.1, “i”, 6.1, “h”, e 10.3 do Convênio de Cooperação firmado entre o Estado de Alagoas e a Região Metropolitana de Maceió; e da Cláusula 8ª do Contrato de Concessão firmado entre o Estado de Alagoas e a BRK Ambiental” (STF, ADPF 863, j. em 15/05/2022).

60 ABCON SINDCON. *Panorama da participação privada no saneamento, 2022*, p. 30. Disponível em <https://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Panorama2022-baixa.pdf>. Acesso em nov.2022.

tendo o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, de outro. A capacidade da ANA de elaborar todas as normas de referência necessárias ao setor e supervisionar a sua adoção pelos entes reguladores subnacionais também será testada.

Entende-se que a reforma de 2020 trouxe uma nova oportunidade para o país dar um salto relevante na oferta de serviços de saneamento, e que o modelo legislativo alinha incentivos e melhora o ambiente institucional, separando o provedor do regulador do serviço; buscando harmonizar a regulação e exigindo autonomia das agências reguladoras; bem como prevendo, como condição de acesso a recursos públicos federais, a necessidade de que a regulação esteja a cargo de entidade reguladora que adira às boas práticas regulatórias formalizadas nas normas de referência da ANA.

O sucesso, todavia, não é garantido. Governos com visões menos favoráveis à provisão privada de serviços públicos podem retardar processos de regionalização e concessão em suas áreas de influência. Esse posicionamento atrelado a restrições de natureza fiscal e orçamentária pode dificultar a expansão da provisão dos serviços. De outro lado, a escolha pela desestatização na ausência de órgãos reguladores devidamente capacitados pode igualmente comprometer o sucesso da reforma legislativa.

Não há solução simples para os históricos problemas de provisão de serviços de saneamento no Brasil. Certamente não existe modelagem única que seja capaz de atender adequadamente a todos os municípios de um país de tão vasta dimensão geográfica e com grandes disparidades regionais. O marco legal do saneamento representa um avanço em favor da institucionalidade, contratualização e estabelecimento de metas a serem atendidas. O seu sucesso, todavia, dependerá da firme atuação das instituições competentes e da diuturna cobrança por resultados por parte da sociedade civil organizada e dos órgãos de controle da atividade administrativa.

7. Bibliografia

ABCON SINDCON. *Panorama da participação privada no saneamento*. Disponível em <https://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Panorama2022-baixa.pdf>. Acesso em nov.2022.

BARRETO, Pedro Lucas Santos. Regionalização da oferta do serviço de saneamento à luz das inovações trazidas pela lei 14.026/2022. FGV Direito Rio, 2022 (*mimeo*).

CERON DE OLIVEIRA, Rogério; BARBOSA DA SILVA, Maíra Madrid; SELLIN, Víctor Bueno. Estruturação de garantias sob ambiente de restrições fiscais: a utilização de parcela do ganho de eficiência como fonte de recursos para conta garantia (*escrow account*). *Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas*, 2º semestre 2021.

FERREIRA DE ARAÚJO FILHO, Valdemar. O quadro institucional do setor de saneamento básico e a estratégia operacional do PAC: possíveis impactos sobre o perfil dos investimentos e a redução do déficit. *Boletim Regional e Urbano*, Brasília, Ipea, n. 1, dez.2008.

FERRO, G., LENTINI, E.J., MERCADIER, A.C.; Romero, C.A., 2014. Efficiency in Brazil's water and sanitation sector and its relationship with regional provision, property and the independence of operators. *Utilities Policy*. 28.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA- IBGE. *IBGE atualiza a lista de municípios, distritos e subdistritos municipais no País*. Brasília, 14.mar.2023. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36441-ibge-atualiza-lista-de-municipios-distritos-e-subdistritos-municipais-do-pais>. Acesso em 29.jan.2024

IBGE. Perfil dos municípios brasileiros – Gestão do saneamento básico – Abastecimento de água e esgotamento sanitário, 2017. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101735.pdf>. Acesso em nov.2022

INSTITUTO TRATA BRASIL e EX ANTE. *Famílias brasileiras gastam menos com saneamento básico do que com energia e telecomunicações*

- *Novo estudo do Instituto Trata Brasil aponta leve avanço nos serviços em 10 anos e estabilidade dos gastos das famílias brasileiras com saneamento*. Disponível em https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Press_Release_.pdf. Acesso em nov. 2022.

MARQUES, Rui Cunha. A reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA. In ROBERTO DE OLIVEIRA, Carlos; GRANZIERA, Maria Luixs Machado (orgs.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

MARQUES, R. C, De Witte, K., 2011. Is big better? On scale and scope economies in the Portuguese water sector. *Economic Modelling*. 28, 1009-1016.

PEREIRA, Nathana Jéssica; ROCHA DE SOUZA, Kellen. Pobreza no Estado de Minas Gerais: uma análise da Região Norte. *Revista Iniciativa Econômica*, Araraquara, v. 4 n. 2, julho/dezembro 2018.

PIMENTEL, Letícia Barbosa; ASSALIE, Jorge Luiz Sellin; MACHADO, Francesca Munia. *Panoramas Setoriais 2030 – Saneamento*. Rio de Janeiro: BNDES, 2017. Disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14218/2/Panoramas%20Setoriais%202030%20-%20Saneamento_P_BD.pdf. Acesso em dez.2022.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1988.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. The challenges of regulating water and sanitation tariffs under a three-level shared-authority federalism model: The case of Brazil. *Utilities Policy*, Elsevier, v. 64, 2020.

STROEBEL, Bernardo. Contratação das empresas estaduais de saneamento por entidades regionais. *Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2022.

VISCUSI; W; HARRINGTON JR., J; VERNON, J. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO DA ÁGUA PARA CONSUMO HUMANO EM PORTUGAL. O CASO DA ERSAR.

Vera Eiró

Resumo

O texto que se segue corresponde ao texto que serviu de base para a aula lecionada pela autora na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no V Curso de Pós-Graduação de Direito da Água, no dia 18 de março de 2022.

Neste texto pretende-se dar uma visão do que é o enquadramento do setor do abastecimento e saneamento da água em Portugal, da situação de facto que encontramos em Portugal Continental assente num cenário de escassez, daquela que é a intervenção regulatória da ERSAR no setor e dos desafios que se colocam a propósito da situação de facto atual e da intervenção da ERSAR, enquanto entidade reguladora, em particular.

A este propósito destaca-se (i) o desafio da regulação da qualidade da água para consumo humano; (ii) o desafio da regulação da qualidade de serviço – a aprovação e aplicação do Regulamento da Qualidade de Serviço; (iii) o desafio da governança do setor – a necessidade de garantir que as entidades gestoras estão à altura dos desafios de escassez e de qualidade e (iv) o desafio do financiamento do setor como quatro grandes eixos de atuação da ERSAR.

Palavras-chave

água, ERSAR, regulação, escassez, governança, financiamento, saneamento

Abstract

The following article corresponds to the text that served as the basis for the class taught by the author at the Faculty of Law of Lisbon University, in the XVI Postgraduate Course in Water Law, March 18, 2022.

In this text it is provided an insight into the framework of the water supply and sanitation sector in Portugal, the actual situation of mainland Portugal (based on a scenario of increased scarcity), ERSAR's regulatory intervention in the sector and the challenges that arise regarding the current factual situation.

In this regard, we highlight (i) the challenge of regulating the quality of water for human consumption; (ii) the challenge of regulating service quality – the approval and application of the Service Quality Regulation by ERSAR; (iii) the challenge of Governance – the need to ensure that managing entities are up to the challenges of scarcity and quality and (iv) the challenge of financing the sector.

Key-words

Water, ERSAR, regulation, scarcity, financing, wastewater management.

1. Enquadramento¹

O setor do abastecimento e saneamento da água em Portugal é muito diverso. Portugal Continental, com uma população de 10,3 milhões de pessoas (numa área de 92,212 km²), tem a sua água para consumo humano e a sua água residual tratada e gerida por 238 entidades gestoras de abastecimento de água e 236 entidades gestoras de águas residuais.

Estas entidades são enquadradas usualmente numa divisão do setor *em alta* e *em baixa*. Esta divisão de setor, que é mais jurídica do que funcional, inclui, em alta, as atividades de captação, tratamento, elevação, transporte e armazenamento e, em baixa, as atividades de armazenamento e de distribuição da água (através de uma rede de condutas) aos utilizadores/consumidores.

Compreendermos a divisão do setor hoje apela ao conhecimento do *porquê* desta divisão que marca o *desenho institucional* do setor do abastecimento de água para consumo humano e do saneamento em Portugal. Trata-se, em rigor, de uma *separação* feita durante a década

¹ Os dados que se referem ao longo do texto são retirados – quando incluídos sem referência adicional – dos documentos da ERSAR, publicamente disponíveis em www.ersar.pt.

de 90 do século passado, numa altura em que Portugal, beneficiando de fundos comunitários relevantes, soube reorganizar-se e agregar-se em macroestruturas capazes para desenvolver e operar Estações de Tratamento de Água (ETAs) e Estações de Tratamento de Águas Residuais (ETARs) e redes de transporte e distribuição de água de maior capacidade e dimensão.

Estas macroestruturas (integradas no tecido empresarial do Estado) resultaram, em suma, da constatação de que a gestão dos serviços de abastecimento de água assenta em economias de escala com limitações geográficas (e que desaconselham uma gestão a nível nacional de todos os sistemas assente numa só empresa). Foi assente nesta premissa, a de que importa garantir, neste setor, que as entidades gestoras tenham *escala* que seja *adequada* que – mediante a aprovação do Decreto-Lei n.º 279/93, de 5 de novembro – se criaram sistemas multimunicipais que assentam em capitais públicos (maioritários do grupo Águas de Portugal incluído no setor empresarial do Estado e minoritários dos municípios participantes).

O Grupo Águas de Portugal, que tem como sociedade holding a AdP – Águas de Portugal, SGPS, S.A, detida pelo Estado (81% através de participação direta do Estado sendo o resto detido pelo Estado indiretamente através da Parpública), tem a sua origem no âmbito da instituição de Parcerias Público-Públicas, sociedades participadas pela AdP – Águas de Portugal, SGPS, que assentam num investimento de natureza Estatal à data resultante de fundos comunitários do I e II Quadros Comunitários de Apoio. Nestas parcerias, o Estado acionista (através do grupo Águas de Portugal) surge enquanto financiador de investimentos em infraestruturas sobretudo em alta e a estrutura empresarial veio garantir a tecnicidade da gestão dos ativos em causa os quais servem os municípios – também estes, na sua maioria, acionistas – que são os únicos clientes (em baixa) da empresa pública constituída.

A manutenção destas parcerias – essencial para o bom desenvolvimento e manutenção do setor – assenta numa coesão e num equilíbrio nem sempre fáceis considerando os interesses municipais em presença e que não estão, em todos os casos, sempre alinhados. Não são, por isso, raras as situações de litígio (entregues, frequentemente, a tribunais arbitrais)

entre os municípios clientes e as empresas públicas – nas quais são acionistas – que os servem em alta.

Ainda em jeito de contexto, importa deixar desde já a referência à circunstância de o setor de abastecimento de água e de saneamento regulado pela ERSAR ser um setor muito fragmentado que inclui um elevado número de entidades reguladas (de natureza públicas diversas e privadas). Trata-se de um setor muito politizado e ideológico, assente em monopólios naturais e legais.

2. A situação de facto em Portugal – um cenário de maior escassez de água potável

Em grandes números de 2022 (publicados no RASARP de 2023), existem atualmente em Portugal Continental 119,432 Km de redes de abastecimento de água que permitem o consumo diários de *água na torneira* de cerca de 189 litros por habitante. Chegámos à percentagem de 96% de alojamentos servidos por redes de abastecimento de água (os quais apresentam níveis de segurança de 98,88%) e de 85% dos lares servidos com redes de saneamento e ETARs. Temos, atualmente, cerca de 1,7 milhões de m³ de águas residuais tratadas diariamente.

Não pode deixar de sublinhar-se, ainda em tom de enquadramento, o notável desenvolvimento que os serviços de abastecimento de água e de gestão de águas residuais regulados pela ERSAR tiveram no nosso país nestas últimas décadas. Este desenvolvimento traduz-se na *qualidade e quantidade* de água nas nossas torneiras (que alcançou o marco dos 99% de água segura nas torneiras, servidas por entidades gestoras integradas no sistema público de distribuição de água), na redução de doenças com origem “hídrica” (*water related diseases*), na alocação de tempo a tarefas com maior retorno económico, sobretudo no caso das mulheres, na qualidade das nossas praias (incluindo as praias fluviais e de mar), entre outros. Esta *aparentemente singela* circunstância de termos a água que queremos, com a qualidade de que precisamos, nas nossas torneiras tem vantagens imensas e difíceis de medir e externalidades positivas que são transversais à nossa vida em sociedade (passando pela saúde, pela agricultura, pela indústria, pelo turismo, entre outras). Por isso mesmo se diz que o preço da água (aquilo que paga-

mos pelo serviço de abastecimento) não corresponde, minimamente que seja, ao seu valor (que é infinito).

Ora, atualmente (e de futuro) Portugal enfrenta cenários de escassez de água relevantes e que serão cada vez mais críticos.

Estes cenários não deixam de ser também, forçosamente, o contexto da intervenção da entidade reguladora, a ERSAR. Esta escassez, diga-se, resulta não só da menor quantidade de água que cai do céu (sendo mais rigorosos, irá chover com menor frequência, mas com mais intensidade), mas também da quantidade de água que o desenvolvimento económico do nosso país reclama. Temos, pois, dois *ingredientes* difíceis para conciliar: por um lado, menos água que nos é dada pela natureza; por outro lado, precisamos de cada vez mais água para prover às necessidades e para desenvolver o nosso país.

Do ponto de vista da entidade reguladora, importa ainda atender a um terceiro *ingrediente* (que será em rigor o primeiro, a premissa de onde teremos de partir): o acesso à água potável é um Direito Fundamental e uma questão de sobrevivência.

3. A intervenção regulatória – o caso da ERSAR

O setor do abastecimento de água e do saneamento em Portugal, já se disse, sofreu uma evolução notável nas últimas três décadas. Esta evolução da atividade e dos operadores foi acompanhada por uma evolução significativa naquela que é a organização e a função da entidade reguladora setorial, a ERSAR (entidade reguladora dos serviços de águas e resíduos).

A ERSAR é, atualmente, a entidade reguladora dos serviços de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de água dos serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos. A ERSAR é também a autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano, junto de todas as entidades gestoras de abastecimento de água.

A intervenção da ERSAR tem a sua *razão de ser* na necessidade de proteger os consumidores (que são consumidores de serviços públicos es-

senciais, prestados em regime de monopólio legal ou natural), na necessidade de garantir o equilíbrio do setor (na procura da manutenção de condições que permitam o equilíbrio económico e financeiro por parte das atividades dos setores regulados, exercidos em regime de serviço público) e na procura da sustentabilidade económica e ambiental dos serviços regulados (que têm um enorme impacto – e que assentam – em elementos naturais).

Esta intervenção é assegurada através de um enquadramento legal e estatutário da ERSAR que lhe garante independência, autonomia, competência técnica, responsabilidade e transparência.

Importa aqui destacar que a ERSAR, ao contrário da maioria dos demais reguladores económicos setoriais, não foi criada na sequência de um processo de privatização de empresas que eram públicas até à década de 90 do século passado. A entidade reguladora do setor surgiu, sobretudo, pela necessidade de haver um *braço técnico* (equidistante de todos os intervenientes no setor – fossem eles públicos ou privados) que, primeiramente, fizesse a recolha e validação de informação e monitorizasse o desempenho e incentivasse a eficiência de um grupo empresarial 100% público (o grupo Águas de Portugal), mas também que monitorizasse o desempenho de entidades privadas gestoras de sistemas de abastecimento de água e saneamento (concessionadas pelos municípios).

Assim, em linhas gerais, destaca-se que, até 1997, permaneceu em funções um Observatório que serviu de base para a criação do IRAR (Instituto Regulador de Águas e Resíduos, I.P.). Em 2004, com a necessidade de atribuir responsabilidades a uma entidade pelo controlo da qualidade da água para consumo humano, o então IRAR passou a regular um número bastante superior de entidades gestoras (tanto de abastecimento de água para consumo humano como de saneamento), a maioria delas municípios, nos aspetos relativos à garantia da qualidade da água para consumo humano.

Em 2006, o IRAR transforma-se em ERSAR, I.P. e iniciou um marco relevante na sua atuação (agora na regulação económica na sua vertente comportamental) ao implementar a primeira geração de um sistema de avaliação de qualidade de serviço dos setores regulados (aqui se abran-

gendo o abastecimento de água, o saneamento e gestão de resíduos sólidos urbanos). Neste ano, a ERSAR iniciou a recolha de informação (relativa a dados e indicadores de qualidade de serviço) abrangendo apenas as entidades gestoras a operar enquadradas por contratos de concessão (eram à data 91 entidades gestoras).

Os anos passaram, muito trabalho foi realizado e atualmente o sistema de indicadores da ERSAR é um modelo a nível europeu colocando Portugal na linha da frente nos setores regulados. Em 2023, a ERSAR está a aplicar a 4ª Geração de indicadores de qualidade de serviço, sendo o ano de 2022 o primeiro ano de implementação com um conjunto de novos indicadores que foram introduzidos para avaliar a resposta dos setores regulados pela ERSAR a desafios estratégicos como o da eficiência hídrica e energética, nos serviços de águas.

Importa aqui destacar que desde 2004 que se tem registado uma evolução positiva na qualidade dos três serviços regulados pela ERSAR, quer em alta quer em baixa, que comprova o efeito catalisador de boas práticas deste sistema de avaliação.

A aplicação dos indicadores de qualidade de serviço traduz um exemplo clássico do modelo de *sunshine regulation* assente no sistema de avaliação da qualidade de serviço robusto, com dados validados e auditados pela ERSAR, e que, de forma consistente, avalia todas as entidades reguladas pela ERSAR e as compara. Estas comparações são publicitadas, de forma transparente, no website da ERSAR, na aplicação da ERSAR e as entidades gestoras reguladas mais bem-sucedidas recebem selos de qualidade e prémios de excelência em cerimónia anual pública (cerimónias de atribuição dos selos e prémios da ERSAR).

O número de entidades reguladas pela ERSAR sofreu uma variação acentuada nas últimas três décadas. Se pensarmos numa linha temporal, iniciando-se em 1997, o então IRAR regulava 25 entidades gestoras. Passaram a 30, em 1999, a 52, em 2001, 450, em 2009, número que foi aumentando, em 2011, 2013 e 2014 (onde estávamos nas 463 entidades reguladas) e que, em 2023, se cifra em 352 entidades.

A evolução do número de entidades foi acompanhada por uma alteração (e alargamento) das competências e atribuições da ERSAR, e a ERSAR foi tendo de adaptar o seu modelo regulatório a esta nova realidade.

Em 2009, deu-se uma nova adaptação na regulação dos serviços de águas e resíduos, tendo sido atribuída à ERSAR a responsabilidade por regular, em termos económicos e da qualidade do serviço, todas as entidades gestoras do setor, independentemente do seu modelo de gestão. O número de entidades reguladas aumentou, assim, para 450 entidades.

No âmbito da intervenção financeira em Portugal, nos anos da Troika em 2013, foi iniciado o processo de alienação do capital do Estado, detido indiretamente através da *holding* do grupo Águas de Portugal, no Grupo EGF (setor dos resíduos). Esta alienação determinou que as macroestruturas de tratamento de resíduos (os sistemas de gestão de resíduos urbanos – os SGRU) passassem a ser concessionárias, titulares de um direito exclusivo delimitado geograficamente, maioritariamente detidas por um acionista privado e minoritariamente detidos pelos municípios utilizadores de cada um dos sistemas. Esta privatização determinou que uma parte dos operadores de tratamento de resíduos passassem a ser privados (o que implicou uma alteração do modelo de regulação económica da ERSAR no setor dos resíduos).

A intervenção da ERSAR enquanto entidade reguladora segue, conforme não poderia deixar de ser, as opções legislativas a este propósito (desenvolvidas ora pelo Governo ora pela Assembleia da República).

Em virtude do desenvolvimento dos setores regulados (e da privatização de um grande número de entidades reguladas), a 6 de março de 2014 foram aprovados os atuais estatutos da ERSAR, refletindo em grande parte o regime da lei-quadro das entidades reguladoras independentes. Este novo estatuto, entretanto alterado, dotou a ERSAR de competências acrescidas e de um estatuto relevante de independência e de responsabilidade face ao Governo e às autarquias locais.

Desde 2018 que se tem vindo a assistir a uma gradual redução do número de entidades gestoras reguladas pela ERSAR. Esta redução traduz, sobretudo, um movimento no sentido de, através da agregação de entidades,

assegurar maior escala e eficiência na prestação dos serviços regulados. Aliás, a diminuição do número de entidades reguladas pela ERSAR é uma ambição de setor que importa explicar com maior detalhe. Com efeito, a ERSAR tem vindo, ao longo dos tempos, a sublinhar a necessidade de as entidades gestoras de menor dimensão e alcance se juntarem a outras entidades com maior capacidade técnica e maior número de clientes (assim se proporcionando economias de escala e de gama, essenciais para garantir a eficiência – e, nalgumas situações mesmo a eficácia) do abastecimento de água para consumo humano e do saneamento urbano.

4. Os grandes desafios do setor à regulação

4.1 Os grandes desafios do setor: aumentar a oferta de água para consumo humano e diminuir a sua procura

O mote deste escrito prende-se com a identificação dos desafios da regulação dos serviços de abastecimento de água em Portugal. Ora, a regulação (e os seus desafios) partem, necessariamente, daquela que é a realidade do setor regulado (e dos seus desafios). Por isso mesmo temos de partir do cenário a que fizemos já menção e que se prende com uma maior escassez de água no nosso território nacional.

Havendo escassez, os desafios que se colocam assentam na questão de base que é a de saber como é que o setor pode fazer face à gestão de escassez de água. Importa, por isso, perguntar: será que não podemos encontrar mais água em Portugal? Não se pode produzir água? Como é que aumentamos a oferta deste bem essencial?

Bom, creio que o ideal seria que conseguíssemos fazer chover. Quando quiséssemos; o que quiséssemos. Esta evolução encontra-se ainda longe das soluções atuais de engenharia a implementar-se em Portugal.

Por outro lado, as reservas subterrâneas existem em Portugal, mas não são infinitas, podem ser feitas novas captações subterrâneas – e assim tem sido feito. Tem vindo a ser advogada igualmente a construção de novas barragens. Também podemos pensar no transporte de água de uma região para outra região. Mas estas soluções, tecnicamente possíveis, são soluções finitas e que requerem investimento

relevante. São soluções que não resolverão tudo – até porque as captações subterrâneas, quando utilizadas de forma insustentável, vão secando e as barragens nem sempre enchem (mesmo as que temos) em todas as zonas do país, por igual.

Podemos também considerar uma fonte alternativa de água potável – reutilizar a água que iríamos rejeitar na natureza e entregar ao mar (os dados da ERSAR apontam para apenas 1% de água reutilizada em Portugal, mas esperam-se melhorias substanciais a este propósito nos próximos anos). Podemos também ponderar produzir água potável a partir de uma nova origem. Que, pelo menos, pode matar a nossa sede e alimentar a nossa agricultura.

Falo da dessalinização que é, para Portugal, a solução tentadora de um país sem falta de mar e com escassez de água para consumo humano nalgumas zonas do território. Mas. Há sempre um mas. Sendo tecnicamente viável, a produção de água dessalinizada tem custos ambientais e custos económicos muito relevantes.

Sublinharia estes últimos (o custo económico) em que se centra o foco da atividade da ERSAR: a dessalinização tem OPEX relevante – resultante em particular da quantidade de eletricidade que é necessária para dessalinizar 1 m³ de água (que não é o mesmo que dizer produzir 1 m³ de água para consumo humano captada numa albufeira). Sendo que, para já, cada m³ de dessalinização implica app. 3 kWh de eletricidade.

Todas estas soluções para a escassez assentam no lado da oferta. E se é verdade que o problema da escassez pode ser olhado pela lente da oferta (fazer chover..., armazenar mais água, reutilizar, produzir água) também pode e deve ser olhado pela lente da procura.

Os dados da ERSAR apontam para dever ser esta a principal solução de setor – aumentar a sua eficiência diminuindo por esta via a procura – pode ser, a curto prazo, a mais realizável e necessária.

Pensando no setor de abastecimento de água para consumo humano, falamos de cerca de 824 milhões de m³ de água tratada a entrar nos siste-

mas de abastecimento de água em alta. Dando mais números: o setor em alta perde pelo caminho 23,2 milhões de m³ de água/ano. Em baixa, perdem-se 173,9 milhões de m³ de água/ano (8 vezes mais do que na alta).

Este total corresponde a uma vez e meia (1,52) o volume da albufeira da barragem de Odeleite no Algarve, ou seja, a cerca de 130 000 000 m³. Noutra medida, talvez mais impressionante, em Portugal Continental perdemos cerca de 74 mil piscinas olímpicas de água tratada nas nossas redes.

Neste momento, no conjunto das EG que prestam o serviço de abastecimento de água para consumo humano em baixa, 74,2% da água não faturada tem origem nas perdas reais, 15% nas perdas aparentes e 11% no consumo autorizado não faturado, destacando-se pela negativa as entidades que operam nos serviços municipais, serviços municipalizados ou intermunicipalizados e empresas municipais ou intermunicipais, que apresentam os níveis mais elevados de água não faturada.

4.2 Os grandes desafios da ERSAR

a. O desafio da regulação da qualidade da água para consumo humano

Conforme ficou já referido, desde 2004 que a ERSAR assumiu responsabilidades relevantes na coordenação do controlo da qualidade da água para abastecimento humano em Portugal Continental.

O objetivo de termos água segura na torneira no nosso país corresponde ao cumprimento de um dos objetivos de desenvolvimento sustentável (o ODS6) e desde 2015 que Portugal apresenta valores médios no indicador de água segura de 99% de água segura nas torneiras ligadas aos sistemas de abastecimento público.

Este resultado alcançado, que nos deve orgulhar enquanto país, é fruto do modelo implementado em Portugal, pela ERSAR e por outras entidades relevantes incluindo, como não poderia deixar de ser, as entidades responsáveis pela saúde pública em Portugal (a Direção Geral da Saúde). Note-se que a intervenção da ERSAR a este propósito vai muito além da garantia da implementação do regime legal de controlo qualidade da água para consumo humano.

Com efeito, a ERSAR implementou um modelo regulatório, onde concilia a regulação ambiental e a regulação comportamental, que é aplicado através de um ciclo de regulação anual, com procedimentos, prazos e responsabilidades muito bem definidos, e uma enorme proximidade com as entidades gestoras e restantes entidades competentes, de onde se destaca, como se referiu, a Direção Geral da Saúde e o IPAC (no que respeita a certificação dos laboratórios).

Nos próximos anos, será necessário garantir a implementação de um novo regime legal da qualidade da água (o Decreto-Lei n.º 69/2023, de 21 de agosto), mais exigente do que o anterior, que inclui o controlo de qualidade da água assente numa avaliação de risco (desde a origem até à torneira), alteração dos valores paramétricos de natureza analítica (e que garantem o controlo da qualidade da água) e de introdução de novas substâncias que devem ser controladas.

Associado a um novo enquadramento regulamentar da qualidade da água para consumo humano, encontraremos desafios decorrentes da escassez de água nalgumas zonas do território nacional. Com efeito, a falta de quantidade de água pode também traduzir-se numa menor qualidade da água da origem o que, naturalmente, tornará mais difícil garantir que a água que chega às torneiras é segura e pode ser bebida em segurança.

Assim sendo, o *primeiro desafio* da regulação da ERSAR em Portugal passará pela manutenção do indicador da qualidade da água na torneira e implicará um esforço acrescido desta entidade no que importa o controlo do cumprimento dos planos de controlo da qualidade da água (os PCQA) e da avaliação de risco que são aprovados por ato administrativo emitido pela ERSAR; no que importa a realização de inspeções aos locais e às diferentes entidades gestoras e no que importa, também, mais a título preventivo do que propriamente sancionatório a aplicação do regime de contraordenações em vigor.

b. O desafio da regulação da qualidade de serviço – a aprovação e aplicação do Regulamento da Qualidade de Serviço

Já foi aqui referido que a ERSAR tem um modelo robusto – exemplar a nível europeu e global – de indicadores de qualidade de serviço (assentes em dados que são reportados à ERSAR e que são posteriormente validados e auditados por esta entidade reguladora).

Trata-se de um modelo de *sunshine regulation* que tem os seus méritos, mas que pode e deve ser acompanhado pelo aumento das garantias dos consumidores associado a uma maior capacidade de intervenção da entidade reguladora e, quando o caso justifique, dos seus poderes sancionatórios.

Encontra-se em curso o procedimento de aprovação do Regulamento da Qualidade de Serviço da ERSAR, um regulamento administrativo independente, com eficácia plurisubjetiva e que irá sublinhar os direitos dos consumidores face a eventuais incumprimentos da qualidade de serviço das entidades gestoras.

Este será um *segundo desafio da ERSAR*, a muito breve trecho. A aprovação e implementação deste regulamento será um passo importante e desafiante para o setor ao qual se deveria associar a aprovação, pela via legislativa, de um regime sancionatório do setor.

c. O desafio da *governança* do setor – a necessidade de garantir que as entidades gestoras estão à altura dos desafios de escassez/quantidade e de qualidade

As entidades reguladas pela ERSAR apresentam relevantes diferenças no que respeita o seu modelo de gestão e, sobretudo, no que respeita o seu desempenho e a qualidade de serviço que prestam. Em Portugal encontramos, pois, um grupo de entidades gestoras cada vez mais modernizadas e sustentáveis e outro grupo, a uma diferente velocidade, com um desempenho menos satisfatório (por via de regra com menos utilizadores de serviços e a operar em modelo de gestão direta não empresarializado).

Considerando os dados da qualidade de serviço de que a ERSAR dispõe, verifica-se que o impacto da melhoria dos serviços prestados e da sus-

tentabilidade das entidades gestoras em gestão direta será significativo na melhoria da sustentabilidade de longo prazo de todo o setor.

Por isso mesmo, a ERSAR tem vindo a incentivar a adoção de soluções geradoras de economias de escala, através da agregação de sistemas, que poderão funcionar como aceleradores de investimentos e da eficiência operacional, de onde resultarão tarifas mais baixas do que as necessárias num cenário de cada um a “correr por si”.

A ERSAR tem, também, tido uma interação construtiva com os municípios que, do lado do reporte de contas, se consubstancia na contínua melhoria do apuramento dos gastos incorridos com a prestação dos serviços, para recuperação dos quais deverão ser praticadas tarifas que garantam a sustentabilidade dos serviços em cenário de eficiência. Tarifas adequadas, que garantam a tendencial cobertura dos custos de exploração dos sistemas, são, aliás, absolutamente essenciais para a manutenção dos serviços e das redes. A este propósito a ERSAR tem vindo a preconizar que é fundamental o investimento na reabilitação de condutas. Sendo que, atualmente, este investimento regista valores de 0,6%/ano e 0,2%/ano na baixa, nos serviços de abastecimento e de saneamento, respetivamente, constituindo um indicador com um dos piores resultados, em anos sucessivos.

A ERSAR tem trabalhado, no que importa a capacitação e a auditoria das entidades que regula, no caminho da segregação dos custos por serviço. A ERSAR tem, por isso mesmo, apoiado as entidades gestoras que se queiram agregar, ganhando economias de escala e de gama, e que se queiram empresarializar (retirando peso político a decisões que são eminentemente técnicas).

Enquanto entidade reguladora, e este será o *terceiro desafio*, a ERSAR incentiva a adoção de uma estratégia das entidades reguladas que possibilite a criação inicial de bases sólidas antes da tomada de decisão acerca da evolução para modelos de gestão de cariz mais empresarial.

A ERSAR incentiva, por isso e pelo menos, a municipalização (criação de serviços municipalizados, quando ainda estejam em gestão direta) dos

serviços de águas em pelo menos 34 municípios – com população acima dos 20.000 habitantes.

d. O desafio do financiamento do setor que deve assentar *numa só água*

Garantir a implementação das soluções relativas à oferta de água para consumo humano (através da reutilização e/ou da dessalinização) importará considerar que a água para consumo humano de que dispomos é só uma para usos diversos (sendo que o abastecimento para consumo humano será sempre prioritário).

Por isso mesmo, os investimentos para a dessalinização e para a reutilização (quando usadas como solução de resiliência que serve múltiplos setores e usos da água e não apenas o consumo humano) não devem ser suportados apenas pelos consumidores dos serviços de abastecimento de água e de saneamento; a procura da água reutilizada tem de ser incentivada (por exemplo pela limitação de uso de água potável subterrânea, através do preço – garantindo o aumento da TRH sobretudo em cenários de escassez) ou de proibição de captações ou usos de água da rede.

e. O desafio da modernização dos principais instrumentos regulatórios usados pela ERSAR

A atuação da ERSAR assenta, atualmente, nalguns principais instrumentos:

- A Lei n.º 10/2014 (Estatutos da ERSAR) estabelece os estatutos da organização, incluindo as suas atribuições, autoridade, sanção e poderes regulatórios;
- A Lei n.º 73/2013 (Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais) estabelece princípios relevantes relativos à definição de tarifas para serviços de água e resíduos em termos de recuperação de custos
- DL n.º 194/2009: estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de água e resíduos

- Recomendação da ERSAR n.º 1/2022: “Recomendação Tarifária”
- Recomendação da ERSAR n.º 1/2010: “Conteúdo das faturas de abastecimento de água para consumo humano, gestão de águas residuais e serviços de gestão de resíduos urbanos”.
- Recomendação da ERSAR n.º 2/2010: “Critérios de cálculo das taxas cobradas aos utilizadores finais pelo abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos”.

Importa agora munir a ERSAR de instrumentos mais robustos de atuação, onde se incluirá, para além dos demais: (i) competência regulamentar em matéria tarifária; (ii) possibilidade de emissão de instruções vinculativas para garantir a aplicação da Lei das Finanças Locais; (iii) aprovação de um regime sancionatório e (iv) atualização do regime de taxas da ERSAR para que todos os regulados estejam em condições de equidade a este propósito.

Há ainda um longo caminho a percorrer, mas há muito que já está feito.

Oxalá o que fizemos não nos impeça de fazer mais para garantir às gerações vindouras serviços de abastecimento de água e de saneamento de qualidade.

Garantindo, claro, o que sempre se diz na ERSAR: que regulamos hoje por um amanhã melhor.

Lisboa, outubro de 2023

OS PODERES REGULAMENTARES DA ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS – EM ESPECIAL, AS ALTERAÇÕES EM MATÉRIA TARIFÁRIA APÓS A LEI DO ORÇAMENTO DE ESTADO DE 2021

Pedro Moniz Lopes¹ | Raquel Franco² | João Tilly³

Resumo

O presente artigo pretende analisar as competências regulamentares que a entidade reguladora do setor das águas e resíduos atualmente dispõe, particularmente em matéria tarifária. Com esse fim, procede-se, em primeiro lugar, à clarificação dos conceitos de entidades reguladoras e atividade regulatória (1); de seguida, descreve-se a evolução dos regimes aplicáveis ao setor e às entidades encarregues da sua regulação (2); posteriormente, analisam-se as competências regulatórias da ERSAR (3) e as atribuições e competências regulamentares dos municípios contrapostas às das entidades reguladoras (4). Os principais tipos de regulamentos da ERSAR são alvo de um “retrato panorâmico” (5) para, a seguir, se aprofundar a temática das atribuições da ERSAR em matéria tarifária, com enfoque na reforma introduzida ao quadro vigente em 2021 (6). Finalmente, conclui-se com a análise das alterações aos Estatutos da ERSAR introduzidas pela Lei do Orçamento de Estado de 2021 (7).

Palavras-chave

ERSAR; Municípios; Competências regulamentares; Regulação tarifária; LOE 2021

1 Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Principal do *Lisbon Public Law*. Advogado. plopes@fd.ulisboa.pt.

2 Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do IDEFF e do *Lisbon Public Law*. Advogada. raquelfranco@fd.ulisboa.pt

3 Mestre em Direito. Advogado. jt@joaotilly.org.

Abstract

The purpose of this article is the analysis of the current regulatory powers of the water and waste sector regulator (ERSAR), particularly regarding tariffs. To this end, we first clarify the concepts of regulatory bodies and regulatory activity (1); we describe the evolution of the regimes applicable to the sector and the bodies responsible for regulating it (2); then we analyse ERSAR's regulatory powers (3) and the powers of municipalities to issue regulations as opposed to those of regulatory bodies (4). An overview of ERSAR's main types of regulations is provided (5), followed by an in-depth look at ERSAR's powers regarding tariffs, with a focus on the 2021 reform to that framework (6). Finally, we conclude by analysing the changes to ERSAR's Statutes introduced by the 2021 State Budget Law (7).

Keywords

ERSAR; Municipalities; Powers to issue regulations; Tariff regulation; LOE 2021

1. Entidades reguladoras e regulação: breve introdução

No terceiro quartel do século passado, começam a proliferar sujeitos de direito administrativo de um novo tipo, com características híbridas e atribuições específicas. Trata-se das entidades administrativas independentes, inspiradas nas agências norte-americanas, caracterizadas pela independência funcional e neutralidade política e dotadas de órgãos com amplas competências normativas (ditas de «para-legislação») e particulares características decisórias (ditas «para-jurisdicionais»)⁴.

O surgimento destas entidades, doravante especificamente referidas como «entidades reguladoras», suscita várias questões, quer de direito constitucional, quer de direito administrativo, questões que se esten-

4 Para alguns, trata-se da manifestação de um «quarto poder». Assim, P. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in Colum. L. Rev., 1984, vol. 84, n.º 3, pp. 573 e ss. Particularmente críticos dessa conclusão, C. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, 2013, p. 232; P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – o Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos, Parte II (Separação de Poderes, Legalidade e Transitividade Normativa – Normas Regulamentares e Conflitos Normativos)*, 2019, p. 101.

dem à regulação propriamente dita. A regulação administrativa tem sido definida como um «*sistema de influência, de orientação e de controlo de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas de origem pública (state actors da função administrativa) na prossecução de interesses públicos, que se exprime através dos actos, formais e informais, praticados em geral pela administração pública*». Nesta conceção, o sistema revela-se «*de forma positiva, na feição de comandos, diretrizes ou recomendações ou de forma negativa, na veste de proibições, limitações ou advertências; utiliza formas de actuação como a edição de normas, a adoção de medidas de implementação e de reacção à infração que aquelas normas estabelecem*»⁵.

Nada obsta, muito pelo contrário, que a atividade de regulação se pautе pela influência ou orientação, em maior ou menor medida (e com uma variada gama de «estratégias regulatórias», incluindo não normativas), de condutas dos regulados. É sob esta capa, aliás, que se compreendem todas as modernas estratégias de *choice architecture e behaviour induction*, desenvolvidas por autores como Richard Thaler e Cass Sunstein⁶. Assim:

- i. nos instrumentos de regulação formais enquadram-se os regulamentos administrativos, os atos administrativos (autorizações, ordens, proibições, punições, resoluções de litígios) e os contratos; dentro destes últimos é possível distinguir tipos de consensualização conformadora da atuação administrativa, podendo corresponder ao resultado do procedimento – acordos endoprocedimentais sobre o conteúdo e os termos de um ato ou regulamento – ou à conformação do próprio procedimento – acordos endoprocedimentais sobre a tramitação procedimental;
- ii. quanto a instrumentos informais de regulação, a título exemplificativo, existem as várias formas elencadas no n.º 2 do artigo 136.º do CPA: diretiva, recomendação, instruções, código de

5 Cf. P. Costa Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante in Direito Público e Regulação*, n.º 8, 2013, p. 95.

6 Cf. P. Moniz Lopes, *Fontes de direito regulatório: da «hard law» à (alegada) «soft law»* in AA. VV., *Garantias de Direitos e Regulação – Perspectivas de Direito Administrativo*, C. Amado Gomes, R. Saraiva, R. Pedro, F. Maças (Coord.), 2019, pp. 443 e ss.

conduta, manual de boas práticas; além destas, enquadram-se ainda as advertências, orientações técnicas, *nudges*, incentivos, ameaças, avisos, bem como os instrumentos emitidos ao abrigo do princípio «*comply or explain*»⁷.

O interesse constitucional subjacente à promoção destas estruturas administrativas decisórias e reguladoras, dotadas de *expertise* e independência política, justifica, por exemplo, que o recrutamento dos quadros seja feito exclusivamente com base no mérito e aptidão técnico-profissional, fora de qualquer sujeição a influências partidárias decorrentes de maiorias políticas contingentes. Tal, por sua vez, demanda que o mandato dos titulares extravase ciclos legislativos, o que se correlaciona com um determinado estatuto de inamovibilidade, concretamente com o facto de os titulares não poderem ser removidos discricionariamente ou destituídos pelo Governo até ao fim do respetivo mandato (que não deve coincidir com o período de legislatura)⁸. Por outro lado, assiste-se, por influência do *agency rulemaking* norte-americano, a uma progressiva complementaridade da legitimidade democrática do exercício da função legislativa pela legitimidade técnica e pela *expertise* da administração regulamentadora independente (e, por vezes, ao conflito entre estas), muito ao jeito da teoria da *better position*⁹.

No plano do direito administrativo, as competências das entidades reguladoras acentuam a importância do ato administrativo poligonal, configurador de relações jurídicas administrativas multipolares e como modo de composição de conflitos jurídicos interprivados (*i.e.*, os regulados)¹⁰. A sua neutralidade e independência, também aludida como «terceirida-

7 Cf., além do citado na anterior nota, P. Costa Gonçalves, *Advertências da Administração Pública*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, pp. 723 e ss; R. Thaler / C. Sunstein, *Nudge-Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, 2008, *passim*.

8 Cf. V. Moreira / F. Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, 2003, p. 25.

9 Sobre a doutrina da '*better position*', aludida na variante da "*discretion as expertise*", cf. E. Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, 2009, p. 108.

10 Paradigmaticamente, sobre a administração como instância de composição de conflitos interprivados, cf. F. Paes Marques, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares*, 2011, pp. 260 e ss.

de», produz uma descaracterização da visão clássica da função administrativa: os órgãos independentes não tomam partido no litígio a compor¹¹. Em terceiro lugar, as competências das entidades reguladoras são totalmente desconcentradas e especialmente funcionalizadas a um fim específico – a proteção de determinados direitos fundamentais ou a regulação de um certo mercado, por exemplo –, sendo vistas, sob determinadas perspetivas, como condição *sine qua non* da regulação do referido setor.

As competências das entidades reguladoras materializam-se, de entre a pluralidade de condutas acima indicada, especialmente na criação de atos regulamentares ou da resolução de casos concretos através de um procedimento quase-judicial do exercício de competências tradicionalmente administrativas. No primeiro caso, avultam normas legais de competência de «regulamentos independentes» (ou autónomos), praticamente incondicionados por atos legislativos prévios¹². No segundo caso, os respetivos órgãos exercerem competências materialmente qualificadas, quanto à resolução de disputas e aplicação de penas, quasi-jurisdicionais¹³. Em ambos os casos, a autonomia funcional constitui um *meio necessário* para a eficaz pros-

11 Cf. P. Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, pp. 323 e ss.. Sobre a independência e neutralidade política no exercício de funções administrativas por entidades administrativas independentes, cf. V. Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, 1997, p. 128; V. Moreira / F. Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, 2003, pp. 25 e ss. e 29 e ss..

12 Cf., em particular, P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade Normativa*, Parte II, pp. 358 e ss. Nalguns sistemas normativos, como o norte-americano, esta problemática é perspetivada como uma delegação de poder legislativo em órgãos administrativos. Neste sentido, cf. M. Elizabeth Magill, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, in Va. L. Rev., 2000, p. 1141. No sentido da relevância primária e nuclear desta normação regulamentar, da perspetiva dos regulados, cf. P. Costa Gonçalves, *Direito Administrativo da Regulação*, 2006, pp. 556-557. Em geral, cf. P. Jimenez de Andrade, *Los Reglamentos de las Administraciones Independientes*, 2013, pp. 102-103. Cf., também, V. Moreira / F. Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, 2003, pp. 25 e ss..

13 Quanto à prática de atos materialmente jurisdicionais por órgãos administrativos, cf. A. Salgado de Matos, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado social de Direito*, 2004, pp. 350 e ss..

seção dos interesses constitucionais objetivos que justificaram a criação dessas mesmas entidades reguladoras¹⁴.

A independência funcional no exercício de competências, típica de uma desconcentração absoluta, torna as entidades reguladoras estranhas a qualquer interferência governamental ao nível de direção, superintendência ou tutela. Essa independência relativamente ao Governo traduz-se, igualmente, num menor controlo político¹⁵. As entidades reguladoras escapam à lógica própria da fiscalização parlamentar das competências administrativas exercidas pelo Governo e, simetricamente, da sua *accountability*, por atos cuja comissão lhe fosse possível evitar ou, simetricamente, por omissões que pudesse suprir¹⁶.

Assiste-se, todavia, por vezes a alguma retração no exercício da amplíssima competência regulamentar das entidades reguladoras, o que se pode dever a vários motivos, desde a sensibilidade da matéria ao poder relativo dos regulados. Dotadas de uma competência regulamentar genérica, em tudo o que se revelar necessário para a prossecução das suas atribuições, não raras vezes as entidades reguladoras optam, ao invés da aprovação de um regulamento autónomo, por apresentar anteprojetos legislativos ao Parlamento ou Governo. Estes diplomas, por sua vez, integram normas atributivas de competência regulamentar complementar à própria entidade proponente, que já dispunha de competência regulamentar nos termos gerais. O circuito, aparentemente irracional, apenas encontra explicação, as mais das vezes, no conforto da legitimidade democrática de um ato legislativo aprovado por um órgão de soberania, surgindo a lei

14 Sustentando uma reserva de competência exclusiva das entidades administrativas independentes, *maxime das constitucionalmente reconhecidas*, cf. C. Blanco de Morais, *Curso de Direito Constitucional – As funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português*- Tomo I, 2012, pp. 232-233.

15 Sobre o assunto, por exemplo, cf. C. Blanco de Morais, *As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica portuguesa*, in ROA, 2001, pp. 148 e ss.; P. Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, pp. 315 e ss. A este propósito, a Constituição limita-se a permitir a criação de entidades administrativas independentes, nos termos do artigo 267.º, n.º 3.

16 Cf., quanto à visão clássica, P. Otero, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, 1995, pp. 792 e ss. O regime relevante é o do artigo 162.º, alínea a), da Constituição: «*competete à Assembleia da República, no exercício de funções de fiscalização: a) apreciar os atos do Governo e da Administração*».

como um *conversation-stopper* entre regulado e regulador. Outras vezes, porém, é o próprio legislador a circunscrever (ou a rever em baixa) as competências regulamentares da entidade reguladora. Foi precisamente o que ocorreu no caso da ERSAR.

2. Evolução do regime da ERSAR

2.1 A progressiva abertura dos setores das águas e resíduos

Para melhor compreender o atual papel da ERSAR nos setores das águas e resíduos revela-se útil mapear as alterações mais relevantes nesses setores desde a viragem verificada no ordenamento jurídico português em 1974, posteriormente materializada na aprovação da Constituição de 1976. O texto constitucional não individualiza os setores básicos em que é vedada a atividade a empresas privadas¹⁷, delegando essa tarefa no legislador, com liberdade considerável para proceder a essa definição¹⁸. A Lei n.º 46/77, de 8 de julho, que ficou conhecida como a «Lei da Delimitação dos Setores», veio assim estabelecer, no que agora releva, que é vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas, e de saneamento

17 Cf. n.º 2 do artigo 85.º da Constituição na sua versão original que corresponde, atualmente, ao n.º 3 do artigo 86.º, nos termos do qual a lei pode definir esses setores. Constatando que, com este preceito, «o legislador constituinte limita-se a permitir – e não já a impor – que se vedem certas áreas económicas à iniciativa privada», cf. R. Medeiros, *Raízes e Contexto da Distinção Binária entre Sistemas Multimunicipais e Sistemas Municipais no Setor da Água e Perspetivas de Futuro*, in AA. VV., *Direito da Água*, J. Miranda, A. Luísa Guimarães, A. Leitão Amaro e M. Kirkby (coord.), 2013, p. 77. Sustentando que a Constituição continua a mostrar preferência pela existência de setores básicos vedados, apesar de já não os impor, pois «não vincula o legislador a estabelecer tais setores vedados, mas também não os proíbe, nem sequer sugere uma progressiva abertura à iniciativa privada de tais setores», cf. P. Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Setor Empresarial do Estado*, 1998, p. 96.

18 Sobre o tema e de forma desenvolvida, cf. R. Medeiros, *Anotação ao artigo 86.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, 2.ª Ed. revista, 2018, pp. 111 e ss.; G. Canotilho / V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed., 2014, p. 1018-1019; R. Guerra da Fonseca, *Anotação ao artigo 86.º* in *Comentário à Constituição Portuguesa*, P. Otero (coord.), Vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 390-394.

básico¹⁹. A opção inicial do legislador foi manter a exploração do setor das águas e resíduos numa espécie de “monopólio” dos municípios²⁰.

Este panorama manter-se-á durante algum tempo, até à alteração que o Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro²¹, operou na Lei de Delimitação de Setores, permitindo a participação de empresas privadas nos setores das águas e resíduos em termos que, na prática, levaram à criação de dois tipos diferentes de sistemas:

- i. os sistemas multimunicipais, que servem dois ou mais municípios e exigem um investimento predominante da parte do Estado em função de razões de interesse nacional;
- ii. os sistemas municipais, que englobam todos os demais, bem como os sistemas geridos pelas associações de municípios²².

No que diz respeito aos sistemas multimunicipais, a publicação daquele diploma abriu a possibilidade de as atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes e recolha e tratamento de resíduos sólidos serem exercidas em regime de concessão a outorgar pelo Estado ou por empresas que resultem da associação de entidades do setor público, como as au-

19 Cf. alíneas c) e d) do artigo 4.º da Lei n.º 46/77, na sua versão original.

20 Em sentido similar, sublinhando que o abastecimento de água e o saneamento básico de início eram explorados pelos municípios, por si próprios ou organizados em associações, vigorando um «princípio geral de exclusividade municipal», cf. B. Martelo, *Descalça Vai Para A Fonte. A ERSAR no Caminho da Autonomia Local*, in CEDIPRE Online, 23, 2014, p. 26. No sentido de que tanto a atividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas, como a atividade de saneamento básico em geral constituem «tradicionalmente» tarefas municipais, cf. R. Medeiros, *Raízes e Contexto da Distinção Binária entre Sistemas Multimunicipais e Sistemas Municipais no Setor da Água e Perspetivas de Futuro*, cit., p. 68.

21 O preâmbulo deste diploma assinala que a necessidade de promover uma verdadeira indústria da água e do tratamento de resíduos sólidos pressupõe «a definição de uma estratégia rigorosa que acautele os interesses nacionais, possibilite o aumento do grau de empresarialização no setor, incluindo capitais privados, e permita a aceleração do ritmo de investimento», fazendo sentido que seja aberta a possibilidade de participação de capitais privados, «embora sob a forma de concessão, a empresas intervenientes nestes setores».

22 Cf. n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 46/77, na redação alterada pelo Decreto-Lei n.º 372/93.

tarquias locais, em posição obrigatoriamente maioritária do capital social da nova sociedade, com outras entidades privadas. Por outro lado, relativamente aos sistemas municipais, o legislador veio permitir a concessão da exploração destas atividades a entidades privadas²³.

Escassos dias depois da publicação do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, é publicado o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, que estabelece o regime de exploração e gestão 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. Este decreto-lei veio aprofundar a opção do legislador pelo modelo de gestão dos setores da água e dos resíduos referido, clarificando, no seu preâmbulo, que os sistemas multimunicipais são sistemas em «alta», a montante da distribuição de água ou a jusante da coleta de esgotos e sistemas de tratamento de resíduos sólidos, cujos utilizadores serão os municípios, a quem são cobradas diretamente as tarifas²⁴; já os sistemas em «baixa» serão tipicamente os sistemas municipais, tendo como propósito a distribuição de água dentro do município e situando-se fora da responsabilidade e intervenção do Estado²⁵.

O Decreto-Lei n.º 379/93 veio também estabelecer a obrigatoriedade de ligação aos sistemas multimunicipais por parte dos municípios utilizadores, obrigatoriedade essa que apenas não se verificará quando razões ponderosas de interesse público o justifiquem, reconhecidas por despacho do ministro que tutela a área do ambiente e dos recursos naturais²⁶.

23 Cf. alínea b) do n.º 1 e n.º 3 do artigo 4.º da Lei n.º 46/77, de 8 de julho, na redação alterada pelo Decreto-Lei n.º 372/93.

24 No sentido de que a caracterização dos sistemas multimunicipais como contendo «atividade grossista» do texto preambular do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, é tendencial, não impedindo que a atividade desenvolvida pelos referidos sistemas tenha como utilizadores diretos também os habitantes dos municípios territorialmente abrangidos, cf. R. Medeiros, *Raízes e Contexto da Distinção Binária entre Sistemas Multimunicipais e Sistemas Municipais no Setor da Água e Perspetivas de Futuro*, cit., pp. 70-71.

25 Cf. Parecer inédito de J. J. Gomes Canotilho, emitido a pedido da Associação Nacional dos Municípios Portugueses no contexto das Propostas de Lei 125/XII e 140/XII, p. 16 (disponível no site da Assembleia da República <https://www.parlamento.pt/>).

26 Cf. n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 379/93.

Através do Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de setembro, o legislador aprovou o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes²⁷. Pouco tempo depois, com o Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de novembro, surge o regime jurídico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos e, em anexo, as bases que essas concessões devem observar. Logo a seguir é ainda publicado o Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro, que vem estabelecer o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, e as respetivas bases das concessões²⁸.

É de salientar a publicação da «segunda» Lei de Delimitação dos Setores, através da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que, revogando a anterior, reproduz o essencial da opção assumida pelo legislador com o Decreto-lei n.º 372/93, relativamente ao acesso de empresas privadas às atividades no setor das águas por via de concessão²⁹.

2.2 Natureza jurídica e papel da entidade reguladora das águas e resíduos

A primeira pedra para a criação de um quadro regulatório do setor das águas e resíduos foi lançada com o Decreto-Lei n.º 147/97, de 21 de junho, que criou o observatório nacional dos sistemas multimunicipais

27 À semelhança do regime congénere da exploração dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento da água, o Decreto-Lei n.º 162/96 previa a obrigação por parte dos municípios de efetuarem a ligação ao sistema multimunicipal e estabelecia a articulação entre o sistema multimunicipal e o sistema correspondente dos municípios utilizadores através de contratos de recolha – cf. o seu artigo 4.º.

28 De acordo com o diploma, essa exploração e gestão consubstancia um serviço público a exercer em regime de exclusivo, abrangendo a conceção, a construção, a extensão, a reparação, a renovação, a manutenção de obras e equipamentos e respetiva melhoria – cf. n.º 2 do artigo 1.º e n.º 1 do artigo 2.º. O Decreto-Lei n.º 379/93 esclarece, ainda, que a articulação entre o sistema multimunicipal de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público explorado e gerido pela concessionária e o sistema correspondente de cada um dos municípios utilizadores será assegurada através de contratos de fornecimento a celebrar entre a concessionária e o município – cf. n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 319/94.

29 Cf. alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97. Neste sentido, cf. R. Medeiros, *Raízes e Contexto da Distinção Binária entre Sistemas Multimunicipais e Sistemas Municipais no Setor da Água e Perspetivas de Futuro*, cit., pp. 77-78.

e municipais³⁰. Este observatório não chegaria a ser instalado, sendo necessário aguardar até à criação e respetiva instalação do Instituto Regulador das Águas e Resíduos (IRAR) para que a regulação do setor fosse exercida fora do estrito contexto das relações contratuais entre concedentes e concessionárias³¹.

O Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de agosto, que procedeu à revisão da Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, criou o IRAR sob a sua tutela, remetendo a regulação da sua natureza e regime jurídico para diploma próprio³². Só mais tarde, com o Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de novembro, seria aprovado o Estatuto do IRAR, clarificando a sua natureza como pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e património próprio, sujeita a superintendência e tutela do Ministro do Ambiente³³.

O Estatuto do IRAR comete a este, a título de atribuições principais, regulamentar, orientar e fiscalizar a conceção, execução, gestão e exploração dos sistemas multimunicipais e municipais concessionados, bem como a atividade das respetivas entidades gestoras, bem como assegurar a regulação dos setores e o equilíbrio entre a sustentabilidade económica dos sistemas e a qualidade dos serviços prestados³⁴. O diploma prevê, ainda, que os encargos resultantes do funcionamento do IRAR seriam suportados pelas entidades concessionárias dos siste-

30 O objetivo deste observatório consistia em assegurar a correta proteção do consumidor, «evitando abusos do mercado, por um lado, no que se refere à garantia e controlo de qualidade dos serviços públicos prestados e, por outro, no que respeita à supervisão e controlo dos preços praticados, que se revela essencial por estarmos perante uma situação de monopólio natural» – cf. preâmbulo do diploma.

31 Cf. J. Howell Pato, *História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de água em Portugal*, 2011, pp. 193-194.

32 Cf. artigos 7.º, n.º 2, e 21.º do Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de agosto. Também sobre a evolução da ERSAR, cf. B. Martelo, *Descalça Vai Para A Fonte. A ERSAR no Caminho da Autonomia Local*, cit., pp. 30-32.

33 Cf. artigo 1.º do Estatuto do IRAR, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 362/98. Este diploma revogou parcialmente o Decreto-Lei n.º 147/97 e «sepultou» definitivamente a hipótese da criação do observatório dos sistemas multimunicipais e municipais, referindo, no seu preâmbulo, «ser necessário substituir a figura do referido observatório por uma entidade reguladora com atribuições ampliadas no que se refere à promoção da qualidade na conceção, execução, gestão e exploração dos sistemas multimunicipais e municipais».

34 Cf. artigo 5.º do Estatuto do IRAR.

mas multimunicipais e municipais, constituindo um dos critérios para a fixação das respetivas tarifas³⁵.

Em 2001, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de setembro³⁶, que, entre outros aspetos, atribuiu ao IRAR as funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano, abrangendo, nesta matéria, todas as entidades gestoras, independentemente do modelo de gestão. Seguiu-se um hiato temporal no que diz respeito à intervenção do legislador na regulação dos setores das águas e resíduos, após o qual se verificou um período particularmente intensivo de produção legislativa com impacto no papel da entidade reguladora.

Com a aprovação, em 2006, de uma nova Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, a designação do IRAR é alterada para «Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e dos Resíduos, I.P.». As atribuições desta «nova» entidade consistiam na regulação dos serviços de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão dos resíduos sólidos urbanos; exercício de funções de autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano junto de todas as entidades gestoras; regulação estrutural dos setores através a clarificação das regras do seu funcionamento e contribuição na formulação de políticas e de diplomas; regulação económica das entidades gestoras, nomeadamente garantindo a prática de preços que permitam assegurar a sua viabilidade económica e financeira num ambiente de eficácia e eficiência e a regulação da qualidade do serviço prestado pelas entidades gestoras³⁷.

Pouco tempo depois, a Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, que aprovou o regime jurídico do setor empresarial local, veio sujeitar as entidades do setor empresarial local que prossigam atividades no âmbito

35 Cf. n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 362/98, bem como o artigo 23.º do Estatuto do IRAR. O Estatuto seria posteriormente alterado através do Decreto-Lei n.º 151/2002, de 23 de maio.

36 Este diploma procedeu também à transposição para o direito interno da Diretiva n.º 98/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à qualidade da água para consumo humano.

37 Cf. artigo 21.º, bem como a alínea e) do n.º 3 do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de outubro.

de setores regulados aos poderes da respetiva entidade reguladora, alargando o âmbito de intervenção da ERSAR, I.P.³⁸. A tendência de expansão do raio de ação deste regulador, no que diz respeito ao setor local, seria confirmada pelo legislador através da Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro, que aprovou a Lei das Finanças Locais e cometeu à entidade reguladora dos setores da água e resíduos a responsabilidade pela verificação de disposições relativas aos preços e serviços prestados por entidades de gestão direta municipal ou intermunicipal, incluindo sob a forma de serviços municipalizados ou intermunicipalizados, e por empresas municipais e intermunicipais³⁹.

No contexto das várias alterações ao quadro regulatório do setor, é também de assinalar o regime das parcerias entre o Estado e as autarquias locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos, do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, aprovado com o propósito de flexibilizar o modelo vigente e habilitar novas formas de relacionamento entre o Estado e os municípios.

Por via do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que alterou o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, o legislador densificou os poderes regulatórios da ERSAR, I.P.. Na mesma data foi publicado o Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto, que alterou o regime jurídico dos serviços de âmbito multimunicipal de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos⁴⁰.

Ainda em 2009, o legislador procedeu à reavaliação da missão da entidade reguladora através do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro, definindo claramente as suas atribuições, nomeadamente em termos da *«regulação geral do setor, da regulação económica das entidades gestoras, da re-*

38 Cf. artigo 11.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro. Esta lei foi, entretanto, revogada pela Lei n.º 50/2012, de 31 de janeiro, que aprovou o (novo) regime jurídico do setor empresarial local e reproduziu a sujeição das empresas locais que prossigam atividades no âmbito de setores regulados aos poderes de regulação da respetiva entidade reguladora – cf. artigo 35.º.

39 Cf. artigo 16.º da Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro.

40 Aprovado pelo já referido Decreto-Lei n.º 294/94.

gulação da qualidade do serviço das entidades gestoras e da regulação da qualidade da água para consumo humano, enquanto autoridade competente, e reforçou-se a sua intervenção, incluindo na área sancionatória»⁴¹.

Em 2013, a Lei de Delimitação dos Setores foi alterada para permitir, por um lado, a outorga das concessões relativas à atividade de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso dos sistemas multimunicipais, a empresas cujo capital social seja maioritária ou integralmente detido subscrito por entidades do setor privado e, por outro, a subconcessão de sistemas multimunicipais de águas e de saneamento de águas residuais a entidades cujo capital seja maioritária ou integralmente detido por entidades do setor privado, mediante autorização do concedente⁴².

Também nesse ano foi publicado o Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho, que veio definir o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, substituindo o regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 379/93⁴³.

O regime financeiro das autarquias locais e das entidades municipais foi aprovado pouco tempo depois, através da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que revogou a Lei das Finanças Locais e introduziu alterações relevantes no papel da entidade reguladora quanto aos preços praticados nos setores das águas e resíduos. Entre outros aspetos, este regime estabelece que os regulamentos tarifários aplicáveis à prestação das atividades de abastecimento público de água, saneamento de águas residuais e gestão de resíduos sólidos pelos municípios devem observar o regulamento tarifário aprovado pela ERSAR, I.P.; que à entidade reguladora compete emitir recomendações sobre a aplicação do disposto neste regulamento, os preços praticados, os regulamentos tarifários dos municípios e a aplicação dos critérios previstos nos estatutos da

41 Cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 277/2009, bem como o seu artigo 5.º.

42 Cf. alínea b) do n.º 5 e n.º 6, ambos do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97, na redação alterada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho.

43 O Decreto-Lei n.º 92/2013 foi, entretanto, alvo de várias alterações.

ERSAR, I.P. e no regime económico e financeiro dos recursos hídricos⁴⁴; que a entidade reguladora emite parecer acerca das conformidade das tarifas municipais com as disposições legais e regulamentares⁴⁵.

No ano seguinte foi aprovado o Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, que estabelece o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos serviços multimunicipais de tratamento e recolha seletiva de resíduos urbanos.

O estatuto jurídico e a denominação da entidade reguladora – agora apenas “ERSAR” – seriam novamente modificados através da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, que aprovou novos Estatutos, nos termos dos quais a ERSAR passou a entidade administrativa independente com funções de regulação e de supervisão, dotada de autonomia de gestão, administrativa e financeira e de património próprio, encontrando-se adstrita ao ministério com atribuições na área do ambiente⁴⁶. Na mesma data foi publicada a Lei n.º 12/2014, de 6 de março, que, entre outras alterações ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, veio permitir à ERSAR emitir instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor⁴⁷, bem como dar-lhe a possibilidade de fixar, ela própria, as tarifas para os sistemas municipais em caso de incumprimento dos regulamentos tarifários pelas respetivas entidades gestoras⁴⁸.

Mais recentemente, a Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro, que aprovou o orçamento de Estado para 2021⁴⁹, alterou a Lei n.º 10/2014 e os Estatutos da ERSAR, em termos que se analisarão adiante com detalhe⁵⁰.

44 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho, subseqüentemente alterado.

45 Cf. n.ºs 5 a 7 do artigo 21.º da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro (subseqüentemente alterada).

46 Cf. artigo 1.º dos Estatutos da ERSAR.

47 Cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, na redação alterada pela Lei n.º 12/2014.

48 Cf. n.º 3 do novo artigo 11.º-B do Decreto-Lei n.º 194/2009, aditado pela Lei n.º 12/2014.

49 Em diante, por facilidade, «LOE 2021».

50 Cf. ponto 7. *infra*.

3. Competências regulatórias da ERSAR

3.1 Âmbito subjetivo

Estão genericamente sujeitas à atuação da ERSAR todas as entidades gestoras que atuem nos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, independente da titularidade estatal ou municipal dos respetivos sistemas e do modelo de gestão adotado⁵¹. O âmbito de intervenção da entidade reguladora abrange as entidades titulares dos serviços de água e resíduos, sempre que estejam em causa direitos ou obrigações da entidade gestora ou dos utilizadores, bem como os laboratórios que efetuem o controlo da qualidade da água para consumo humano⁵².

Estão igualmente sujeitas à atuação da ERSAR as freguesias e as associações de utilizadores em quem tenham sido delegados estes serviços e que são equiparadas a entidades gestoras de sistemas de titularidade municipal, bem como quaisquer outras entidades que tenham assumido a responsabilidade pela gestão de serviços no âmbito dos setores regulados, independentemente da sua natureza pública ou privada e do título que legitima o exercício daquelas atividades⁵³.

Este universo subjetivo não é uniformemente condicionado pela intervenção regulatória da ERSAR, dependendo a intensidade dessa atuação em grande medida da posição específica do «regulado». O caso dos municípios é um dos mais relevantes, em parte devido ao estatuto de

51 Cf. artigo 4.º, n.º 1, dos Estatutos da ERSAR aprovados através da Lei n.º 10/2014 (subsequentemente alterada) e o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos. O modelo de gestão poderá consistir na prestação direta do serviço, delegação do serviço em empresa do setor empresarial do Estado, do setor empresarial local, em entidades intermunicipais ou em empresa constituída em parceria com o Estado, ou por concessão do serviço.

52 Cf. n.º 2 do artigo 4.º dos Estatutos e o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009.

53 Cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 4.º dos Estatutos. De referir que a ERSAR regula, ainda, quaisquer outras entidades que, por lei, fiquem sujeitas à sua atuação, nomeadamente entidades com sistemas particulares para abastecimento público de água para consumo humano, nos termos do Decreto-Lei n.º 306/2007, de 27 de agosto (alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho) – cf. n.º 6 do artigo 4.º dos Estatutos.

autonomia constitucionalmente consagrado, que tem colocado questões específicas quanto ao alcance dos poderes regulatórios da ERSAR, que se abordam *infra*⁵⁴.

3.2 Âmbito objetivo

A ERSAR tem por missão a regulação e a supervisão dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e fiscalização do regime da qualidade de água para consumo humano⁵⁵.

Esta entidade reguladora deve desempenhar as suas funções de regulação e supervisão no sentido de promover o aumento da eficiência e da eficácia na prestação dos referidos serviços, assegurar a correta proteção dos direitos e interesses dos utilizadores, evitando possíveis abusos decorrentes dos direitos de exclusivo atribuídos a entidades gestoras, garantindo igualdade e transparência no acesso e no exercício das atividades dos serviços de águas e resíduos e nas respetivas relações contratuais e as condições que permitam a obtenção do equilíbrio económico e financeiro por parte dessas atividades⁵⁶.

A ERSAR dispõe dos poderes de autoridade necessários à prossecução das suas atribuições, designadamente através de ações de inspeção, fiscalização e auditoria, competindo-lhe ainda processar as contraordenações e aplicar as coimas correspondentes, bem como as demais sanções aplicáveis às infrações da lei e dos regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe esteja cometida, bem como as resultantes dos incumprimentos das suas próprias determinações⁵⁷.

São atribuições desta entidade reguladora, no contexto da regulação estrutural do setor, colaborar com a Assembleia da República e com o Governo na formulação das políticas públicas e dos diplomas respeitantes aos serviços regulados; contribuir para a racionalização e a resolução de disfunções respeitantes aos serviços regulados e a organização

54 Cf. ponto 6.3. *infra*.

55 Cf. n.º 1 do artigo 1.º dos Estatutos da ERSAR.

56 Cf. n.º 1 do artigo 5.º dos Estatutos.

57 Cf. artigos 9.º, n.º 1, e 10.º dos Estatutos.

do setor, bem como acompanhar e reportar a implementação dos seus planos estratégicos; contribuir para a clarificação das regras de prestação desses serviços através da emissão de regulamentos e recomendações e acompanhar a aplicação desses regulamentos e recomendações, bem como da legislação em vigor⁵⁸.

No âmbito da regulação comportamental em matéria económica, a ERSAR tem como atribuições, entre outras, fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados, e supervisionar outros aspetos económico-financeiros das referidas entidades gestoras desses sistemas. À entidade reguladora cabe também avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão. No plano da designada “*soft law*”, compete à ERSAR emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável. Esta entidade reguladora emite, ainda, nas situações e termos previstos na lei, recomendações quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor⁵⁹.

Ainda relativamente à regulação comportamental, são atribuições da ERSAR fiscalizar o cumprimento pelas entidades titulares e gestoras das disposições legais, regulamentares e contratuais aplicáveis, nomeadamente nas fases de criação, concurso, contratualização, alteração contratual, reconfiguração e extinção; assegurar a regulação da qualidade da água para consumo humano junto de todas as entidades gestoras de abastecimento de água, nos termos definidos na legislação aplicável, e a regulação da qualidade de serviço prestado aos utilizadores pelas entidades gestoras, entre outras⁶⁰.

58 Cf. n.º 2 do artigo 5.º dos Estatutos.

59 Cf. n.º 3 do artigo 5.º dos Estatutos.

60 Cf. n.º 4 do artigo 5.º dos Estatutos.

3.3 Competências relativas aos sistemas municipais

No que diz respeito ao âmbito de intervenção da ERSAR junto dos sistemas de titularidade municipal, é de salientar a sua responsabilidade por emitir recomendações gerais relativas à interpretação e à forma de implementação do Decreto-Lei n.º 194/2009 e elaborar códigos de boas práticas não vinculativos no que diz respeito à implementação do decreto-lei e da restante legislação aplicável⁶¹.

O regime jurídico dos serviços municipais de água e resíduos atribui à ERSAR um leque abrangente de competências consultivas, devendo esta entidade reguladora emitir parecer sobre as seguintes matérias: interpretação e implementação do Decreto-Lei n.º 194/2009, a pedido das entidades titulares e das entidades gestoras dos sistemas; contratos atinentes aos diversos modelos de gestão e respetivas peças pré-contratuais; atualizações tarifárias dos serviços geridos por contrato; incumprimento da legislação e regulamentação aplicáveis por parte das tarifas aprovadas; revisões extraordinárias intercalares da trajetória tarifária em vigor, previamente a serem autorizadas pela entidade delegante, tendo, neste caso, o parecer caráter vinculativo; a proposta de regulamento de serviço, que deve ser solicitado pela entidade titular, durante o período de consulta pública; e os projetos dos sistemas prediais de distribuição de água e de drenagem de águas residuais, durante o procedimento de controlo prévio de operação urbanística⁶².

Ainda relativamente a competências consultivas, a ERSAR é obrigatoriamente ouvida no contexto da constituição de sistemas intermunicipais e intermunicipalizados de gestão direta⁶³. Esta entidade reguladora deve também ser consultada sobre o contrato de gestão delegada, as peças do procedimento e a minuta dos contratos a celebrar com o parceiro privado, no âmbito do procedimento da seleção de capitais privados; a revisão do contrato de gestão delegada; a minuta do contrato de concessão, previamente à sua celebração; a proposta de revisão do

61 Cf. alíneas a) e e) do n.º 4 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

62 Cf. alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 11.º; n.º 2 do artigo 11.º-A; alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º-B; n.º 6 do artigo 29.º; n.º 4 do artigo 62.º; n.º 5 do artigo 69.º do Decreto-Lei n.º 194/2009.

63 Cf. artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 194/2009.

contrato de concessão e a decisão de resgate do contrato de concessão, previamente à sua adoção⁶⁴.

Os atos praticados sem a obtenção de parecer obrigatório da entidade reguladora ou antes do decurso do prazo para a respetiva emissão são nulos, bem como os atos realizados sem o decurso do procedimento de audição obrigatória⁶⁵.

À luz do Decreto-Lei n.º 194/2009, parece competir ainda à ERSAR emitir instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor, de acordo com os princípios estabelecidos na Lei da Água e no Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho, permitindo a recuperação gradual dos custos associados, garantindo a transparência na formação da tarifa e assegurando o equilíbrio económico-financeiro do serviço prestado pelas entidades gestoras e de acordo com o princípio geral de equivalência previsto no Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, permitindo a compensação tendencial dos custos sociais e ambientais da atividade de gestão de resíduos urbanos⁶⁶. Este diploma aparenta ainda determinar ainda que, caso as tarifas não sejam adaptadas nos termos indicados nas instruções vinculativas, as mesmas são fixadas pela ERSAR e comunicadas às entidades gestoras e às entidades titulares dos serviços⁶⁷.

4. Atribuições e competências regulamentares dos Municípios e das entidades reguladoras: um problema geral.

A resolução, casuística e pontual, ou genérica e normativa (de caráter legislativo), das sobreposições competenciais entre, de um lado, os municípios e, do outro, as entidades reguladoras, é um problema geral que não é novo. A dificuldade é acrescida dado que nem sempre se distingue com clareza entre o problema da repartição organizativa entre as atribuições sobrepostas ou exclusivas e a pluralidade ou exclusividade

64 Cf. n.º 7 do artigo 20.º; n.º 6 do artigo 27.º; n.º 5 do artigo 29.º; n.º 3 do artigo 40.º; n.º 3 do artigo 54.º e o artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 194/2009.

65 Cf. n.º 7 do artigo 11.º.

66 Cf. alínea d) do n.º 4 do artigo 11.º do mesmo diploma.

67 Cf. artigo 11.º-B do Decreto-Lei n.º 194/2009, em particular o seu n.º 3. Estas competências serão abordadas com maior desenvolvimento infra (ponto 7.).

competencial de órgãos competentes e o problema da prevalência entre normas regulamentares⁶⁸.

Dado que o problema é o da prevalência do «direito regulatório» sobre o «direito autárquico» ou vice-versa, tome-se como exemplo a conhecida, embora heterogénea, delimitação «prevalência do Direito do Estado»⁶⁹. Quando se menciona a prevalência do direito do Estado a propósito dos interesses nacionais a prosseguir pelo Governo, fora da reserva de acto legislativo – concretamente da *indisponibilidade desses interesses* –, estão aí implicadas, tanto a definição da geometria da matéria de normas de competência, como a exclusividade de órgãos competentes para criar direito sobre essa matéria. Afasta-se um cenário de pluralidade competencial, nomeadamente porque os *órgãos autárquicos não podem exercer competências regulamentares de âmbito nacional*. O mesmo sucede quando se analisa, a propósito da *reserva de autonomia local*, as matérias em relação às quais a prossecução de atribuições municipais opera sob exclusividade competencial de órgãos municipais, sob a forma de regulamentos autónomos (independentes). O eixo de ambas as questões é, dado o nexó instrumental entre atribuições e competências, sempre o da estruturação de normas de competência exclusiva ou plural⁷⁰.

A argumentação de exclusividade competencial de órgãos estaduais assenta, portanto, em definir o domínio material indisponível, de um *interesse nacional de nível exclusivamente nacional*, sobre o qual a competência normativa, legal ou regulamentar, apenas pode ser exercida pelos órgãos estaduais, excluindo qualquer intervenção normativa infra-

68 Cf., sobre a «dimensão excludente» (e análise preferencial) da competência exclusiva sobre as prevalências normativas regulamentares, cf. P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade Normativa*, Parte II, pp. 554 ss.

69 Sobre a prevalência do direito do Estado (mas no ordenamento espanhol), cf. E. Garcia de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 2004, pp. 346 e ss.. Relativamente ao ordenamento português, cf. P. Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 873. O princípio é construído dogmaticamente a partir da norma constitucional que define o Estado Português como unitário regional e descentralizado (artigo 6.º, n.º 1, da Constituição). Sobre esta norma, entre tantos, cf. J.J. Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, 2014, pp. 232 e ss. A norma é também subjacente ao disposto no artigo 225.º, n.º 3, da Constituição nos termos do qual a autonomia político-administrativa regional não pode afetar a integridade da soberania do Estado.

70 Cf. P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade Normativa*, Parte II, pp. 555-556.

-estadual⁷¹. Está aqui em causa, portanto, não uma hierarquização normativa – realidade que o significado da palavra *prevalência* compreende –, mas a estipulação de competências exclusivas de órgãos estaduais, insuscetíveis de transferência implicada em processos de descentralização normativa. A qualificação desta realidade como prevalência do direito do Estado é, todavia, usada de um modo relativamente ambivalente, dado que, não raro, se entende que tem (i) como substrato normas imperativas resultantes do exercício de poderes exclusivos, mas também (ii) opera como norma de resolução de conflitos⁷². Neste último caso, a «prevalência» simultaneamente pressupõe uma norma de competência plural alternativa e exclui uma norma de competência exclusiva.

O segundo entendimento da «prevalência» como resolução de conflitos, porém, é confuso. Não pode uma «prevalência» do direito do Estado (ou do direito Regulatório) ser simultaneamente constitutiva (de competências exclusivas) e regulativa (de resolução de conflitos). Se é o interesse geral ou nacional que fundamenta a «prevalência», então a sustentação de uma *reserva de poderes* a favor do Estado em matérias respeitantes a interesses nacionais de nível nacional, em desfavor das

71 Cf. J.J. Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Ed. revista, 2014, pp. 663 e ss.) referem, no contexto da autonomia normativa regional, que, para além de matérias sujeitas a competência legislativa exclusiva dos órgãos de soberania (artigos 161.º, 164.º, 165.º e 198.º da Constituição), também as matérias que não podem, pela sua *própria natureza eminentemente nacional*, ser reguladas senão por órgãos do Estado (ainda que apenas refiram os da função legislativa). Regra geral, o domínio competencial em causa cruza-se com o das competências legislativas exclusivas dos órgãos de soberania (i.e., reserva de acto legislativo), mas não está excluído que a questão se coloque a propósito de regulamentos governamentais independentes ou outros.

72 Aludindo, aparentemente, a estas duas vertentes do mesmo princípio da prevalência do direito do Estado, tanto a propósito de poderes estaduais exclusivos, como a propósito de uma *regra de conflitos normativos*, cf. P. Otero, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, 1995, p. 784; Idem, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, pp. 873-874. Nesta sequência, também a respeito do interesse nacional, A. Folque, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios (Condicionalismos Constitucionais)*, 2004, pp. 157 e ss., em especial, p. 169. A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem trilhado este caminho, entendendo que, nomeadamente a respeito da autonomia regional, «*existe uma reserva de competência administrativa estadual nos domínios em que estejam em causa poderes inerentes ao Estado soberano*» (Ac. TC n.º 767/2013, proc. n.º 81/2013, pesquisável, como a restante jurisprudência deste tribunal citada, em www.tribunalconstitucional.pt).

correlativas competências a favor dos órgãos dos sujeitos intraestaduais, apenas poderá ser compreendida como uma norma de competência exclusiva – precisamente sobre matérias de âmbito indisponível de interesse estadual de nível estadual –, e já não como uma norma de resolução de conflitos⁷³. Exclusividade competencial e prevalência normativa são, na prática, mutuamente excludentes.

O mesmo sucede, diga-se, no caso da «reserva da autonomia local». Está aqui em causa a definição de uma zona de competência regulamentar exclusiva de órgãos autárquicos, dentro de todas as competências implícitas resultantes das normas que fixam as respetivas atribuições autárquicas: a definição de *zonas de interesse municipal de nível exclusivamente municipal*⁷⁴. A questão reporta-se, simetricamente, a uma reserva de competência sobre matérias, imunes à interferência normativa de atos legislativos ou regulamentares estaduais (ou regulatório), apesar de aportar semelhantes complexidades na definição do âmbito dominial de competência. Se este domínio de competência regulamentar certamente engloba matérias que apenas digam respeito ao substrato populacional e territorial das autarquias, poderá este critério não ser o único relevante. Aqui, como no ponto anterior, compreendem-se zonas de certeza positiva, zonas de certeza negativa e zonas de incerteza, geradoras, conseqüentemente, de zonas de competência *prima facie exclusiva e prima facie plural*.

A questão é relevante para o que se analisará abaixo, a respeito das alterações introduzidas ao quadro regulatório da ERSAR pela LOE 2021, especialmente a ligação é que feita entre a necessidade de alteração e o entendimento que a ERSAR exercia poderes hierárquico-administrativos e de tutela substitutiva sobre os Municípios. Note-se que, ainda que a questão se viesse aí a colocar a respeito da delimitação de competências por via legal, já existiam algumas pistas doutrinárias a respeito da resolução de conflitos normativos entre regulamentos autárquicos e de entidades administrativas independentes *que já tivessem sido aprovados*.

73 Fazendo expressa referência a uma cláusula implícita de reserva de poderes a favor do Estado, numa alusão a domínios de normas de competência estadual exclusiva, cf. P. Otero, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, 1995, p. 771.

74 Cf. J.J. Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Ed. revista, 2014, pp. 740-741.

Como é fácil constatar, tanto os Municípios como a ERSAR prosseguem atribuições em matéria de ambiente e saneamento: os Municípios por via do disposto na alínea k) do n.º 2 do artigo 23.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, desde a sua versão originária, que especifica os «interesses próprios municipais» inscritos no n.º 2 do artigo 235.º da Constituição; a ERSAR por via do n.º 1 do artigo 5.º dos seus Estatutos⁷⁵.

Na contraposição entre regulamentos municipais e regulamentos de entidades reguladoras, emitidos na prossecução de atribuições concorrentes, a questão já foi, embora superficialmente, discutida. De entre o leque de argumentos subjacentes, nomeadamente a legitimidade democrática a favor das autarquias locais e a autonomia funcional como *meio necessário* à prossecução dos interesses constitucionais objetivos que justificam a criação das entidades administrativas independentes, já se sustentou que «*o resultado racionalmente justificado da ponderação penderá, em princípio, para a prevalência das segundas*» [regulamentos das entidades reguladoras]⁷⁶ e, também, que «*(...) é duvidoso que se justifique, por exemplo, que os órgãos autárquicos ao regulamentarem a atividade de abastecimento de água, saneamento e recolha e tratamento de resíduos sólidos realizada pelos seus serviços municipalizados possam ignorar regulamentos emanados da entidade nacional reguladora do sector*»⁷⁷.

5. Os principais regulamentos da ERSAR

As competências de normação regulamentar com eficácia externa da ERSAR cometem-lhe a produção de normas regulamentares independentes que se distinguem consoante as matérias ou domínios temáticos que versam. Concretamente, esta entidade reguladora elabora

75 Os regulamentos das entidades reguladoras apresentam uma dimensão de especialidade pessoal e material: são aplicáveis a operadores do sector e a respeito de determinadas operações reguladas (ambas parte de um todo). Consequentemente, resolver-se-á, em princípio, a favor das primeiras e quanto a estas variantes da especialidade, o conflito entre normas regulamentares das autoridades administrativas independentes especiais e as normas regulamentares governamentais gerais. Neste sentido, A. Raquel Moniz, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez – Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, 2012, p. 488.

76 P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Parte II, p. 616 (Nota 1186)

77 Cf. J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, Artigos 202.º a 296.º, 2.ª Ed. revista, 2020, p. 434.

e aprova regulamentos de qualidade de serviço; de relações comerciais; dos procedimentos regulatórios e regulamentos de aprovação dos produtos em contacto com a água para consumo humano⁷⁸.

5.1 Regulamento dos procedimentos regulatórios

A ERSAR aprovou o Regulamento n.º 446/2018, de 25 de junho de 2018⁷⁹, com o propósito de garantir a clareza, a segurança e a uniformidade de procedimentos no âmbito da sua relação com as entidades reguladas. O Regulamento define regras relativas aos procedimentos no âmbito da regulação comportamental das entidades gestoras referentes à monitorização legal e contratual, regulação económica, regulação da qualidade de serviço, regulação da qualidade da água para consumo humano e análise das reclamações dos utilizadores⁸⁰.

No que diz respeito à monitorização legal e contratual, as normas do Regulamento densificam os termos em que a ERSAR exerce competências consultivas, nomeadamente a emissão de pareceres obrigatórios no quadro da constituição de sistemas intermunicipais de gestão direta, de delegação de serviços de titularidade municipal e seleção de parceiros privados das empresas delegatárias, de constituição de parcerias entre municípios e o Estado, da concessão de serviços de titularidade estatal e municipal e da alteração e extinção dos contratos relativos à gestão de serviços⁸¹.

No campo da regulação económica, o Regulamento disciplina os procedimentos de aprovação dos orçamentos e projetos tarifários das entidades gestoras de serviços de titularidade estatal e de capitais maioritariamente públicos; a elaboração de recomendações gerais no contexto da revisão anual tarifária de serviços municipais geridos por contrato ou sem contrato; os procedimentos de definição dos proveitos permitidos totais das entidades gestoras, bem como a fiscalização do cumprimento das regras tarifárias, entre outros aspetos⁸².

78 Cf. artigo 11.º dos Estatutos da ERSAR. À data de publicação deste texto ainda não haviam sido aprovados o regulamento da qualidade de serviço e dos procedimentos de aprovação dos produtos em contacto com a água para consumo humano, nos termos previstos no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 306/2007, de 28 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

79 Publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 140, de 23 de julho de 2018.

80 Cf. artigo 1.º do Regulamento n.º 446/2018.

81 Cf. artigos 4.º a 23.º do Regulamento.

82 Cf. artigos 24.º a 35.º do Regulamento.

O Regulamento n.º 446/2018 contém também normas sobre os procedimentos de avaliação anual da qualidade do serviço prestado aos utilizadores, de verificação da qualidade da água para consumo humano e de elaboração, aprovação e implementação do programa de controlo de qualidade da água, bem como de análise das reclamações dos utilizadores dos serviços e da realização de auditorias junto das entidades gestoras e titulares⁸³.

5.2 Regulamento das relações comerciais

Através do Regulamento n.º 594/2018, de 28 de agosto⁸⁴, a ERSAR estabeleceu as disposições aplicáveis às relações comerciais no âmbito da prestação dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos. O regulamento aplica-se a todos os intervenientes nas relações comerciais por si abrangidas, designadamente as entidades responsáveis pela prestação dos serviços referidos, independentemente do respetivo título e modelo de gestão, que se encontrem sujeitas à atuação da ERSAR nos termos dos seus Estatutos⁸⁵.

Concretamente, o Regulamento define regras de relacionamento comercial entre as entidades gestoras em alta e em baixa e entre estas últimas e os respetivos utilizadores, nomeadamente no que respeita às condições de acesso e contratação do serviço, medição, faturação, pagamento e cobrança e prestação de informação e resolução de litígios, regulamentando os respetivos regimes jurídicos e a proteção dos utilizadores de serviços públicos essenciais.

6. Excurso: matéria tarifária

6.1 Atribuições da ERSAR em matéria tarifária: introdução ao quadro vigente desde 2021

O artigo 428.º da LOE 2021 alterou um conjunto de disposições da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, que aprovou os estatutos da ERSAR, e dos

83 Cf. artigos 36.º a 46.º do Regulamento.

84 Publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 170, de 4 de setembro de 2018, entretanto alterado pelo Regulamento n.º 781/2020, de 9 de outubro de 2019 (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 181, de 16 de setembro de 2020).

85 Cf. artigos 1.º e 2.º do Regulamento n.º 594/2018.

próprios estatutos da ERSAR anexos àquele diploma, destacando-se, neste conspecto, as alterações ao artigo 5.º (atribuições) e ao artigo 13.º (recomendações tarifárias) dos referidos Estatutos.

Já o artigo 429.º do mesmo diploma alterou a base xxii anexa ao Decreto-Lei n.º 96/2014 que, como se referiu, estabelece o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados. O efeito desta alteração é o de atribuição ao concedente, no caso, o Estado, da competência para aprovar os planos de investimentos das entidades gestoras de sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, quando estas sejam entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados, ouvidas a autoridade nacional de resíduos e a entidade reguladora do setor.

Em matéria tarifária, os poderes da ERSAR estão previstos, no seu núcleo essencial, no artigo 5.º e no artigo 13.º dos Estatutos da ERSAR. A primeira disposição legal indicada elenca as atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica, nos seguintes termos (n.º 3):

- a. *Fixar as tarifas* para os sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados, assim como supervisionar outros aspetos económico-financeiros das referidas entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis⁸⁶;
- b. *Avaliar e auditar a fixação* e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis⁸⁷;

86 O segmento «*fixar as tarifas* para os sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados» foi aditado pela alteração legislativa de 2021.

87 A regulamentação da fixação e aplicação de tarifas desapareceu na alteração legislativa de 2021.

- c. *Emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o incumprimento das normas legais aplicáveis*⁸⁸;
- d. *Emitir, nas situações e termos previstos na lei, recomendações quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor*⁸⁹.

Por outro lado, no n.º 4 do mesmo artigo, já a propósito das atribuições da ERSAR em matéria de regulação comportamental tout court (portanto, em qualquer matéria que não a económica), prevê-se, na alínea e), que a ERSAR deve «[a]ssegurar a salvaguarda dos direitos e interesses dos utilizadores em relação a tarifas, serviços e qualidade de serviço e promover a resolução de litígios destes com as entidades gestoras». Ora, se este n.º 4 se manteve idêntico após as alterações introduzidas aos Estatutos da ERSAR pela LOE 2021, já as normas contidas nas alíneas *supra* transcritas do n.º 3 sofreram alterações profundas, das quais resultou um novo quadro de atribuições da ERSAR em matéria tarifária, com impacto especialmente marcante nos poderes regulamentares desta entidade, mas que não se esgota apenas nessa problemática.

6.2 Consequências jurídicas das principais alterações produzidas

Em consequência das referidas alterações, a ERSAR deixou de exercer as competências de *aprovação* das tarifas dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos, de captação, tratamento e

⁸⁸ O segmento «*recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos*» foi aditado pela LOE 2021.

⁸⁹ A expressão «*recomendações*» substituiu a expressão «*instruções vinculativas*», tendo igualmente o segmento «*pelos sistemas de titularidade municipal ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos*» sido introduzido pela alteração legislativa de 2021.

abastecimento de água para consumo público, e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, quando concessionados a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos. Com efeito, relativamente às tarifas praticadas por estes sistemas, quando concessionados àquelas entidades, as competências da ERSAR envolvem apenas agora apenas a emissão de recomendações sobre a conformidade dos tarifários com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como a fiscalização e a aplicação de sanções em caso de incumprimento das normas legais aplicáveis. As competências para *aprovar* as tarifas dos sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital público, passam a ser exercidas pela própria entidade (pública) a quem estiver concessionado o sistema multimunicipal.

É de notar ainda que, nos termos do disposto na alínea d) do mesmo número 3 do artigo 5.º, a «sanção» que a ERSAR pode aplicar no caso de incumprimento das disposições legais e regulamentares em vigor, por parte da entidade gestora do sistema multimunicipal é «emitir, nas situações e termos previstos na lei, recomendações quanto às tarifas a praticar por estes sistemas que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor.» Efetivamente, onde antes se lia que a ERSAR podia emitir «instruções vinculativas», lê-se agora que a ERSAR pode emitir «recomendações».

Diversamente, a ERSAR mantém a competência de aprovação de tarifas no caso dos sistemas multimunicipais concessionados a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados. Com efeito, após as alterações introduzidas pela LOE2021, a alínea a) do n.º 3 do artigo 5.º prevê, a título de atribuições da ERSAR no que toca aos sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados, a fixação de tarifas, assim como a supervisão de outros aspetos económico-financeiros. Entre estes se inclui a emissão de pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e regulamentação aplicáveis.

Em terceiro lugar, no que diz respeito aos sistemas de titularidade municipal, independentemente do modelo de gestão, a ERSAR tem como atribuições *avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas*, nos termos

definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis. Na sequência da alteração legislativa de 2021, a ERSAR deixou de ter, relativamente a esta matéria, a competência para emitir regulamentos.

A alteração legislativa de 2021 modificou também o artigo 13.º dos Estatutos da ERSAR, que antes se referia aos «regulamentos tarifários» e agora se refere às «recomendações tarifárias». Para além da alteração da epígrafe e da alteração ao número 1 para dele fazer constar a referência às «recomendações» em substituição da referência aos «regulamentos»⁹⁰, regista-se, com surpresa, que o n.º 2 se continua a referir a «regulamentos» e não a «recomendações». Sendo ou não apenas má Legística, o intérprete fica, assim, onerado com uma dúvida: houve um lapso na alteração legislativa, que deveria ter alterado também o n.º 2, dele fazendo constar que «as recomendações tarifárias referidas no número anterior...» ou o legislador entende que as «recomendações tarifárias» são, na realidade, regulamentos? Embora a primeira alternativa seja mais consonante com a boa prática interpretativa e com o significado de regulamentos constante do artigo 135.º do CPA, a verdade é que não escasseia indeterminação terminológica na atual redação dos Estatutos da ERSAR, com consequências interpretativas relevantes.

Assim, por exemplo, nos termos do artigo 10.º (poderes sancionatórios), prescreve-se que *«compete à ERSAR processar as contraordenações e aplicar as coimas correspondentes e ainda as demais sanções aplicáveis às infrações das leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe esteja cometida, bem como as resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, nos termos previstos na lei»*.

Qual é o significado, para este efeito, do termo «determinações»? O sentido comum da palavra remete-nos para uma definição precisa imposta a alguém, uma resolução com sentido de autoridade: alguém que determina algo é alguém que ordena algo. Não parece que aqui se incluam as «recomendações», às quais não assiste o elemento de autoridade ínsito numa determinação.

90 Onde antes se lia «[a] ERSAR aprova regulamentos tarifários para os serviços de águas e de resíduos nos quais são estabelecidas», lê-se agora «[a] ERSAR aprova recomendações tarifárias para os serviços de água e resíduos nos quais são estabelecidas».

Noutro ponto, verificamos que a alínea c) do n.º 3 do artigo 5.º continua a referir-se a «regulamento tarifário», estabelecendo que a ERSAR pode emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais ou dos sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, com o estabelecido no *regulamento tarifário* e demais legislação aplicável.

A que regulamento tarifário se refere agora a norma? Em bom rigor, se a ERSAR deixa de ter competências regulamentares em matéria tarifária, parece que apenas duas hipóteses se verificam: ou se está a ter em conta apenas a situação transitória em que os regulamentos tarifários da ERSAR ainda não foram convertidos em recomendações tarifárias; ou estamos novamente perante um lapso do legislador, que não atualizou a referência a «regulamentos» pela referência a «recomendações». Se a primeira opção tiver maior adesão, deve referir-se que faria, porventura, mais sentido estabelecer essa situação transitória numa norma do diploma que aprova os Estatutos e não nos próprios Estatutos.

Em suma, das alterações legislativas introduzidas aos Estatutos da ERSAR em 2020 parece resultar o seguinte:

- i. a eliminação da competência regulamentar em matéria tarifária – na alínea b) do n.º 3 do artigo 5.º desapareceu a palavra «regulamentar», restando apenas as competências para avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal;
- ii. na alínea d) substituiu-se a referência a «instruções vinculativas» pela referência a «recomendações»;
- iii. a epígrafe e o número 1 do artigo 13.º viram igualmente substituída a referência a «regulamentos tarifários» pela referência a «recomendações tarifárias»;
- iv. no artigo 11.º, que se refere ao poder regulamentar da ERSAR, foi revogada a alínea a), que se referia justamente aos [regulamentos] tarifários; contudo, a manutenção das referências a «regulamentos tarifários» na alínea c) do n.º 3 do artigo 5.º e no n.º 2 do artigo 13.º lançam dúvidas interpretativas.

Eliminada a competência regulamentar em matéria tarifária, remanesce a competência para emitir recomendações, desde logo com duas consequências. Por um lado, *ao nível do procedimento*: uma vez que o procedimento de aprovação de regulamentos previsto no artigo 12.º não se aplica às recomendações, ficando apenas salvaguardada a necessidade de habilitação legal prevista no n.º 4 do artigo 136.º do CPA⁹¹. Por outro lado, *ao nível da vinculatividade*: as recomendações não equivalem a regulamentos com eficácia externa aplicáveis, nos termos da lei, à atividade dos regulados, que sejam diretamente vinculativas do comportamento a adotar⁹². Trata-se, agora, de meras recomendações, isto é, de indicações por parte do regulador quanto àquela que deve ser a conduta dos regulados. Conjugando esta alteração de ato com o novo quadro de atribuições da ERSAR em matéria tarifária, podemos ter diferentes tipos de consequências para casos em que a ERSAR detete problemas em matéria tarifária:

- (i) no caso de sistemas municipais e de sistemas de titularidade estatal com gestão pública, a ERSAR pode emitir recomendações sobre a conformidade dos respetivos tarifários com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável e pode emitir recomendações quanto às tarifas a praticar pelos mesmos que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor;
- (ii) no caso dos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, a ERSAR pode avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas;
- (iii) no caso dos sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados, a ERSAR pode fixar as respetivas tarifas e supervisionar outros aspetos

91 Sobre o sentido a dar ao n.º 4 do artigo 136.º, mediante o paradoxo de normas de competência para a emissão de recomendações, cf. P. Moniz Lopes, *Fontes de direito regulatório: da «hard law» à (alegada) «soft law»*, cit., pp. 304-305. O procedimento regulamentar apenas é aplicável considerando o significado de regulamento constante do artigo 135.º do CPA.

92 Cf P. Moniz Lopes, *Fontes de direito regulatório: da «hard law» à (alegada) «soft law»*, cit., pp. 312 ss.

económico-financeiros das referidas entidades gestoras, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis.

Em linhas gerais, quer nos sistemas municipais, quer nos sistemas de titularidade estatal e gestão pública, a ERSAR pode emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários e pode emitir recomendações quando as tarifas não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor. Embora pareça haver algum nível de sobreposição entre as duas atribuições, talvez se possa entender que a ERSAR pode emitir recomendações relativamente ao tarifário quer quando o mesmo se encontra em desconformidade com disposições legais e regulamentares, quer quando, não havendo um juízo de desconformidade legal ou regulamentar, haja algum aspeto, desde logo económico-financeiro, que a entidade reguladora entenda salientar, orientando a conduta dos seus regulados através de uma recomendação.

No caso dos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, a ERSAR é competente para avaliar as tarifas fixadas, podendo, na sequência dessa avaliação, emitir uma recomendação sobre desconformidades que tenha detetado ou sobre aspetos que, não configurando desconformidades, entenda ser de salientar. Por outro lado, pode «auditar a aplicação de tarifas, podendo, também aí, emitir recomendações na sequência da auditoria».

Não é imediatamente apreensível o que é que esta norma, contida na alínea b) do n.º 3 do artigo 5.º, acrescenta ao disposto na alínea c), em que se prevê que a ERSAR pode, em relação aos tarifários dos sistemas municipais, emitir recomendações sobre a conformidade dos mesmos com regulamentos tarifários e demais legislação aplicável, bem como «fiscalizar e sancionar o incumprimento das normas aplicáveis». De facto, se a ERSAR pode emitir recomendações que pressupõem uma avaliação prévia dos tarifários que estão a ser praticados, então parece que, quando a lei lhe confere competência para emitir estas recomendações, já está a pressupor uma avaliação e eventual auditoria prévias, pelo que o conteúdo da alínea b) parece repetir parte do conteúdo da alínea c). Esta repetição tem, por outro lado, a agravante de deixar o

intérprete em dúvida sobre quais são os poderes de que a ERSAR dispõe para poder emitir recomendações sobre os tarifários dos sistemas de titularidade estatal e gestão pública. No caso dos sistemas municipais, a alínea b) dispõe que a ERSAR pode «avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas»; todavia, não se aplicando essa norma aos sistemas de titularidade estatal e gestão pública, como pode a ERSAR emitir recomendações se não avaliar previamente as tarifas fixadas e aplicadas?

Em terceiro lugar, temos o caso dos sistemas de titularidade estatal e gestão privada, os únicos relativamente aos quais a ERSAR retém competência para fixar as tarifas. A norma contida na alínea a) do n.º 3 do artigo 5.º estabelece que a ERSAR pode «*supervisionar outros aspetos económico-financeiros das referidas entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis*». Não obstante o exposto, uma vez que a norma expressamente se refere a «*outros aspetos económico-financeiros*» (que não os tarifários), parece que a sanção para o incumprimento dos tarifários fixados pela ERSAR – isto é, aqueles que sejam aplicáveis a sistemas de titularidade estatal e gestão privada – já se inscreve âmbito dos poderes sancionatórios da ERSAR. Referimo-nos, em concreto, aos poderes sancionatórios resultantes da parte final do disposto no artigo 10.º, assumindo que a fixação da tarifa segue a forma de deliberação do conselho de administração com conteúdo de «*determinação*»⁹³: «*[à] ERSAR compete processar as contraordenações e aplicar as coimas correspondentes e ainda as demais sanções aplicáveis às infrações das leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe esteja cometida, bem como as resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, nos termos previstos na lei*» (realce nosso).

Ainda no que diz respeito às consequências aplicáveis a decisões ou comportamentos em matéria tarifária, é importante destacar que a ERSAR já não pode processar contraordenações e aplicar coimas em caso de comportamentos desconformes com o conteúdo das suas recomendações em matéria tarifária. As mesmas não consubstanciam, nos ter-

⁹³ Nos termos previstos no artigo 24.º, n.º 1, alínea c) dos Estatutos da ERSAR: «*Estabelecer ou pronunciar-se sobre as tarifas dos sistemas de titularidade estatal e municipal nos termos definidos nos respetivos regimes jurídicos*».

mos do artigo 10.º dos Estatutos, «leis ou regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe esteja cometida» nem «determinações» suas. Esses poderes sancionatórios ficam, portanto, resumidos aos casos em que a atuação da ERSAR em matéria tarifária se contenha numa «determinação». Sem prejuízo do exposto, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 24.º dos Estatutos, as decisões desconformes às recomendações da ERSAR têm de ser fundamentadas expressamente, o que inclui obrigatoriamente a exposição circunstanciada dos fundamentos de facto e de direito que justifiquem a motivação do ato.

6.3 Avaliação global da reforma tarifária e a «ancoragem» na alegada inconstitucionalidade do regime anterior

Numa avaliação global das novas atribuições da ERSAR em matéria tarifária, fica por se perceber totalmente porque é que uma entidade administrativa independente como a ERSAR, com as funções de regulação do mercado das águas e dos resíduos, dispõe de poderes tão diferenciados no que diz respeito às tarifas que cobram os seus regulados, nomeadamente com um pendor claramente favorecedor dos regulados que são entidades públicas e mais controlador dos que são entidades privadas.

Para compreender o sentido e alcance efetivos da intervenção legislativa da LOE 2021 nas competências da ERSAR é necessário ter presente que o «paradigma» que o diploma veio alterar remonta às Propostas de Lei n.º 125/XII, de aprovação de novos estatutos da ERSAR, e n.º 140/XII, de alteração ao Decreto-Lei n.º 194/2009⁹⁴.

A Proposta n.º 125/XII atribuía à ERSAR (i) a competência para aprovar regulamentos com eficácia externa no que respeita a tarifários e, mais concretamente, para regulamentar tarifas nos sistemas de titularidade municipal e (ii) a competência para emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e fixar, nas situações e termos previstos na lei, as tarifas dos sistemas de titularidade municipal que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor⁹⁵.

94 Ambos os projetos podem ser consultados no site da Assembleia a República: <https://www.parlamento.pt/>

95 Cf. alíneas d), e) e f) do n.º 3 do artigo 5.º; alínea a) do artigo 12.º e o artigo 14.º

Já a Proposta n.º 140/XII (i) atribuía à ERSAR competência para fixar tarifas dos sistemas municipais que não se conformassem com as disposições legais e regulamentares em vigor; (ii) prescrevia que a definição das tarifas dos serviços municipais obedecia às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela entidade reguladora; (iii) determinava que a ERSAR tinha a faculdade de emitir instruções vinculativas no caso de detetar um incumprimento contratual, nos termos previstos no regulamento tarifário, bem como de fixar as tarifas caso estas não fossem adaptadas após emissão da instrução vinculativa, e; (iv) que constituía contraordenação, no caso das pessoas coletivas, a aplicação de tarifas diferentes das fixadas em incumprimento do regulamento tarifário da entidade reguladora⁹⁶.

Estas soluções acabariam por ser acolhidas no seu essencial com a publicação da Lei n.º 10/2014 e da Lei n.º 12/2014, ambas de 6 de março, tendo alguma doutrina suscitado dúvidas quanto à conformidade das referidas normas com a Constituição. Sem prejuízo de se tratar de especulação, parece subjacente à alteração de 2021 o argumento da inconstitucionalidade, já brandido desde 2013 a respeito da violação dos limites da tutela administrativa sobre as autarquias locais. O argumento, em síntese, é o de que não pode o Estado, através de uma entidade por si criada, ainda que qualificada como uma entidade administrativa independente, exercer poderes administrativos que se teriam de considerar constitucionalmente ilegítimos face ao regime de tutela administrativa constante do artigo 242.º da Constituição. Dividia-se em dois pontos:

- (i) por um lado, era questionada a admissibilidade da transferência ou «delegação», por via legislativa, da tutela administrativa sobre as autarquias locais que a lei fundamental comete ao Governo, numa

⁹⁶ Cf. alínea d) do n.º 4 do artigo 11.º e do Decreto-Lei n.º 194/2009, na redação que a Proposta de Lei n.º 140/XII pretendia conferir, n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º-A e n.º 1 a 3 do artigo 11.º-B, que a referida Proposta pretendia aditar ao diploma. No preâmbulo desta Proposta, refere-se o seguinte: «[t]orna-se, pois, fundamental prever a intervenção do regulador nas situações em que os tarifários municipais não se tenham adaptado aos normativos em vigor (...)».

autoridade administrativa independente, dotada de personalidade jurídica própria e de autonomia na sua gestão e atuação⁹⁷;

- (ii) por outro lado, era questionada a extensão dessa competência de controlo sobre as autarquias locais⁹⁸; o elemento literal do n.º 1 do artigo 242.º da Constituição circunscreve a tutela administrativa à «verificação do cumprimento da lei», pelo que se colocaria a questão de saber se a emissão de normas regulamentares ou de instruções vinculativas em matéria tarifária dirigidas aos municípios é compatível com o estatuto específico de autonomia que a Constituição consagra às autarquias locais⁹⁹ e com os poderes regulamentares próprios destes entes¹⁰⁰; este último ponto divide-se em três:

- a. a ERSAR, além de titular do poder de definição das tarifas dos serviços municipais, detinha o exercício de uma tutela subs-

97 Cf. o n.º 2 do artigo 242.º, conjugado com a alínea d) do artigo 199.º, ambos da Constituição. Suscitando a questão, mas colocando a hipótese de a Constituição ser objeto de uma interpretação «teleologicamente atualista», de forma a admitir a sua abertura à evolução da realidade constitucional, Cf. J. J. Gomes Canotilho, Parecer inédito, pp. 42-44. Em sentido negativo, cf. B. Martelo, Descalça Vai Para A Fonte. A ERSAR no Caminho da Autonomia Local, cit., pp. 33-34.

98 Definindo o conceito constitucional de tutela como «função administrativa de controlo» e excluindo, como formas de tutela incompatíveis com essa função, a tutela orientadora, homologatória, substitutiva e o recurso tutelar, cf. J. J. Gomes Canotilho / V. Moreira, Constituição..., Vol. II, 2014, p. 746.

99 Afirmando que os limites gerais da tutela obstam a determinar a iniciativa (primária e secundária) das pessoas coletivas sujeitas a tutela administrativa, e que o poder tutelar não consente a estipulação de instruções, ordens, orientações ou diretivas, cf. A. Folque, A Tutela Administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios (Condicionalismos Constitucionais), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 358-361. Este Autor parece admitir, contudo, a possibilidade de adoção de medidas tutelares substitutivas por parte do Governo, com limites – ob. cit., pp. 378 e ss., especialmente as pp. 383 e ss. Em sentido negativo quanto à tutela substitutiva sobre autarquias locais, cf. P. Moniz Lopes, Normas de competência de tutela administrativa in AA. VV., Organização administrativa: novos actores, novos modelos, vol. II, C. Amado Gomes, A. Neves, T. Serrão (Coord.), AAFDL, 2018, pp.792-793. Depondo também em sentido negativo, e qualificando o poder de fixação de tarifas que se atribuiu à ERSAR através do Decreto-Lei n.º 194/2009 como de tutela substitutiva, cf. B. Martelo, Descalça Vai Para A Fonte. A ERSAR no Caminho da Autonomia Local, cit., pp. 35-36.

100 Referindo que no conceito constitucional de tutela não cabe a tutela substitutiva e que os poderes da ERSAR, nos termos em que são previstos, dificilmente se podem subsumir no artigo 241.º da Constituição, cf. J. J. Gomes Canotilho, Parecer Inédito, pp. 46-47.

titutiva, consubstanciada no facto de, pela via supletiva, fixar as tarifas dos sistemas municipais que não se conformassem com as disposições legais e regulamentares em vigor;

- b. a ERSAR exercia poderes hierárquicos-administrativos sobre os Municípios, através de instruções vinculativas, que se traduzem em ordens concretas e precisas, pois que determina os novos valores das tarifas a praticar ou, caso as tarifas não tenham sido adaptadas nos termos indicados pela entidade reguladora, são as mesmas são fixadas por esta;
- c. a ERSAR podia ainda determinar a um concreto município, no caso de um serviço gerido por contrato – um contrato de concessão celebrado com uma entidade privada, ou até mesmo um contrato de gestão delegada celebrado com uma empresa municipal, na terminologia do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, ou um contrato-programa, na terminologia da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto –, que modifique/reveja aquele contrato.

Não é possível, nesta sede, uma análise exaustiva da questão. Em todo o caso, importa referir alguns pontos que se entendem fragilizar o argumento da inconstitucionalidade.

Desde logo, não tem sido questionada, noutros paralelos, a existência de tutela governamental que extravasa a mera tutela inspetiva sobre as autarquias locais, quando existam interesses constitucionais ponderosos – in casu, os interesses regulatórios subjacentes à criação da própria ERSAR – que o justifiquem. Por exemplo, nos termos do artigo 11.º, n.º 3, da Lei n.º 19/2004, de 20 de maio, a eficácia da deliberação da assembleia municipal que cria as polícias municipais depende de ratificação por resolução do Conselho de Ministros. No âmbito do ordenamento do território – e ainda que aqui a figura seja distinta, dado que se trata de uma ratificação que implica uma revogação ou a alteração de disposições desconformes ou incompatíveis –, em caso de desconfor-

midade entre plano diretor municipal aprovado e programas setoriais, especiais ou regionais, o Governo ratifica o plano diretor municipal¹⁰¹.

O ponto crucial da questão, todavia, é outro. A própria colocação da questão em termos estritos de «tutela administrativa» corresponde a uma leitura parcial da questão (precisamente a «ancoragem»). A tutela é um esquema relacional jurídico-administrativo, mais particularmente no âmbito de uma relação jurídica inter-administrativa, na qual cada um dos sujeitos é simultaneamente titular de posições jurídicas ativas e passivas, conexas entre si, onde pontifica o *poder de tutela*¹⁰². Assim, o poder de tutela existe quando ocorra a atribuição normativa de competências ao órgão da pessoa coletiva tutelar que a habilitam a interferir na atividade da pessoa coletiva tutelada, em ordem a:

- (i) controlar a legalidade dessa actuação, tendo por referência um padrão normativo prévio aplicável, bem como a respetiva interpretação e aplicação;
- (ii) controlar o mérito, a oportunidade e a conveniência da actuação, tendo por base critérios prévios de eficiência, racionalidade e adequada gestão dos negócios públicos.

Ora, o que se pressupõe, e fica por demonstrar, na argumentação da inconstitucionalidade das propostas de lei é que *a ERSAR é a entidade com poder tutelar e o Município é a entidade com poder tutelado*. Intuitivamente, claro, dir-se-ia que a ERSAR é a entidade com poder «regulador» e o(s) Município(s) são, entre as demais entidades, os «regulados». Não se vê como o paralelismo entre poderes de regulação e poderes de tutela existam simplesmente porque o «regulado» é, in

101 Cf. artigos 90.º e 91.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio.

102 A. Folque entende a “tutela como a relação jurídica administrativa entre duas pessoas colectivas que integram a Administração Pública, na realização de tarefas administrativas, em que um, investida numa posição de supremacia, dispõe com respeito pela autonomia da segunda, do poder de controlar actos e omissões, em subordinação ao parâmetro que, de acordo com a lei, conforma essa mesma actividade, de modo a fazer prevalecer a continuidade na prossecução do interesse público” – Cf. *A Tutela administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios (condicionalismos constitucionais)*, Coimbra, 2004, p. 334. Cf., também, P. Moniz Lopes, *Normas de competência de tutela administrativa*, cit., pp. 755-795, maxime, pp. 759 e ss..

casu, um Município. Como refere R. Medeiros, «*em face da complexa estrutura organizativa da Administração de hoje, nem todas as formas de concorrência de competências entre as autoridades administrativas centrais e as autarquias se reconduzem necessariamente a formas de tutela. Basta lembrar o desenvolvimento atual dos poderes de regulação e a importância crescente das autoridades administrativas independentes e, em particular, das autoridades reguladoras*»¹⁰³. Dito de outra forma, não é apenas porque está em causa um Município que qualquer interferência terá necessariamente de ser configurada como um poder de tutela administrativa. É que, em bom rigor, a limitação introduzida pelo artigo 242.º da Constituição tem como condição necessária de aplicação que *se esteja efetivamente perante um caso de tutela administrativa* (que, portanto, apenas pode ser «inspetiva» e de «legalidade»). Não se pode inferir do artigo 242.º da Constituição que a interferência sobre as autarquias locais seja, *em qualquer caso*, limitada pela referida previsão constitucional.

Veja-se o seguinte paralelo: a jurisdicionalização das competências administrativas de tutela sancionatória (perda de mandato e dissolução de órgão colegial) sobre as autarquias locais introduzidas através do artigo 11.º da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, não significou, obviamente, que os tribunais passaram, desse momento em diante, a exercer «tutela administrativa». A jurisdicionalização ocorreu, é pacífico, face ao perigo abstrato de uma maior ou menor propensão para a aplicação (ou não aplicação) de sanções tutelares administrativas em função de comunhão ou divergência de cores políticas entre Governo e autarquias, havendo, portanto, boas razões (e princípios constitucionais que nesse sentido depõem) para confiar a dissolução de órgãos autárquicos e a perda de mandato a órgãos jurisdicionais – órgãos imparciais que, *ex definitione*, julgam por indiferenciação¹⁰⁴. A questão é, precisamente, a de saber se existem, ou não, razões constitucionais suficientemente justificativas da regulação dos Municípios de acordo com a organização portuguesa dos sistemas de abastecimento de águas e recolha e tratamento de resíduos. E crê-se que existem. Não podem aqui ser aprofundados, mas esten-

103 Cf. R. Medeiros, Anotação ao Artigo 241.º in J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, Artigos 202.º a 296.º, 2.ª Ed. revista, 2020, p. 434.

104 Está a citar-se a partir de P. Moniz Lopes, *Normas de competência de tutela administrativa*, cit., pp. 790-791.

dem-se desde o facto de a regulação do sistema de abastecimento de águas e recolha e tratamento de resíduos ser uma matéria de interesse nacional de nível nacional, nomeadamente no equilíbrio financeiro do próprio sistema, até aos próprios fundamentos constituintes das entidades administrativas independentes: a imparcialidade, neutralidade ou terceiridade típica do exercício, que se deve afastar de interesses irrelevantes envolvidos na atividade regulada e pautar-se exclusivamente por critérios estritamente jurídicos e técnico-científicos, de modo a prevenir determinados incentivos institucionais da administração impeditivos dessa independência¹⁰⁵. Aliás, o entendimento moderno da separação de poderes pressupõe uma dimensão positiva e racionalizadora de «alocação de poder» aos órgãos melhor apetrechados para exercer as competências, in casu, as competências regulatórias¹⁰⁶.

Outro argumento que pode ser aduzido é o seguinte: se se configura a relação jurídico-administrativa entre a ERSAR e os Municípios como uma relação jurídica tutelar, então teremos de ser confrontados com a relação, muito contraintuitiva, de que as entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados ou geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos são, também elas, entidades tuteladas; a tutela administrativa pode ser exercida sobre entidades privadas (e.g., IPSSs), pelo que afinal a ERSAR estará a exercer competências de tutela sobre os seus regulados (agora «tutelados»). E o argumento claramente prova demais. Senão vejamos: por um lado, a tutela pressupõe que exista uma interferência na atividade da pessoa coletiva

105 O que justifica, aliás, alguns entendimentos doutrinários sobre a constitucionalidade das normas institutivas de entidades administrativas independentes mesmo em contextos constitucionais, como sucede no caso espanhol, onde inexistente norma consagradora da permissão de criação destas entidades. Sobre o assunto, cf. P. Jimenez de Andrade, *Los Reglamentos de las Administraciones Independientes*, 2013, pp. 102 e ss.; E. Desdentado Daroca, *La Crisis del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes*, 1999, p. 145. Sobre a terceiridade das entidades administrativas independentes, correlacionada com o exercício da função jurisdicional, cf. P. Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 325.

106 Sobre a dimensão positiva, organizatória e racionalizadora da separação de poderes, esta última “técnico-organizatória e de racionalização inerente ao Estado social” cf. J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, 2013, pp. 201 e ss.; J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, 1997, pp. 25 e ss., e pp. 38 e ss.

tutelada, o que, por sua vez, pressupõe que esta última já disponha da competência administrativa na qual se interfere. Mas se os Municípios dispõem de poder regulamentar próprio, nos termos do disposto no artigo 241.º da Constituição – poder esse que é perspetivado como o «poder regulamentar» interferido pelo controlo da ERSAR – de onde resulta o poder regulamentar das demais entidades, nomeadamente entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados ou geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos? O facto de se estar num cenário de «tutela» para uns e «regulação» para outros parece, pelo menos, ser prova suficiente de que o enquadramento constitucional da questão teria de ser outro.

Por fim, segundo se entende, a questão não pode ser colocada em termos de o Estado estar, através de uma entidade por si criada, ainda que qualificada como uma entidade administrativa independente (ERSAR), a exercer poderes administrativos que ele próprio não poderia exercer. Parece ser um caso claro de «*begging the question*». Se o Estado estivesse a exercer, ele próprio, os poderes reguladores sobre os Municípios, então não haveria «Estado Regulador» nem teriam sido considerados os fundamentos constitucionais subjacentes à criação de entidades reguladoras. A comparação não procede.

6.4 Alterações produzidas pela reforma de 2021 e impacto no mercado

É certo que o abastecimento de água e a recolha e tratamento de resíduos urbanos têm sido, na tradição europeia continental, serviços públicos em sentido material, isto é, serviços da responsabilidade pública, embora possam ser prestados diretamente por entidades públicas ou, por delegação destas, geralmente em regime de concessão, por entidades privadas. E tem sido assim porque se tem entendido que, desta forma, os poderes públicos asseguram a todos os cidadãos, em condições de igualdade e sem interrupções, serviços que são considerados essenciais à vida coletiva e que, por isso mesmo, não podem ficar sujeitos a puras lógicas de mercado, em que a oferta estabelece quantidades e preços em função, nomeadamente, da maior ou menor elasticidade da

procura. Neste mercado, em que a procura é tendencialmente rígida por se tratar de bens e serviços essenciais e para os quais não existem alternativas acessíveis, o Estado entende dever assumir a responsabilidade pela sua provisão, direta ou indiretamente.

Em função das diferentes opções de organização portuguesa dos sistemas de abastecimento de águas e recolha e tratamento de resíduos, temos sistemas de titularidade municipal com diferentes modelos de gestão e sistemas de titularidade estatal geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados ou geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos. Apesar de o Estado querer eliminar a «pura lógica de mercado» das relações que se estabelecem entre Estado e municípios e municípios e consumidores nestas áreas, a verdade é que continuam a ocorrer relações de troca entre estes agentes, sejam eles o Estado enquanto vendedor e os municípios enquanto consumidores, ou os municípios enquanto vendedores e os utilizadores finais enquanto consumidores. Foi precisamente para regular estes mercados que o Estado criou uma entidade administrativa independente: a ERSAR¹⁰⁷.

Os Estatutos da ERSAR, tal como aprovados em 2014, visaram justamente reconhecer e acentuar a independência funcional da ERSAR face ao poder executivo, concedendo-lhe um estatuto consonante com a lógica de entidade administrativa independente, com reforçada independência orgânica, funcional e financeira e com reforçados poderes

107 Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º dos respetivos Estatutos, a «ERSAR é independente no exercício das suas funções, nos termos previstos na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e nos presentes estatutos, não se encontrando sujeita a superintendência ou tutela governamental no âmbito desse exercício».

Nos termos dos números 1 e 2 do artigo 49.º dos seus Estatutos (sob a epígrafe «independência»), prescreve-se que (n.º 1) «A ERSAR é independente no exercício das suas funções e não se encontra sujeita a superintendência ou tutela governamental, nos termos dos presentes estatutos e da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, sem prejuízo do disposto nos números seguintes» e (n.º 2) «os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes da ERSAR sobre a sua atividade reguladora nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução.»

de regulação, nomeadamente através dos instrumentos jurídicos que estavam ao seu dispor para consubstanciar essas atribuições e competências e da universalização da intervenção regulatória¹⁰⁸.

A eliminação da competência regulamentar em matéria tarifária, a indefinição das atribuições da ERSAR nessa matéria e, além disso, a diferenciação dos seus poderes em relação às entidades reguladas em função do tipo de entidade que está em causa, enfraquecem a entidade reguladora – a quem resta emitir recomendações, só podendo fixar as tarifas que uma parte dos agentes aplicam.

A este ponto acresce uma outra consequência que não pode deixar de se fazer notar: a aparente desconfiança do setor privado, a par de uma aparente confiança no setor público. Relativamente aos casos de sistemas de titularidade estatal e gestão privada, a ERSAR pode fixar tarifas; relativamente aos sistemas municipais e aos sistemas de titularidade estatal e gestão pública, não pode. Esta diferenciação tem na sua base um erro fundamental: o de se entender que a gestão pública irá conseguir alcançar, mesmo sem um vigilante ativo e fortalecido por instrumentos jurídicos adequados, níveis de eficiência na produção que lhe permitam praticar tarifas mais baixas do que o seu colega privado. Ora, não há evidência empírica que sustente esta crença – a qual só poderá ter, portanto, uma justificação ideológica. Segue-se, ainda, um outro equívoco fundamental: se não se está a pensar na possibilidade de o Estado ser mais eficiente a produzir que um privado e, portanto, poder praticar tarifas mais baixas por esse motivo, então é porque se assume que o Estado pode ser inefi-

108 A propósito da consagração constitucional de um estatuto de independência a entidades administrativas, J. Miranda e R. Medeiros entendem que, atenta a excecionalidade desse estatuto dentro da administração, se enquadram neste fenómeno apenas «*um conjunto restrito de entidades administrativas que justificam ou reclamam um estatuto de independência, por estarem vocacionadas para assegurar a tutela, em face do Governo e da restante Administração, de direitos fundamentais e de outros eminentes valores constitucionais especialmente suscetíveis de afetação por parte dos poderes públicos. Quando é precisamente do Governo ou de estruturas administrativas por ele dirigidas, orientadas ou controladas que advém o risco típico de lesão de tais interesses, a sua tutela tem de ser entregue a estruturas exteriores ao círculo de domínio governamental, dotadas de um regime de independência orgânica e funcional que lhes permita desempenhar as suas atividades garantísticas com especial isenção ou em contextos de conflito com as instâncias executivas.*» – cf. J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, Artigos 202.º a 296.º, 2.ª Ed. revista, 2020, p. 521.

ciente e, ainda assim, praticar preços reduzidos pelos serviços que presta, encarecendo as funções do Estado para todos¹⁰⁹.

6.5 Os despachos que mantêm em vigor os «regulamentos validamente aprovados pela ERSAR»

Por último, não pode deixar de se assinalar, com idêntica estranheza, o facto de existirem três despachos do Ministro do Ambiente e da Ação Climática, todos eles de 2021 – embora o último já publicado em 2022 –, referentes à matéria de regulação tarifária, atribuída por lei à ERSAR, que mantêm em vigor os «regulamentos *validamente* aprovados pela ERSAR». São eles:

- (i) o Despacho n.º 3465/2021, que mantêm em vigor os regulamentos validamente aprovados pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, designadamente o Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos;
- (ii) o Despacho n.º 6048/2021, que altera o Despacho n.º 3465/2021, que mantêm em vigor os regulamentos validamente aprovados pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, designadamente o Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos e;
- (iii) o Despacho n.º 114/2022, que altera o Despacho n.º 3465/2021, de 23 de março, na sua redação atual¹¹⁰.

109 Note-se que, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 5.º do Estatutos da ERSAR, «são atribuições genéricas da ERSAR assegurar a regulação e a supervisão dos serviços de águas, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, promovendo o aumento da eficiência e da eficácia na sua prestação, considerando a proteção dos direitos e interesses dos utilizadores, assegurando a existência de condições que permitam a obtenção do equilíbrio económico e financeiro por parte das atividades dos setores regulados exercidos em regime de serviço público, bem como o exercício das funções de autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano junto de todas as entidades gestoras de abastecimento de água» (realce nosso).

110 Publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 63, de 31 de março de 2021.

Quanto ao primeiro, repare-se, desde logo, na latitude de âmbito aparente, depois transmutada num único regulamento que é mantido em vigor, o Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos. Nos termos do n.º 1, «até à aprovação de novos regulamentos tarifários nos domínios do tratamento e de recolha seletiva dos resíduos urbanos, da captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, e da recolha, tratamento e rejeição de efluentes, mantêm-se em vigor os regulamentos validamente aprovados pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), designadamente o Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos (RTR), aprovado pela Deliberação n.º 928/2014, do conselho diretivo da ERSAR, publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 74, de 15 de abril de 2014, na sua redação atual, e respetivos documentos complementares.» No n.º 2 constata-se que «[a]s entidades gestoras de sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, que sejam entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos», relativamente às quais a ERSAR deixou de ter poderes de fixação tarifária, são, por via deste despacho, obrigadas a observar «no procedimento de aprovação de tarifas todas as regras e procedimentos definidos pela ERSAR, designadamente quanto a definição de métricas de eficiência, cálculo e definição dos desvios de recuperação de gastos, prazos, requisitos de informação e formato dos dados a fornecer» (realce nosso).

Já depois de iniciada a produção de efeitos deste Despacho, veio a ERSAR emitir recomendações a respeito do mesmo, referindo o Despacho n.º 3465/2021, de 31 de março, do Ministro do Ambiente e da Ação Climática, como suporte das suas recomendações¹¹¹. Nos termos do n.º 3

111 Cf. recomendações para efeitos de elaboração das propostas de revisão/atualização tarifária e da definição das métricas de eficiência para 2023 e 2024, dirigidas às entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal que prestam serviços de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas (disponíveis, à semelhança das restantes recomendações da ERSAR referidas adiante, em www.ersar.pt). De acordo com o texto destas recomendações, o Despacho n.º 3465/2021 vem «*determinar que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, que sejam entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos, observam no procedimento de aprovação de tarifas todas as regras e procedimentos definidos pela ERSAR, designadamente quanto a definição de métricas de eficiência,*

deste Despacho, determina-se que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos que sejam entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados são obrigadas a observar os procedimentos de aprovação dos planos de investimentos e respetivas alterações aí previstos. Nos termos do n.º 4 do Despacho n.º 3465/2021, determina-se que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos que sejam entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados «observam as regras definidas pela ERSAR no que se refere aos requisitos da informação e formato dos dados a fornecer para efeitos de apreciação dos planos de investimento e respetivas alterações.» Do n.º 5 resulta que «para efeitos do disposto nos números anteriores, devem as entidades gestoras considerar o período regulatório de 2022-2024, com a duração de três anos». O referido despacho produziu efeitos no dia seguinte ao da sua publicação e aplica-se aos pedidos de alteração submetidos à ERSAR após 1 de janeiro de 2021 – portanto, na plena vigência da alteração legislativa introduzida pela LOE 2021.

7. A mudança de paradigma após a entrada em vigor da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro: um balanço

O legislador aproveitou a «boleia» da LOE 2021¹¹² para alterar, de forma significativa, os Estatutos da ERSAR, aparentemente revertendo estas soluções. Com efeito, as alterações introduzidas em 2020 parecem reconfigurar a intervenção da ERSAR em matéria tarifária, particularmente no que diz respeito aos sistemas municipais. Esta intenção fica patente, por um lado, ao eliminar a referência à competência para regulamentar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal e, por outro, ao substituir as referências a «instruções vinculativas» e a «regulamentos tarifários» por «recomendações» quanto a

cálculo e definição dos desvios de recuperação de gastos, prazos, requisitos de informação e formato dos dados a fornecer. Neste contexto, vem a ERSAR emitir recomendações sobre os parâmetros genéricos, métricas de eficiência e outras recomendações a adotar nos orçamentos e projetos tarifários para [2023 e 2024] das entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal que prestam serviços de abastecimentos de água e de saneamento de águas residuais.» (realce nosso).

112 Sobre as «boleias» ou «cavaleiros orçamentais» como «normas alheias a qualquer relevante conexão com o conteúdo do orçamento», cf. A. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, 7.ª reimp. da 4.ª Ed., 1999, pp. 401-402.

essas tarifas¹¹³. Sendo esse o objetivo pretendido com a alteração legislativa em questão, poder-se-á concluir que o mesmo não foi plenamente conseguido. Isto porque, como houve oportunidade de analisar, as competências da ERSAR na definição ou condicionamento das tarifas praticadas nos sistemas municipais não se encontravam previstas apenas nos seus Estatutos.

O Decreto-Lei n.º 194/2009, que não foi visado por esta intervenção legislativa, manteve-se, assim, inalterado, continuando a fazer referência (i) à emissão de instruções vinculativas pela ERSAR quanto às tarifas a praticar pelos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor¹¹⁴; (ii) às regras contidas nos regulamentos tarifários aprovados pela entidade reguladora para os serviços em alta e para os serviços aos utilizadores finais enquanto parâmetro a que deve obedecer a definição das tarifas dos serviços municipais¹¹⁵; (iii) à possibilidade de a ERSAR fixar as tarifas se, no prazo de 30 dias após a emissão da instrução vinculativa, as mesmas não tenham sido adaptadas nos termos indicados por esta entidade reguladora¹¹⁶.

Manteve-se igualmente inalterado o regime financeiro das autarquias locais, especificamente o enunciado que incorpora o regulamento tarifário aprovado pela ERSAR no bloco de legalidade que os regulamentos tarifários aplicáveis às atividades de abastecimento público de água, saneamento de águas residuais e gestão de resíduos sólidos pelos municípios devem observar¹¹⁷.

Estes dados são suficientes para que se justifique indagar se as normas que atribuem competência à ERSAR para conformar a definição das tarifas dos serviços municipais através de norma regulamentar ou para as fixar no contexto do incumprimento das suas recomendações foram efetivamente eliminadas do ordenamento.

113 Cf. alíneas b) e d) do n.º 3 do artigo 5.º e o artigo 13.º dos Estatutos da ERSAR, na redação conferida pela Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

114 Cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 11.º, n.º 2 do artigo 11.º-A e alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º-B do Decreto-Lei n.º 194/2009.

115 Cf. n.º 1 do artigo 11.º-A do Decreto-Lei n.º 194/2009.

116 Cf. n.ºs 3 a 5 do artigo 11.º-B do Decreto-Lei n.º 194/2009.

117 Cf. n.º 5 do artigo 21.º da Lei n.º 73/2013.

A resposta afirmativa sustenta-se no argumento de que terá sido a forma menos «feliz» que escolheu para essa intervenção que impediu o legislador de ser bem-sucedido no seu propósito de eliminar as previsões de poderes regulamentares da ERSAR no domínio tarifário dos municípios¹¹⁸. Nesta linha, a circunstância de a intervenção legislativa sob a forma da «boleia orçamental» não ter visado todos os enunciados relativos a estas competências não seria decisiva por o seu sentido ser claro, podendo-se sustentar que os restantes preceitos contidos no Decreto-Lei n.º 194/2009 e no regime financeiro das autarquias locais foram implicitamente revogados.

A premissa central desta leitura reside na revogação da alínea a) do artigo 11.º e na nova redação conferida ao n.º 1 do artigo 13.º dos Estatutos da ERSAR. Estas alterações eliminaram (quase todas as) referências a regulamentos tarifários para agora conferir a esta entidade reguladora a competência para aprovar recomendações tarifárias, permitindo sustentar que a norma de competência regulamentar em matéria tarifária fora substituída por um instrumento de atuação informal. A circunstância de o n.º 2 do artigo 13.º aludir aos «regulamentos referidos no número anterior» afigurar-se-ia pouco decisiva neste contexto, correspondendo apenas a mais uma instância, além das já acima referidas, em que o legislador responsável pela LOE 2021 «atirou ao lado».

A questão adensa-se, no entanto, ante os despachos do Ministro do Ambiente e da Ação Climática que mantiveram em vigor os regulamentos tarifários «validamente» aprovados pela ERSAR, e que esta entidade reguladora tem considerado como base habilitante para emitir reco-

118 Suscitando a questão da conformidade constitucional das normas alheias à matéria orçamental com o argumento que a lei do orçamento é especial, apenas podendo ser alterada por proposta do Governo, pelo que o alargamento do seu âmbito «*viria a traduzir-se, em relação às matérias excrescentes, numa limitação da competência da AR e da liberdade de iniciativa legislativa parlamentar*», cf. J. J. Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, 2014, pp. 1112-1113.

O Tribunal Constitucional não se mostrou particularmente sensível a este argumento, tendo se pronunciado em mais que um aresto no sentido de não existir uma proibição expressa de inclusão de «boleias orçamentais» na lei do orçamento de Estado, colocando, no entanto, um critério de conexão entre as normas e a matéria orçamental como um possível limite aos cavaleiros orçamentais – cf., a título de exemplo, os Acórdãos com os n.ºs 461/87 e 141/2002. Sobre o tema, constatando não existir uma resposta unânime por parte da doutrina, cf. T. Duarte, *A Lei Por Detrás Do Orçamento*, 2007, p. 463 e ss.

mendações no contexto das propostas de revisão e atualização tarifária e da definição das métricas de eficiência.

Dois breves comentários a este respeito. Por um lado, assinala-se o incumprimento do disposto no artigo 12.º dos Estatutos da ERSAR, especificamente no que diz respeito à realização de um período de consulta pública previamente à aprovação ou alteração de qualquer regulamento que contenha disposições com eficácia externa. Por outro lado, é evidente a confusão instalada, em matéria de hierarquia e competências normativas, dado que é um ato normativo (despacho) do Governo a manter em vigor regulamentos de uma entidade reguladora. Fica, de todo o modo, evidente o panorama de indefinição no que concerne à intervenção da ERSAR no domínio tarifário, sendo, em todo o caso, seguro afirmar que, a confirmar-se a eliminação da norma de competência regulamentar em matéria tarifária, esta entidade reguladora perde um instrumento jurídico regulatório fundamental para o exercício independente das suas funções.

PARTE II

RECURSOS HÍDRICOS E TRANSIÇÃO CLIMÁTICA

O IMPACTO DAS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS SOBRE OS SERVIÇOS DE ÁGUAS

Rui Godinho

Resumo

Certamente uma das mais sérias “alterações globais” que ameaçam hoje o nosso futuro são as “alterações climáticas” e as suas determinantes influências sobre as “disponibilidades de água” face às necessidades para satisfazerem a crescente procura e a competição “desregulada” para os seus diferentes usos.

Os conflitos emergentes e as proporções com que já hoje se nos deparam as dimensões “sistémicas” e a “imparável” progressão das secas e da escassez de recursos hídricos em vastas áreas do Planeta inscrevem sem reservas a “água” na lista dos “Nove Limites do Planeta”. Urge, pois, trabalhar para estabelecer um “Novo Contrato Social nas Relações com o Planeta”, bem como estudá-lo e atuar como um “Sistema Único, Integrado e Suporte de Vida”.

A “Água e os Desastres Naturais” constituem, portanto, uma prioridade nacional a ser incluída nas Políticas e nas Medidas que integrem uma verdadeira “Estratégia Nacional de Segurança Hídrica para o País”, assente numa constante atualização das disponibilidades atuais e futuras, na qual se deverá inserir a implementação do PENSAARP 2030.

É também crucial um rigoroso trabalho sobre os impactos económicos e agrupá-los em função dos serviços de água, a que a ERSAR deverá ser associada, devendo também o PNUEA – Programa Nacional para o Uso Eficiente da Água ser assumido como instrumento fundamental, alinhando-o com as estratégias europeias e ODS da Agenda 2030.

O panorama nacional exige também uma legislação adequada para garantir que os ativos do setor da água e dos recursos hídricos sejam consi-

derados “ativos estratégicos” para a segurança, defesa e abastecimento do país, como elementos integrantes do conceito de Soberania Nacional.

1. O Ciclo da Água. Evolução Previsível até 2050

Abordarei a gestão deste recurso vital que é “Água”, fazendo uso de um modelo que adotamos no “**World Water Council**”, que designamos como “Five Fingers Alliance”, aqui expressa no relacionamento estratégico constituído por Água e Saúde, Água e Alimentação, Água e Energia, Água e Sistemas Urbanos, Água e Ecossistemas Ambientais (Biodiversidade).

O **Banco Mundial** no seu Relatório de 2016 “**High and Dry: Climate Change, Water and the Economy**”, seguindo o conceito anterior, conclui em síntese que estamos (estaremos) defrontados nas próximas décadas com um cenário global que assenta nos seguintes aspetos:

- ✓ Forte crescimento populacional, maiores rendimentos embora assimetricamente distribuídos, grandes cidades (megacidades), crescente e rápido desordenamento, aumento exponencial das necessidades de água;
- ✓ Balanços necessidades/disponibilidades mais críticos em água disponível, com origens mais erráticas e incertas, tanto no plano quantitativo como qualitativo (amplo e rápido aumento da poluição dos meios hídricos);
- ✓ Até 2050 as Cidades e outras concentrações humanas disporão de menos 2/3 da água do que dispunham em 2015;
- ✓ Competição cada vez mais intensa com a energia e a agricultura;
- ✓ A escassez acentuar-se-á na Bacia do Mediterrâneo, incluindo Médio Oriente e Sahel e estender-se-á à África Central (Subsariana), Ásia Oriental.

O Relatório citado acrescenta que no século XX a utilização da água aumentou 10 vezes e não parou de crescer nos últimos 10 anos, com uma tendência para superar estes valores, atendendo ao aumento populacional de 6,5 mil milhões em 2010 para 10 mil milhões em 2030 e 12 a

15 mil milhões em 2050, com uma forte concentração em meio urbano: em 2010 mais de 50% já viviam em cidades e metrópoles, verificando-se grandes carências em serviços de água e saneamento.

Acresce que 40% da população mundial vive, hoje em bacias hidrográficas sofrendo graves situações de stress hídrico, aumentando a incerteza e os riscos, causados pelas alterações climáticas, concretizados em irregularidades nos recursos disponíveis e uma maior expressão na ocorrência de escassez, secas e situações de eventos climatológicos mais extremas, assumindo em vastas áreas do Planeta, uma natureza sistémica.

Assim, uma correlação, cada vez mais estreita, entre as disponibilidades de água e os efeitos das mudanças climáticas em curso, aumentando os riscos rapidamente à medida que as temperaturas globais se elevam e vêm ganhando uma dimensão incontornável, expressa em, pelo menos, dois documentos fundamentais na preparação da Conferência do Clima de Glasgow (COP 26).¹

Segundo estes Relatórios, mais de 130 países sofrem uma profunda “insegurança hídrica”, afetando 1,5 mil milhões de seres humanos num triângulo entre a Ásia Central, Paquistão, o chamado Corno de África (Egito, Etiópia, Somália, Sudão), África Subsaariana, Bacia do Mediterrâneo e Sul da Europa (Portugal e Espanha), onde nos situamos. Outros 23 países sofrerão incrementos de escassez de água por causa do crescimento populacional desordenado e 38 nações serão afetadas por ambos.

O aquecimento global e as alterações climáticas associadas contribuem, de forma clara, para intensificar as secas no Sul da Europa e na África Ocidental, com previsão de o número de vítimas “crescer dramaticamente”, a menos que se atue de forma a travar esta tendência, antevendo-se secas mais frequentes e severas na maior parte da África, nas Américas Central e do Sul, no centro da Ásia, no sul da Austrália, no México e nos Estados Unidos, e mesmo na Europa.

As perdas económicas associadas desde 1998, ascendiam a, pelo menos, 103 mil milhões de euros, com tendência para aumentarem de forma significativa. Cenários de aumentos de temperatura média de 1,5

1 IPCC – *International Panel for Climate Change*, COP 26, Glasgow November 2021; *UNDRR Special Report on Drought 2021*_ UN Office for Disaster Risk Reduction, November 2021

°C, 2 °C, 3 °C, provocarão na União Europeia e no Reino Unido situações de seca com as perdas económicas a subirem para mais de 65 mil €/ano (hoje 9 mil milhões €/ano).

O previsível agravamento desta situação, que tende a tornar-se sistémica, como referido, pode vir a causar estragos numa escala que rivalizará com a pandemia de COVID-19, levando altos responsáveis a afirmar que “a escassez de água e a seca estão prestes a tornar-se a próxima pandemia, e não existe vacina para curá-la”, segundo a Senhora Mami Mizutori, Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, António Guterres, para a Redução de Risco de Desastres (UNDRR).

Há, portanto, que assumir uma perspetiva integrada do planeamento e da gestão dos Serviços da Água – Abastecimento e Saneamento – Ciclo Urbano da Água, como elementos indispensáveis para assegurar a “Segurança Hídrica” em todos os níveis de Gestão dos Recursos Hídricos: global, intercontinental e nas bacias hidrográficas transfronteiriças, bem como nacional, regional e local, colocando-a sem demora e mais hesitações no topo da Agenda Política nos diferentes níveis de decisão, tanto internacional, como regional, nacional e local, o que, infelizmente, não vem acontecendo. Citando, uma vez mais, o Secretário-Geral das Unidas, António Guterres, “os custos da inação serão sempre muito mais elevados que os valores a suportar com os montantes a alocar e os investimentos a realizar”.²

Os Nove Limites do Planeta

No entanto, acresce ser notório que, do extraordinário avanço no conhecimento, patente nos diferentes eventos e trabalhos de investigação sobre as “alterações climáticas”, resulta que ***a água é o mais importante fator a ter em conta na definição e aplicação das políticas para enfrentar os efeitos devastadores daquelas para a vida humana***, emergindo como o mais relevante no âmbito de “***Os Nove Limites do Planeta***”, segundo o **Centro de Resiliência de Estocolmo**³.

Como ficou ainda mais evidente na Pandemia de COVID-19, a água desempenha um papel central (como recurso absolutamente vital para os seres humanos) naquela abordagem.

2 Sustainable Development Goals and Agenda 2030

3 Stockholm University. Website: [Stockholmresilience.org](https://www.stockholmresilience.org)

Necessário, assim, se torna que as Ciências do Sistema Terrestre estudem o Planeta como um “**Sistema Único, integrado e Suporte de Vida**”, e que as decisões a tomar assentem neste princípio integrador.

Os Nove Limites do Planeta” elencados neste trabalho:

- ✓ *Esgotamento da camada de ozono na estratosfera;*
- ✓ *Integridade da biosfera;*
- ✓ *Poluição química;*
- ✓ *Concentração de CO₂ na atmosfera;*
- ✓ *Acidificação dos Oceanos;*
- ✓ **Consumo de água doce;**
- ✓ *Alteração do uso da terra (agricultura intensiva e superintensiva);*
- ✓ *Fluxos e consumos de azoto e fósforo (implicações graves na qualidade das disponibilidades e reservas de água por “eutrofização”);*
- ✓ *Carga de aerossóis na atmosfera.*

A este respeito, Maria Fernanda Espinosa, Ex-Ministra do Governo do Equador e Ex-Embaixadora das Nações para o Meio Ambiente (Expresso, setembro de 2020), conclui: “**É preciso um novo Contrato Social para estabelecer não só a harmonia nas relações entre a Humanidade, mas também nas nossas relações com o Planeta, porque infelizmente consideramos/tomamos a Natureza (e a água!!!), e os seus ciclos como garantidos e um adquirido sem limites e sem fim**”.

2. A Água e os Desastres Naturais. O caso de Portugal

Comparando com outros desastres naturais, as secas assumem uma maior perigosidade e danos mais profundos, por constituírem fenómenos mais prolongados. Podem durar décadas e afetar fortemente Bacias Hidrográficas, como as do Douro, Tejo e Guadiana, e outras Bacias

importantes do Centro da Europa, como o Danúbio e o Reno, como foi patente nos anos 2021 e 2022.

As previsões do Relatório do UNDRR confirmam outras perspetivas negativas quanto à acelerada incidência no espaço e no tempo dos efeitos da ocorrência de secas e da escassez de água, as quais estão em vias de poderem afetar o Planeta de forma sistémica.

A possibilidade de grande parte do Mundo poder vir a viver em situações de escassez de água nos próximos anos é real, com a procura a superar largamente as disponibilidades hídricas.

Outros efeitos relevantes verificam-se no uso ineficiente da água, na degradação dos solos devida a práticas agrícolas inapropriadas e intensivas, onde avultam as muito elevadas extrações de águas subterrâneas, que ultrapassam nitidamente, de uma forma continuada, a capacidade de recarga dos respetivos aquíferos.

O processo de desertificação, que já afeta uma parte do território nacional, é também provocado e suportado pelos fatores de risco que o Relatório das Nações Unidas nos apresenta.

3. As Disponibilidades Hídricas atuais e futuras em Portugal

É, portanto, chegado o momento de o encararmos, particularmente quando os sinais preocupantes de escassez e degradação da qualidade dos recursos hídricos são evidentes no Sul, no Alentejo e no Centro Interior do País.

Em fevereiro de 2022, 95,5% do território continental apresentava-se em seca severa e extrema.⁴

As situações que vêm sendo verificadas em Portugal, no que toca à ocorrência mais frequente de secas, cada vez mais prolongadas e, conseqüentemente, um acentuar da escassez no Algarve, Sudoeste e Interior Alentejano, Centro Interior a progredir para as Bacias do Centro e Norte, associadas a frequentes captações em “volume morto” de várias albufeiras e captações descontroladas e intensivas em importantes

⁴ Portugal – Avaliação das Disponibilidades Hídricas Atuais e Futuras e Aplicação do Índice de Escassez WEI+- Rodrigo Proença de Oliveira, IST, APA, dezembro 2021

aquíferos, tanto na Área Metropolitana de Lisboa, como nas áreas atrás mencionadas, coloca o País perante perigosos cenários quanto às nossas disponibilidades futuras.

Impõe-se garantir que as Bacias Hidrográficas, como “organizações naturais do território” possam ser planeadas e estruturadas como verdadeiros “corredores de desenvolvimento sustentável”, como inspiradamente as designou o Professor Augusto Mateus.

Estes factos, associados aos cenários, cada vez mais credíveis, de sermos confrontados com situações de escassez e carência extremas, devem suscitar, assim, uma preocupação crescente na sociedade portuguesa quanto à urgência na definição e aplicação de uma **Estratégia Nacional de Garantia de Segurança Hídrica para o País**.

Associando a estes factos uma clara insuficiente taxa de reabilitação e renovação das infraestruturas de abastecimento de água e saneamento em largas zonas do território nacional (a APDA vem propondo 1,5- 2% ao ano), ligada com o facto de terem ficado de fora do PRR quaisquer intervenções e financiamentos no “Ciclo Urbano da Água” e na “Gestão do Recursos Hídricos” na maior parte do País, excluindo mais de 92% do território continental. Com efeito, como referido na “**Pronúncia APDA sobre o PRR**”⁵, o setor sofreu tensões decorrentes da crise da década passada, ainda não superadas, com redução de financiamento disponível e de investimento, estando sujeito a vetores que agravam as suas circunstâncias, como a emergência climática (quer pelos seus efeitos nas disponibilidades hídricas, quer pelo esforço que imporá aos serviços na racionalização da sua prestação), a necessária revisão da dimensão energética, para obter maior eficiência, e a pressão regulamentar europeia, sobretudo perante a instabilidade de algumas soluções nacionais, como a possível assunção de responsabilidades na gestão das águas pluviais e a manutenção das incertezas sobre o tratamento de lamas.

Os serviços da água são também um elemento fundamental para a compensação da interioridade, já que estão presentes em todos os recantos do País. O mesmo se dirá para a gestão da água em todo o seu “ciclo ter-

5 Pronúncia APDA sobre Plano de Recuperação e Resiliência- Cf. Website APDA _Documentos

restre”. O diagnóstico do Conselho Superior de Obras Públicas no Parecer sobre o Programa Nacional de Investimentos- PNI 2030⁶ confirma-o.

Como temos reafirmado, sem água não há desenvolvimento. Serviços de abastecimento de água e saneamento de águas residuais que não cubram, com qualidade equilibrada e adequada, um Portugal inteiro, manterá um País a duas velocidades, com os défices estruturais do Setor a serem ampliados pela emergência climática e pela crise pandémica, cujas repercussões dos inevitáveis efeitos socioeconómicos que produz são previsíveis, pelo menos, até ao médio prazo.

Portanto, os défices estruturais do Setor, a não serem atacados de forma sustentada ver-se-ão fortemente ampliados pelos fatores atrás mencionados, comprometendo-se por mais um longo período a sua sustentabilidade.

Constata-se, assim, que as “Políticas Públicas” necessárias e adequadas tardam a ser tomadas e implementadas, nomeadamente a aprovação e implementação do documento estratégico que resultar do **PENSAARP 2030**, para o qual se reclamam consistência e coerência nas prioridades a estabelecer, e nos mecanismos da sua implementação.

A APDA pronunciou-se, em tempo, relativamente aos pontos críticos do projeto: a sobrecarga tarifária, as prioridades centradas no equilíbrio estrutural do setor da água e saneamento, a correção dos défices estruturais existentes e a necessária gradação, progressividade e sequência dos novos objetivos (Águas Pluviais, por exemplo⁷).

4. Impactos económicos e ajustamento das funções dos serviços de água

O ajustamento das funções da gestão da água, deverão considerar três princípios: uma abordagem de base voluntária e “bottom-up” para adequado ajustamento da escala a que deverão operar as “autoridades da água”, devendo, no entanto, prevalecer o escalão regional sempre que

6 CSOP_PNI 2030_Cf. Website APDA Documentos

7 Cf. Website APA Documentos: PENSAARP 2030

apropriado. Trata-se de **“Princípios da OCDE para a Boa Governança da Gestão da Água”⁸** que deverão estar presentes em todas as estratégias que visem construir e aplicar efetivas soluções de garantia da sustentabilidade dos serviços de água.

Porém, políticas descentralizadas de conservação da natureza deverão facilitar o caminho no sentido de uma melhor integração das políticas da água com a gestão da natureza e a biodiversidade em plataformas de cooperação, acordos conjuntos e outras soluções.

Conhecer e difundir os riscos associados à gestão da água (avaliação “multi-level”), nomeadamente os que comportam situações de escassez e de seca, bem como os relacionados com inundações e excessos de água serão indispensáveis, levando em conta os progressos induzidos pelos ganhos de eficiência e a inovação em toda a cadeia de valor.

Adicionalmente, urge reforçar os mecanismos independentes de prestação de contas para uma maior transparência na informação e na monitorização dos indicadores de desempenho, bem como os incentivos económicos para uma maior eficiência e equitativa gestão dos riscos relacionados com a gestão da água.

Alargar a “gestão do risco” aos ecossistemas, à biodiversidade e à saúde pública (pandemias), permitirá consolidar uma “matriz de risco” que deverá sempre acompanhar todos os processos de decisão em políticas públicas bem desenhadas, em articulação com os princípios económicos e instrumentos de regulação apropriados, reforçando os instrumentos aplicáveis, quer de natureza institucional e qualidade, como no plano económico (ERSAR).

5. Orientações políticas visando ajustamentos na governação da água e no seu financiamento

No sentido de se evoluir numa lógica integradora que a gestão dos recursos hídricos reclama, **impõe-se a realização de um amplo estudo sobre os custos económicos da poluição da água, com vista a estabelecer uma relação coerente entre a água, a agricultura, a indústria e a proteção da natureza.**

8 OECD Principles on Water Governance, 2015 www.oecd.org/gov/water

Também o reforço da coerência entre a água, território e ordenamento na base de uma legislação que enquadre um real Planeamento Ambiental terá de ser considerado e posto em prática, para que todas as vertentes que integram uma verdadeira **“Governança”** com futuro sejam assumidas.

No tocante aos serviços de água e saneamento, não poderá haver mais perda de tempo e desperdício de meios que no passado foram alocados ao segmento águas residuais. **Assim, há que organizar este segmento de uma forma mais coerente e integrada, reforçando a reutilização das águas residuais tratadas e considerando aspetos de âmbito e escala, revisitando de forma consequente o Ciclo Urbano da Água e fortalecendo os sistemas de financiamento (sem exclusões), de modo a assegurar a sustentabilidade a longo prazo.**

A obtenção de **“Segurança Hídrica”** deverá constituir um pilar fundamental das políticas ambientais e de ação climática, assumida como uma área-chave, criando reservas estratégicas de recursos hídricos superficiais e subterrâneos, associadas à aplicação de princípios e práticas de boa governança às disponibilidades e aos serviços de água e saneamento e promovendo o seu uso eficiente em todos os setores consumidores, designadamente através da implementação do **PNUEA – Programa Nacional para o Uso Eficiente da Água.**⁹

Urge a sua aplicação universal, generalizando-a todas as regiões já afetadas por secas, escassez de água e desertificação no Mundo, incluindo em Portugal e Espanha, dada a forte interdependência e partilha de recursos hídricos nas principais Bacias Hidrográficas Internacionais da Península Ibérica (Douro, Tejo e Guadiana).

No tocante a Portugal:

- ✓ Torna-se premente elencar as prioridades que necessariamente teremos de cumprir para a gestão da água e dos serviços de água e saneamento para os próximos dez anos, pelo menos;

9 PNUEA: Programa Nacional para o Uso Eficiente da Água-Plano de Implementação 2012-2020_www.apa.pt

- ✓ Confirmar a universalidade do acesso aos serviços de água e saneamento, em quantidade e qualidade, a preços socialmente justos e economicamente sustentáveis: serviço público e água potável e saneamento para todos (**Objetivo Desenvolvimento Sustentável n.º6**);
- ✓ Garantir, através de legislação adequada, que os ativos do setor da água e dos recursos hídricos sejam considerados “**ativos estratégicos**” para a segurança, defesa e abastecimento do país, como é o caso da energia, telecomunicações e transportes, corrigindo assim uma inaceitável ausência de “Água” no enquadramento legal deste conceito e medidas consequentes.

Não há futuro para a gestão sustentável da água sem ter em conta as várias ligações que estabelece com outros setores, onde assume um papel essencial, como a energia, agricultura e alimentação, indústria, cidades, território e o seu ordenamento e biodiversidade, constituindo uma das modalidades da “Aliança dos Cinco Dedos”, como a designamos no Conselho de Governadores do Conselho Mundial da Água;

No entanto, o seu papel crucial como fator de desenvolvimento não tem merecido a atenção que se impõe, sendo até mesmo esquecido pelos decisores na definição de políticas públicas.

6. Cinco Pilares para melhorar a Gestão da Água e dos Serviços de Água e Saneamento e Portugal

- ✓ **Garantir a Segurança Hídrica do País como contributo essencial da “segurança humana”;**
- ✓ Melhorar a “governança” dos serviços, aplicando, nomeadamente, os **Princípios da Boa Governança da OCDE;**
- ✓ Aplicar, sem demoras, o **PNUEA** – Programa Nacional para o Uso Eficiente da Água aos três principais consumidores: urba-

no, agricultura e indústria. (Ênfase especial na reutilização das águas residuais tratadas de ETAR);

- ✓ Promover o “**Valor da Água**”, a sua perceção e assunção por todos os “stakeholders”;
- ✓ Assumir a “**Inovação**” como uma constante da vida das organizações do setor.

A CONVENÇÃO DE ALBUFEIRA ANTE AS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS EM 2022: O ANO DOS TODOS EXTREMOS METEOROLÓGICOS

Amparo Sereno¹

Resumo

O presente trabalho analisa Convenção de Albufeira (CA) de 1998 – sobre cooperação para a proteção da água das bacias hidrográficas luso-espanholas (BHLE) – bem como o funcionamento dos organismos de cooperação instituídos para a implementação do referido Acordo. Esta Convenção tem mostrado ser um Acordo equilibrado, duradouro no tempo e em sintonia com o moderno Direito Internacional do Ambiente e da UE – nomeadamente, Diretiva Quadro da Água (DQA) e posterior legislação sobre a matéria. Sendo um facto que – por causa das alterações climáticas –, o Regime de Caudais necessita ser adaptado aos atuais e futuros cenários, o certo é que esta adaptação está prevista na própria Convenção, foi realizada uma vez (em 2008) e terá que ser feita novamente e tantas vezes quanto necessário para garantir o bom estado das massas de água. Assim, conclui-se que a CA está preparada para as alterações climáticas desde que o Regime de Caudais seja adaptado à real disponibilidade de água, dando prioridade à sua função ecológica sobre os usos económicos – fora o consumo doméstico que é um direito humano. No entanto, após 22 anos de funcionamento efetivo dos organismos de cooperação – desde 2000, ano em que a CA entrou em vigor – pode-se afirmar que estes ficaram bastante aquém das expectativas criadas pela CA. Especificamente, a Comissão de Acompanhamento e Desenvolvimento da Convenção (CADC) – organismo de

1 Professora de Direito no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL) do Instituto Politécnico de Lisboa (IPL). Investigadora integrada no Observatório de Relações Exteriores – Observare (Universidade Autónoma de Lisboa). Ciência ID <https://www.cienciavitaet.pt/cv/>; ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-5051-5139>

cooperação técnico – mostra não estar altura dos novos desafios, pelo que se propõe uma mudança natureza jurídica e estatuto da mesma.

Palavras-chave

Convenção de Albufeira (CA), Diretiva Quadro da Água (DQA), alterações climáticas, Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas (BHLE), águas de transição e costeiras

Abstract

This work analyzes the 1998 Convention of Albufeira (CA) – on cooperation for the protection of water in the Portuguese-Spanish river basins (BHLE) – as well as the functioning of the cooperation bodies established for the implementation of the aforementioned Agreement. This Convention has proven to be a balanced Agreement, lasting in time and in line with modern International Environmental Law and the EU – namely, the Water Framework Directive (WFD) and subsequent legislation on the matter. As it is a fact that – due to climate change – the Flow Regime needs to be adapted to current and future scenarios, the truth is that this adaptation is provided for in the Convention itself, it was carried out once (in 2008) and will have to be done again and as many times as necessary to ensure the good status of the water bodies. Thus, it is concluded that CA is prepared for climate change as long as the Flow Regime is adapted to the real availability of water, giving priority to its ecological function over economic uses - apart from domestic consumption which is a human right. However, after 22 years of effective functioning of the cooperation bodies – since 2000, the year in which the CA came into force – it can be said that they fell far short of the expectations created by the CA. Specifically, the Commission for Monitoring and Development of the Convention (CADC) – a technical cooperation body – shows that it is not up to the new challenges, which is why a change in its legal nature and status is proposed.

Keywords

Albufeira Convention (CA), Water Framework Directive (WFD), climate change, Portuguese-Spanish river basins (BHLE), transitional and coastal waters

1.Introdução

De acordo com o “Relatório Copernicus²”, 2022 bateu todos os records no aumento de temperatura a nível global e europeu. Previamente, o verão mais quente tinha sido em 2021. Isto é, não apenas nos países da Península Ibérica – frequentemente castigados pelas secas cíclicas – mas também nos “países insuspeitos” do Norte. Nomeadamente, no RU, na Irlanda, na França, no Luxemburgo ou na Suíça. Todavia a diferença entre a Europa do Norte e a Europa do Sul é a diferença entre a “areia seca e a areia molhada da praia”. Como muito bem explica o meteorologista Carlos Câmara³: “...a areia molhada e a areia seca recebem ambas a mesma radiação do sol, mas a que tem água precisa de muito mais energia para aquecer e, quando evapora, refresca, enquanto a seca nos escalda os pés. 2022 é um corolário desta metáfora...” Ou seja, tanto Portugal como Espanha, estavam a atravessar um período de escassez hídrica – devido à fraca precipitação em 2021 –, pelo que já em fevereiro do ano seguinte mais de 95% do território estava em seca extrema ou severa situação que chegou a 100% no verão quente de 2022. Neste ano a falta de água unida às ondas consecutivas de calor – seis entre a primavera e o outubro (ainda que com diferente intensidade nas várias regiões) – estavam a “escaldar o Sul da Europa” – leia-se os países da Península Ibérica.

Neste contexto, surgem nas manchetes dos jornais e na comunicação social (tanto lusa como espanhola) notícias alarmantes sobre uma nova guerra – como se não fosse suficiente com a Guerra da Ucrânia – a *guerra pela água entre Portugal e Espanha*⁴. “Guerra” esta que acabou com as cheias de dezembro⁵. Efetivamente, em 2022 coincidiram três fenó-

2 <https://climate.copernicus.eu/2022-saw-record-temperatures-europe-and-across-world>

3 Carlos Câmara (investigador do IDL/FCUL entrevistado por Carla Tomás) em “2022, o ano de todos extremos”, Expresso, 06/01/2023.

4 Sobre este sucesso tive oportunidade de dar a minha opinião, oportunamente no Jornal Público on line: <https://www.publico.pt/2022/11/03/opiniao/opiniao/cimeira-luso espanhola-diplomacia-agua-2026412>

5 Posteriormente, a 6 de janeiro de 2023, o Instituto Português do Mar e da Atmosfera (IPMA) declarou, oficialmente o fim da seca, mas também disse que dezembro de 2022 foi muito chuvoso, mas extremamente quente. O mais cálido dos últimos 92 anos. Cf. LUSA “Seca terminou em praticamente todo o território – IPMA” (06/01/2023). Veja-se também, “2022 foi um ano de vários recordes meteorológicos em Portugal e na Europa”. Público, 10/01/2023.

menos climáticos extremos e de signo contrário: a seca (que como antes referi já se alastrava desde 2021) as ondas de calor e os “dilúvios” de dezembro. Para isto devemos preparar-nos (“adaptar-nos”) porque “secas severas e precipitação muito intensa são duas faces da mesma moeda⁶”. Mas se as “secas/cheias” são cíclicas (ou conjunturais), a escassez do recurso está aqui para ficar. Ou seja, é estrutural. De acordo com um estudo publicado pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA⁷), nas últimas décadas a precipitação em Portugal diminuiu cerca de 15% e a disponibilidade de água reduziu-se em cerca de 20%, projetando-se que diminuía mais a pluviosidade (entre 10% a 25%) até final deste século.

Assim, tendo por certo que os efeitos das alterações climáticas (AC’s) são muitos e imprevisíveis – subida do nível do mar, furacões, tsunamis, ondas de calor, secas/cheias etc, – parece-me que, pelo menos aqui no Sul da Europa, adaptar-nos à escassez de água é já um imperativo incontestável. A este, suma-se outro facto irrefutável na Península Ibérica: a geografia. A posição de Portugal em todas as grandes bacias hidrográficas internacionais – com a exceção do troço internacional do Guadiana, a jusante de Pomarão (de que logo falaremos, com o devido pormenor) – faz com que, em palavras de Gonçalves Henriques⁸: *“Portugal recebe das bacias hidrográficas luso-espanholas cerca de metade dos seus recursos hídricos médios, em condições naturais”*. Logo, ter um Acordo sustentável ambientalmente e que partilhe de modo equilibrado as águas destas bacias torna-se cada vez mais relevante. Este Acordo

6 Carlos Câmara. *Ibidem*.

7 O estudo Avaliação das disponibilidades hídricas atuais e futuras e aplicação do índice de escassez WEI+, encomendado pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA) a um consórcio de empresas, composto pela Nemus, Bluefocus e Hidromod, teve por objetivo quantificar a atual situação de escassez e antecipar possíveis cenários futuros, face às projeções de aumento da temperatura, diminuição da precipitação, e diminuição das disponibilidades hídrica superficiais e subterrâneas, assim como do aumento da sua variabilidade inter-anual e sazonal. Cf. <https://participa.pt/pt/consulta/avaliacao-das-disponibilidades-hidricas-atuais-e-futuras-e-aplicacao-do-indice-de-escassez-wei>

8 GONÇALVES HENRIQUES, A.- “Reflexões sobre a monitorização dos recursos hídricos, a convenção de Albufeira e o licenciamento de descargas nas massas de águas, a propósito do incidente do rio Tejo em janeiro de 2018”. *Revista Recursos Hídricos APRH*. 39 (1). 2018, p 17 .

existe desde 1998. Chama-se Convenção de Albufeira⁹ (CA). Porém, só nos lembramos dela quando há seca ou, então, para dizer que é necessário uma revisão da mesma¹⁰. Mas será que a CA é uma “Convenção antiquada”, obsoleta face às rápidas e radicais mudanças climáticas antes referidas e das que nós próprios somos já testemunhas? Será que a nossa Convenção está preparada para as AC’s?

2 A Convenção de Albufeira. Breve resenha histórica

2.1 Introdução

O relacionamento luso-espanhol em matéria de recursos hídricos foi razoavelmente bom se comparado com as experiências em idêntica matéria entre países vizinhos – como por exemplo os EUA com o México e com o Canadá. Nestes casos, até à década de 50 do s. XX, os EUA que na maioria das bacias internacionais ocupam uma posição a montante relativamente aos seus dois vizinhos (o Canadá e o México) invocaram a denominada *doutrina Harmon* – também conhecida como tese da soberania territorial absoluta. De acordo com a mesma, os EUA tinham soberania sobre todos os recursos, incluídos os rios internacionais, situados no seu território e, portanto, podiam executar quaisquer obras hidráulicas, independentemente dos efeitos causados a jusante, ou seja, em território canadiano ou mexicano. Desde 1864 que Espanha e Portugal assinaram diversos Acordos sobre rios internacionais (ver **Apêndice I**), mas eles serviram para estabelecer fronteira e para a partilha equitativa do potencial hidroelétrico ou hi-

9 Não o digo apenas em muitos dos meus anteriores trabalhos (aqui citados) ou de autores diretamente envolvidos na redação do Acordo, também noutras latitudes somam-se a este “coro”. Ver, por exemplo, BARANYAI, G. - European water law and hydro politics: an inquiry into the resilience of transboundary water governance in the European Union. Tese de Doutoramento. Pázmány Péter Catholic University. Faculty of Law and Political Sciences, Budapest. 2019

10 A revisão da CA é pedida desde várias ONGA e Associações tanto espanholas como portuguesas e inclusive ibéricas (caso da FNCA). Mas esta solução legislativa até teve o seu eco na “casa da democracia”. Neste sentido, veja-se a Resolução da AR nº 28/2020, de 16 de junho, pela que se “recomenda ao Governo a revisão da Convenção de Albufeira, para defesa do rio Tejo e demais bacias hidrográficas dos rios internacionais e seus afluentes”.

dráulico dos rios internacionais. Em nenhum momento deste relacionamento, já histórico, algum dos vizinhos ibéricos invocou as teses “radicais” relativamente à soberania sobre os recursos hídricos internacionais. Nomeadamente a tese da soberania territorial absoluta – como os EUA fizeram e que Espanha poderia ter invocado, dada a sua posição a montante em praticamente todos os troços internacionais dos rios – ou a tese da integridade territorial absoluta¹¹. De acordo com esta última – que ainda hoje é defendida por países como o Egipto e o Sudão, na Bacia Internacional do Nilo – os Estados situados a jusante exercem um autêntico direito de veto sobre todo e qualquer projeto planeado a montante que possa causar danos no seu território – independentemente da magnitude dos mesmos. Tão pouco Portugal invocou nunca tal tese contra Espanha.

Contudo, o bom relacionamento que até à data tinha sido a tônica geral da cooperação luso espanhola em matéria de recursos hídricos internacionais, viria a ser primeiro beliscado por obras de grande envergadura como o Aqueduto Tejo-Segura (ATS) que a finais da década de 60 começou a transferir água desde uma bacia internacional (o Tejo) para uma outra nacional situada na vertente mediterrânica: o Segura. Mais tarde, os sucessivos projetos de “Planes Hidrológicos Nacionales” (ver **mapa Projeto PHN 1994**¹²) propostos pelas diferentes famílias políticas que se alternaram no poder desde a “Ley de Aguas” espanhola de 1986 até à atualidade e que previam transvases de diferentes bacias – incluída a BHI do Douro – fez “soar as alarmes” a jusante, ou seja, em Portugal.

11 Um estudo mais pormenorizado das teses da soberania territorial absoluta e da integridade territorial absoluta, bem como exemplos a nível internacional da aplicação das mesmas aos recursos hídricos, pode ler-se em Amparo SERENO, O Regime Jurídico das Águas Internacionais. O caso da Regiões Hidrográficas Luso-Espanholas, (tese de doutoramento orientada pelo Prof. Diogo Freitas do Amaral e pelo Prof. Rui Medeiros), editada e publicada pela Fundação Gulbenkian (FG) e pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), Lisboa, 2012. Cap.I.

12 Fonte: “Memoria del Plan Hidrológico Nacional. Sistema integrado de Equilibrio Hidráulico Nacional (SIEHNA) para el horizonte 2012”. “Ministerio de Obras Públicas y Transportes” (Espanha)



Importa aqui referir a relevância estratégica que para Portugal tinha – e ainda hoje tem – a Bacia do Douro por ser a mais importante, não apenas em volume de caudais, mas também em termos de produção energética.

As negociações entre Espanha e Portugal, que culminariam com a adoção da Convenção de Albufeira (CA) de 1998 começaram na década de 90. Um dos objetivos de Portugal era evitar que os transvases projetados por Espanha tivessem como origem as bacias internacionais, bem como garantir uns caudais mínimos – tanto em quantidade como em qualidade – que entrassem nos troços fronteiriços das BHI provenientes de Espanha. A verdade é que os sucessivos projetos de “Planes Hidrológicos Nacionales” existentes desde a década de 90 até 2001 foram consecutivamente “bloqueados”, tendo-se limitado o último deles a projetar transferências unicamente a partir de uma bacia nacional, o Ebro – e mesmo este acabou por ser alterado, de modo a paralisar as obras do novo “Mega-Aqueduto”. Entre as causas que explicam a paralisação destes projetos contam-se as razões de carácter internacional: a estratégia seguida por Portugal nas negociações conducentes à aprovação da Convenção de Albufeira (CA). Esta decerto influenciou a decisão de abandonar os projetos de transferências com origem nas BHI (especialmente o Douro), recorrendo-se à única hipótese nacional que restava a Espanha para transvasar água de Norte a Sul: o Ebro. Uma vez que,

como sabemos, o projeto de transvasar água a partir do Ebro também foi abandonado, as Bacias do Sul (Tejo e Guadiana) acabaram por ser as mais expostas, não apenas às AC's, mas também às captações de água com destino a outras bacias espanholas – leia-se “transvases”.

2.2. A Convenção de Albufeira e a evolução da cooperação luso-espanhola

2.2.1 Introdução

A CA constitui um Acordo equilibrado e juridicamente meritório, tanto comparado com os seus antecessores (ver **Apêndice I**), como com outros acordos internacionais sobre a matéria¹³. Enquanto os seus antecessores estavam limitados apenas aos troços internacionais dos rios, às águas superficiais e a determinados usos – hidroelétricos ou hidráulicos – a CA tem um objeto e âmbito muito mais amplo: primeiro, porque inclui todos os usos; segundo, porque aplica-se tanto às águas superficiais como às subterrâneas, e; por último, mas não menos importante, porque o seu âmbito se estende a todas as bacias hidrográficas internacionais. Ou seja, como se pode ver no seguinte **mapa do âmbito de aplicação da CA**¹⁴, a mesma aplica-se às bacias do Minho, Lima, Douro, Tejo e Guadiana e visa o uso sustentável da água no âmbito dessas BHI. Isto é, tem uma preocupação pela proteção ambiental das mesmas que os anteriores Convénios Luso-Espanhóis sobre a matéria ignoravam quase por completo. A CA, muito influenciada pela filosofia da DQA, está claramente em harmonia com a mesma no que se refere à prosequção dos objetivos de carácter ambiental. De facto, como explica Gonçalves Henriques¹⁵, a DQA foi aprovada muito por causa de “tenacidade portuguesa” durante a Presidência da UE em 2000 “...*Se essa ocasião tivesse sido perdida, a proposta de Diretiva cairia por força da aplicação das regras do Tratado sobre o processo*

13 Uma análise comparada da CA com outros acordos internacionais pode ler-se em Amparo SERENO, O Regime jurídico das águas internacionais...op.cit. Cap.III.

14 Fonte: <http://www.cadc-albufeira.eu/pt/enlaces/>

15 GONÇALVES HENRIQUES, A.- “Revisão da Diretiva Quadro da Água”. Revista Recursos Hídricos APRH. Vol. 39, N.º 2, outubro de 2018, p. 25 .

de conciliação e provavelmente a Convenção de Albufeira não seria mais do que uma peça de museu”.

Contudo, a Convenção vai para além da DQA, no que se refere à gestão quantitativa de caudais – Regime da Caudais, constante do Protocolo Adicional (PA) –, uma vez que foi concebida como um princípio e não como um fim em si mesma. Os caudais acordados tinham carácter transitório e ficaram ainda muitas lacunas por colmatar, tendo os organismos de cooperação um papel crucial nessa tarefa. Com efeito, cabe a estes organismos atualizar o Acordo e adaptá-lo às circunstâncias de cada época – especialmente a fenómenos extremos como cheias e secas cíclicas associados às alterações climáticas.



2.2.2 Os organismos de cooperação da Convenção de Albufeira

A Convenção instituiu dois organismos de cooperação: a Conferência das Partes (CoP) e a “Comissão para o Acompanhamento e Desenvolvimento da Convenção” (CADC). Enquanto a CADC constitui uma Comissão técnica, a CoP tem um carácter marcadamente político, atuando como uma segunda instância chamada a intervir quando não se chega a acordo na primeira, ou seja, no seio da CADC. Neste aspeto, o *modus operandi* do binómio CoP – CADC lembra o tandem criado pela Convenção do Reno: Comissão técnica – Comissão de representantes dos Governos, sendo que esta última reúne apenas para as questões mais melindrosas, de modo a ultrapassar as situações de impasse, reforçando a cooperação e, tal como parece ser a intenção da CoP, dinamizando-a quando ela esmorece.

Após 22 anos de funcionamento efetivo dos organismos de cooperação – desde 2000, ano em que a CA entrou em vigor – pode-se afirmar que estes ficaram bastante aquém das expectativas criadas pela CA: **em primeiro lugar**, mostrou ser um órgão menos dinâmico do que devia, pois nem sequer cumpriu totalmente as funções consideradas prioritárias porquanto sujeitas a prazo pela Convenção – na maior parte dos casos, estes precisaram de ser prorrogados; **em segundo lugar**, a sua estrutura é um tanto frágil, pois depende do bom funcionamento dos grupos de trabalho (GT) criados com carácter bastante precário e casuístico; **em terceiro lugar**, a falta de conexão com outras autoridades operando ao nível da RHI, – quer na escala horizontal quer na vertical – derivou para a não aplicação, na prática, do princípio de subsidiariedade. Até à data não foram criadas as Subcomissões por bacia – previstas na Ata da I Reunião Plenária da CADC (2000) – e que permitiriam a esta ter um contacto mais próximo com as autoridades, operando a nível regional e local e vice-versa; **em quarto lugar**, o acesso à informação e participação pública são áreas claramente deficitárias, verificando-se um distanciamento entre a Comissão e a sociedade civil. A “participação pública” continua a ser uma espécie de “parente pobre” da legislação ambiental – mesmo a DQA, ainda que falando de uma “participação ativa” de facto apenas a exige a cada seis anos, aquando da elaboração dos planos da região hidrográfica. No que toca à participação na CADC, a situação é especialmente grave, pois continua a reinar não apenas a

opacidade – como já referi em trabalhos anteriores¹⁶ – mas também um certo elitismo. Neste sentido, outros trabalhos mais recentes, recorrendo a métodos não jurídicos – designadamente, entrevistas de alguns dos atores principais – revelam que ainda há quem verbalize que não se deve envolver a cidadania “não especializada” em processos de participação em matéria de gestão da água¹⁷. De facto, as “sessões de participação pública” até agora são realizadas cada seis anos no âmbito do planeamento da DQA e de carácter simbólico – sendo positivo que sejam localizadas em cidades raianas, o que permite a participação de portugueses e espanhóis conjuntamente. Todavia, estes procedimentos estão muito longe do tipo de participação estrutural que se desenvolve no seio doutros organismos de cooperação internacional análogos – como por exemplo, a Comissão do Reno ou a Comissão do Danúbio. Aliás, um pressuposto fundamental para uma participação de qualidade é a transparência e o fácil acesso à informação, o que na prática não tem acontecido. A página web da CADC tem funcionado de modo intermitente e deficitário¹⁸. No momento em que escrevo este trabalho, nem sequer consigo ter acesso às últimas atas da CADC¹⁹.

16 Cf. SERENO, O Regime Jurídico das Águas Internacionais...Op. Cit. Pags. 693 e ss.

17 De acordo com Raquel Palermo: “... Dos nove entrevistados, 6 participaram em reuniões de negociação ou aplicação da CA, 5 têm experiência anterior ou presente na direção ou administração de entidades responsáveis pela gestão de recursos hídricos, dois são ex-ministros – tendo um sido ministro do ambiente –, 6 têm ligação ao mundo académico e 3 têm experiência em associações de recursos hídricos ou ONG ambientais.....dois consideraram que existiam mecanismos de participação adequados e um dos entrevistados discordou da ideia de envolver a população não especializada....” PALERMO, R. et all. Bacias hidrográficas luso-espanholas – desafios da governança para a sustentabilidade Revista Recursos Hídricos, Vol. 43, N.º 1, R. p. 38 e p.41

18 esteve inoperativo durante quase dois anos (entre 2013 e 2014), o que obviamente limitou o acesso à informação, requisito sine qua non para uma participação pública ativa. Posteriormente, e talvez ante a iminência da 3ª CoP realizada em 2015, o site voltou a estar on line e felizmente assim se manteve até à data. Cf página web da CADC [Consult. 28 janeiro 2016]. Disponível na internet:

<URL: <http://www.cadc-albufeira.eu/pt/>.

19 Cf. site da CADC: <http://www.cadc-albufeira.eu/pt/> (ou <http://www.cadc-albufeira.eu/es/>). As últimas atas desta comissão são a de uma reunião realizada no Porto, a 27 de novembro de 2017 (no site português) e outra (no site espanhol) realizada em Madrid, a 25 de outubro de 2018. Desde esse ano que não se pode saber, através de fonte fidedigna e oficial, o que se decide (ou não se decide) na CADC. Assim, se houve (ou não) declaração de estado de exceção por parte de Espanha (declaração esta que justificaria o incumprimento dos caudais acordados) a mesma está “no segredo dos deuses”.

ANO	CADC ²⁰ Reuniões Plenárias	CoP
2000	I , 17-18 julho, Lisboa	
2001	II , 9-10 janeiro, Madrid	
2002	III , 22-23 abril, Évora	
2003	IV , 10-11 dezembro, Madrid	
2004		
2005	V , 31 Maio- 1 junho, Lisboa	I , 27 julho, Lisboa
2006	VI , 13-14 fevereiro, Madrid VII , 10 julho, Lisboa	
2007	VIII , 8 maio, Madrid IX , 22 novembro, Lisboa	
2008	X , 18 fevereiro, Madrid XI , 4 julho, Saragoça	II , 19 fevereiro, Madrid
2009	XII , 31 março, Lisboa	
2010	XIII , 14 janeiro, Madrid XIV , 19 de julho, Lisboa XV , 16 de dezembro, Madrid	
2011		
2012	XVI , 19 de dezembro, Lisboa	
2013	XVII , 18 de dezembro, Madrid	
2014	XVIII , 18 de dezembro, Lisboa	
2015		III , 20 de julho, Porto
2016	XIX , 8 de Março, Madrid	
2017	XX , 27 de Novembro, Porto	
2018	XXI , 25 de Outubro, Madrid	
2019		
2020	XXII 30 de setembro, videoconferência	
2021		
2022		

20 Fonte: elaboração própria. Nos anos em que a tabela aparece em branco não temos tido acesso através do site da CADC à correspondente Ata anual (exigida pela CA no artigo 23º).

Por último, como se pode ver na **tabela**, a própria Comissão não tem cumprido o mínimo de uma reunião anual prevista na CA (Art. 23º). Este facto poderá não ser, em si mesmo, preocupante – tendo em conta que de modo formal ou informal os grupos de trabalho (GT) poderão ter reunido –, mas revela uma certa inércia. Todavia e esta questão me parece mais relevantes, a CoP – que tem por missão dinamizar a cooperação –, também não parece muito preocupada no assunto. Isto é, até ao momento não houve qualquer intenção de que – tal como acontece com as suas congéneres europeias – a CADC seja uma instituição robusta com personalidade jurídica e orçamento autónomo. Antes se configura como um organismo intergovernamental, centralizado e muito dependente do “governo do dia”. Todavia a fragilidade da Comissão é colocada em evidência nos momentos de crise. Isto é, perante os incumprimentos do regime de caudais (Art. 16º da CA e Protocolo Adicional da CA).

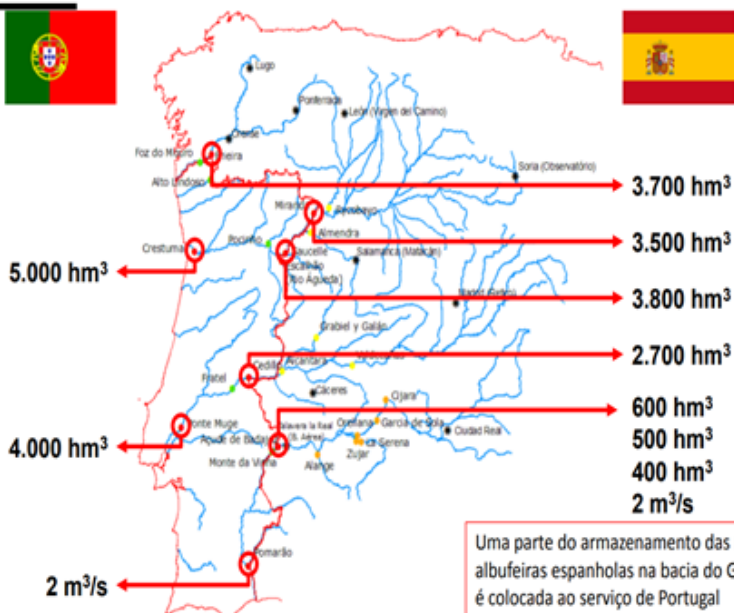
2.2.3 O *modus operandi* face aos incumprimentos do regime de caudais

De modo muito sucinto podemos definir o regime de caudais – descrito de modo mais extenso em trabalhos anteriores para os quais remeto²¹ – como os valores (descritos numericamente em hectómetros cúbicos) que Espanha deve deixar passar para o outro lado da fronteira anualmente e que são monitorizados em determinados pontos de controlo situados em barragens fronteiriças (tanto espanholas como portuguesas) – com a exceção de Ponte de Muge (no Tejo) e Crestuma (no Douro). Estes valores anuais/totais são diferentes em cada BHLE, como se podem observar no **mapa**²² da página seguinte

21 Cf. SERENO, O Regime Jurídico das Águas Internacionais...Op. Cit. Pags. 693 e ss.

22 Fonte: SERRA, P., apresentação no Grupo de Trabalho ‘Revisão da Convenção de Albufeira’ Comissão de Ambiente, Ordenamento do Território, Descentralização, Poder Local e Habitação. Assembleia da República 09/05/2018.

2 – CONVENÇÃO DE ALBUFEIRA



O PA da CA foi revisto, pela primeira e única vez até a momento, em 2008, visando que os caudais não fossem controlados e entregues apenas anualmente, mas sim trimestralmente e semanalmente. No caso de Pomarão (Guadiana) o caudal médio diário de 2 m³/s foram estabelecidos por Portugal unilateralmente²³ – assunto do que abordaremos mais a frente neste trabalho.

Uma vez que a posição espanhola é a montante em todas as BHLE – com a exceção do Guadiana, no ponto de Pomarão –, resulta óbvio que a maioria dos incumprimentos são espanhóis, podendo-se afirmar que nas duas últimas décadas Espanha incumpriu em todas as BHLE, salvo no Minho/Lima. Mas também Portugal terá incumprido no Guadiana (Pomarão), bem como em “Ponte de Muge” (no Tejo). Neste

23 Cf. Art. 5º 2 b) do PA da CA. Porém a CA não menciona que este caudal foi estabelecido unilateralmente por Portugal. Esta informação foi obtida posteriormente através de declarações nos meios de comunicação social e apresentações públicas de trabalhos sobre a CA, nomeadamente, em: SERRA, P. apresentação no Grupo de Trabalho...Ibidem.

ponto, como refere R. Palermo²⁴: “O problema não é apenas o de os caudais não serem, de facto, medidos nesta estação de monitorização (é uma seção móvel, de geometria altamente variável) e terem de ser calculados por extrapolação da curva de vasão, mas também de os dados, para chegar a esses cálculos, não estarem disponíveis”. Por outras palavras, não se pode saber com exatidão se Portugal cumpriu o regime de caudais (ou não) em “Ponte de Muge” durante os já 22 anos de vigência da CA. Poder-se-ia afirmar que esta questão é de todo irrelevante, visto que o incumprimento em “Ponte de Muge” em nada iria causar qualquer dano em Espanha. Importa lembrar, porém, que a CA remete para a DQA no Art. 2º e este caudal terá sido acordado como sendo o mínimo para manter o bom estado da água no Estuário do Tejo e nas águas costeiras até uma milha náutica – exigência da DQA (Art. 2º 15). Esta mesma explicação serve para justificar a existência de uma outra estação de monitorização na barragem de Crestuma (perto do Porto, pouco antes da foz do Douro). Relativamente a Pomarão (perto de Mértola, no Guadiana) os caudais foram unilateralmente decididos por Portugal e o próprio Ministro do Ambiente português²⁵ terá dado conta do incumprimento.

24 Como refere um dos entrevistados: “A informação que substitui Ponte de Muge quando teoricamente Ponte de Muge não funciona – e acho que nunca funcionou – também não existe. Há regras, mas quando olhamos para a sua aplicação é impossível, porque a estação alternativa [Almourol] também não tem dados”. PALERMO, R.- Os desafios da gestão partilhada das bacias hidrográficas luso-espanholas – Estudo de Caso do Rio Tejo. Dissertação para a obtenção de grau de mestre em Urbanismo Sustentável e Ordenamento do Território. FCT/FCSH-Nova. 2020. P.130.

25 Durante a anterior seca na Península, aquela que coincidiu com os trágicos incêndios de Pedrogão Grande, vieram a público – concretamente, através da LUSA (27.11.2017) e atrás dela outros meios de comunicação portugueses – notícias de que Espanha não cumpriu os caudais mínimos nem no Douro, nem no Tejo, nem no Guadiana durante o anterior ano hidrológico (entre 1 de outubro de 2016 e 30 de setembro de 2017). Esta notícia, baseada numa informação cuja fonte era a ONGA ZERO foi posteriormente desmentida pelo Ministro do Ambiente português e pela sua homóloga espanhola. Ambos coincidiram em que o único incumprimento (durante uma semana) se tinha produzido no Tejo devido a obras no açude de uma barragem espanhola – acabadas as quais Espanha terá entregue os caudais necessários para cumprir a Convenção – e no Guadiana o incumprimento, excepcional, terá sido por parte de Portugal (e não de Espanha).

Todavia, poder-se-ia afirmar que, pelos danos causados a jusante, os incumprimentos espanhóis são mais graves e frequentes, mas a verdade é que tanto em uns casos como em outros, a CADC nem se tem pronunciado, nem parece ter tomado medidas para responsabilizar o transgressor²⁶. O “padrão de conduta” nestes casos é: denúncia da transgressão por parte de sociedade civil – leia-se ONGA’s, Presidentes da CM ribeirinhas, associações de pescadores ou desportos náuticos etc, – divulgação pela comunicação social e guerra de dados entre sociedade civil e fontes oficiais – leia-se APA, ou outras fontes do Ministério do Ambiente português e/ou espanhol. Por vezes, o “Ministro do dia” justifica o incumprimento espanhol e desmente os dados das outras fontes que circulam na comunicação social. Por outras palavras, a CADC jamais “dá a cara” pelo modo em como se aplica a Convenção. Os problemas solucionam-se com grande opacidade e centralismo – a nível dos Ministros do Ambiente – sem que saibamos ao certo qual foi a responsabilização/indemnização pelo dano causado pela Parte transgressora. Com alguma frequência, o que se noticia, através da comunicação social, é que Espanha compensa entregando os “caudais” que devia e que não conseguiu entregar no devido prazo por causa da uma das muitas secas que cada vez com mais frequência se sucedem ou outros imprevistos como obras, etc. Obviamente que este *modus operandi* desvirtua o previsto na CA, que estabelece que em caso de uma severa diminuição do caudal armazenado nas barragens espanholas, Espanha pode declarar o estado de exceção o que a isentaria da obrigação de cumprir o regime de caudais. Sem embargo, Espanha insiste em incumprir sem declarar o estado de exceção e Portugal tolera. Porque tolera? De modo expresso, não encontramos uma só Ata da CADC que refira as razões – diplomáticas ou outras –, que justifiquem esta tolerância. Especialmente, nos casos mais graves de incumprimento – ocorridos tanto no Tejo, como no Guadiana – Espanha poderia ter declarado estado de exceção e não o fez. Também no Douro – apesar desta ser uma Bacia situada mais ao Norte e, portanto, com maior abundância de água – houve incumprimentos. Se bem que estes estiveram relacionados antes com a gestão do caudal realizado pela Hidroelétrica – SA privada situada em território

26 Cf. SERENO, O Regime Jurídico das Águas Internacionais...Op. Cit. Pags. 693 e ss.

espanhol – do que com a real escassez de água. No entanto, em 2022²⁷, e devido à expansão das zonas de regadio no Douro vimos reivindicações de agricultores espanhóis no sentido de Espanha reter mais água para satisfazer a escassez. Mais uma vez, Portugal tolerou o incumprimento e a APA²⁸ até justificou referindo que: “...ambos os países acordaram, no rio Douro, que Espanha diminuísse os volumes lançados neste final de mês (que é igualmente fim do ano hidrológico). Dessa forma, Espanha armazenava para Portugal água que nos poderia vir a ser necessária na persistência de falta de chuva em outubro e novembro,... ele fluiria no essencial para jusante, ou seja, para o mar, por falta de capacidade de armazenamento em Portugal no rio Douro...” Eis que, encontramos na APA uma justificação típica do Ministério da Agricultura (“a água que a agricultura não consome: perde-se para o mar!”). Parece que afinal, o verdadeiro inimigo é o mar, quando este nada mais faz do que reclamar o que lhe pertence. Ou seja, o denominado “caudal de chegada”. O mesmo inclui tanto os materiais sólidos como os líquidos que chegam ao mar, uma vez que os rios não apenas levam água, mas também os valiosos sedimentos que repõem a areia das praias – um valor não apenas ambiental, mas também económico. Especialmente nos países do Sul de Europa onde a praia é um aliciante fundamental para um setor económico tão poderoso como o turismo. Devido à retenção de água e sedimentos nas numerosíssimas barragens construídas nos rios, o caudal chega com pouca força ao mar e arrasta menos sedimentos. O que provoca dois efeitos nocivos para o ambiente: por um lado, o fenómeno conhecido como “cunha salina” – ou seja penetração das águas salgadas do mar cada vez mais a montante do rio, de modo que as águas se tornam semisalgadas e inaptas para consumo humano ou agricultura; por outro lado, a falta de sedimentos (caudal sólido) que provoca ou acentua a erosão costeira. De modo que, em muitas praias deve ser realizada a reposição artificial de areia para evitar ou, pelo menos, adiar,

27 Cf. Jornal de Notícias – “Protesto. Milhares de agricultores espanhóis querem impedir envio de água para Portugal”. 19 de setembro de 2022. <https://www.in.pt/nacional/milhares-de-agricultores-espanhois-querem-impedir-envio-de-agua-para-portugal-15178290.html>

28 Cf. APA 2022 “Esclarecimentos da APA” em: <https://apambiente.pt/destaque2/esclarecimento-apa>

o desaparecimento das mesmas. Imponta referir que este procedimento, normalmente pago pelas entidades públicas, resulta extremamente oneroso. Daí que a DQA inclua como sendo objeto da sua proteção, não apenas águas doces, mas também as denominadas “águas de transição e costeiras” – até uma milha náutica na costa.

2.2.4 Os problemas latentes: os transvases no Tejo e no Guadiana

2.2.4 a) Os transvases no Tejo

No Anexo ao PA da CA (“Bases do Regime de Caudais”) consta que: “1 — *O regime de caudais previsto no artigo 16º da Convenção e regulado no Protocolo Adicional funda-se nas seguintes bases: “...b) Para o rio Tejo, o regime do Convénio de 1968 contempla já a faculdade de transferência, por parte de Espanha, de águas da bacia hidrográfica para outras bacias hidrográficas, até ao valor de 1000 hm³ /ano;”*

Esta quantidade (1000 hm³) era a que na teoria poderia ser transferida cada ano através do Aqueduto Tejo-Segura (ATS) da bacia internacional para outras bacias internas espanholas situadas na vertente mediterrânica – sobretudo para a bacia do Segura, mas também para Almería. Porém, esta ingente quantidade de água nem nunca foi, de facto, transferida nem ao que tudo indica alguma vez o será. Isto porque as AC’s estão a colocar em evidência que o Tejo não é uma bacia “excedentária” como se pensava nos anos 60 – quando foi construído o ATS e não existia qualquer legislação ambiental em Espanha e nem sequer se ouvia falar das AC’s. À partida, o Tejo parecia a bacia mais “ameaçada²⁹” pelos transvases, mas eis que a “guerra interna da água” em Espanha – leia-se entre Comunidades Autónomas ribeirinhas (as que cedem água do Tejo) as Comunidades recetoras – terá beneficiado Portugal. Isto,

29 Cf. A. SERENO, “Trayectoria reciente, situación actual y perspectivas de la gestión transfronteriza de los ríos ibéricos”, publicado no e-book do VIII Congresso Ibérico de Gestão e Planeamento da Água, realizado na Fundação Gulbenkian (Lisboa) entre os dias 5 a 7 de dezembro de 2013, <http://revistas.lis.ulisiada.pt/index.php/8cigpa>

Veja-se também, A.SERENO, “El convenio de Albufeira y Extremadura: «la gran reserva de agua»”, Revista Monfragüe: Desarrollo Resiliente, nº 5, 2014, <http://www.monfragueresiliente.com/numero5/indice5.html>

porque salvo raras exceções³⁰, estas CCAA nunca estão de acordo sobre o caudal que deve ser transferido. As “CCAA recetoras” pedem mais água, as “CCAA cedentes” opõem-se aos transvases. Sem embargo, parece que os Tribunais espanhóis estão a mudar a sua jurisprudência, visando acautelar o caudal ecológico do Tejo e obrigando a Administração Central a cumprir com o “bom estado da água” exigido pela DQA. Isto favorece as CCAA cedentes – especialmente “Castilla La Mancha” – mas também a Portugal. Neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal espanhol de 11 março de 2020 sobre o Plano da Parte Espanhola da BH do Tejo³¹. Esta jurisprudência, assenta um importantíssimo precedente pois sentencia que para cumprir a Diretiva é necessário ter em conta de modo prioritário a “demanda ambiental” da bacia – e não outras demandas de carácter económico (fora o consumo doméstico que constitui um direito humano³²) tanto internas como externas à bacia. Em boa verdade, o Acórdão não pode ser considerado uma “vitória total” das entidades recorrentes (vários municípios e ONGA), uma vez que

30 De facto, o denominado “Pacto do Tejo”, assinado em 2013 entre a Administração Central do Estado (mais concretamente o Ministério do Ambiente espanhol), as três Comunidades Autónomas ribeirinhas do Tejo (Extremadura, Castilla La Mancha e Madrid) e as duas principais beneficiárias dos transvases provenientes do Aqueduto Tejo-Segura (Valencia e Murcia) visa aumentar – quase duplicar –, em anos hidrológicos normais – leia-se quando não há secas – os caudais provenientes do Tejo para o Segura. Este Pacto – que abordo com mais pormenor em trabalhos anteriores teve cobertura legal, através de nova lei de Avaliação de Impacte Ambiental, sendo posteriormente desenvolvido mediante o “Real Decreto 773/2014” e foi facilitado pelo facto de todas as CCAA em causa e o Governo de Espanha pertencerem, naquela altura, à mesma família política.

31 Mediante este Acórdão o Alto Tribunal anula vários artigos do Plano do Tejo – concretamente, o artigo 9º 1, 3, 5, 6, e 7 e os correspondentes apêndices 4.1, 4.2 e 4.3, bem como o artigo 10º.2. Neste último se estabelecia que os caudais ecológicos do Tejo não seriam exigíveis entre 2015 e 2021. O Acórdão afirma que estes artigos violam a obrigação da Administração do Estado de estabelecer no Plano do Tejo um regime de caudais ecológicos completo (com caudais máximos, mínimos e taxas de cambio) para todos as 309 massas tipo rio da bacia (e não apenas para 16) entre 2015 e 2021. Além disso, o Tribunal conclui que para cumprir os caudais ecológicos do Tejo deverá recorrer-se, se necessário, à água armazenada nas barragens de Entrepeñas, Buendía e Bolarque – que são as situadas na nascente do Rio Tejo e tradicionalmente se destinam – com as limitações legalmente estabelecidas – a realizar os transvases do Tejo para o Segura – bacia nacional espanhola situada na vertente mediterrânea – e cujos principais beneficiários são os membros do “Sindicato de la Comunidad de Regantes del Aprovechamiento Tajo-Segura” (SCRATS) provenientes das províncias de Alicante, Múrcia e Almería.

32 Sobre o direito de acesso à água como direito humano, ver: SERENO, A. - “Human Right to Water and Sanitation: Water for All vs. Full Cost Recovery”. *Frontiers in Water*. 18 July 2022. doi: 10.3389/frwa.2022.885193

sobre a questão de se todos os usos (incluídos os recreativos/turísticos) da bacia de origem ou “cedente” (o Tejo) devem ter prioridade sobre os usos agrícolas da “bacia recetora” (o Segura) o Tribunal “lava as mãos”, remetendo para o legislador espanhol: ele é que deve estabelecer a prelação dos usos da água. Isto é, consumo humano e caudal ecológico para a bacia do Tejo são “intocáveis”, a seguir deverá ser o legislador espanhol a determinar a ordem de prioridades. E, segundo o Tribunal, à luz da atual legislação espanhola os usos recreativos/turísticos do Tejo não têm primazia sobre os usos agrícolas dos agricultores do SCRATS – Associação de regantes beneficiários do Aqueduto Tejo-Segura (ATS).

Este Acórdão obrigou o Governo espanhol³³ a cumprir o caudal ecológico do Tejo e a reduzir os transvases através do ATS provocando o alarido do SCRATS e dos Presidentes das CCAA recetoras (Valencia, Múrcia e Andaluzia). Na minha opinião esta decisão do Governo espanhol só pode ser interpretada como uma boa notícia pois se Espanha internamente está a cumprir o caudal ecológico no Tejo, não há razão para que o não o faça internacionalmente. Isto é, deveria estabelecer-se um caudal diário para o Tejo, alterando, mais uma vez, o PA (“Regime de caudais”) da CA e fiscalizar de modo mais apertado o modo em como as Hidroelétricas privadas realizam a gestão do caudal. De facto, como já se referiu, o último incumprimento do regime de caudais registado não Tejo foi provocado pelo “corte” repentino da água na Barragem espanhola de “Cedillo”³⁴ - embora como também se mencionou, o mesmo tenha sido posteriormente justificado pelo Ministro do Ambiente português (e a sua homóloga espanhola) por causa de obras realizadas em barragens espanholas. E esta justificação é legítima, segundo a CA³⁵. O que não parece razoável é o procedimento adotado: primeiro

33 Cf. “El Gobierno trata de frenar una guerra del agua ante las elecciones”. El País, 11/01/2023; “Espanha aprova caudal ecológico para o Tejo e redução de transvases”. LUSA, 24/01/202; “El Gobierno aprueba el caudal ecológico para el Tajo e insiste en la desalación para paliar la reducción del trasvase”. El País, 24/01/2023.

34 Cf. GONÇALVES HENRIQUES, António - Reflexões sobre a monitorização dos recursos hídricos, a Convenção de Albufeira e o licenciamento de descargas nas massas de água, a propósito do incidente de poluição do rio Tejo de janeiro de 2018. Revista Recursos Hídricos, Vol. 39, Nº 1, 9-17, março de 2018. Pags. 12 e ss.

35 Artigo 10.º É aditado um novo número após o n.º 5 do Anexo ao Protocolo Adicional, com a seguinte redação: «6 — Quando seja necessário para a realização de obras nos troços dos rios abrangidos pela Convenção, poder-se-ão adotar por acordo mútuo e no seio da CADC regimes de caudais transitórios, durante um tempo predefinido e com o estabelecimento dos controlos apropriados.»

se incumpre e logo se justifica. O normal seria ter avisado que seriam realizadas obras o que não permitiria cumprir o regime de caudais no Tejo, durante um determinado intervalo temporal.

De referir que, entretanto, o problema da falta de caudal tenta solucionar-se deste lado da raia recorrendo a novas barragens no Tejo. Nomeadamente, tenta-se “ressuscitar” o projeto da Barragem do Alvito (no Rio Ocreza, afluente do Tejo na margem direita). Este projeto que surgiu pela primeira vez no âmbito do “Programa Nacional de Barragens de Elevado Potencial Hidroelétrico (PNBEPH ³⁶)” de 2007 e que acabou por ser descartado – provavelmente, porque o potencial hidroelétrico não era tão interessante como inicialmente se pensou –, “renasce” sob novos argumentos: aumentar a produção agrícola³⁷ – um novo “Alqueva do Tejo” –, combater as alterações climáticas³⁸ e, por último, ganhar “independência³⁹” relativamente a Espanha. De facto, desde que a EDP começou a “vender⁴⁰” barragens resulta mais difícil fundamentar novos empreendimentos, visando a produção hidroelétrica – até porque a “grande hídrica” está a ser progressivamente substituída pela eólica, solar e outras energias renováveis⁴¹. Isto é, basicamente, há quem prefira partir para novas obras antes de negociar

36 Cf. <https://apambiente.pt/agua/programa-nacional-de-barragens-de-elevado-potencial-hidroelectrico>

37 Cf. “Lezíria do Tejo, Médio Tejo e Beira Baixa reivindicam construção da barragem do Alvito”. Público 09/09/2021.

38 Cf. “Boas notícias para a regularização dos caudais do Tejo: da barragem no rio Ocreza ao Projeto Tejo” 06/05/2019.

39 Cf. “Fazer a barragem do Alvito é um caso de independência no Tejo”. Público 07/04/2019

40 Na realidade o termo técnico-jurídico não será “venda” mas antes cedência de concessão. Mas, ao que parece a EDP deve ter encontrado formas mais lucrativas de produzir eletricidade, daí o abandono do que antes se considerava uma espécie de “buque-insígnia” (a grande hídrica). Cf. <https://observador.pt/2019/12/19/edp-vendeu-seis-barragens-no-rio-douro-por-22-mil-milhoes-a-engie/>

41 Além disso, cada vez mais os estudos de diversos países e Centros de investigação mostram como há demasiados obstáculos artificiais nos rios e que será preciso remover parte dos mesmo e não contruir muitos mais se realmente queremos conseguir, como preconizado pela DQA, o “bom estado da água” na maioria das massas de água da EU. Cf. Belletti, B., Garcia de Leaniz et al. More than one million barriers fragment Europe’s rivers. *Nature* 588, 436–441. 2020. <https://doi.org/10.1038/s41586-020-3005-2>; Davies, C., Chen, WY., Sanesi, G., Laforteza, R.. The European Union roadmap for implementing nature-based solutions: A review. *Environ. Sci. Policy* 121, 49–67. 2021. <https://doi.org/10.1016/j.envsci.2021.03.018> Veja-se também: “El Gobierno suprime 85 ‘embalses zombis’ de los nuevos planes hidrológicos”. “Transición Ecológica descarta incrementar el agua para el regadío y reduce al mínimo los proyectos de construcción de presas”. *El País*, 21/06/2021.

novos caudais com Espanha e, paralelamente, aumentar a produção agrícola. Todavia, o que resulta claro é que beneficiar uns agricultores pode prejudicar outros: por um lado, mais uma barragem implica o aumento do efeito cumulativo da “cunha salina” antes referido – neste sentido vão as queixas da Associação de Beneficiários da Lezíria Grande de Vila Franca de Xira (ABLGVFX⁴²), cujos agricultores não puderam regar durante parte do ano 2019 devido à salinidade cada vez maior da água; por outro lado, a escassez de água e as secas fazem com que simplesmente se o caudal é retido pela barragem de montante não possa ser depositado na de jusante – mesmo estando ambas situadas em território nacional. Neste sentido é paradigmática a posição da Associação de Regantes e Beneficiários do Vale do Sorraia (ARBVS⁴³) que pede para serem respeitados os “direitos adquiridos” de rega, uma vez que temem que com a aprovação do projeto da Barragem de Pisão-Crato, o volume de água depositado na Barragem do Maranhão (da que se beneficia a ARBVS) venha a diminuir por ficar retido a montante, no Pisão-Crato.

42 Cf. “Agricultores cortaram rio Sorraia para salvar culturas e a polémica instalou-se na Lezíria”. Agropotal, 16/07/2019, onde consta: “...Agricultores e Agência Portuguesa do Ambiente alegam que salinidade do rio Tejo não deixava outra opção, mas há quem fale de ameaça ambiental e de aparecimento de peixe morto. O curso do rio Sorraia foi interrompido no passado dia 24 pela Associação de Beneficiários da Lezíria Grande de Vila Franca de Xira (ABLGVFX), autorizada pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), tendo-se criado uma espécie de açude a cerca de 1 quilómetro do Porto Alto, onde a água doce vinda de montante fica agora retida e é utilizada para a rega de mais de 10 mil hectares de culturas. A medida foi justificada com o avanço da cunha salina (água salgada) do Tejo até zonas situadas mais a norte do que seria habitual, que inviabilizou as tradicionais captações de água para rega no maior rio ibérico...”. Curiosamente, para o Diretor da ABLGVFX a principal culpável será uma barragem espanhola situada perto da fronteira: “...o director da ABLGVFX constata que desde Maio que a barragem espanhola de Alcántara debita muito pouca água para o Tejo. Segundo refere, esta barragem, gerida pela Iberdrola, está vocacionada para a produção hidroeléctrica e tem capacidade para 6 mil hectómetros de água, equivalentes a mais de 50 por cento das escorrências do Tejo. Como este período de Primavera-Verão também tem sido muito ventoso em Espanha, as produtoras têm optado mais pela energia eólica. Com pouca ou nenhuma energia hidroeléctrica produzida, a barragem de Alcántara, segundo Joaquim Madaleno, tem debitado muito pouca água. Tudo isso, associado à escassez da chuva...” Porém, na minha opinião, a barragem de Alcántara não poderá ser única “indiciada neste processo sumário de acusação”, mas sim o efeito cumulativo de todas as barragens no Tejo e o facto de não ser exigido na CA um caudal diário. Disponível em: <https://www.agroportal.pt/agricultores-cortaram-rio-sorraia-para-salvar-culturas-e-a-polemica-instalou-se-na-leziria/> Consultado a 20/01/2023.

43 Cf. “Agricultores receiam que barragem do Pisão deixe a do Maranhão à mínima de água”. Público 05/12/2022.

2.2.4 a) Os transvases no Guadiana

No Anexo ao PA da CA (“Bases do Regime de Caudais”) consta que: “1 — O regime de caudais previsto no artigo 16º da Convenção e regulado no Protocolo Adicional funda-se nas seguintes bases: ...c) Para o rio Guadiana, o Convénio de 1968 comporta já a faculdade de proceder à transferência para outras bacias hidrográficas: i) Por Portugal, dos caudais do rio Guadiana que correm no troço entre a confluência do rio Caia e a confluência do rio Chança; ii) Por Espanha, dos caudais que correm no rio Chança...”

Como antes se referiu o único ponto da fronteira onde Portugal tem uma posição a montante de Espanha é o Pomarão – perto de Mértola e abaixo do Sistema Alqueva-Pedrogão (SAP). Nesta estação de monitorização, os vizinhos ibéricos não chegaram a acordo sobre os caudais mínimos. Portugal, unilateralmente estabeleceu que seria de 2 m³/segundo⁴⁴. Mas na verdade não se sabe se este caudal é suficiente para manter o bom estado da água, no troço internacional desde Pomarão até ao próprio Estuário do Guadiana, uma vez que desde 2002 estão pendentes de realização estudos^{45 46} que, ou nunca se realizaram ou nunca chegaram a ser públicos e conclusivos.

44 Cf. Art. 5º 2 b) do PA da CA. Porém a CA não menciona que este caudal foi estabelecido unilateralmente por Portugal. Esta informação foi obtida posteriormente através de declarações nos meios de comunicação social e apresentações públicas de trabalhos sobre a CA, nomeadamente, em: SERRA, P. apresentação no Grupo de Trabalho...Ibidem

45 No Anexo ao PA da CA (“Bases do Regime de Caudais”) consta que: 2 — As Partes acordam em rever, no seio da Comissão, o regime de caudais regulado no Protocolo Adicional, nos casos seguinte:...b) Para o rio Guadiana, na secção de Pomarão: quando estejam disponíveis os estudos sobre a situação ambiental do estuário do Guadiana, em curso de elaboração, passo prévio à entrada em serviço do aproveitamento de Alqueva; O referido estudo sobre o Estuário de Alqueva, se foi elaborado, nunca foi feito público. Ao que parece, Alqueva entrou em funcionamento em 2002 e não se tinha chegado a nenhuma conclusão sobre “situação ambiental do Estuário do Guadiana”. Este apartado 2 seria depois substituído, quando a CA foi emendada em 2008 por: b) Para o rio Guadiana, na secção de Pomarão, quando se encontrem disponíveis os estudos oportunos. Isto é, retira-se a referência a Alqueva que há 6 anos estava já em funcionamento sem que os referidos estudos fossem conhecidos, bem como a referência ao Estuário do Guadiana, para implicitamente adiar sine die. Mais à frente, no nº3 do Anexo ao PA da CA, estabelece-se que: “Em conformidade com o artigo 28º da Convenção, as Partes acordam em estudar prioritariamente o aproveitamento sustentável dos seguintes troços internacionais: a) Troço internacional do rio Guadiana, a jusante da secção de Pomarão;..” Se bem é verdade que a CA permite que este prazo seja prorrogado de comum acordo, a verdade é que estamos em 2023 e ainda não se conhece acordo nenhum sobre Pomarão.

46 Artigo 28º da CA (“Aproveitamentos não contemplados nos Convénios de 1964 e 1968”) consta que: “As Partes, no seio da Comissão, realizam, no prazo de dois anos, prorrogável por comum acordo, os estudos necessários para o aproveitamento sustentável dos recursos hídricos dos troços fronteiriços não contemplados nos Convénios de 1964 e 1968”.

Por sua vez, Espanha mantém uma captação média anual de 35hm³ desde a toma de *Bocachanza* (a montante da confluência do Chança afluente do Guadiana) e que pode chegar até aos 80hm³ em caso de seca. Esta captação foi aceite por Portugal para o abastecimento da cidade de Huelva em caso de extrema escassez de água e até a entrada em funcionamento da Barragem de *Andévalo* (a montante da barragem de Chança). *Andévalo* entrou em funcionamento em 2003 e os estudos acima referidos – sobre os caudais ecológicos a jusante de Pomarão e no – também não estavam concluídos. Mas em 2005 a “Junta de Andaluzia” recebeu a *Encomienda*⁴⁷ – delegação da gestão por parte da Administração Central –, da captação permanente e sistemática de *Bocachanza* e do seu transvase para as bacias internas de *Tinto*, *Odiel* e *Piedras*. Este transvase não foi acordado nem no seio dos organismos de cooperação da CA, nem – pelo menos que seja de conhecimento público – foi objeto de um procedimento de avaliação de impacte ambiental transfronteiriço (como exigido no Anexo I da CA⁴⁸). Neste contexto – e como parte do Plano Regional de Eficiência Hídrica do Algarve (PREHA) – Portugal está a projetar uma nova captação no mesmo troço (mas na parte portuguesa do Guadiana imediatamente a montante de Pomarão). Esta captação tem como objetivo transvasar água para a Barragem de Odeleite – destinado a usos urbanos, turísticos e, sobretudo, agrícolas no Algarve – com investimentos de €55 milhões até 2025. De referir que a Barragem de Odeleite encontra-se ligada à de Beliche mediante um túnel e – embora ambas as barragens estejam situadas em afluentes do Guadiana em território português – transvasam águas para terrenos agrícolas situados em bacias internas portuguesas – especificamente para a Região Hidrográfica das Ribeiras do Algarve.

Ainda que se trate de “micro-transvases” a partir do Guadiana, a verdade é que não são os únicos também existem entre o Guadiana e o Sado.

47 Cf. “Real Decreto 1560/2005, de 23 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las cuencas andaluzas vertientes al litoral atlántico (Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Guadiana)”.

48 Cf. 3 — Os projetos ou atividades previstas no nº 4 do presente anexo, e respetivas ampliações, são submetidos a avaliação de impacte transfronteiriço, desde que se verifique uma das seguintes condições: a) A distância ao troço fronteiriço seja inferior a 100 km, medida segundo a rede hidrográfica, para montante ou jusante, salvo indicação expressa em contrário;

Além disso, o Plano de Regadio coordenado pela Empresa de Desenvolvimento e Infra-Estruturas do Alqueva (EDIA SA ⁴⁹) prevê novas barragens e “micro-transvases” em afluentes do Guadiana e para o Algarve – mas sem utilizar uma só gota de água do Alqueva, que esta tem como destino o seu próprio perímetro de rega.

Ignoro, em concreto, a quantidade de hm³ transvasados – ou que se planeiam transvasar – do Guadiana para outras bacias internas portuguesas. Não sei se, no total, são mais ou menos do que os 35 hm³ que Espanha transvasa para as bacias internas de *Tinto, Odiel e Piedras*, mas o que sim se pode concluir desde já é que tanto Espanha como Portugal estão a adotar no Guadiana uma atitude de concorrência (e não de cooperação). Isto é, cada Estado parece estar preocupado com garantir o desenvolvimento agrícola e turístico a curto prazo, sem ser preocupar no impacte no Estuário do Guadiana – um dos valores ambientais mais valiosos tanto para os ecossistemas ribeirinhos como para os marinhos – isto para não falar do efeito cunha salina, que ira sofrer-se com cada vez mais virulência e que acabará por prejudicar, a longo prazo, tanto o turismo como a agricultura – tal como os agricultores da Associação de Beneficiários da Lezíria Grande de Vila Franca de Xira (ABLGVFX) no Tejo sofreram – situação esta abordada sob a epígrafe anterior.

Importa referir, por último, que além das clássicas obras hidráulicas – leia-se barragens e transvases – se contemplam também pelo Ministério do Ambiente formas alternativas de “produzir” água: reutilização e dessalinização. Em concreto duas centrais dessalinizadoras – uma no Algarve e outra em Sines⁵⁰. Todos estes projetos serão pagos – pelo menos, parcialmente – com recurso ao Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) e, de facto, é num dos mais poderosos e inovadores instrumentos ambientais previstos neste Plano que devemos colocar as nossas es-

49 “REGADIO 2030. Levantamento do Potencial de Desenvolvimento do Regadio de Iniciativa Pública no Horizonte de uma Década” Coord. Empresa de Desenvolvimento e Infra-Estruturas do Alqueva (EDIA SA) dezembro 2021.

50 Cf. “Governo estuda dessalinizadora em Sines e nova barragem no rio Ocreza” ECO. 10/01/2023; “Dessalinizadora no Algarve vai ter maior capacidade que a prevista”. LUSA, 13/01/2023.

peranças. Este é o denominado “Regulamento de Taxonomia⁵¹” sobre promoção do investimento sustentável. Com base nestas novas regras a UE terá de basear a sua decisão de financiar um projeto ou outro com base na sustentabilidade ambiental do mesmo – leia-se, real contributo para a saúde dos ecossistemas (“bom estado da água”, nas palavras da DQA) e o seu real valor para adaptação ou mitigação das AC’s.

3. A revisão da Convenção de Albufeira

Como referimos na introdução, muitas vezes se têm ouvido nos últimos tempos, pedindo uma revisão tão urgente quanto necessária da referida Convenção. Estas vozes de ambos os lados da raia – leia-se tanto espanholas como portuguesas – procedem de diversos setores – por vezes defensores de interesses irreconciliáveis – como as ONGA e as associações de agricultores. As referidas vozes vão ganhando eco na comunicação social – especialmente, durante os períodos de secas, cada vez mais frequentes –, acabando por cair nos ouvidos de partidos políticos que vão conquistando protagonismo por meio da defesa da causa ambiental e finalmente chegando à Assembleia da República (AR) através da Resolução nº 28/2020, de 16 de junho, pela que se “recomenda ao Governo a revisão da Convenção de Albufeira, para defesa do rio Tejo e demais bacias hidrográficas dos rios internacionais e seus afluentes”. Ora bem, quando tal se reclama, não se está, em sentido estrito a pedir uma revisão da Convenção, mas antes do PA sobre Regime de Caudais. A própria CA refere que a Convenção não é o final de uma negociação, mas sim o princípio da mesma. Isto é, os caudais estabelecidos não são definitivos se não que deverão ser adaptados às circunstâncias factuais de cada época – leia-se, períodos de escassez, secas cíclicas ou *grosso modo*: alterações climáticas. De facto, o regime de caudais já foi alterado uma vez, em 2008, e com certeza que não será a última. Talvez possamos perguntar-nos se o PA não deveria ter sido já alterado por segunda vez, sendo que esta questão versa sobre o “mo-

51 Cf. Regulamento (UE) 2020/852, de 18 de junho de 2020, relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088.

mento”. Ou seja: qual será o melhor momento para realizar a alteração? A conjuntura climática – leia-se períodos de seca ou, pelo contrário, de abundância de recursos – ou, a conjuntura política – relacionamento bilateral entre os governos português e espanhol – ou então pela pressão europeia – leia-se CE, e, em último termo, Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Na minha opinião não deveríamos esperar pela pressão europeia, mas antecipar-nos a mesma. Esta opinião coincide, aliás, com a prática os Estados a nível internacional. Isto é, a maioria dos Acordos sobre a matéria contemplam o recurso aos correspondentes órgãos jurisdicionais – incluída a CA – mas os Estado rara vez recorrem a eles, preferem a via diplomática, ou outra⁵².

Outros argumentos esgrimidos na defesa da revisão da CA são, nomeadamente, a impunidade espanhola face ao incumprimento do regime de caudais, sem invocar o estado de exceção. Face a esta impunidade espanhola, alguns clamam pela falta de sanções que deveriam estar previstas no próprio texto da CA. Ora que eu saiba, não existe a nível mundial um acordo sobre a matéria que preveja sanções concretas – até pela dificuldade em prever aprioristicamente as mesmas. Isto é, nas relações entre Estados, cada caso é um caso. O que em regra se estabelece é a obrigação de uma Parte compensar ou quando possível reparar os danos causados, sendo que estes não são apenas económicos, mas também ambientais. Isto é, bastaria “fazer as contas” das perdas económicas e a elas somar a responsabilidade por danos ambientais – amplamente pomenorizada na legislação sobre a matéria. De facto, a EDP já apresentou a sua fatura numa ocasião e como consequência dum incumprimento espanhol no Douro, que derivou em graves perdas de produção energética para a referida companhia. Espanha não pagou a fatura em euros, mas compensou “reembolsando” os caudais que não tinha direito a guardar nos seus “depósitos” – leia-se barragens – durante tanto tempo. Faltou avaliar os danos ambientais que os tais “depósitos indevidos” terão causado a jusante.

52 SERENO, A. “A Proteção da Água nas Cortes Internacionais. A Convenção da ONU sobre cursos de água internacionais na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça”. Coletânea Centro de Excelência Jean Monnet da UFMG, Cortes Internacionais e a Proteção do Meio Ambiente. No prelo para publicação.

Assim, sintetizando muito os 22 anos de cooperação luso-espanhola, podemos delimitar duas problemáticas: umas de carácter técnico ou tecnológico; e, outras jurídicas. As primeiras têm a ver com a monitorização de caudais e a “guerra dos dados” para auferir incumprimentos. As segundas referem-se à definição do responsável e à responsabilidade em caso de incumprimento.

Relativamente às primeiras, é necessário obter dados únicos, credíveis e em tempo real do caudal que efetivamente passa nos pontos fronteiriços e solucionar as questões pendentes – nomeadamente Pomarão e Ponte de Muge – e a questão da intercalibração⁵³ das massas de água (especialmente transfronteiriças) em que os denominados “critérios de intercalibração” não são uniformes.

Relativamente às segundas questões estas tem a ver com o Estatuto jurídico da CADC e a sua capacidade efetiva de intervir nos casos em que se detetam incumprimentos, visando apurar a responsabilidade. Segundo a CA ,quem deve aplicar a Convenção é a CADC. Mas, como podemos responsabilizar uma Comissão que não tem qualquer autonomia jurídica ou financeira e que depende completamente da Conferência das Partes (CoP), ou dito doutro modo do “Governo do dia”? Neste ponto, sim, temos bastante a aprender do Norte de Europa, em especial das Comissões do Reno ou do Danúbio, por dar um par de exemplos. São estas Comissões com autonomia financeira e personalidade jurídica, onde os respetivos Presidentes podem atuar com independência e imparcialidade.

Após a solução destas questões técnicas e jurídicas preliminares, deveriam então rever-se os caudais mínimos, fazer os estudos necessários para aferir o caudal ecológico necessário para obter o bom estado das

53 De acordo com R. Palermo: “...falta de harmonização de critérios técnicos na definição de tipos comuns de massas de águas ibéricas (Palermo, 2020). Portugal e Espanha fizeram parte do mesmo grupo de intercalibração (MEDGIG), para uniformização de critérios (Maia, 2008), mas persistem divergências. Segundo a Cadc (2017) poderá ser necessário, para o 3º ciclo (2022- 2027), efetuar um exercício de intercalibração entre os dois países”. Cf. R. Palermo et al- Bacias hidrográficas luso-espanholas...op.cit.p. 40.

massas de água transfronteiriças, mas também das águas de transição e costeiras – tal como exigido na DQA– e adaptar o regime de caudais tantas vezes quanto seja necessário, dependendo da verificação dos cenários climáticos prognosticados – e eles estão já amplamente estudados – para a Península Ibérica. Esta solução contém riscos para ambas as Partes: para Portugal, se pode chegar à conclusão de que o total de caudais anuais negociados em 1998 é superior à disponibilidade real de água em 2023 – risco este que foi já feito público pelo atual Ministro do Ambiente português⁵⁴; Para Espanha, pode-se concluir que o faseamento temporal na entrega dos caudais negociados prejudicam a jusante os ecossistemas ribeirinhos portugueses – ou seja o caudal ecológico não se corresponde com a gestão económica da água praticada pelas companhias hidroelétricas privadas situadas em território espanhol, nem com os elevados consumos para irrigação – especialmente através dos transvases Tejo-Segura (como, aliás, o Supremo Tribunal espanhol já sentenciou).

4. Conclusões

Na minha opinião e não só, a Convenção de Albufeira tem mostrado ser um Acordo equilibrado, duradouro no tempo e em sintonia com o moderno Direito Internacional do Ambiente e da UE – nomeadamente, Diretiva Quadro da Água e posterior legislação sobre a matéria. Sendo um facto que – por causa das alterações climáticas –, o Regime de Caudais necessita ser adaptado aos atuais e futuros cenários, o certo é que esta adaptação está prevista na própria Convenção, foi realizada uma vez (em 2008) e terá que ser feita novamente e tantas vezes quanto necessário para garantir o bom estado das massas de água. Acresce que, como a própria Convenção prevê, este Regime, ante um cenário de seca extrema, pode ser impossível de cumprir. Mas em tal situação, Espanha deve declarar estado de exceção e a Comissão de Acompanhamento e Desenvolvimento da Convenção (CADC) deve fiscalizar a veracidade do mesmo.

⁵⁴ Cf. “Portugal não está disponível para rever a Convenção de Albufeira- Ministro do Ambiente”. LUSA, 17/01/2023.

Até agora a CADC tem permanecido muda e inativa face aos incumprimentos, originando o denominado problema das “*many voices*”. Isto é, muita gente fala – ONGAs, APA, Ministro do Ambiente (espanhol e/ou português) Presidentes de Câmara de Municípios ribeirinhos etc –, mas quem está legitimado para falar fica em silêncio. Paralelamente, este *modus operandi* alimenta na opinião pública os sentimentos de incerteza e descredibiliza a operacionalidade dos organismos de cooperação.

Assim e respondendo à pergunta inicial: está a Convenção de Albufeira preparada para as alterações climáticas? Na minha opinião, sim, desde que o Regime de Caudais seja adaptado à real disponibilidade de água, dando prioridade à sua função ecológica sobre os usos económicos – fora o consumo doméstico que é um direito humano.

No entanto, a que me parece não estar preparada para as alterações climáticas é a própria CADC. Necessitamos uma CADC forte e independente que possa falar com legitimidade e credibilidade pelas bacias luso-espanholas e preparar as mesmas para as alterações climáticas que já aqui estão e que, ao que tudo indica, serão mais graves no futuro.

Para isso convém que Espanha e Portugal trabalhem em conjunto, olhando para cada uma das bacias luso-espanholas como um bem comum e não como dois concorrentes, apenas a pensar em alcançar os respetivos objetivos económicos – agrícolas, turísticos hidroelétricos ou outros – de cada Estado.

Apêndice 1. A vigência dos Acordos sobre as Bacias Luso-Espanholas⁵⁵

Data de assinatura	Designação do Acordo	Vigência
2008.02.19	Protocolo de revisão da Convenção Albufeira e do seu Protocolo Adicional	05.08.2009
1998.11.30	Convenção de Albufeira: Convenção sobre Cooperação para a Proteção e Aproveitamento Sustentável das águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas	12.02.2000
1998.11.30	Protocolo Adicional à Convenção de 1998: “Regime de caudais”	12.02.2000
1976.04.09	2º Protocolo Adicional ao Convénio de 1968: Aproveitamento hidráulico do troço internacional do rio Minho.	Parcial ⁵⁶
1968.11.05	Convénio para regular o uso e o aproveitamento hidráulico dos troços internacionais dos rios Minho, Lima, Tejo, Guadiana e Chança e os seus afluentes	Parcial
1968.11.05	Protocolo Adicional ao Convénio de 1968	Parcial
1964.07.16	Convénio para regular o aproveitamento hidroeléctrico dos troços internacionais do rio Douro e dos seus afluentes;	Parcial
1964.07.16	Protocolo Adicional ao Convénio de 1964	Parcial
1927.08.16	Convénio para regular o aproveitamento hidroeléctrico do troço internacional do rio Douro;	(Expressamente revogado pelo Convénio de 1964)

55 Fonte: Amparo SERENO (2011), Rios que nos separam, águas que nos unem..., op. cit. Apêndice I. <https://sites.google.com/site/amparosereno/>

56 Por “Vigência parcial” entende-se que a vigência é reconhecida expressamente no artigo 27º da Convenção de 1998, mas desde que não colida com o disposto nesta última. Repare-se que este artigo não foi alterado pelo Protocolo de Revisão da CA de 2008.

1912.08.29	Nota do Governo português; e	Residual⁵⁷
1912.09.02	Nota do Governo espanhol. Notas trocadas entre os Governos de Portugal e Espanha aprovando as regras para o aproveitamento industrial das águas dos rios limítrofes dos dois países	
1866.11.04	Anexos ao Tratado de Limites entre Portugal e Espanha	SIM
1864.09.29⁵⁸	Tratado de Limites celebrado entre Portugal e Espanha	SIM

57 Não foi expressamente revogado por nenhuma norma posterior, mas não é aplicável em tudo o que se oponha à Convenção de 1998.

58 Em matéria de limites fronteiriços existem outros acordos como os citados no Capítulo anterior. Porém, nesta tabela – e seguindo o modelo adotado pela própria CADC – optamos por incluir, relativamente à questão dos limites, o Tratado de 1964 e o seu Anexo de 1966, que se nos afiguram como os mais relevantes.

INTEGRAÇÃO TERRITORIAL DA GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS

Susana Neto¹⁻²

Resumo

Este artigo baseia-se nos materiais apresentados no Curso de Pós-Graduação de Direito da Água em 2022. Aqui estão refletidos os principais acordos e princípios que têm norteado a gestão integrada dos recursos hídricos a nível internacional e a sua aplicação no caso português. A experiência da governação e política da água e os desenvolvimentos recentes em Portugal são referenciados pelo enquadramento na União Europeia, em particular pela transposição da Diretiva-Quadro da Água para a legislação nacional.

Palavras-chave

Integração territorial da gestão da água; governação da água; plataformas e acordos internacionais; princípios da gestão integrada da água

Abstract

This article is based on the materials presented at the 2022 Water Law Graduate Course. Here are reflected the main agreements and principles that have guided the integrated management of water resources at the international level and their application in the portuguese case. The experience of water governance and policy and recent developments in Portugal are referenced by the framework in the European Union, by the transposition of the Water Framework Directive into national legislation.

Keywords

Territorial integration of water management; water governance; international agreements and platforms; principles of integrated water management.

1 CERIS; University of Lisbon, University of Western Australia

2 University of Western Australia

1. Tópicos para discussão a nível Global

A água é um recurso finito valioso que sustenta a vida, o desenvolvimento humano e o ambiente. O desenvolvimento e gestão da água devem ser suportados numa abordagem participada, envolvendo os utilizadores, os planeadores e os decisores políticos a todos os níveis.

A água é um bem público com um valor social e económico ao nível de todos os usos em jogo. Por esse motivo, a gestão integrada da água deverá basear-se na gestão equitativa e eficiente dos recursos hídricos e num uso sustentável da água.

A gestão integrada da água é um processo contínuo e iterativo (Figura 1) que pode beneficiar tanto dos sucessos, como dos erros cometidos. A adaptação das medidas aos contextos evolutivos é o fator determinante para uma prática adequada às necessidades sociais, económicas e ecológicas.

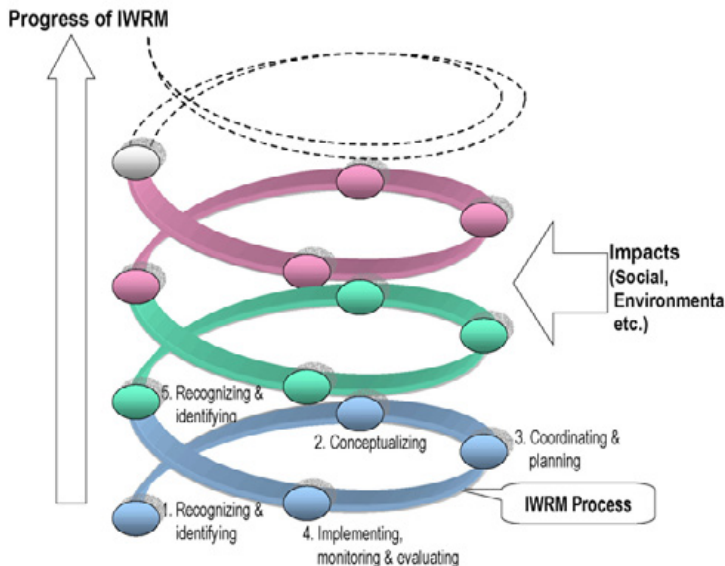


Fig. 1- Processo evolutivo da Gestão Integrada da água (UNESCO 1999)

2. Antecedentes históricos e acordos internacionais³

Desde a década de 70, com as Conferências das Nações Unidas que tiveram início em 1972 em Estocolmo e mais tarde em 1977 em Mar del Plata (UN 1977) e que se organizaram de 20/20 anos, tem havido uma movimentação internacional em torno de princípios relevantes para a gestão integrada da água, incluindo a dimensão de desenvolvimento humano. Um marco importante foi a Conferência de Dublin com o anúncio dos 4 Princípios orientadores para uma Gestão Integrada da Água (UN 1992).

Á Declaração do Milênio sobre Água e Direitos Humanos em 2000 (UN 2000), seguiram-se os Objetivos do Milênio (2010) e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (2015), lançados pela ONU no âmbito da Agenda 2030.

Os ODS têm sido uma referência determinante para todos os aspectos de desenvolvimento humano incluindo a água, em diversas áreas, de recursos aos serviços e às condições de saúde, de alimentação e de qualidade de vida em geral.

3. O que é a gestão da água

A gestão da água é muito mais do que a oferta e satisfação da procura. A água e os recursos hídricos existem na natureza e suportam todos os ecossistemas e ciclos bio-geo-químicos. Sem água não há vida nem transporte de materiais e de recursos entre as nascentes, os oceanos e a atmosfera.

A gestão da água é um conjunto de processos técnicos, políticos e administrativos, de abordagem da ocorrência dos recursos hídricos, do seu aprovisionamento, monitorização e distribuição para os usos diversos, incluindo a aplicação de taxas e tarifas. É um processo complexo que envolve dimensões ambientais, sociais, económicas e culturais. O balanço entre as necessidades e os recursos disponíveis implica sempre um exercício de hierarquização de prioridades que pode não ser consensual ou pacífico. A gestão dos usos e benefícios decorrentes é feita através de mecanismos normativos e de política local, regional ou

3 <https://www.dge.mec.pt/principais-cimeiras-internacionais-e-resolucoes>

nacional, tendo o Estado aqui sempre um papel arbitral e de alocação de recursos, regulação e monitorização que é incontornável.

Do ponto de vista social, a água é um meio e um recurso. Para os ecossistemas, ela é o sustentáculo primordial. A gestão da água inclui, ou deve incluir, a gestão dos impactos dos diversos usos sobre os ecossistemas e sobre a capacidade regenerativa dos diversos ciclos associados aos meios aquáticos. Assim, a alocação adequada aos usos prioritários, considerando o contexto de ocorrência nos ecossistemas e os impactos decorrentes, a regulação desses usos e a tributação necessária e socialmente justa, constituem os principais pilares da boa gestão e do papel do Estado.

Ao longo das últimas décadas tem-se verificado uma evolução e mudança do paradigma da gestão integrada dos recursos hídricos. Essencialmente, reconhece-se a necessidade de um planeamento participativo e envolvimento concertado dos diversos atores, acima da mera gestão técnica dos recursos disponíveis. Esta concertação de agendas está na origem do enquadramento necessário de ‘governança da água’ (Neto, 2010, 2016).

De igual modo, tem sido evidente a crescente complexidade e interação dos problemas ambientais, sociais e económicos e a necessidade de considerar escalas cada vez mais alargadas na sua abordagem. Esta complexidade chama cada vez mais áreas disciplinares à compreensão e análise dos desafios e implica mais interação dos diversos saberes técnicos e científicos, apelando a uma transdisciplinaridade quase obrigatória (Ibid).

4. Governança da água

4.1. Definições e princípios

No contexto das Nações Unidas, em 2000, foi afirmado pelo então Secretário-Geral que “a crise da água é essencialmente uma crise de governança (K. Annan, 2000).

A governança da água foi então definida como *“o leque de sistemas políticos, sociais, económicos e administrativos em vigor, para regulação*

do desenvolvimento e gestão dos recursos de água e o fornecimento de serviços aos diversos níveis institucionais e sociais” (UN, 2000).

Em 2002, a *Global Water Partnership* adiciona a esta definição a “...inclusão da capacidade de delinear políticas públicas e quadros institucionais que sejam socialmente aceites e mobilizadores dos recursos da sociedade em seu apoio” (GWP, 2003).

Em 2003, a Comissão Económica e Social das NU para Ásia e Pacífico, identifica dimensões relevantes para integrar os princípios de ‘boa governança’ da água, relativamente aos aspetos sociais e institucionais, como ilustrado na Figura 3.



Fig.2 – Aspetos sociais e económicos da governança da água (UN 2003)

Outros autores vieram ainda a considerar que a governança da água “*implica a capacidade de gerar e implementar políticas adequadas (...)*” considerando que “*o que pode residir no fulcro dos problemas ou das crises de governação em muitos países é a incompatibilidade entre os novos e os velhos sistemas institucionais existentes* (Solanes e Jouravlev, 2006).

Em 2015, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), publicou uma carta de 12 Princípios de governança da água em torno de 3 pilares (OCDE, 2015)⁴.

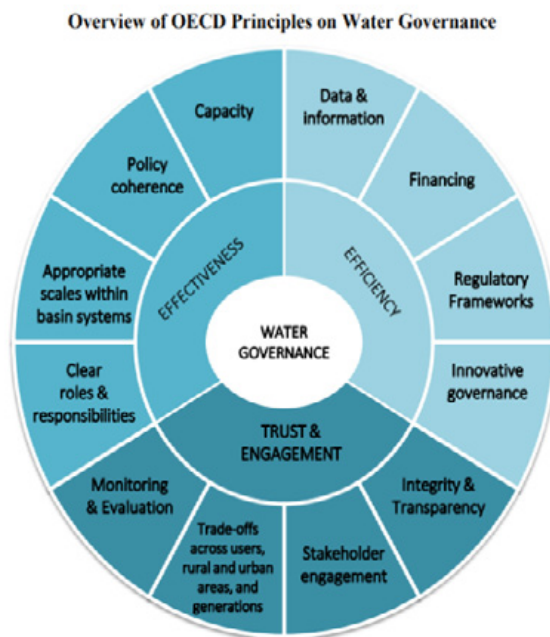


Fig. 3 – Princípios de Governança da Água (OCDE 2015)

A boa governança da água deve nortear-se assim, segundo a OCDE, pelos 3 pilares: Eficácia, Eficiência e Confiança e Envolvimento, os quais se desenvolvem em 4 linhas temáticas não completamente distintas, dado que poderá haver aspetos transversais a várias linhas / princípios. A OCDE mais tarde viria a publicar diversos guias para a implementação destes princípios, assim como para a construção de sistemas de indicadores.

Para além das definições e princípios anteriormente expostos, existem outros aspetos que têm vindo a ganhar relevância, como ‘Princípios para a boa Governança da Água’, como sejam a transparência, um adequado

4 <https://www.oecd.org/cfe/regionaldevelopment/OECD-Principles-on-Water-Governance-en.pdf>

entendimento do contexto local, a integração setorial, a integração política horizontal e vertical e a coordenação e monitorização (Neto, 2016).

4.2. Desafios das áreas urbanas

As questões de governança da água adquirem uma importância crescente nas áreas urbanas, à medida que a concentração populacional nestas áreas cresce, em praticamente todas as regiões do mundo. A crescente complexidade associada às alterações globais (climáticas, demográficas e económicas), face a uma escassez de água socialmente induzida. Os desafios conexos podem ser obstáculos ao exercício do direito fundamental à água (Neto 2016).

No contexto da governação urbana da água, o ciclo da água tem de ser visto de uma forma holística, havendo também a necessidade de integrar abordagens entre os serviços de águas e o planeamento dos recursos hídricos, juntamente com o uso do solo e o planeamento territorial e ambiental. A abordagem *'from the source to the sea'* traduz esta visão integradora dos vários aspetos territoriais do ciclo da água e tem particular interesse na avaliação da 'pegada hídrica' da cidade no contexto da região hidrográfica em que se insere (Figura 5).

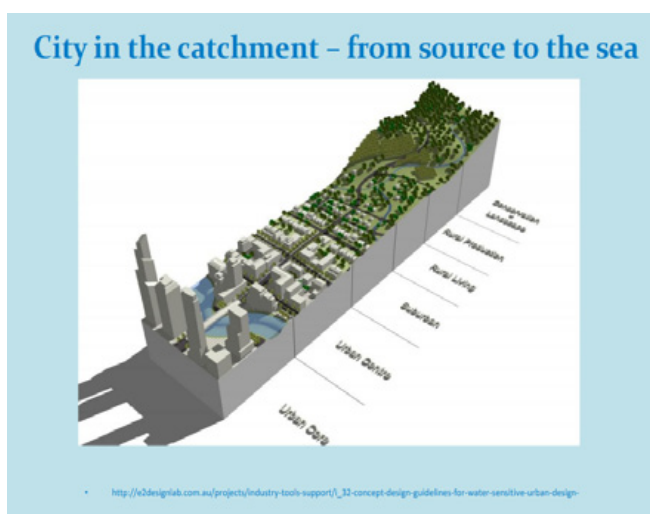


Fig. 4 – A cidade na bacia hidrográfica (Fonte: Water sensitive cities⁵)

5 http://e2designlab.com.au/projects/industry-tools-support/i_32-concept-design-guidelines-for-water-sensitive-urban-design

No contexto atual, todos os atores são chamados a desempenhar papéis significativos (governança) para uma ação ativa participativa e colaborativa para a mudança. Todas as políticas, planos, programas e projetos têm de ser abrangentes, adaptativos e inclusivos.

4.3. Abordagens holísticas e interesse público

Nas vias a seguir para uma valorização social eficaz da água, incluem-se a adoção de uma cultura de serviço público, visando a universalidade dos serviços de água e a consideração a longo prazo das políticas de água. De igual modo é necessário implementar a definição de políticas globais adequadas de financiamento e tarifas, capazes de se adaptar a vários contextos, a par do fornecimento de água com elevada qualidade cumprindo critérios sociais, ambientais e económicos.

Os operadores de serviços de águas devem ser considerados como agentes de desenvolvimento ambiental, local e regional, adotando formas abertas e transparentes de comunicação com os cidadãos e a comunidade local, com as associações e seus representantes. O seu trabalho deverá assim desenvolver-se de forma colaborativa e inclusiva para um controlo social e comunitário eficaz dos serviços prestados.

Do ponto de vista científico e tecnológico no apoio a novas práticas de prestação de serviços de interesse público, é imprescindível promover abordagens multidisciplinares e aquisição de competências transversais para técnicos e organizações.

Uma abordagem holística e norteada por princípios de boa governança da água orienta também para práticas que promovem o planeamento com base em ‘agendas’ operacionais eficazes, mais do que planos *blue-print*. Os objetivos serão os de criar valor acrescentado para as comunidades através de critérios mais adequados, para além da eficiência económica, para avaliação de desempenho das políticas públicas.

Em suma, almeja-se alcançar uma sustentabilidade social e ambiental mais eficaz com referência territorial e abordagens abrangentes, ampliando a capacidade adaptativa e a resiliência a fatores externos imprevisíveis (demográficos, económicos, climáticos).

4.4. Contexto social, político e institucional da bacia ou região hidrográfica

O território da bacia hidrográfica não é apenas uma bacia de retenção, é um sistema socio-ecológico complexo que carece da efetiva integração do conhecimento técnico e científico, assim como das boas práticas, em abordagens integradas (*bottom-up* e *top-down*).

A integração (horizontal) de mecanismos de planeamento territorial que incidem sobre os mesmos meios naturais de recursos hídricos (rios, albufeiras, aquíferos) é uma garantia de efetiva integração e boa governança (Neto 2010; Falkenmark 1993, 1999). Esta prática, longe de existir em Portugal, exige uma abordagem já anteriormente referida, de articulação de agendas setoriais e negociação de expectativas de usos. O Estado, como sempre, deverá ser o árbitro e regulador.

4.5. Reforço institucional: agência, integração política e mudança

A gestão e administração da água e do uso do solo pode ser reforçada também através da melhoria dos quadros normativos e regulamentares. O investimento na mudança institucional no sentido de uma promoção mais eficaz dos usos sustentáveis da água e do solo traduz-se numa necessidade de adaptação e aprendizagem dentro dos sistemas e organizações institucionais para abordar aspetos multidimensionais e complexidade, ou seja, através de mais capacitação (Falkenmark 1993, 1999).

A aprendizagem organizacional e institucional é um requisito fundamental para a capacitação das estruturas existentes para uma compreensão dos desafios, abordagem multidimensional dos problemas da água e ação para a mudança.

Fortalecer a perceção social do valor da água, com melhor compreensão técnica e cívica do ciclo da água no seu contexto territorial, desde a captação na origem até ao ponto de abastecimento público, requer uma ação premeditada e bem orientada. Apenas com este objetivo bem-sucedido é possível alcançar efetivamente a validação social das políticas públicas.

5. Contexto regional e enquadramento institucional na União Europeia

Num contexto de interconexões de problemas e efeitos, torna-se imperioso pensar os problemas da água e da sustentabilidade também na escala supranacional ou regional. No caso português, esta é a Península Ibérica, com os rios internacionais, o efeito climático da região do Mediterrâneo e a condição de frente oceânica, com uma zona costeira significativa.

Ao nível europeu, Portugal está inserido na União e segue as regras impostas aos Estados-Membros no que diz respeito à gestão da água. O instrumento por excelência nesta matéria é a Diretiva-Quadro da Água (DQA), Diretiva 2000/60/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000, a qual estabeleceu um quadro comum de ação Comunitária na esfera da política de água.

Esta nova Diretiva veio impor uma mudança chave na política europeia da água, passando a estar a dimensão ecológica presente nesta de forma indissociável, a partir da sua aprovação. Foi transposta para o direito nacional através da Lei-Quadro da água em 2005.

A DQA estabelece como premissa que “a água não é um produto como qualquer outro nem comercializável, tratando-se de um património comum que deve ser protegido e defendido como tal” (CE, 2000).

O envolvimento dos cidadãos, das suas Associações e Representantes é um dos princípios da política europeia da água que se advoga na DQA. A participação deverá ter início na fase de diagnóstico, acompanhar o planeamento e a implementação dos planos, para apoio à prossecução das metas.

Uma efetiva implementação destes princípios de planeamento participativo exige que o quadro de governança da água assegure o envolvimento dos atores e agentes desde o primeiro momento do processo de planeamento.

A par deste envolvimento, será também imperioso que a haja uma integração territorial (de escalas) e institucional (multinível, horizontal e vertical), envolvendo os restantes setores utilizadores da água. A interligação das políticas de água com outras políticas como a Energia, Alimentação, Saúde, Ordenamento do Território, Agricultura, impõe diálogos institucionais e setoriais permanentes.

5.1. Integração setorial para a boa governança

As diversas funções da água na natureza e em articulação com outros setores torna a política da água uma das mais transversais.

O planeamento de recursos hídricos e as estratégias políticas devem ser enquadrados num âmbito social, económico e ambiental alargado. O desenvolvimento dos recursos hídricos, a sua afetação e gestão devem considerar as diferentes necessidades e os diversos usos da água, assegurando-se que os diversos parceiros tenham voz ativa no planeamento dos recursos hídricos disponíveis, com particular atenção aos grupos sociais vulneráveis.

A definição de prioridades deve ainda incluir uma boa articulação entre o nível global macroeconómico e a gestão local na afetação dos recursos disponíveis. As decisões locais e a nível regional (bacia hidrográfica) devem articular-se com as metas nacionais (integração vertical).

6. Boa governança e Política da Água em Portugal: breves recomendações

A política da água que siga os princípios de boa governança adaptados aos contextos regionais, nacional, europeu e internacional, deverá ser desenhada de forma a permitir a prossecução de objetivos ambientais, sociais, económicos e culturais que assegurem:

- a) O reforço do papel de ‘agência’ das administrações regionais de bacia, revertendo a perda de poder da última década;
- b) A capacitação e maior diálogo entre os técnicos de planeamento territorial e dos recursos hídricos;
- c) A promoção de uma verdadeira integração territorial de todos os Instrumentos de Gestão Territorial, para que haja uma constante partilha de medidas e ações relativas aos usos do solo e da água;
- d) A elaboração de PGRH mais operacionais, abrangendo outras escalas territoriais de análise e outros níveis de intervenção setorial, em parceria com os diversos atores e agentes do desenvolvimento;

- e) A formulação de políticas nacionais com estratégias de longo prazo e programas de medidas de contingência para fazer face a situações excepcionais (seca e desertificação, ondas de calor, incêndios florestais, cheias e inundações);
- f) A consideração da dimensão ibérica e atlântica na política da água de Portugal.

Referências Bibliográficas

European Commission. 2000. Water Framework Directive. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0060>

Falkenmark, M., Andersson, L., Castensson, R., Sundblad, K., 1999. Water, a reflection of land use: options for counteracting land and water mismanagement. In: Falkenmark, M., Andersson, L., Castensson, R., Sundblad, K., Stockholm Falkenmark, M., Andersson, L., Castensson, R., Sundblad, K. (Eds.), Water. A Reflection of Swedish Natural Science Research Council, Stockholm.

Falkenmark, M., & Lindh, G. 1993. Water and Economic Development. In P. H. Gleick (Ed.), Water in crisis: A guide to the world's freshwater resources (pp. 80–91). New York, NY: Oxford University Press.

Global Water Partnership, 2003. Effective Water Governance. Peter Rogers and Alan W Hall for GWP. Technical Committee (TEC) No.7.

Hofwegen, P., Jaspers, F., 1999. In: IHE_UNESCO (Ed.), Analytical Framework for Integrated Water Resources Management: Guidelines for Institutional Frameworks. Balkema, Rotterdam.

Neto, S. 2016. Water governance in an urban age, Utilities Policy, <http://dx.doi.org/10.1016/j.jup.2>

Neto, S. 2010. "Water, Territory and Planning. Contemporary Challenges: towards a Territorial Integration of Water Management" .

[https://www.researchgate.net/profile/Susana_Neto2/publication/282850166_Water_Territory_and_Planning_Contemporary_Challenges_towards_a_Territorial_Integration_of_Water_\(PhD_Abstract\)/links/561e642708aef097132c4243.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Susana_Neto2/publication/282850166_Water_Territory_and_Planning_Contemporary_Challenges_towards_a_Territorial_Integration_of_Water_(PhD_Abstract)/links/561e642708aef097132c4243.pdf)

OECD 2015. Good Water Governance Principles. <https://www.oecd.org/cfe/regionaldevelopment/OECD-Principles-Water-portuguese.pdf>

Rogers, P., & Hall. A. 2003. Effective water governance. TEC Background Paper No.7. Global Water Partnership Technical Committee (TEC). February.

Solanes, M., Jouravlev. A. 2006. Water governance for development and sustainability. UN digital Library. <https://digitallibrary.un.org/record/584774>

UN. 2000. United Nations Millennium Declaration. Resolution adopted by the General Assembly [without reference to a Main Committee (A/55/L.2)] 55/2 available at. <http://www.refworld.org/docid/3b00f4ea3.html>

UN. 1992. The Dublin Statement on Water and Sustainable Development. Adopted January 31, 1992 in Dublin, Ireland International Conference on Water and the Environment available at. <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>.

UN. 1977. Report of the United Nations. Water conference, Mar del Plata. 14–25 March 1977. E/GONF.70/29. Sales No. E.77.II.A.12 (Excerpts) available at ielrc.org/content/e7701.pdf. <http://www.ielrc.org>.

UN 2003. Economic and social survey of Asia and the Pacific 2003: Asia-Pacific economies: resilience in challenging times. <https://www.unescap.org/publications/economic-and-social-survey-asia-and-pacific-2003-asia-pacific-economies-resilience>

UN. 2009. World Water Development Report: Water in a Changing World (launched 16 March).

Anexo - bibliografia complementar consultada

Alcamo, et al., 2003. Ecosystems and Human Well-being: a Framework for Assessment e Millennium Ecosystem Assessment (MA). UNESCO, Paris.

Bakker, M.K., 2012. Governance failure: urban water and conflict in Jakarta, Indonesia. In: UNESCO-IHP (Ed.), Urban Water Conflicts. Taylor and Francis, Paris and Leiden, p. 313.

Brears, R., 2015. Markandfocus [Online] Available at: <http://markandfocus.com/2015/09/16/berlins-urban-redevelopment-along-the-spree/> [Accessed 20 Setembro 2015].

Bressers, H., & Kuks, S. 2004. Integrated governance and water basin management. Dordrecht, the Netherlands: Kluwer Academic Publishers.

Castro, E., 2012. In search of meaningful interdisciplinary: understanding urban water conflicts in Mexico. In: UNESCO-IHP (Ed.), Urban Water Conflicts. Taylor and Francis, Paris and Leiden, p. 313.

Cordovil, F., Baptista, D., Alves, R., & Dimas, B. 2004. A Política Agrícola e Rural Comum e a União Europeia, Lisboa, Ed. Principia.

Engelman, R., & LeRoy, P. 1995. Sustaining water: An update. Washington, DC: Population Action International.

IWMI (International Water Management Institute). 2006. Insights from the Comprehensive Assessment of Water Management in Agriculture, Colombo, Sri Lanka, CA Info Brief No. 13 – 7 November 2006. Presented at Stockholm World Water Week 2006.

Johnstone, Phillip, Adamowicz, Rachelle, de Haan, Fjalar J., Ferguson, Briony, Wong, Tony, 2012. Liveability and the Water Sensitive City. Cooperative Research Centre for Water Sensitive Cities, Melbourne.

Kulshreshtha, S. N. 1993. World water resources and regional vulnerability: Impact of future changes. Laxenburg, Austria: International Institute for Applied Systems Analysis.

Le Meur, P.Y., Hauswirth, D., Leurent, T., Lienhard, P., 2005. The Local Politics of Land and Water: Case Studies from the Mekong Delta, 4. Coll. Etudes et Travaux, serie en ligne n4, Editions du Gret. www.gret.org.

LeRoy Poff, N., Brown, C.M., Grantham, T.E., et al, 2015. Sustainable water management under future uncertainty with eco-engineering decision scaling. Nat. Clim. Change. <http://dx.doi.org/10.1038/nclimate2765>, 14 09.

Matthews, J. H. 2023. Climate policy is inundating the SDGs. Nature Water, 1, 216–218. <https://doi.org/10.1038/s44221-023-00048-x>

Nature. 2023. Global action on water: Less rhetoric and more science. Editorial. Nature, 615, 766. <https://doi.org/10.1038/d41586-023-00886-5>- access: Global action on water: less rhetoric and more science (nature.com)

Quentin Grafton, R., Biswas, A. K., Bosch, H., Fanaian, S., Gupta, J., Revi, A., Sami, N., & Tortajada, C. 2023. Goals, progress and priorities from Mar del Plata in 1977 to New York in 2023. Nature Water, 1, 230–240. <https://doi.org/10.1038/s44221-023-00041-4>

Pritchard, L., & Sanderson, S. E. 2002. The dynamics of political discourse in seeking sustainability. In L. H. Gunderson, & C. S. Holling (Eds.), *Panarchy: Understanding transformations in human and natural systems*. Washington, DC: Island Press.

Rahaman, M. Varis, O. & Kajander, T. EU Water Framework Directive vs. Integrated Water Resources Management: The Seven Mismatches, Water Resources Laboratory, Helsinki University of Technology, Finland

Rodrigues, I., Correia, A., & Kozac, M. 2013. The Alqueva reservoir in Portugal: Towards the development of a new lake destination. *Journal of Natural Science*, 28(1):131–143.

SIWI. 2016. *The Multi-track Water Diplomacy Framework A Legal and Political Economy Analysis for Advancing Cooperation over Shared Waters*

Smith, D. M., Gordon, C., Kittikhoun, A., Molwantwa, J., Pacheco Mollinedo, P., Romdhane, A. B., Shrestha, R., Tindimugay, C., & McDonnell, R. (2023). Research and innovation missions to transform future water systems. *Nature Water*, 1, 219–222. <https://doi.org/10.1038/s44221-023-00049-w>

UN. 2023. UN News, 22 March 2023. Retrieved April 15, 2023, from: <https://news.un.org/en/story/2023/03/1134887>

Videira, N., Kallis, G., Antunes, P., & Santos, R. 2007. ADVISOR- Integrated evaluation for sustainable river basin governance (Vol. 6). London, UK: IWA Publishing.

WCD (World Commission of Dams). 2000. Dams and development: A new framework for decision making. The report of the world commission on dams. London, UK: Earthscan Publications.

Winpenny, J. T. 1997. Managing water scarcity for water security. A discussion paper prepared for the FAO Conference on Managing Water Scarcity, 4 March to 9 April 1997.

PARTE III

PROPRIEDADE E RECURSOS HÍDRICOS

A UNIÃO DE ÁGUAS COM DIFERENTES NATUREZAS: UM BREVE ENSAIO

João Tomé Pilão

Resumo

Nem sempre existe uma coincidência dos critérios que classificam as águas do domínio público existentes em diplomas de direito privado e direito público. O ponto de partida deste artigo é a interpretação articulada destes critérios e subcritérios para, depois, ensaiar a sua aplicação numa hipotética situação em que exista uma barragem com diversos tipos de águas. Trata-se de um ensaio que visa analisar a união de águas com diversas naturezas, designadamente, saber se águas públicas em águas particulares (ou vice-versa) mantêm a sua natureza original ou, por efeito dessa união natural ou artificial transmutam-se em águas com naturezas diferentes, por aplicação do conhecido instituto de direito civil: acessão natural.

Palavras-chave

Águas particulares; águas públicas; critérios de dominialidade; união de águas; acessão natural.

Abstract

There is not always a coincidence between the criteria that classify waters in the public domain, which are in private law and public law legislation. Firstly, the aim of this text is to provide an articulated interpretation of these criteria and sub-criteria and then to test their application in a hypothetical situation of a dam reservoir with different types of water. It is an essay that aims to analyse the union of waters of different natures, namely if public waters in private waters (or vice versa) maintain their original nature or, as a result of this natural or artificial union, acquire a different nature, through the application of the well-known civil law institute: natural accession.

Keywords

Private water; public water; dominiality criteria; water union; natural accession.

1. Nota introdutória

O texto que se segue pretende responder à questão de saber se águas particulares em águas públicas, ou águas públicas em águas particulares, mantêm a sua natureza original ou, por efeito dessa união natural ou artificial, transmutam-se em águas com naturezas diferentes. O interesse em resolver esta questão não é apenas teórico. Com efeito, a questão retrata situações que se colocam com alguma frequência: as linhas de água dominiais que se juntam às águas particulares existentes na albufeira de uma barragem passam a assumir a mesma natureza jurídica e titularidade destas águas? Por outro lado, o étimo prático da resposta reflete-se, em última instância, na (des)necessidade de o particular obter um título para a utilização privativa daquelas águas.

A importância teórico-prática na resolução destas questões aliada à ausência de eco na doutrina, constituem a *raison d'être* ou *Leitmotiv* do presente ensaio. Como ponto de partida, começaremos por re-visitamos os critérios necessários para a classificação das águas como particulares à luz do Código Civil, para depois, com base na posição adotada relativamente à interpretação de cada uma das normas que preveem estes critérios, proceder à sua articulação com as normas previstas em diplomas de direito público, mais especificamente na Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro (doravante, «Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos»).

Avançando na análise e tomando como exemplo uma albufeira de uma barragem com diversos tipos de águas, pretende-se ensaiar a classificação, pública ou particular, dessas águas. Em especial, a reflexão incidirá sobre as águas públicas que confluem com uma massa de água composta com águas maioritariamente particulares. Neste âmbito, recorreremos ao conhecido instituto do direito civil – a aces-

são natural – cuja aplicação não pode deixar de ser analisada com alguma acribia face à simultaneidade de águas com naturezas públicas e particulares.

2. Classificação das águas: particulares ou públicas

À partida, são *particulares* as águas identificadas no artigo 1386.º do Código Civil e *públicas* todas as que não se encontram na previsão deste artigo¹, submetendo-se as primeiras ao regime do Código Civil e as segundas ao regime composto por diversos diplomas de Direito Público que regem esta matéria, tal como o Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos². Dizemos “à partida” porque a distinção operada na lei nem sempre é fácil, desde logo porque a presunção de que a água existente em propriedade privada é particular é passível de prova em contrário³, *i.e.*, em terrenos públicos podem existir águas particulares quando o seu proprietário as tenha subtraído ao domínio público⁴ do mesmo modo que é concebível a existência de águas públicas sitas em terrenos particulares, quando atravessadas por um *curso de água não navegável nem flutuável*. Há uma dissociação entre a dominialidade das águas e dos terrenos onde estas se encontram.

Neste quadro, assumindo como diretriz fundamental a regra de que a identificação das águas públicas “é efetuada praticamente por exclusão das águas qualificadas como privadas pelo Código Civil (cf.

1 Cfr. ANTÓNIO TELES / MIGUEL DO CARMO MOTA, «Anotação ao artigo 1385.º» in *Comentário ao Código Civil, Direito das Coisas*, UCE, Lisboa, 2021, p. 346.

2 Cfr. ANTÓNIO TELES / MIGUEL DO CARMO MOTA, «Anotação..., *cit.*, p. 346 – para quem a identificação das águas públicas “é efetuada praticamente por exclusão das águas qualificadas como privadas pelo Código Civil (cf. artigo 1386.º)”; no mesmo sentido, JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *As Águas no Código Civil, comentário, doutrina, jurisprudência*, 2.ª edição, Almedina, 2005, p. 28; ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público, o critério e o regime jurídico da dominialidade*, Almedina, 2005, p. 189.

3 Em outros ordenamentos jurídicos, como no Brasil, parece existir a regra contrária de uma água em propriedade privada se presume pública sem prejuízo de ser provado o seu contrário (cfr. artigo 20.º, item III, e 26.º, item I, da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no *Diário Oficial da União*, n.º 191-A, de 5 de outubro de 1988).

4 Cfr. artigo 1386.º, n.º 1, alínea d) a f) do Código Civil.

artigo 1386.º)^{5/6}, importa começar por analisar a lei civil e os seus critérios de dominialidade.

1.1. Águas particulares no Código Civil

De entre os vários tipos de águas classificadas como particulares, a alínea a) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil classifica como *particulares* as “águas que nascerem em prédio particular e as pluviais que nele caírem, enquanto não transpuserem, abandonadas, os limites do mesmo prédio ou daquele para onde o dono dele as tiver conduzido, e ainda as que, ultrapassando esses limites e correndo por prédios particulares, forem consumidas antes de se lançarem no mar ou em outra água pública”.

Do disposto neste preceito resulta que são qualificadas como **águas particulares**:

- (i) quando nasçam ou caiam em prédio particular e aí se mantêm – não transpondo, abandonadas, os limites desse mesmo prédio ou de outro para o qual o seu dono as tiver conduzido;

5 Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, cit., p. 189, e, no mesmo sentido, JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *As Águas...*, cit., p. 28.

6 Parece-nos ser com base no artigo 18.º do Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos – que estabelece que todos os recursos hídricos não pertencentes ao domínio público podem ser objeto do comércio jurídico privado e são regulados pela lei civil- que se defende o entendimento de que a classificação de águas públicas é efetuada por exclusão das águas qualificadas como particulares pelo Código Civil, reforçando a importância da vigência e aplicabilidade dos critérios de dominialidade previstos no artigo 1386.º no momento de determinar a natureza das águas. Tanto assim é que, justamente a este propósito, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que a articulação entre as normas do Código Civil com as do Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos determinam que “a natureza não navegável nem fluviável de uma corrente de água não implica, necessariamente, a qualificação desta entre as águas ou recursos hídricos particulares” (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de abril de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 09B0008). Ou seja, não basta atender à natureza não navegável nem fluviável de uma corrente de água preconizada pelas normas de Direito Público, pois a ausência do preenchimento dos requisitos de dominialidade presentes no Código Civil podem determinar a existência de uma corrente de águas particulares.

- (ii) bem como quando, ultrapassando os limites desse prédio onde nasçam ou caiam, corram por prédios particulares, sendo consumidas antes que se lancem no mar ou em qualquer outra água pública.

Do mesmo preceito legal resulta, *a contrario*, que as águas que nasçam ou caiam em prédios particulares ou corram por esses prédios só passam a **águas públicas**:

- (i) se as águas *transpuserem abandonadas* os limites do prédio de origem ou daquele para onde o dono dele as tiver conduzido;
- (ii) e se, além disso, *atingirem o mar ou outras águas públicas*.

Como se pode verificar, este preceito legal pode comportar duas leituras, consoante os seus critérios se apresentem pela positiva ou pela negativa, ou seja, o seu preenchimento se traduza na classificação das águas como particulares ou, pelo contrário, a sua verificação conduza à conclusão da natureza dominal das águas. Embora ambas as interpretações alcancem a mesma finalidade, a de saber qual a natureza das águas, partiremos desta segunda não só por facilidade de exposição mas, sobretudo, porque como veremos mais adiante estes requisitos de dominialidade servem de base à classificação do domínio público hídrico estabelecido no Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos.

A verificação, na prática, destas duas previsões legislativas está longe de ser pacífica, desdobrando-se em subcritérios, cuja articulação exige, por isso, um acrescido cuidado na sua análise e interpretação. Importa, pois, antes de entrar no cerne da questão a que nos propomos resolver, estabilizar a interpretação dos critérios de dominialidade a que alude a alínea a) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil.

1.1.1. Os critérios de dominialidade

Atenta a finalidade do presente texto, não se revela indispensável proceder à recuperação exaustiva da evolução jurídica dos critérios domi-

niais⁷. Mas alguns pontos merecem, em todo o caso, ser destacados, sobretudo da sua previsão se encontrar inicialmente espalhada em diversos diplomas avulsos.

Os dois requisitos- *rectius* critérios- de dominialidade pública a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 1386.º não são uma inovação do Código Civil de 1966 residindo a sua fonte mais direta em dois diplomas avulsos:

- (i) Primeiro, é possível encontrar os referidos critérios num diploma do século XIX – o decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892-, que estabelecia duas condições para que as águas provenientes de uma nascente ou pluviais⁸ caídas em terrenos particulares adquirissem natureza pública: terem sido *abandonadas* e serem *lançadas ao mar ou em outras águas do domínio público*.
- (ii) Mais tarde, o n.º 1 do artigo 2.º do Decreto n.º 5:787-III, de 10 de maio de 1919, determinava como águas do domínio particular as que “nacerem em algum prédio particular e as pluviais que nele caírem, enquanto não transpuserem abandonadas os limites do mesmo prédio, ou que, ultrapassando êsses limites e correndo por prédios particulares, são consumidas antes de se lançarem no mar ou em outras águas do domínio público. Se porém, se lançarem no mar ou em outras águas públicas, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do prédio onde nadem ou caíram”.

A previsão dos referidos critérios nestes dois diplomas avulsos, um sucedâneo do outro, justificava-se pelo facto do Código Civil de Seabra, ao contrário do que faz o atual Código Civil, não identificar taxativamente as águas particulares, limitando-se a definir o que eram *cousas particulares*. Feito este breve excursus sobre a origem dos referidos critérios, analisemos, pois, cada um deles.

7 Para uma visão histórica e comparada dos diferentes critérios que foram sendo adotados para a classificação das águas, cfr. GUILHERME MOREIRA, *As águas no direito civil português*, vol. I, 2.ª edição, pp. 27 e ss.

8 Como ensina JOÃO VELOSO DE ALMEIDA, apesar de o decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892, não fazer referência às águas pluviais que caíam em terrenos particulares, “tais águas já eram tidas como particulares” (cfr. *Comentário à Lei de Águas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1937, pp. 18 e 19).

1.1.2. *Idem*: ultrapassar, abandonadas, os limites do prédio mãe

Na génese deste subcritério existem duas interpretações diferentes. Numa visão estritamente *objetiva*, as águas abandonadas adquirem automaticamente natureza dominial, transformando-se numa *corrente*, logo que transponham os limites do prédio onde nasçam ou caiam. Num outro sentido, o abandono é entendido com uma componente *subjetiva*, ou seja, as águas preenchem este subcritério quando haja uma evidência de que o seu proprietário não as pretende utilizar.

A melhor interpretação parece ser esta última por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, uma conceção objetivista levaria à conclusão de que seriam públicas as águas transportadas pelo seu dono para outro prédio seu, hipótese que foi liminarmente afastada com a entrada em vigor do novo Código Civil⁹. Por outro lado, a ideia de abandono não pode ser lida fora do contexto de propriedade a que está juridicamente associada, que atribui às pessoas a quem pertençam essas águas o direito a dar-lhes o destino que julguem mais conveniente, aproveitando-se delas exclusivamente ou abandonando-as e, justamente por isso, existe abandono quando haja uma “manifestação inequívoca de uma intenção de abdicar do direito de propriedade”¹⁰. Neste sentido, afasta-se a ideia de abandono – *desinteresse absoluto* pela sorte ou destino posterior das águas¹¹ – em situações que haja indícios de aproveitamento daquelas águas (*v.g.*, quaisquer obras efetuadas para o seu aproveitamento)¹².

De referir que, embora este critério se revele um *elemento essencial*¹³ para a dominialidade (pública) das águas, deve ser interpretado com relativa cautela e conjugado com o segundo, porquanto não basta que as águas ultrapassem abandonadas os limites do prédio onde caiam ou nasçam, pois, ainda que o façam, podem permanecer particulares se correrem por prédios particulares e *forem consumidas antes de se lançarem no mar ou em outras águas públicas*. Vejamos, pois, este segundo critério.

9 Cfr. ANTUNES VARELA / PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª edição, p. 291.

10 Cfr. ANTÓNIO TELES / MIGUEL DO CARMO MOTA, «Anotação...», *cit.*, p. 348.

11 Cfr. JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *As Águas...*, *cit.*, p. 43.

12 Cfr. ANTÓNIO TELES / MIGUEL DO CARMO MOTA, «Anotação...», *cit.*, p. 348.

13 Cfr. MÁRIO TAVARELA LOBO, *Manual de Direito das Águas*, Vol. I, 2.ª edição, 1999, p. 129 (1).

1.1.3. Idem: lançamento ao mar ou em outras águas públicas

Verificado o abandono, para que as águas adquiram a natureza pública é necessário que “atingam uma corrente do domínio público ou diretamente o mar”¹⁴. Dos dois critérios, este é o que exige um maior esforço interpretativo na determinação do seu sentido, uma vez que se reconhece que nem sempre é fácil determinar, na prática, se a água abandonada atinge o mar¹⁵.

A doutrina que se tem pronunciado sobre esta questão tende a entender que não é forçoso que toda a água atinja diretamente uma corrente pública¹⁶, bastando a mera possibilidade de isso vir a acontecer, ainda que *indiretamente, segundo padrões de normalidade de circunstância* atendendo à realidade existente na região onde se encontram as águas¹⁷.

Em contrapartida, resultava dos trabalhos preparatórios do Código Civil (artigo 1373.º, n.º 2, do Anteprojeto) que as correntes de água que transponham abandonadas os limites do prédio onde caíam continuavam a ter natureza particular “quando, faltando-lhe um curso regular, as águas se derramem indiferentemente em redes sem direção fixa ou leito privativo, por toda a superfície dos prédios inferiores”. É certo que o referido texto legal foi eliminado a partir da 2.ª revisão ministerial. Mas tal aconteceu, não porque a solução não fosse de acolher, mas tão-somente porque se considerou que a doutrina nele contida era “demasiadamente casuística”¹⁸.

Significa isto que pode dar-se o caso de as águas abandonadas - ainda que parte delas nunca cheguem ou mar ou exista a mera possibilidade de isso acontecer - serem qualificadas como particulares, bastando para o efeito que, perante os contornos específicos da situação concreta, e com base nos *padrões de normalidade de circunstância*, se possa afir-

14 Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31 de maio de 1994, proferido no âmbito do processo n.º 9340765.

15 Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA / PIRES DE LIMA, *Código Civil...*, cit., p. 292.

16 Cfr. PIRES DE LIMA, em anot. 1.ª, a p. 13, de *Comentário à Lei das Águas*, de VELOSO DE ALMEIDA.

17 Cfr. JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *As Águas...*, cit., p. 43

18 Cfr. ANTUNES VARELA / PIRES DE LIMA, *Código Civil...*, cit., p. 292; e MÁRIO TAVARELA LOBO, *Manual...*, cit., pp. 129 e 130.

mar que a água se vai derramar indiferentemente em vários sentidos com base na morfologia dos terrenos onde estão localizadas e na realidade climatérica que as envolve. Caso assim não fosse, ou seja, segundo a interpretação de o espírito da lei abarcar todas as águas com virtualidade de alcançarem o mar, então não se entenderia bem o alcance do segundo critério previsto no artigo 1386.º, n.º 1, alínea a) do Código Civil, de acordo com o qual são ainda particulares as águas que “ultrapassando esses limites e correndo por prédios particulares, forem consumidas antes de se lançarem no mar ou em outra água pública”. Em rigor, este requisito deixaria de ter o significado prático evidenciado pelo casuísmo que lhe é característico, e cuja doutrina não foi abandonada.

A mera possibilidade de uma parte da água ir lançar-se no mar ou em outra água pública não implica que esta passe automaticamente a ser pública, pois à saída do prédio onde nasceu ou caiu podem ser consumidas. É este subcritério que será analisado de seguida.

1.1.4. Idem: o consumo

Há uma exceção fundamental quando estão em causa águas que sejam, entretanto, *consumidas*. A alínea a) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil é inequívoca quanto a isto: são águas particulares as águas que, ultrapassando esses limites e correndo por prédios particulares, “forem consumidas antes de se lançarem no mar ou em outra água pública”. Este subcritério do *consumo* é, pois, determinante para que se considere que as águas não chegam, afinal, ao mar e devem ser, portanto, classificadas como águas particulares. Isto significa que não se pode legitimamente afirmar, à luz deste preceito legal, que todas as águas, ainda que consumidas, tenham a suscetibilidade de alcançar o mar integram o domínio público.

No entanto, importa distinguir consoante as águas abandonadas formem ou não, à saída do prédio onde caíram, um *curso de água não navegável nem flutuável*.

Se tal não acontecer, como a água não é pública aplica-se o regime de direito privado¹⁹ que confere aos donos dos prédios para onde se escoam as águas pluviais um poder legal (não um direito) de aproveitamen-

19 Cfr. artigo 1391.º *ex vi* 1393.º, ambos do Código Civil.

to das águas sobejas, como compensação pelo encargo que sobre estes impende no escoamento das águas pluviais por força do artigo 1351.º do Código Civil²⁰. Neste contexto, aplica-se o regime das águas particulares às águas sobejas – ainda que abandonadas – quando não atinjam o mar ou outra água pública, sendo consumidas na sua totalidade²¹, pertencendo aos “donos dos prédios por onde correm”, ficando estes com os “mesmos direitos e obrigações dos proprietários onde essas águas caem”²². O seu carácter meramente accidental e ocasional – por contraposição às águas perenes²³ - permite que essas águas se excluam do domínio público e quando atravessem os prédios particulares sejam utilizadas pelos seus donos²⁴.

Menos evidente se torna a aplicação deste subcritério do consumo às situações em que as águas, que sejam consumidas, incorporem um curso de água dominial. É que analisaremos sem mais demoras.

1.2. Articulação do Código Civil com o Regime de Titularidade dos Recursos Hídricos

Antes de passarmos ao tema central que ocupa o presente escrito – a união de águas com diferentes naturezas - revela-se determinante articular os vários regimes jurídicos e os critérios de dominialidade nele previstos, em ordem a determinar a natureza jurídica das águas em causa. Em concreto, qual a natureza da água pluvial abandonada que constitui, ao transpor os limites do prédio onde caiu, uma corrente dominial? Quando consumida, essa água é particular ou permanece com a natureza jurídica da massa de água onde é incorporada – o curso de água não navegável nem fluviável? A resposta a estas questões exige uma articulação das normas civis com as previstas no Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos.

20 Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, 1967, Coimbra, p.204.

21 *Idem*, p.213 (1).

22 Cfr. JOÃO VELOSO DE ALMEIDA, *Comentário...*, *cit.*, p. 311.

23 Já as águas públicas têm subjacente a ideia de corrente perene – *flumen perenne* - cfr. JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *As Águas...*, *cit.*, p. 19

24 Cfr. neste sentido, GUILHERME MOREIRA, *As águas...*, *cit.*, pp. 636 e 637, advertindo que não tem o “*mínimo de fundamento jurídico ou doutrinário*” o entendimento daqueles que veem nas torrentes ou enxurros que atravessam ou banham prédios particulares correntes de águas sujeitas ao mesmo regime das correntes não navegáveis nem fluviáveis.

Como se sabe, a nossa Constituição estabelece que “pertencem ao domínio público as águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou fluviáveis, com os respectivos leitos”²⁵. Coube à lei concretizar o referido preceito constitucional, mais concretamente, no âmbito do domínio hídrico – *rectius*, domínio público hídrico²⁶-, o Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos procedeu a uma classificação tripartida que engloba o *domínio público marítimo, domínio público lacustre e fluvial e domínio público das restantes águas*²⁷.

O Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos não pretendeu, em qualquer caso, revogar o regime que consta do Código Civil, dispondo expressamente no seu artigo 18.º que todos os recursos hídricos não pertencentes ao domínio público podem ser objeto do comércio jurídico privado e são regulados pela lei civil. Nesta linha, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 19/X, que precedeu a aprovação do Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos, refere que se mantiveram “as disposições do Código Civil sobre águas [...] cujos dispositivos foram considerados na formulação do novo regime”. Ademais, se há “ponto firme”, e que não justifica maiores desenvolvimentos, é o facto de estarmos no âmbito de uma Constituição pluralista e de uma economia de mercado, reconhecedora da propriedade pública e privada, que exige a consideração “excecional como até potencialmente prejudicial ao país a subtração das coisas a esse livre comércio, a essa economia de mercado, se tal subtração não for ditada por fortes razões de interesse público”²⁸.

Neste quadro, na determinação dos bens no *domínio público lacustre e fluvial*, o legislador apoia-se, em linha dos sistemas de base romanís-

25 Cfr. artigo 84.º, n.º 1, alínea a), da Constituição; na interpretação desta norma deve ainda atender-se ao disposto em textos de Direito Internacional Convencional, designadamente, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, comumente designada por Convenção de Montego Bay.

26 Que se distingue do “domínio hídrico” (hoc sensu), abrangendo o domínio público hídrico e o domínio hídrico privado estabelecido nos artigos 1385.º e ss. do Código Civil (cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, cit., p. 169).

27 Cfr. artigo 2.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

28 Cfr. JOSÉ PEDRO FERNANDES, «Domínio Público» in *DJAP*, IV. 1991, p. 179.

tica²⁹, no critério da navegabilidade ou fluviabilidade. Com efeito, nos termos do artigo 5.º do Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos, “o domínio público lacustre e fluvial compreende: a) Cursos de água navegáveis ou fluviáveis, com os respetivos leitos, [...]; b) Lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis, com os respetivos leitos [...]; d) Canais e valas navegáveis ou fluviáveis [...]”.

Todavia, a lei consagra também outros fatores de dominialidade. É o que sucede quando estão em causa projetos públicos ou terrenos públicos (v.g., cursos de água não navegáveis nem fluviáveis, com os respetivos leitos e margens, desde que localizados *em terrenos públicos*, ou os que por lei sejam *reconhecidos como aproveitáveis para fins de utilidade pública*, albufeiras *criadas para fins de utilidade pública*, lagos e lagoas não navegáveis ou fluviáveis, com os respetivos leitos e margens, formados pela natureza *em terrenos públicos*, lagos e lagoas circundados por diferentes prédios particulares ou existentes dentro de um prédio particular, *quando tais lagos e lagoas sejam alimentados por corrente pública*).

1.2.1. Interpretação da alínea h) do artigo 5.º do Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos

Determinante, em qualquer caso, para este efeito é o sentido da alínea h) do artigo 5.º do Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos, onde se pode ler que integram ainda o domínio público os “cursos de água não navegáveis nem fluviáveis nascidos em prédios privados, logo que as suas águas transponham, abandonadas, os limites dos terrenos ou prédios onde nasceram ou para onde foram conduzidas pelo seu dono, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas”.

Esta norma, relativa a *cursos de água não navegáveis nem fluviáveis nascidos em prédios privados*, é particularmente exigente na esteira do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil. É certo que, confrontando a redação das duas disposições, enquanto o Código Civil refere que são particulares as águas que “forem **consumidas** antes de se lançarem no mar ou em outra água pública”, o regime de direito público não faz qualquer referência ao consumo. **Isto não signi-**

29 Os sistemas de base romanística continuam a caracterizar-se por atribuir ao domínio público do Estado as águas do mar e as restantes águas, desde que navegáveis ou fluviáveis (cfr. exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 19/X).

fica, porém, que o sentido fundamental da solução plasmada na lei civil tenha sido alterado.

Desde logo, pode questionar-se se a dominialização de águas que servem única e exclusivamente os interesses daqueles que as consomem se mostra conforme à necessidade da dominialização de determinado bem, a qual tem de ser norteada por fundamentos que atestam a indispensabilidade ou, pelo menos, a elevada conveniência dessa subordinação à satisfação de certo interesse público³⁰.

Seja como for, de referir que, conforme já adiantado, o artigo 18.º, o Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos não pretende revogar o Código Civil e, não havendo incompatibilidade entre preceitos legais de diferentes diplomas, deve buscar-se a sua interpretação conjugada, em conformidade com a diretriz hermenêutica fundamental de uma interpretação que tenha em conta “a unidade do sistema jurídico” que se extrai do artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil³¹. Concretamente, a desconsideração do consumo na relevância do segundo critério, cominaria a classificação como públicas as águas que fossem *consumidas antes de se lançarem no mar ou em outras águas públicas*, o que seria absolutamente incongruente à luz da unidade do sistema jurídico, que assume particular relevância no momento da interpretação das normas³². Levado ao extremo, perante as mesmas águas, teríamos um conflito positivo de normas com soluções contraditórias³³, ou seja, determinadas águas seriam públicas e particulares ao mesmo tempo, ao abrigo de diplomas diferentes.

30 Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 326/15.

31 Cfr., sobre o elemento sistemático na interpretação da lei, entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2020, pp. 359 a 366; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, Coimbra, 2012, pp. 718 a 724; JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 2005, pp. 409 a 412.

32 É sabido que a interpretação da lei não se esgota na simples literalidade, sendo relevante reconstituir o pensamento legislativo “tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada” (artigo 9.º, n.º 1 do Código Civil).

33 Sobre estes dois requisitos para a existência de um conflito normativo – a comunhão de âmbitos previsivos de normas e contradição deontica, cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativa, o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Parte I, AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 298 e ss., e doutrina aí citada

Por outro lado, e sobretudo, a alínea h) embora não aluda ao consumo, faz depender a qualificação como água do domínio público do facto de as águas “no final” forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas”. Esta formulação tem um significado fundamental: é que, se as águas forem, entretanto, consumidas pelos particulares, não chegarão *no final* ao mar ou a outra água pública.

Tudo visto, caso estejamos perante uma corrente dominial ou, mais concretamente, perante um curso de água não navegável nem fluviável em que haja, pelo menos parcialmente, a possibilidade de integração noutra água pública ou no mar, o seu aproveitamento pelos proprietários dos prédios inferiores rege-se dentro do regime de aproveitamento de águas públicas.

Todavia, **se a água de um curso não navegável nem fluviável nascido em terreno particular for consumida e na medida em que o seja, assume nesse momento natureza particular**. A água consumida é, assim, subtraída da *corrente*, por onde corre, deixando de constituir bem imóvel para se tornar *coisa móvel*, ficando subtraída ao *regime jurídico dessa corrente*³⁴. Isto só vale, em qualquer caso, para a água que seja efetivamente consumida, pois a restante mantém a natureza pública desde que transpõe o limite do prédio onde caiu e se dirige para o mar ou para outra água pública.

3. Águas públicas em águas maioritariamente particulares

Aqui chegados, imbuídos da interpretação doutrinária e jurisprudencial subjacente às normas do Código Civil que preveem os critérios de dominialidade, e da sua articulação com o Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos, deve passar-se para a tarefa que nos propomos inicialmente dar resposta: ensaiar a união de águas com diferentes naturezas.

Para facilitar a tarefa que se segue, *fictionemos* a albufeira de uma barragem construída em terreno particular constituída por (i) águas pluviais que nela caírem diretamente, (ii) águas que nascerem no prédio particular e as pluviais que neles caírem, (iii) águas que nascerem nos prédios

34 Cfr. GUILHERME MOREIRA, *As águas...*, cit., p. 2.

particulares vizinhos e as pluviais que neles caírem escorrendo pela propriedade privada onde se encontra construída a barragem sem integram ou formarem linhas de água e (iv) águas que nascerem nos prédios particulares vizinhos e as pluviais que neles caírem escorrendo pela propriedade privada onde se encontra construída a barragem e que integram ou formam linhas de água que se dirigem à albufeira da barragem.

Dúvidas não existem de que as águas nascidas no prédio do particular e as pluviais que nele cair lhe pertencem (v., *supra*, (i) e (ii)), podendo o respetivo proprietário dispor delas livremente armazenando-as ou mesmo alienando-as a terceiro (artigo 1389.º *ex vi* artigo 1393.º, ambos do Código Civil). Quanto a estas, com base na conceção *subjetiva* de abandono, de que já se deu breve eco, nunca chegarão a ultrapassar os limites do prédio onde caíram uma vez que há um *interesse* do proprietário em represá-las para as aproveitar, através da construção de infraestruturas hidráulicas. Dúvidas também não existem relativamente à natureza particular das águas que nasceram nos prédios particulares vizinhos e as pluviais que neles caíram *sem formarem ou integrem linhas de água* (v., *supra*, (iii)). São as que, nos termos do Código Civil, transpuseram abandonadas os limites dos prédios onde caíram e foram consumidas antes de se lançarem no mar ou em outra água pública.

Já relativamente às águas que nascem nos prédios particulares vizinhos e as pluviais que neles caem *formando ou integrando linhas de água* (v., *supra*, (iv)), importa, pois, verificar se tais linhas de água constituem, no momento em que atravessam o prédio do particular, uma verdadeira corrente do domínio público, à luz dos critérios de dominialidade já densificados.

Sem dúvida, estas linhas de água formadas por águas nascidas nos prédios particulares vizinhos e por águas pluviais que neles caíram, formando torrentes, barrancos e enxurros ou córregos “quando [...] a inclinação do leito é mais acentuada e provoca a concentração rápida de um apreciável volume de águas pluviais”³⁵, *transpõem abandonadas os prédios onde caíram ou nasceram*, cumprindo o primeiro dos requisitos enunciados na alínea h) do artigo 5.º do Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos para a sua qualificação como cursos de água não

35 Cfr. MÁRIO TAVARELA LOBO, *Manual...*, *cit.*, p. 136.

navegáveis nem fluviáveis nascidos em prédios privados integrados no domínio público: “cursos de água não navegáveis nem fluviáveis nascidos em prédios privados, logo que as suas águas transponham, abandonadas, os limites dos terrenos ou prédios onde nasceram ou para onde foram conduzidas pelo seu dono...”.

Porém, como se referiu anteriormente, a determinação da dominialidade das águas, através da interpretação dos critérios normativos a que alude a alínea a) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil, trata-se de uma *questão de direito* que só em concreto será possível resolver. Neste conspecto, revela-se essencial analisar se no caso concreto essas linhas de água de facto existem ou não, mais concretamente, se elas existem continuamente ou não (v.g. pode acontecer que exista uma rede de pequenas depressões, onde, em anos de muita pluviosidade, se formam linhas de água).

Sobretudo, mesmo que se encontre verificado o primeiro requisito, terá ainda de ser indagado a verificação em relação ao segundo requisito: “... se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas”. Com efeito, atendendo aos *padrões de normalidade de circunstância* necessários para aferir se existe uma possibilidade de parte das águas chegar a águas públicas, importa verificar se estão em causa águas que se localizam num local de extrema seca com reduzida precipitação anual, e com escassez de água, e em que, portanto, salvo em anos extraordinários de elevada precipitação, a água não é no final lançada no mar ou noutras águas públicas. Ademais, a maioria das águas existentes podem ser efetivamente consumidas pelo particular (v.g. através da sua utilização para rega em culturas agrícolas intensivas). Por fim, em ordem a infirmar o preenchimento deste critério pode revelar-se essencial que a barragem em questão não interrompa o curso dos referidos afluentes para desaguardem nas águas públicas mais próximas do local, facto este que pode ser afastado, por exemplo, pela inexistência geográfica de *córregos* que fundamentem a ligação físico-funcional destas águas³⁶.

36 A análise concreta desta situação pode revelar-se determinante para a natureza dominial das águas porquanto a alínea g), do artigo 5.º, do Regime de Titularidade dos Recursos Hídricos, estabelece que pertencem ao domínio lacustre ou fluvial os “lagos e lagoas circundados por diferentes prédios particulares ou existentes dentro de um prédio particular, quando tais lagos e lagoas sejam alimentados por corrente pública”. A norma equivalente na alínea c), do n.º 1, do artigo 1386.º, do Código Civil, tem sido interpretada no sentido de que “para que possa considerar-se alimentado por uma

Em qualquer caso, ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que estas linhas de água consubstanciassem uma corrente dominial, não se pode perder de vista que, segundo a hipótese que temos vindo a analisar, a albufeira da barragem é alimentada na sua maioria por águas pluviais particulares. O aspeto não é despiciendo.

1.1. A acessão natural de águas com naturezas diferentes

Com efeito, perante uma confusão ou junção de águas de diferentes naturezas, importa indagar se as águas que se encontram em menor quantidade adquirem a natureza daquelas que as incorporam, por “acessão natural”. Aplicar este instituto na presença de bens dominiais (águas públicas) pressupõe ter em presença que o direito que os regula, os diplomas de direito público, fazem prevalecer a legalidade o interesse público, deixando pouca margem de autonomia dos interesses particulares. É com este alerta que se deve começar.

Vejam, nos termos do direito privado é princípio geral da acessão natural que “pertence ao dono da coisa tudo o que a esta crescer por efeito da natureza”³⁷, *i.e.*, extingue-se o direito sobre a coisa unida e incorporada noutra ou, visto de outro ângulo, formula-se uma expansão automática do direito de propriedade³⁸. A este propósito, perante quaisquer causas naturais - “telúricas, fluviais, lagunares, climatéricas, biológicas” – entende-se que a acessão natural representa “a união com carácter de permanência entre coisas de diferentes donos, por causa não humana”³⁹. Também a jurisprudência tem entendido ser pacífico que “tal união ou incorporação há-de traduzir-se numa ligação das duas coisas, definitiva e permanente, de tal modo que seja impossível a sua

corrente pública, é necessário que o lago ou lagoa tenha saída para o mar, diretamente ou através de uma corrente do domínio público, pois só nestas condições pode considerar como pública a corrente que a alimenta” (ANTUNES VARELA / PIRES DE LIMA, *Código Civil...*, *cit.*, p. 293; MÁRIO TAVARELA LOBO, *Manual...*, *cit.*, p. 121). Seja como for, a lei não esclarece se esta “alimentação” é apenas uma alimentação natural, por afluência, e não a condução de águas públicas por ação humana para essa lagoa (v.g., através da utilização de uma bomba hidráulica).

37 Cfr. artigo 1327.º do Código Civil.

38 Cfr. ANTUNES VARELA / PIRES DE LIMA, *Código Civil...*, *cit.*, p. 140.

39 Cfr. RUI PINTO / CLÁUDIA DUARTE, «comentário ao artigo 1329.º», *in Código Civil Anotado*, org. ANA PRATA, vol. II, 2.ª edição, Almedina, 2019, p. 238.

separação, sem alterar a própria substância da coisa que, assim, terá de formar uma unidade económica distinta da anteriormente existente⁴⁰.

Ora, transpondo o referido raciocínio para a hipotética situação que temos vindo a analisar, sendo as águas qualificadas de *coisas*⁴¹, quando a coisa pública (águas públicas) é incorporada em coisa privada (águas particulares), é fisicamente impossível retirar as águas públicas que estão unidas com a massa de águas particulares. Na verdade, a água passa a ser apenas uma e toda ela pertencente ao mesmo dono: o proprietário originário das águas particulares.

Como se disse, na hipótese ficcionada, as águas são maioritariamente particulares, ou seja, águas pluviais que caem diretamente na albufeira da barragem, águas que nascem no prédio particular e as pluviais que neles caem, águas que nascem nos prédios particulares vizinhos e as pluviais que neles caem escorrendo pelas propriedades do particular sem integrarem ou formarem linhas de água e, ainda, as águas das linhas de água situadas a montante que se dirigem para a albufeira da barragem.

Logo, se se entender que “pertence ao dono da coisa tudo o que a esta crescer por efeito da natureza”⁴², forçoso será concluir que as linhas de água que, por efeito da natureza, se juntam às águas particulares maioritariamente existentes na albufeira passam a assumir a mesma natureza jurídica e titularidade destas águas. Idêntico raciocínio pode ser transposto para o caso inverso em que águas particulares se unem a águas maioritariamente públicas. Porém, tal como se começou por referir, importa não descurar os concretos interesses em presença, nomeadamente públicos, que podem influir na aplicação do instituto e, em última análise, na determinação da natureza destes bens.

A conclusão alcançada não é desprovida de relevância prática, já que as águas que sejam públicas só podem ser submetidas ao uso privati-

40 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de abril de 2011, proferido no âmbito da revista n.º 108/1999.

41 Cfr. artigo 204.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil.

42 Cfr. artigo 1327.º do Código Civil.

vo⁴³ por particulares mediante um título de utilização, nomeadamente licença ou concessão⁴⁴, que têm carácter temporário e implicam o pagamento de taxas⁴⁵.

4. Conclusão

A verificação dos critérios de dominialidade previstos na alínea a) do artigo 1386.º do Código Civil de 1966 não exclui uma prévia interpretação de cada um dos seus segmentos normativos. Tarefa esta que se encontra, na maioria das vezes, dificultada pela sua relativa articulação com outros preceitos previstos em diplomas de Direito Público, como seja o Regime da Titularidade dos Recursos Hídricos.

Desta articulação normativa, parece resultar que se a água de um curso não navegável nem fluatável nascido em terreno particular for consumida e na medida em que o seja, assume nesse momento natureza particular. Isto só vale, em qualquer caso, para a água que seja efetivamente consumida, pois a restante mantém a natureza pública desde que transpõe o limite do prédio onde caiu e se dirige para o mar ou para outra água pública.

Depois, tomando como exemplo uma albufeira de uma barragem com diversos tipos de águas, concluímos que, recorrendo ao instituto jurídico da acessão natural, as linhas de água dominiais que, por efeito da natureza, se juntam às águas particulares maioritariamente existentes na albufeira podem assumir a mesma natureza jurídica e titularidade destas águas, logo que ponderados os interesses em presença. Foi esta a luz que nos propusemos acender. Luz esta que se revela determinante no momento de o particular saber se é necessário título para a utilização privativa dessas águas.

43 A *utilização privativa* de bens do domínio público hídrico envolve “um direito exclusivo ou privativo de utilização de certa parcela de uma coisa dominial, constituído por título especial a favor deste ou daquele indivíduo” (Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Lisboa, 1965, p. 165).

44 Cfr. artigos 60.º e 61.º da Lei da Água.

45 Cfr. artigo 80.º da Lei da Água.

6. Bibliografia

ALMEIDA, João Veloso de- *Comentário à Lei de Águas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1937

AMARAL, Diogo Freitas do- *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Lisboa, 1965

ASCENSÃO, José Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 2005

CORDEIRO, António Menezes- *Tratado de Direito Civil*, I, Coimbra, 2012

FERNANDES, José Pedro- «Domínio Público» in *DJAP*, IV. 1991

LOBO, Mário Tavarela, *Manual de Direito das Águas*, Vol. I, 2.ª edição, 1999

LOPES, Pedro Moniz- *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativa, o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Parte I, AAFDL, Lisboa, 2019

MESQUITA, Manuel Henrique- *Direitos Reais*, 1967, Coimbra

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - *O Domínio Público, o critério e o regime jurídico da dominialidade*, Almedina, 2005

MOREIRA, Guilherme- *As águas no direito civil português*, vol. I, 2.ª edição

PINHO, José Cândido de- *As Águas no Código Civil, comentário, doutrina, jurisprudência*, 2.ª edição, Almedina, 2005

PINTO, Rui / DUARTE, Cláudia- «comentário ao artigo 1329.º», in *Código Civil Anotado*, org. ANA PRATA, vol. II, 2.ª edição, Almedina, 2019

SOUSA, Miguel Teixeira de- *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2020

TELES, António / MOTA, Miguel do Carmo- «Anotação ao artigo 1385.º» in *Comentário ao Código Civil, Direito das Coisas*, UCE, Lisboa, 2021

VARELA, Antunes / LIMA, Pires de- *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª edição

O RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE PRIVADA SOBRE PARCELAS DE LEITOS E MARGENS PÚBLICOS

Luciano Marcos | Margarida Vidal Sampaio

Resumo

O artigo que se apresenta pretende tratar o tema do reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos. Começa por analisar o contexto histórico em torno dos conceitos que definiram, ao longo do tempo, o domínio público hídrico e o reconhecimento da propriedade privada sobre partes dele. Analisados os antecedentes do regime que atualmente vigora, o artigo passará a enunciar os traços caracterizadores da redação atual da Lei n.º 54/2005 de 15 de novembro. Nesta parte, tratar-se-á da evolução da lei, analisando o impacto das várias alterações que sofreu desde a aprovação da versão inicial. De seguida, analisar-se-ão os traços caracterizadores da redação atual do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005 e os diferentes elementos que o compõem. Nesta parte, dar-se-á especial menção às dificuldades que a letra do artigo ultrapassou ao longo das várias alterações legislativas. Por fim, enunciar-se-á algumas das mais recentes decisões jurisprudenciais sobre o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos.

Palavras-chave

Reconhecimento de propriedade privada; domínio público hídrico; competência jurisdicional; regime de prova.

1 Sócio da FALM – Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados.
lmarcos@falm.pt

2 Advogada na FALM – Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados.
mvsampaio@falm.pt

Abstract

This article aims to deal with the issue of recognizing private property over parts of public riverbeds and banks. It begins by analyzing the historical context surrounding the concepts that have defined, over time, the public water domain and the recognition of private property over parts of it. Having analyzed the background to the regime currently in force, the article goes on to outline the features of the current wording of Law 54/2005 of November 15. This section will look at the evolution of the law, analyzing the impact of the various changes it has undergone since the initial version was approved. It will then analyze the features of the current wording of Article 15 of Law 54/2005 and the different elements that make it up. In this section, special mention will be made of the difficulties that the wording of the article has overcome throughout the various legislative changes. Finally, some of the most recent court rulings on recognising private ownership over portions of public beds and banks will be listed.

Keywords

Recognition of private property; public water domain; jurisdiction; rules of evidence.

1. Introdução

Os bens integrados no domínio público do Estado estão, pela sua natureza, submetidos a um regime especial de proteção, por forma a garantir que os mesmos desempenhem o fim de utilidade pública a que estão adstritos.

A Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, veio estabelecer a titularidade dos recursos hídricos, definindo a pertença dos recursos hídricos nacionais, incluindo as águas, os respetivos leitos e margens, zonas adjacentes, zonas de infiltração máxima e zonas protegidas. Este regime classifica os recursos hídricos, em função da titularidade, como recursos dominiais, ou pertencentes ao domínio público, e como recursos patrimoniais, pertencentes a entidades públicas ou particulares.

De acordo com esta lei, os recursos hídricos, em função da titularidade, compreendem os recursos dominiais, ou pertencentes ao domínio público, e os recursos patrimoniais, pertencentes a entidades públicas ou particulares (nos termos do disposto no artigo 1.º, n.º 2). O domínio público hídrico inclui o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas (nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1). A necessidade, prevista neste diploma, de os particulares provarem por via documental a propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicas tem origem no diploma régio de 1864 e no Código de Seabra (Código Civil de 1867), preservado ao longo das várias versões da lei.

Além das questões de natureza jurídica que este diploma de 2005 tem suscitado desde a aprovação da sua primeira versão, são evidentes as implicações sociais e económicas resultantes da sua aplicação, desde logo pela circunstância de a reconstituição documental de toda a história relativa a um determinado bem se poder revelar uma árdua tarefa.

Por forma a analisar o regime em questão, partiremos, em primeiro lugar, da análise do contexto histórico que rodeou a criação do atual regime de reconhecimento da propriedade privada de leitos e margens públicas, por forma a compreender a razão do estágio atual da Lei 54/2005, de 15 de novembro.

Seguidamente, procederemos a uma análise dos traços caracterizadores da redação atual da Lei 54/2005, de 15 de novembro, nomeadamente das várias alterações que foi sofrendo e as suas implicações no regime de reconhecimento da propriedade privada de leitos e margens públicos.

Assentes os traços caracterizadores do diploma em análise, trataremos de analisar os elementos constantes do seu artigo 15.º, ou seja, o tribunal competente, o âmbito da ação judicial de reconhecimento de propriedade, a natureza da ação e o regime de prova.

Por fim, enunciar-se-á algumas das mais recentes decisões jurisprudenciais sobre o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicas.

2. Contexto histórico

A matéria do reconhecimento da propriedade privada de leitos e margens públicos vem regulada no artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, no termos do qual, entre outros, *“Compete aos tribunais comuns decidir sobre a propriedade ou posse de parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis, cabendo ao Ministério Público, quando esteja em causa a defesa de interesses coletivos públicos subjacentes à titularidade dos recursos dominiais, contestar as respetivas ações, agindo em nome próprio.”* (n.º 1), *“Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis deve provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade particular ou comum antes de 31 de dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcançadas, antes de 22 de março de 1868.”* (n.º 2), *“Na falta de documentos suscetíveis de comprovar a propriedade nos termos do número anterior, deve ser provado que, antes das datas ali referidas, os terrenos estavam na posse em nome próprio de particulares ou na fruição conjunta de indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa.”* (n.º 3). Apesar de esta lei ter sido aprovada em 2005, o início da regulação desta matéria remonta ao século XIX. Senão vejamos.

O tema da propriedade sobre parcelas de leitos e margens públicos remonta a 1830, com a emissão de um Decreto onde se determinou que as águas dos rios até onde chegassem as marés pertenciam ao Estado. Em 1832, o Decreto n.º 44 determinou que os portos, canais, rios navegáveis e flutuáveis, estradas e caminhos públicos, etc., pertenciam à Nação. No ano de 1846, ficou confirmado de que os portos, os canais, as pontes, os cais e os rios navegáveis e flutuáveis fazem parte dos bens da Nação, sendo do uso geral e comum das pessoas.

Em 31 de dezembro de 1864 surgiu o Decreto Real cujo principal propósito consistia em salvaguardar os bens de interesse público da venda arbitrária a que tinham vindo a ser sujeitos por decisão sustentada pelo poder do rei, muitas vezes, não coincidente com o interesse do próprio Estado. Este Decreto veio tornar públicas as águas do mar e respetivos leitos e margens, dado o seu reconhecido interesse público, em virtude

da relevância estratégica da costa, quer quanto a motivos de defesa nacional, quer quanto ao âmbito económico da proteção da atividade pesqueira e ainda quanto à relevância estratégica das águas interiores navegáveis. A figura de “domínio público” teve, assim, origem na redação deste Decreto Real que criou o conceito de “domínio público marítimo”, o conceito de “margem das águas do mar”. A “dominialização” de outros bens foi, também, assumida por este diploma que identificou como pertencendo ao domínio público, “imprescritível, para além das estradas e das ruas, os portos de mar e praias, os rios navegáveis e fluviáveis com as suas margens, os canais e valas, portos artificiais e docas existentes ou que de futuro se construíam”. Este diploma de 1864 teve em consideração os direitos dos particulares, visto ressaltar que as disposições legais se aplicavam às parcelas das margens das águas do mar integradas no domínio público, sem prejuízo das identificadas como parcelas privadas da margem. Estas parcelas privadas da margem não estariam integradas no domínio público, sendo as ações de reconhecimento dessa natureza jurídica da responsabilidade das entidades competentes.

Em 1971 foi publicado o Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, que clarificou as metodologias para o reconhecimento das parcelas privadas na margem das águas do mar. No Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, foram clarificados alguns procedimentos no reconhecimento das parcelas privadas na margem das águas do mar. Ao abrigo deste diploma, o procedimento de reconhecimento das parcelas privadas era iniciado pelo requerente, dando origem a um processo que daria entrada nos serviços desconcentrados da Administração Central, sendo encaminhado para o Instituto da Água e daí para a Comissão de Delimitação do Domínio Público. Ou seja, o procedimento de reconhecimento das parcelas privadas traduzia-se num processo demorado e complexo.

Em 2005, foi publicada a Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que estabeleceu a titularidade dos recursos hídricos. A lei veio estabelecer um conjunto de conceitos cruciais ao entendimento da temática dos recursos hídricos, elencando os bens – águas e terrenos conexos – que integram o direito público hídrico, define as noções de leito e de margem (artigos 10.º e 11.º, respetivamente), estabelece as condições a observar quando se regista o recuo ou avanço das águas (artigos 13.º e

14.º, respetivamente), estabelece as regras e procedimentos a observar no reconhecimento de propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos (artigo 15.º) e fixa as linhas gerais da delimitação do domínio público hídrico (artigo 17.º). Assim, compreende-se que, por se encontrarem integrados no domínio público do Estado, os bens que o constituem estão submetidos a um regime especial de proteção, por forma a garantir que desempenhem o fim de utilidade pública a que se destinam, regime que os subtrai à disciplina jurídica dos bens do domínio privado tornando-os inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

O citado artigo 15.º regula, atualmente, o regime de prova em procedimentos que tenham como objeto o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis. Nem sempre foi, porém, assim. Na redação inicial desse artigo, essa norma contemplava um prazo de prescrição do direito de propriedade³ e na segunda redação, em 2013, contemplava um prazo de caducidade da respetiva ação judicial⁴.

Entre 2005 e 2013 a lei esteve *adormecida*. O problema colocou-se a partir de meados de 2013 e em face da aproximação de um prazo previsto no artigo 15.º: o dia 1 de janeiro de 2014, como prazo limite para interpor ações judiciais de reconhecimento, sob pena de prescrição do direito de propriedade. Esta questão colocou-se, desde logo, com a Lei n.º 54/2005, na sua redação inicial, em virtude da pouca clareza do seu artigo 15.º. A evidência de que a redação desta lei não era clara – nem no seu texto, nem nos seus objetivos – prendia-se com a circunstância de,

3 Na redação inicial do n.º 1 do artigo 15.º podia ler-se: “*Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis pode obter esse reconhecimento desde que intente a correspondente acção judicial até 1 de Janeiro de 2014, devendo provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objecto de propriedade particular ou comum antes de 31 de Dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de Março de 1868.*”

4 Na redação da Lei com alterações introduzidas pela Lei n.º 78/2013, de 21 de novembro pode ler-se: “*Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis pode obter esse reconhecimento por via judicial, intentando a correspondente acção judicial junto dos tribunais comuns até 1 de julho de 2014, devendo, para o efeito, provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade particular ou comum antes de 31 de dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868.*”

no momento da sua aplicação (1 de janeiro de 2014) ter merecido reparos de várias frentes, que motivaram a Resolução da AR n.º 97/2013, de 17 de julho, a primeira alteração efetuada pela Lei 78/2013, de 21 de novembro, a segunda alteração pela Lei 34/2014, de 19 de junho e a terceira alteração pela Lei n.º 31/2016, de 23 de agosto, sendo que esta última contemplou a situação particular das regiões autónomas e reviu várias das suas disposições, embora sem mais relevância para esta matéria em concreto. Para efeitos da correta análise do tema em causa, analisemos as alterações ao pormenor, na medida da sua relevância para o caso.

3. Traços caracterizadores da redação atual da Lei n.º 54/2005 de 15 de novembro – análise geral

Como vimos, a Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro estabelece a titularidade dos recursos hídricos, delimitando com pormenor os recursos hídricos que integram o domínio público e aqueles que pertencem aos particulares.

A titularidade dos recursos hídricos encontra-se também regulada na Constituição da República Portuguesa (adiante, CRP), nomeadamente no seu artigo 84.º, n.º 1, al. a), que prescreve que pertencem ao domínio público as águas territoriais com o seu leito e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis e fluviáveis, com os respetivos leitões.

Ora, na medida em que a Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro pormenoriza, concretizando, o disposto na CRP, pode ler-se no seu artigo 2.º, que o domínio público hídrico compreende o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial, e ainda o domínio público das restantes águas.

Cumprir destacar que o domínio público marítimo, que inclui as águas costeiras e territoriais, as águas interiores sujeitas à influência das marés, bem como os respetivos leitões, fundos marinhos e margens, pertence sempre ao Estado, nos termos do disposto nos artigos 3.º e 4.º da lei em análise. Por seu turno, estabelece o artigo 5.º da lei em análise que o domínio público lacustre e fluvial compreende cursos de

água, lagos e lagoas ou canais de água navegáveis ou fluviáveis, bem como aqueles que, não sendo navegáveis ou fluviáveis, se situem em terrenos públicos ou sejam alimentados ou se lancem no mar ou em outras águas públicas, e ainda albufeiras criadas para fins de utilidade pública. Estes recursos são da titularidade do Estado ou das regiões autónomas, caso se localizem no território destas, exceto se estiverem integralmente situados em terrenos municipais ou das freguesias ou em terrenos baldios municipais ou paroquiais, casos em que pertencerão, respetivamente, ao município ou freguesia, conforme se retira da leitura do artigo 6.º. Por outro lado, de acordo com o disposto no artigo 7.º, o domínio público das restantes águas compreende as águas nascidas e águas subterrâneas existentes em terrenos ou prédios públicos, águas nascidas em prédios privados, mas que se lancem no mar ou em outras águas públicas, bem como águas pluviais quando caíam em terrenos públicos ou em terrenos particulares, desde que se vão lançar no mar ou em outras águas públicas, e ainda águas das fontes públicas. Neste seguimento, conclui o artigo 8.º destacando que estas águas pertencem ao Estado ou às regiões autónomas, ou ao município ou à freguesia.

Ora, o domínio público é constituído por várias categorias de águas públicas. Porém, ele é integrado também por alguns dos terrenos ligados a estas águas públicas. No que concerne aos terrenos do domínio público hídrico, podemos destacar o leito e a margem.

Os leitos vêm definidos no artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, nos termos do qual se entende *“por leito o terreno coberto pelas águas, quando não influenciadas por cheias extraordinárias, inundações ou tempestades. No leito compreendem-se os mouchões, lodeiros, e areais nele formados por deposição aluvial”*.

As margens correspondem a uma outra categoria relevante de terrenos que integram o domínio público hídrico. Identificada pela primeira vez em Portugal no Decreto n.º 8 relativo aos Serviços Hidráulicos, a margem foi definida como uma *“uma faixa de terreno adjacente, junto à linha de água, que se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos Serviços Hidráulicos de polícia ou acessórios de navegação e flutuação”*. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 468/71 veio esclarecer, no seu artigo

3.º, n.º 1 que “*Entende-se por margem uma faixa de terreno contígua ou sobranceira à linha que limita o leito das águas*”.

Por tudo quanto ficou dito, a Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro, adotou a generalidade das normas do Decreto-Lei n.º 468/71, não apresentando, porém, a todas as críticas que eram tecidas ao regime antes estabelecido, mas criando novos desafios na sua interpretação, aplicação e conformidade com a lei e com a Constituição, pelo menos na sua versão inicial. Foram introduzidas, no essencial, duas normas. Por um lado, o artigo 15.º veio determinar que o reconhecimento do direito de propriedade privada, ilidindo a presunção *juris tantum* da dominialidade dos terrenos sitos nas parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis, deixaria de ser feito por procedimento administrativo, mas através de acção judicial a intentar até ao dia 1 de Julho de 2014 (na redacção da Lei n.º 78/2013, de 21 de Novembro), exigência que veio a ser eliminada, em virtude de se considerar violadora da lei fundamental. Por outro lado, o n.º 7 do artigo 11.º veio excepcionar a largura da «margem», se esta atingisse uma estrada existente, sendo esta norma exclusivamente aplicável nas Regiões Autónomas.

4. Traços caracterizadores da redacção atual do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005

4.1. Considerações gerais

O artigo 15.º da Lei n.º 54/2005 trata “*de um dos pontos cruciais da problemática do domínio público hídrico, ou seja, o dos meios pelos quais podem os particulares obter o reconhecimento dos seus direitos de propriedade sobre parcelas de leitos ou margens públicos*”⁵. Este artigo teve como antecedente o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, tendo sido já alvo de várias alterações, oportunamente analisadas *supra*.

Como se viu, o regime atualmente consagrado no artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 54/2005, estabelece várias inovações em face dos regimes anteriores. A primeira versão do artigo 15.º, n.º 1 da Lei n.º 54/2005 estabe-

5 Diogo Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra Editora, 1978, p. 124.

lecia que *“Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis pode obter esse reconhecimento desde que intente a correspondente acção judicial até 1 de Janeiro de 2014, devendo provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objecto de propriedade particular ou comum antes de 31 de Dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de Março de 1868.”*. Em 2014, com a alteração introduzida pela Lei n.º 34/2014, de 19 de junho, os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 15.º passaram a ter a seguinte redacção: *“Compete aos tribunais comuns decidir sobre a propriedade ou posse de parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis, cabendo ao Ministério Público, quando esteja em causa a defesa de interesses coletivos públicos subjacentes à titularidade dos recursos dominiais, contestar as respetivas ações, agindo em nome próprio.”* (n.º 1), *“Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis deve provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade particular ou comum antes de 31 de dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868.”* (n.º 2) e *“Na falta de documentos suscetíveis de comprovar a propriedade nos termos do número anterior, deve ser provado que, antes das datas ali referidas, os terrenos estavam na posse em nome próprio de particulares ou na fruição conjunta de indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa.”* (n.º 3).

Da leitura da versão em vigor do artigo 15.º, podemos destacar três datas que são tidas como relevantes para o reconhecimento de direitos adquiridos por particulares sobre parcelas de leitos e margens públicos: 31 de dezembro de 1864, 22 de março de 1868 e 1 de dezembro de 1892. Ora, em 31 de dezembro de 1864 foi publicado o Decreto que estabeleceu, de forma inovadora, a dominialidade pública dos leitos e das margens, prescrevendo o seu artigo 2.º que são *“do domínio público imprescritível, os portos do mar e praias e os rios navegáveis e fluviáveis, com as suas margens, os canais e valas, os portos artificiais e docas existentes ou que de futuro se construíam...”*. Por seu turno, em 22 de março de 1868 entrou em vigor o Código Civil de 1867, sendo

que o seu artigo 380.º, n.º 4 determinava que *“as faces ou rampas e os capelos dos cômoros, valadas, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento erguidos artificialmente sobre a superfície do solo marginal, não pertencem ao leito ou álveo da corrente, nem estão no domínio público, se à data da promulgação do Código Civil não houverem entrado nesse domínio por forma legal”*. Por fim, em 1 de dezembro de 1892 foi publicado o Decreto n.º 8 que organizou os Serviços Hidráulicos, sendo esta a data anterior à qual é ainda possível aceitar a existência de posse ou propriedade privadas.

Na redação inicial da Lei n.º 54/2005, o artigo 15.º, n.º 1 determinava a prescrição do direito de propriedade, caso o particular não intentasse uma ação judicial a peticionar o reconhecimento da sua propriedade até 1 de janeiro de 2014⁶. Por seu turno, com as alterações introduzidas pela Lei 78/2013, de 21 de novembro, deixou de haver um dever de intentar ação judicial, sob pena da prescrição do direito, para passar a haver uma *possibilidade* de o fazer, mantendo-se o prazo, o que na prática daria lugar ao mesmo resultado, numa mecânica, salvo melhor e mais douto entendimento, inconstitucional⁷.

Estas alterações que foram sendo aprovadas foram alvo de várias – merecidas- críticas.

Por um lado, ao estabelecer uma regra que determine que as parcelas de leitões ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis, pertencentes a particulares que não intentem

6 Artigo 15.º, n.º 1 na redação original da Lei 54/2005, de 15 de novembro: *“Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitões ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis pode obter esse reconhecimento desde que intente a correspondente ação judicial até 1 de Janeiro de 2014, devendo provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objecto de propriedade particular ou comum antes de 31 de Dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de Março de 1868.”*

7 Artigo 15.º, n.º 1 na redação introduzida pela Lei 78/2013, de 21 de novembro: *“Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitões ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis pode obter esse reconhecimento por via judicial, intentando a correspondente ação judicial junto dos tribunais comuns até 1 de julho de 2014, devendo, para o efeito, provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade particular ou comum antes de 31 de dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868.”*

a respectiva acção judicial de reconhecimento até 1 de Janeiro de 2014, integram automaticamente no domínio público o artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, constitui uma medida legislativa expropriativa – e inadmissível do ponto de vista constitucional- do direito de propriedade daqueles particulares, que não só ficariam privados do respectivo direito como não teriam direito a perceber a adequada indemnização, o que equivaleria a um confisco, violando desse modo o disposto no artigo 62.º, n.º 2, da CRP.

Em tom de crítica, foi igualmente apontado que a norma em causa era inconstitucional, por privar os cidadãos do exercício do direito de acção judicial, violando assim o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdiccional efetiva, consagrado no artigo 20.º da CRP.

Por outro lado, considerou-se ainda estar violado o princípio do Estado de Direito democrático, por estar afetada a dimensão da segurança jurídica, visto que seria inadmissível permitir que os particulares que registaram a seu favor a propriedade dos terrenos implantados em parcelas do domínio público (e que, por essa razão, gozam da presunção de titularidade) de que pertence, fossem *ignorados*.

De seguida, na versão com as alterações introduzidas pela Lei 34/2014, de 19 de junho, regressou-se ao sistema que vigorava em 1971: o particular que quisesse obter o reconhecimento da propriedade, poderia fazê-lo a qualquer momento, estipulando-se um regime de prova próprio para obter esse reconhecimento⁸. Deste modo, eliminou-se a previsão de um prazo de caducidade como o que aparentemente se estabelecia na versão com as alterações introduzidas pela Lei n.º 78/2013, de 21 de novembro e, muito menos um prazo de prescrição ou extinção do direito, como decorria da primeira versão da Lei.

Apesar das citadas inovações, pode afirmar-se que a norma em análise ainda carece de concretizações.

8 Artigo 15.º, n.º 2 na redação introduzida pela Lei 34/2014, de 19 de junho: *“Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis deve provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade particular ou comum antes de 31 de dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868.”*

Por um lado, a norma em si não define a dominialidade pública, ou seja, não qualifica o que é público ou privado, contemplando apenas um procedimento *“para quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis ...”*.

Por outro lado, a norma não obriga a iniciar qualquer procedimento judicial, nem obriga a prévia delimitação administrativa dos limites do domínio público com a propriedade privada confinante, mas também não a proíbe, devendo em qualquer caso ser respeitado o regime de prova constante desse normativo. Esta questão é relevante e deve ser sublinhada: o reconhecimento da propriedade pode resultar de uma decisão administrativa, nos termos legalmente previstos ou de uma constatação de facto, por exemplo, no caso de avanço das águas. No fundo, a obrigatoriedade de procedimento judicial foi afastada com a redação atual do normativo, recuperando-se o regime de 1971.

Assim, o regime atualmente consagrado no artigo 15.º da Lei n.º 54/2005 repõe a possibilidade de os titulares do direito de propriedade sobre parcelas de terrenos de leitos e margens de águas navegáveis e fluviáveis instaurarem, a todo o tempo, as ações judiciais para reconhecimento dos seus direitos ou poderem invocar esses direitos em procedimentos administrativos de demarcação da dominialidade. Para além disso, este artigo clarifica a competência dos tribunais judiciais e clarifica a qualidade em que intervém o Ministério Público no âmbito das ações judiciais de reconhecimento de propriedade privada intentadas ao abrigo do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, atribuindo-lhe diretamente a competência para contestar tais ações. Ademais, aceita a prova da propriedade e posse sem as limitações temporais e de meios de prova antes previstas, nos seguintes casos (*“pode ser obtido sem sujeição ao regime de prova estabelecido nos números anteriores nos casos de terrenos que”*): hajam sido objeto de um ato de desafetação do domínio público hídrico, nos termos da lei; de terrenos situados em zonas urbanas consolidadas com construção anterior a 1951, como tal definidas no Regime Jurídico da Urbanização e Edifica-

ção⁹, quando situados fora de zona de risco ou de invasão do mar; das margens de águas interiores não sujeitas à jurisdição dos órgãos locais da Direção-Geral da Autoridade Marítima ou das autoridades portuárias. Isto significa que, não havendo limitações quanto à prova e não havendo presunção legal, aplica-se o regime normal do ónus da prova constante dos artigos 342.º e seguintes do Código Civil.

Em suma, e sem prejuízo de um melhor desenvolvimento na parte seguinte, pode concluir-se que, se por um lado se eliminou o risco de confisco- repondo a possibilidade de os titulares do direito de propriedade sobre parcelas de terrenos de leitos e margens de águas navegáveis e fluviáveis anterior a 31 de dezembro de 1864 ou, no caso de arribas alcantiladas, a 22 de março de 1868 instaurem, a todo o tempo, as ações judiciais –, por outro lado, não se resolveu o essencial. Salvo melhor entendimento, ficou por definir como critério de dominialidade o momento em que os imóveis legalmente passam a ser do domínio público (o que não aconteceu, seguramente, em 1864). Ficou também por reconhecer os meios de prova próprios e disponíveis, para a demonstração da dominialidade pública ou privada ou para a demonstração da prova do contrário. Poder-se-á ainda apontar que carece ainda de regulação a desafetação e a afetação tácita ao domínio público. Por fim, entende-se que ainda ficou por regular a criação de um registo dos bens do domínio público¹⁰.

Em face do exposto, é nosso entendimento que competia à Lei, não só conceder um período de tempo para os casos sem registo a favor dos particulares, findo o qual se não mais aceitaria a prova fora do regime do artigo 15.º, não aceitando nunca a usucapião nestes casos, à

9 Trata-se da definição constante do artigo 2.º, alínea o) do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, na sua redação em vigor introduzida pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de março, de onde resulta que “zona urbana consolidada” corresponde à “zona caracterizada por uma densidade de ocupação que permite identificar uma malha ou estrutura urbana já definida, onde existem as infra-estruturas essenciais e onde se encontram definidos os alinhamentos dos planos marginais por edificações em continuidade.”

10 Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 9.º da Lei 54/2005, na redação de 2014, “Até 1 de janeiro de 2016, a autoridade nacional da água identifica, torna acessíveis e públicas as faixas do território que, de acordo com a legislação em vigor, correspondem aos leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis que integram a sua jurisdição, procedendo igualmente à sua permanente atualização.”

semelhança do que acontece com os bens do património cultural, mas também impor um registo da propriedade pública.

4.2. Análise do procedimento e regime de prova constante do artigo 15.º da lei n.º 54/2005

4.2.1. Tribunal competente

O primeiro elemento considerado na letra do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, e que merece especial destaque, é aquele segundo o qual o reconhecimento da propriedade privada integra a reserva de jurisdição e constitui um ato materialmente jurisdicional. Ao abrigo dos regimes anteriores, a circunstância de a Administração Pública ser competente para o reconhecimento da propriedade privada justificava-se pelo facto de estar em causa saber se uma coisa era ou não do domínio público. No entanto, reconhecer que uma coisa pertencia a um particular era da competência dos Tribunais Administrativos¹¹.

Atualmente, ao abrigo da versão em vigor da Lei n.º 54/2005, compete aos tribunais comuns decidir sobre a propriedade ou posse de parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis (conforme resulta do disposto no artigo 15.º, n.º 1). Ou seja, sempre que os particulares pretendam ver reconhecida a propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos, caberá aos tribunais resolver as questões de direito que envolvam a *qualificação da natureza dos bens*. Deve, porém, atentar-se ao facto de que estão em causa ações administrativas com *aquele* pedido. Se em causa estiver, porém, uma impugnação de ato administrativo de delimitação, praticado ao abrigo do regime de direito administrativo previsto no artigo 17.º da Lei 54/2005, então o procedimento judicial será a ação administrativa de impugnação junto dos tribunais administrativos. Os tribunais comuns são, portanto, competentes para decidir da propriedade ou posse dos leitos e margens ou suas parcelas nos casos a que se proceder à sua delimitação por via administrativa, como decorre do n.º 5 do artigo 17.º da Lei n.º 54/2005. A delimitação, uma vez homologada por resolução do Conselho de Ministros, é publicada no Diário da Re-

11 Diogo Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra Editora, 1978, p. 125.

pública (n.º 4 do mesmo artigo). Poderá afirmar-se que esta publicação no jornal oficial desempenha um papel semelhante ao desempenhado pelo registo predial em relação à propriedade privada, na medida em que visa publicitar os direitos inerentes a imóveis e conferir maior proteção ao elemento alvo de registo¹².

4.2.2. Âmbito da ação judicial de reconhecimento:

A versão em vigor do artigo 15.º da Lei n.º 54/2004 de 15 de novembro refere-se, quanto à legitimidade para propor ação judicial de reconhecimento de propriedade, a *“Quem pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis...”*

Da letra da lei podemos retirar que só carece de ver reconhecido o direito de propriedade quem não seja reconhecido como tal em face do registo predial e do reconhecimento do Estado¹³. Naturalmente, que a presunção do registo cederá perante qualquer dúvida que seja colocada por terceiros ou pelo Estado, porque nesse caso terá de ser respeitado o regime de prova constante do citado artigo 15.º.

Em face da presunção do registo continua a verificar-se a certeza da titularidade, não sendo admissível a recusa pela Administração ou por particulares de que não há registo ou presunção de registo, pelo simples facto do imóvel se encontrar dentro da faixa dos 50 m a partir da linha máxima de praia mar das águas-vivas equinociais.

Em face do exposto, pode concluir-se que a presunção da Lei 54/2005, de 15 de novembro, prevalece sobre a presunção de registo, mas não a elimina. Os tribunais não têm entendido exatamente assim, desconsiderando a presunção de registo. O Estado pode querer respeitar essa presunção de registo. Isto não impede, porém que o Estado possa discutir – como poderá sempre – a legalidade do registo da propriedade

12 Cfr. Diogo Freitas de Amaral e José Pedro Fernandes, Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico, Coimbra Editora, 1978

13 Neste momento, merecem destaque a presunção do artigo 7.º do Código do Registo Predial, o pagamento dos impostos ao Estado, o reconhecimento do próprio Estado (por exemplo, no caso de ocorrência de expropriação de limites do terreno situado dentro dos 50 metros referidos nos números 2 e 3 do artigo 11.º da Lei 54/2005, de 15 de novembro) e a desafetação expressa ou mesmo tácita.

ou da posse do terceiro, propriedade e posse que serão ilícitas se se demonstrar que o imóvel se integrava no domínio público à data do registo ou do negócio privado de aquisição.

Aqui chegados, poder-se-á então questionar se poderá o particular, que tem um registo a seu favor, interpor a ação judicial prevista no artigo 15.º da Lei 54/2005. Salvo melhor entendimento, estamos em crer que sim, mas que a isso não está, naturalmente, obrigado. Além disso, pode o particular sempre optar por uma ação de apreciação negativa, designadamente, quanto à definição dos limites físicos da sua propriedade.

4.2.3. Natureza da ação

A ação do artigo 15.º segue a forma de processo comum declarativo. Embora o artigo 15.º contenha um regime especial de prova, prevê-se a forma de processo comum do processo declarativo. A ação de reconhecimento do artigo 15.º não é, portanto, um procedimento especial (cfr. artigos 548.º e 549.º do Código de Processo Civil).

Conforme se disse supra, o particular pode interpor uma ação de simples apreciação negativa, quando há registo predial e se suscitarem dúvidas obre a titularidade ou extensão dos limites de propriedade. Mesmo nestas circunstâncias, o regime de prova continuará ser o mesmo, na medida em que o Estado beneficia de uma presunção *tantum iuris*¹⁴ quanto à dominialidade pública.

4.2.4. Regime de prova

O artigo 15.º, n.º 2 determina que *“quem pretenda deve provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade particular ou comum antes de 31 de dezembro de 1864 ou, se se tratar de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868”*. Ora, daqui resulta que a lei não exige que o autor da ação judicial demonstre a sua propriedade por via da demonstração do trato sucessivo.

14 O artigo 1260º, n.º 2 do Código Civil consagra uma verdadeira presunção legal *juris tantum* e não uma dispensa ou liberação do ónus da prova. Tal presunção apenas pode ser elidida através de prova do contrário (nos termos do n.º 2 do artigo 350.º do Código Civil), não sendo suficiente a dúvida (ainda que séria ou qualificada) acerca da veracidade de tal facto decorrente de uma presunção judicial.

Nos termos deste artigo, basta provar que o terreno tinha a natureza privada antes das três datas identificadas no texto legal nos casos acima referidos, ou provar que antes do ano de 1926 a margem não estava delimitada como pública e que, pelo menos nessa data, encontrava-se registada como privada. Do n.º 3 do artigo em análise retira-se que, na falta de documentos suscetíveis de comprovar a propriedade nos termos do número anterior, deve ser provado que, antes das datas ali referidas, os terrenos estavam na posse em nome próprio de particulares ou na fruição conjunta de indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa. Por fim, da leitura do n.º 4 do artigo 15.º resulta que, quando se demonstre que os documentos anteriores a 1864 ou a 1868, conforme os casos, se tornaram ilegíveis ou foram destruídos, por incêndio ou facto de efeito equivalente ocorrido na conservatória ou registo competente, presumir-se-ão particulares, sem prejuízo dos direitos de terceiros, os terrenos em relação aos quais se prove que, antes de 1 de dezembro de 1892, eram objeto de propriedade ou posse privadas.

Quanto ao regime de prova previsto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 15.º, a jurisprudência pacificamente considera que estamos perante uma presunção legal *iuris tantum*: pode ser afastada por prova que se lhe oponha, havendo inversão do ónus da prova. Neste âmbito, recorrer-se-á ao conceito de prova plena, que corresponde àquela que apenas é abalada por prova do contrário. Nos termos do disposto no artigo 347.º do Código Civil, produzida prova plena – como é o caso das presunções legais – a outra parte tem de “*demonstrar que afinal o facto não ocorreu*” (artigo 347.º do Código Civil)¹⁵. De facto, a lei exige nestes casos que a *prova do contrário* seja feita documentalmente ou pelos meios de prova contemplados na lei, conforme as várias situações reguladas nos n.ºs 2 a 4 do artigo 15.º Assim, podemos afirmar que o regime de prova constitui uma presunção legal¹⁶, que é ilidível, ou seja, pode-se afastar

15 Este é também o entendimento de Paulo Pimenta, em Processo Civil Declarativo, Almedina, 2020, pp. ...

16 Neste sentido, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, num Acórdão de 5 de junho de 2018, 1.ª Seção, Processo 1339/16.9T8FAR.E1.S2: “*o princípio geral de que o Estado beneficia da presunção juris tantum de dominialidade dos terrenos que constituem o leito e a margem das águas dominiais da sua jurisdição, ainda que se permita que terrenos incluídos na respectiva área sejam utilizados por sujeitos privados – mediante ocupação, manutenção e rentabilização económica, objecto de licença ou de concessão – ou, até, que possam ser objecto de propriedade privada*”. Também o Tribunal da Relação do Porto decidiu, num Acórdão de 4 de dezembro de 2017, Proc. 1626/16.6T8AVR.P1 que “*Na falta*

por prova do contrário e destina-se a tornar certo não ser verdadeiro um facto já demonstrado formalmente.

Nesta sede, cumpre referir que, pelo disposto no artigo 15.º, salvo melhor entendimento, não nos parece que a lei proíba a prova do contrário. O que a lei exige – nos casos em que se pretenda o reconhecimento – é que a prova seja feita com o regime de prova que consta dos n.ºs 2 a 5 do artigo 15.º. Também não exclui que o Estado possa provar que o terreno está afeto a essa utilidade e sem posse do proprietário, ainda que não exista ato expresso de integração no domínio público. Nesse caso, a integração no domínio público pode dar-se por afetação tácita. A doutrina entende claramente que *“a parte que pretenda beneficiar de uma presunção, quer judicial, quer legal, tem de provar o facto indiciário ou facto-base com a mesma intensidade da que provará outros factos relevantes para a resolução do litígio”*¹⁷.

Por tudo quanto ficou exposto, resulta da redação atual do artigo 15.º da lei 54/2005, de 15 de novembro que o particular interessado tem de provar o facto base, i.e. que à data anterior a 31 de dezembro de 1864 ou 22 de março de 1868 (consoante a parcela em questão) o terreno era objeto de propriedade particular. De outro modo, cabe ao particular provar que não houve nenhum ato de integração no domínio público, em conformidade com o disposto no artigo 350.º, n.º 2 do Código Civil. Da letra do artigo 15.º não nos parece que decorra uma proibição da prova do contrário. O que a lei exige – nos casos em que se pretenda o reconhecimento – é que a prova seja feita com o regime de prova que consta dos n.ºs 2 a 5 do artigo 15.º. Também não exclui que o Estado possa provar que o terreno está afeto a essa utilidade e sem posse do

de documentos suscetíveis de comprovar a propriedade, deve ser provado que, antes das datas ali referidas, os terrenos estavam na posse em nome próprio de particulares ou na fruição conjunta de indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa (art. 15º/3). (...) Neste caso são admitidos todos os meios de prova, com exceção da confissão, podendo, por isso, o tribunal socorrer-se da prova testemunhal, pericial, inspeção ao local, por presunções judiciais pautando a sua apreciação por um critério de menor exigibilidade. A prova por confissão não é admissível, como preceitua o art. 354º/b) CC, por recair sobre factos relativos a direitos indisponíveis, como é o caso do domínio público.”

17 Luís Pires de Sousa, *Prova por presunções no Direito Civil*, 2.ª edição, Almedina, 2013, p. 99

proprietário, ainda que não exista ato expresso de integração no domínio público. Nesse caso, a integração no domínio público pode dar-se por afetação tácita. Estas afirmações merecem, porém, uma ressalva: as regras de perda da posse do Código Civil, nomeadamente em conformidade com o disposto no artigo 1267.º do Código Civil.

5. Jurisprudência relevante

Dada a centralidade do tema em mãos, os tribunais portugueses têm-se pronunciado recorrentemente sobre esta matéria.

Em primeiro lugar, cumpre referir que o Supremo Tribunal de Justiça (adiante, STJ) se tem ocupado (como se procura demonstrar infra) com inúmeras decisões relativas à prova necessária para reconhecimento do direito de propriedade privada. Num Acórdão de 23 de março de 2021, proferido no Proc. n.º 618/17/2T8ETR.P1.S1¹⁸, da 6.ª Secção, o STJ julgou que, para afastar a presunção de dominialidade pública que vigora em matéria de recursos hídricos, é necessária a demonstração da existência de título legítimo de propriedade privada anterior a 31 de dezembro de 1864 (mantendo-se nessa situação até à data atual) e que a necessidade dessa demonstração não correspondia à imposição de uma prova diabólica, pelo que não se encontravam violados os princípios da proporcionalidade e da proibição de indefesa. Sobre o mesmo tema, num Acórdão de 23 de março de 2021, proferido no Proc. n.º 16389/18.2T8PRT.S1¹⁹, da 6.ª Secção, o STJ afirmou que não se encontravam excluídos da possibilidade de prova da titularidade privada os prédios sitos na margem de rios que, não sendo águas do mar, estavam sujeitos às autoridades marítimas. Para além disso, decidiu o Tribunal que o ato expropriativo não tem como consequência necessária ou automática o ingresso no domínio público de todo e qualquer bem. Entendeu, portanto, o Tribunal, que o domínio público do Estado sobre bens imóveis só se verifica com a concreta afetação do imóvel ao fim que determinou a expropriação, ou seja, com a colocação do mesmo a desempenhar a função que justifica a sua sujeição ao regime jurídico-administrativo da dominialidade pública. Nessa medida, conclui o Tribunal, o que não seja afeto ao fim público visado pela causa determinante da expropriação, ficará no domínio privado da expro-

18 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>.

19 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>.

prante, ainda que essa entidade seja o próprio Estado. De seguida, num Acórdão de 9 de junho de 2021, proferido no Proc. n.º 1784/13.1TBSCR.LLS1²⁰, da 6.ª Secção, o STJ decidiu que, não tendo sido feita prova que permita a elisão da presunção de que a parcela dos leitos ou margens do mar integra o domínio público marítimo, deve considerar-se que se encontra fora do comércio jurídico e que não é suscetível de aquisição através de usucapião pelos particulares. Ainda, num Acórdão de 14 de julho de 2021, proferido no Proc. n.º 569/10.1TBVRS.E2.S1²¹, a 7.ª Secção do STJ entendeu que, embora o artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, exigisse uma certa espécie de prova, não fixava a força da prova documental produzida, tendo em concreto sido considerado que um determinado documento não era suficiente para considerar que o prédio se encontrava no domínio privado ou que existia um título legítimo de aquisição do referido prédio.

O Supremo Tribunal Administrativo, num Acórdão de 30 de novembro de 2021, proferido no Proc. n.º 2960/14.5TBSXL.LLS1²², 1.ª Secção, considerou que o particular não estava obrigado a provar que o terreno permaneceu na condição de propriedade privada desde 1864 até ao momento atual por tal não estar de acordo com a presunção de que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, nem ser exigido pela razão de ser do regime jurídico em causa, que teve por objetivo a proteção de direitos adquiridos. Por fim, por meio do Acórdão de 9 de dezembro de 2021, proferido no Proc. n.º 0567/10.5BEAVR²³, da 2.ª Secção, o STJ decidiu que, estando consolidada a natureza privada de um prédio, a ação intentada – para reconhecimento da propriedade – é de simples apreciação, e não uma ação constitutiva. Entendeu o Tribunal que não se constitui um direito, pois ele já existia. Assim, no caso concreto, estando em causa a taxa de recursos hídricos, a decisão a proferir pelo Tribunal tinha de ser uma segunda a qual não se encontrava verificada a incidência objetiva e subjetiva da dita taxa, que tem como objetivo, entre outros, compensar o benefício que resulta da utilização privativa do domínio público hídrico.

20 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>

21 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>

22 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>

23 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>

O Tribunal Central Administrativo Norte (adiante, TCA Norte) também se ocupou desta matéria no Acórdão de 2 de julho de 2021, proferido no Proc. n.º 1972/18.4BEPRT²⁴. Nesta decisão, não se tratava de determinar se os imóveis eram privados ou estavam integrados no domínio público hídrico; tratava-se sim de determinar os efeitos de apuramento da responsabilidade pela conservação dos terrenos. Neste caso, o TCA Norte considerou que não era imputável ao particular a responsabilidade de ocorrência de uma derrocada antes da emissão da decisão judicial que lhe reconhecesse o direito de propriedade sobre os terrenos, pelo que não podia a Administração Pública impor-lhe o pagamento dos encargos com a execução coerciva de obras.

Por seu turno, o Tribunal Central Administrativo Sul (adiante, TCA Sul), no Acórdão de 17 de junho de 2021, proferido no Proc. n.º 327/07.0BELLE²⁵, decidiu que, tendo sido invocado o erro sobre os pressupostos de facto sobre a delimitação do domínio público marítimo com o prédio do Demandante, deveria o Tribunal a quo ter averiguado o tipo de dominialidade ou propriedade que recaía sobre o prédio em causa no século XIX. No caso concreto, entendeu o TCA Sul que, não se tratando se arribas alcantiladas- caso em que a data relevante seria anterior a março de 1868, por força da aplicação da parte inicial do artigo 8º, números 1 e 3 do Decreto-Lei nº 468/71, de 5 de novembro-, a data a ter em conta era o final de 1864, não tendo sido provado pelo Demandante que o terreno em causa fora originariamente adquirido por particulares antes deste ano de 1864.

De tudo o exposto resulta que os tribunais têm tido um papel ativo na aplicação deste regime que ora se analisa, concretizando conceitos e retirando conclusões inicialmente não previstas pela lei.

6. Conclusões

O regime atualmente consagrado no artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 54/2005, tem várias particularidades que merecem destaque, desde logo o facto de o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos ser efectuado pelos Tribunais e não pela Administração Pública e, também, a eliminação de um prazo (anteriormente considera-

24 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>

25 Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>

do) para o exercício do direito de ação judicial para reconhecimento da propriedade privada, sob pena de caducidade do referido direito (o que consubstanciava, como se viu, uma disposição inconstitucional).

Aceitando as críticas que lhe foram sendo tecidas, a regulação do reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos conheceu várias alterações, adaptando-se assim à realidade, legal e dos factos. A análise de elementos como o tribunal competente, o âmbito da ação judicial de reconhecimento, a natureza da ação e regime de prova neste contexto permitiu concluir que o regime em análise tem caminhado no sentido de dar ao particular maior segurança jurídica. No entanto, e salvo melhor entendimento, fica, por um lado, por cumprir a criação de um critério de dominialidade, ou seja, o momento em que os imóveis legalmente passam a ser do domínio público. Por outro lado, ficou também por reconhecer os meios de prova próprios e disponíveis, para a demonstração da dominialidade pública ou privada. Carece ainda de regulação a desafetação e a afetação tácita ao domínio público e, por fim, crê-se ter ficado por regular a criação de um registo dos bens do domínio público.

As particularidades do regime em análise geraram, como seria previsível, um recorrente recurso aos tribunais. Analisadas algumas das decisões resultado dessa afluência à justiça, pode concluir-se que os Tribunais não hesitaram em comprometer-se com conceitos e definições, muitas vezes estabelecendo conclusões, salvo melhor entendimento, inicialmente não previstas pela lei.

O regime do reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos pode qualificar-se, portanto, como sendo um regime que, tendo sofrido inúmeras alterações ao longo da História, continua carente de concretizações e atualizações.

Bibliografia

DIOGO FREITAS DO AMARAL e JOSÉ PEDRO FERNANDES, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra Editora, 1978.

LUÍS PIRES DE SOUSA, *Prova por presunções no Direito Civil*, 2.^a edição, Almedina, 2013

PARTE IV

CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO SETOR DA ÁGUA

CONCESSÃO DE UTILIZAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO HÍDRICO E DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

João Miranda

Resumo

O presente artigo parte de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2023, a propósito da prorrogação de títulos de utilização privativa do domínio público hídrico a favor de particulares, para indagar se as normas do direito português asseguram uma concorrência efetiva e a liberdade de estabelecimento ou se, pelo contrário, como sucede no direito italiano, existem resistências à aplicação de normas europeias de concorrência na atribuição de títulos de utilização dominial.

A conceção dominante na doutrina portuguesa sobre o valor económico dos bens dominiais está em sintonia com a visão europeia da propriedade pública. Conclui-se que os regimes jurídicos nacionais que estabelecem a utilização privativa do domínio público hídrico se encontram em conformidade com o Direito Europeu.

Palavras-chave

Domínio público hídrico, títulos de utilização privativa, licença, concessão e Direito Europeu da Concorrência

Abstract

This article starts from a decision delivered by the Court of Justice of the European Union in 2023, regarding the extension of private use titles for the public water domain in favour of private individuals, in order to ask whether the rules of Portuguese law ensure effective competition and freedom of establishment or whether, on the contrary, as is the case in Italian law, there is resistance to the application of European competition rules to the granting of domain use titles.

The dominant concept in Portuguese doctrine of the economic value of property are in line with the European vision of public property. It is concluded that the national legal regimes that establish the private use of the public water domain are in accordance with European law.

Keywords

Public water domain, private use titles, License, Concession, European Competition Law.

I – Introdução

O mote para o presente artigo foi dado pelo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 20 de abril de 2023, que, proferido, em sede de reenvio prejudicial, no Proc. C-348/22¹, apreciou a validade da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, doravante Diretiva Serviços, assim como procedeu à interpretação do artigo 12.º desta Diretiva e dos artigos 49.º a 115.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante abreviadamente TFUE. O pedido de reenvio prejudicial foi suscitado no âmbito de um litígio opondo a Autoridade de Garantia da Concorrência e do Mercado de Itália e o Município de Ginosa, a respeito da decisão deste de prorrogar no seu território as concessões de utilização do domínio público marítimo até 31 de dezembro de 2033.

O caso teve início com a impugnação pela Autoridade de Garantia da Concorrência e do Mercado de Itália da referida decisão do Município de Ginosa no Tribunal Administrativo Regional da Apúlia, com fundamento na ausência de um procedimento concursal destinado a garantir os princípios da concorrência e da liberdade de estabelecimento.

O Tribunal Administrativo entendeu convocar o Tribunal de Justiça da União Europeia, tendo colocado diversas questões prejudiciais, que mereceram as seguintes interpretações:

1 Disponível para consulta em [CURIA- Documents \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/doclist/curia.do?method=docsDocList).

- a) O artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva Serviços não se aplica unicamente às concessões de utilização do domínio público marítimo que tenham um interesse transfronteiriço certo;
- b) O artigo 12.º, n.º 1, da mesma Diretiva não se opõe a que a escassez dos recursos naturais e das concessões disponíveis seja apreciada mediante a conjugação de uma abordagem abstrata e geral, à escala nacional, com uma abordagem casuística, assente numa análise do território costeiro do município em questão;
- c) O disposto no artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da referida Diretiva, que determina a obrigação dos Estados membros de aplicação de um procedimento de seleção imparcial e transparente entre os candidatos potenciais, bem como a proibição de renovação automática de uma autorização concedida para uma atividade determinada, está enunciado de um modo incondicional e suficientemente preciso para se poder considerar que tem efeito direto;
- d) O artigo 288.º, terceiro parágrafo, do Tratado de Funcionamento da União Europeia determina que a apreciação do efeito direto da obrigação e da proibição previstas no artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da mencionada Diretiva, assim como a obrigação de afastar a aplicação de disposições nacionais contrárias, incumbem aos Tribunais e à Administração nacionais, nesta incluindo os municípios.

Na realidade, a temática da prorrogação automática de concessões de utilização de bens do domínio público marítimo, lacustre e fluvial com interesse económico, sem abertura de procedimento concorrencial, já havia sido apreciada no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de julho de 2016, proferido no âmbito dos Procs. apensos n.ºs C-458/14 e C-67/15, também na sequência de pedidos de reenvio prejudicial apresentados por Tribunais administrativos italianos², em que foi fixada a seguinte interpretação:

- a) O artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2006/123, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, não permite uma medida na-

2 Disponível para consulta em [CURIA- Documents \(europa.eu\)](http://eur-lex.europa.eu/curia/doclist/index.html).

cional que preveja a prorrogação automática das autorizações em vigor sobre o domínio público marítimo e lacustre, destinadas ao exercício de atividades turístico-recreativas, sem qualquer procedimento de seleção entre os potenciais candidatos;

b) O artigo 49.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia inviabiliza uma legislação nacional, que permite uma prorrogação automática das concessões sobre o domínio público em vigor, destinadas ao exercício das atividades turístico-recreativas, na medida em que essas concessões apresentem um interesse transfronteiriço certo.

A decisão proferida pela Tribunal de Justiça da União Europeia no Caso de 2023 não se afastou, pois, da orientação que já havia sido firmada na outra mencionada sentença judicial de 2016, sobressaindo em ambas a preocupação de assegurar que a utilização do domínio público hídrico pelos particulares ocorra em observância do princípio da concorrência.

Ora, o presente artigo constitui um exercício académico para indagar se o direito português em matéria de utilização privativa do domínio público hídrico observa o Direito da União Europeia ao nível da garantia de uma concorrência efetiva e da liberdade de estabelecimento ou se, pelo contrário, como sucede no ordenamento jurídico italiano e também no francês³, existem resistências à atribuição de títulos de utilização domínial com base em regras de concorrência. Fá-lo-emos fundamentalmente da perspetiva da admissibilidade ou não da prorrogação das concessões.

Para tanto, iremos inicialmente referir o valor económico dos bens dominiais e proceder à caracterização da visão europeia sobre a propriedade pública, para depois aquilatar se os regimes jurídicos nacionais que estabelecem a utilização privativa do domínio público hídrico se encontram em conformidade com o Direito Europeu.

II – O valor económico dos bens do domínio público

O reconhecimento do valor económico dos bens do domínio público não é propriamente uma novidade no direito português, tendo, já em

3 Cfr., por todos, CHRISTOPHE ROUX, *Propriété publique et Droit de L'Union Européenne*, Paris, 2015, pp. 373 e ss.

1965, FREITAS DO AMARAL escrito que “o domínio se afirma cada vez mais na época moderna como uma riqueza a explorar, um bem que, na medida em que a sua afetação não for contrariada, é e deve ser objeto de gestão económica”⁴. Na realidade, antes disso, MARCELLO CAETANO cunhara a expressão “comercialidade de direito público” para enquadrar os atos e os contratos destinados a permitir a utilização privativa ou a exploração do domínio público, bem como as mutações dominiais⁵.

A doutrina mais recente tem enfatizado esta ideia, encarando a concessão de utilização privativa como um instrumento de valorização dos bens dominiais⁶, a rentabilização do património público como um poder-dever⁷, assim como fazendo depender a sobrevivência da dominialidade da abertura ao mercado através do instituto concessório⁸.

Num trabalho anterior, tivemos oportunidade de sustentar a necessidade de valorização dos bens públicos, mas contrastando com a perspectiva mais redutora de mera rentabilização económica e financeira dos mesmos: “Em contrapartida, a ideia de valorização dos bens públicos mostra-se mais rica, porque, sem renegar as preocupações de economicidade, coloca a tónica no acrescentar de valor aos bens. Neste sentido, não interessa tanto a mensurabilidade da expressão financeira do bem mas acima de tudo as utilidades que o mesmo gera. Estas utilidades poderão ter uma tradução económica mas o *punctum saliens* reside na utilidade pública que o bem proporciona ou que dele se pode extrair”⁹.

A perspectiva de valorização, em especial dos bens do domínio público, não olvida, porém, a especial natureza destes bens e a necessidade de

4 Cfr. FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Lisboa, 1965, p. 167.

5 Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.ª edição, 5.ª reimpressão, Coimbra, 1994, pp. 891-893.

6 Cfr. ALVES CORREIA, *A concessão de uso privativo do domínio público: breves notas sobre o regime jurídico de um instrumento de valorização e rentabilização dos bens dominiais*, in *Direito e Justiça*, volume especial (VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo), 2005, pp. 101 e ss.

7 Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *Contrato público e domínio público*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, obra coletiva, Coimbra, 2008, p. 832.

8 Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *op. cit.*, pp. 832-833 e 891.

9 Cfr. JOÃO MIRANDA, *A valorização de bens do domínio público à luz do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, in e-Pública Vol. 5, n.º 1, Janeiro 2018, p. 68.

existência de um equilíbrio, que acatele a respetiva proteção¹⁰, debate que tem entusiasmado muito os administrativistas mas que aqui não poderemos desenvolver.

Em qualquer caso, o aspeto relevante a reter é o de que os bens domaniais não são encarados no ordenamento jurídico português desligados do seu valor económico, quer da perspetiva do interesse público, quer do ponto de vista das vantagens que os particulares deles extraem. Como veremos de seguida, a segunda dimensão é a mais relevante para a União Europeia pela forma como encara a propriedade pública e pelas suas preocupações de garantia da concorrência entre operadores económicos no espaço europeu.

III – O Direito da União Europeia e a propriedade pública

O artigo 345.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia dispõe: “Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros”.

A disposição em causa poderia, à primeira vista, fazer crer que para o Direito da União Europeia seria indiferente o tema da propriedade, podendo cada Estado membro escolher o respetivo modelo, à luz do princípio da subsidiariedade. Todavia, essa neutralidade é mais aparente do que real.

Com efeito, como bem sublinha CHRISTOPHE ROUX, “avatar de uma ordem concorrencial mais vasta, a ordem jurídica comunitária ativou progressivamente o campo magnético do direito da concorrência sobre as diferentes áreas da ação administrativa”¹¹ e, conseqüentemente, a circunstância de ser “a sede de exploração pelos operadores económicos faz com que a propriedade pública seja apreendida pelo Direito da União Europeia”¹².

Embora a perspetiva europeia seja muito marcada pela garantia da concorrência, pela criação de um mercado interno de exploração de bens

10 Cfr. JOÃO MIRANDA, *Direito Administrativo dos Bens. Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*, Lisboa, 2021, p. 31.

11 Cfr. CHRISTOPHE ROUX, *op. cit.*, p. 8.

12 Cfr. CHRISTOPHE ROUX, *op. cit.*, p. 9.

públicos e pelas liberdades de circulação, a verdade é que ela se compagina completamente com a tradição portuguesa de valorização da propriedade pública, de que já demos nota no número anterior.

Onde se pode vislumbrar uma diferença é no facto de o Direito da União Europeia ser norteado essencialmente pela visão de maximização do aproveitamento económico dos bens públicos, olvidando a necessidade de assegurar a sua proteção e conservação¹³, devido à utilidade pública proporcionada pelos mesmos. A colocação da tónica também na ideia de proteção faz com que sejam encarados os bens públicos numa perspetiva mais consentânea com a prossecução do interesse público e com a satisfação de necessidades coletivas públicas, independentemente das vantagens económicas geradas pelos bens.

Nessa medida, a “patrimonialização da propriedade pública”¹⁴, muito enfatizada em termos europeus, não pode menosprezar que os bens públicos têm um estatuto jurídico-administrativo por via da sua destinação à prossecução das atribuições confiadas à Administração Pública.

Subjacente à conceção europeia encontra-se igualmente a não discriminação entre agentes económicos, sendo fundamental assegurar o acesso mais alargado possível ao exercício de atividades económicas de utilização do domínio público. Os sujeitos privados que beneficiam do direito exclusivo de retirar um aproveitamento de bens dominiais encontram-se, obviamente, colocados numa situação de vantagem face aos demais operadores económicos.

Mas também aqui, e independentemente da assimilação que o ordenamento nacional já fez das regras europeias, sempre seria assim, porquanto a Administração Pública não pode estabelecer discriminações entre particulares e encontra-se subordinada ao princípio da igualdade na gestão dominial, à luz do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição portuguesa, do artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo e do artigo 2.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Para tanto, é indiferente se a Administração atua através de ato ou de con-

13 Sobre este dilema dogmático do Direito Administrativo dos Bens, v. JOÃO MIRANDA, *Direito...*, cit. pp. 25 e ss.

14 A expressão é de CHRISTOPHE ROUX, *op. cit.*, pp. 245 e ss.

trato administrativo, uma vez que o acesso aos recursos públicos deve ser sempre norteado pela garantia da igualdade¹⁵.

É no contexto do princípio da igualdade que se deve entender a existência de um prazo limitado na utilização dos bens dominiais ou a obrigação de garantir a concorrência, sempre que se verifica a renovação dos títulos de atribuição dessa vantagem. A abertura periódica de procedimentos para o efeito visa precisamente, de acordo com o Direito da União Europeia, assegurar o livre acesso e a igualdade de tratamento¹⁶.

Assim se compreende o sentido da decisão do Tribunal de Justiça, que está na origem do presente texto, de impedir a prorrogação dos títulos de ocupação do domínio público pelos particulares que os detêm.

IV – A conformidade do regime jurídico português de utilização do domínio público hídrico com o Direito da União Europeia

A gestão e a utilização dos bens do domínio público são pautadas pelo princípio da concorrência, de acordo com o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, que aprovou o regime jurídico do património imobiliário público, adiante abreviadamente RJPIP. O fundamento para a submissão à concorrência radica no contexto de gestão da escassez de recursos públicos, traduzindo-se em concreto no tratamento igualitário dos participantes no procedimento administrativa e na existência de adequadas oportunidades de acesso para todos os interessados¹⁷.

O legislador português optou, pois, de forma clara por sujeitar a atribuição da utilização privativa de bens públicos a um princípio da concorrência, o que não significa, como veremos melhor adiante, a sujeição ao regime substantivo dos contratos administrativos plasmado no Código dos Contratos Públicos, quando tal ocorra por via da concessão.

15 Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, 2013, p. 201; PAULO LINHARES DIAS, *A patrimonialidade do ato administrativo*, Coimbra, 2018, p. 107.

16 Cfr. CHRISTOPHE ROUX, *op. cit.*, pp. 544-545.

17 Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Comentário ao artigo 7.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, in *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Domínio Público e Domínio Privado da Administração*, 2.ª edição, Coimbra, 2022, pp. 55-56

No direito português, a utilização privativa do domínio público pode ser conferida através de concessão, de licença ou de comunicação prévia. Não obstante a disciplina geral prevista no artigo 27.º do RJPIP contemplar apenas as duas primeiras modalidades, o diploma que simplifica o regime de ocupação do espaço público, da afixação e da inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial, no âmbito do denominado “Licenciamento Zero” (Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de abril, na versão atualizada pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro). É admitida a ocupação do “espaço público, entendido como a área de acesso livre e de uso coletivo afeta ao domínio público das autarquias locais” para um conjunto de finalidades, mediante uma simples declaração prévia (artigo 10.º), mas com exclusão do domínio público hídrico municipal ou das freguesias, do domínio público ferroviário e do domínio público rodoviário (artigo 13.º).

Na realidade, trata-se de uma opção muito criticável do legislador, uma vez que a figura da comunicação prévia cujos primeiros passos no direito português foram dados na área urbanística está gizada para situações em que os particulares pretendem desenvolver atividades privadas sujeitas a um controlo público pela Administração e não para casos em que são atribuídos direitos reais administrativos sobre bens do domínio público. Não é de todo aceitável que se equiparem realidades completamente distintas como são aquelas em que os particulares carecem de uma permissão administrativa para exercício de um direito preexistente na sua esfera jurídica ou de uma atividade privada relativamente proibida com a ocupação do domínio público, o que pressupõe um direito novo que lhe é reconhecido. Acresce ainda que o regime nem sequer remete para a verdadeira comunicação prévia, conhecida entre nós como “comunicação prévia com prazo”¹⁸, mas sim para a “mera comunicação prévia”, também denominada “comunicação prévia sem prazo”, na qual o interessado realiza a declaração prévia, procede ao pagamento das taxas devidas e pode de imediato ocupar o espaço público (artigo 12.º, n.º 2)¹⁹.

18 Sobre os traços gerais da verdadeira comunicação prévia, v. JOÃO MIRANDA, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra, 2012, pp. 465 e ss.

19 Cfr. no mesmo sentido, ANA GOUVEIA MARTINS, *Comentário ao artigo 27.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, in *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Domínio Público e Domínio Privado da Administração*, 2.ª edição, Coimbra, 2022, p. 180.

Não se questiona que os propósitos subjacentes à transposição da Diretiva Serviços para o direito interno português mediante o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho²⁰, diploma que aprovou o Regime do Licenciamento Zero, passassem pela simplificação do livre acesso e exercício das atividades de serviços, permitindo que os prestadores de serviços se estabelecessem livremente e exercessem a sua atividade em território nacional (artigo 4.º), com garantia da igualdade e não discriminação de prestadores de serviços (artigo 10.º). Mas o legislador português do Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de abril, levou longe demais o seu ímpeto simplificador, confundido figuras de natureza permissiva.

Retornando à disciplina constante do RJPIP, nela avultam dois aspetos com relevância fundamental: i) o conteúdo do direito de utilização privativa traduz-se na atribuição, por ato ou contrato administrativo, por um período determinado de tempo de poderes exclusivos de fruição de bens do domínio público, mediante o pagamento de taxas (artigo 28.º, n.º 1); ii) o prazo da concessão, salvo estipulação em contrário devidamente fundamentada, não pode ser prorrogado (artigo 28.º, n.º 2).

Relativamente ao primeiro aspeto, *grosso modo*, as razões invocadas para discordar da atribuição da utilização privativa através de “comunicação prévia” são as mesmas que justificam, em termos de rigor jurídico, a considerar que o direito conferido ao beneficiário constitui uma concessão e não uma licença²¹.

Importa agora atentar no segundo aspeto, em virtude da sua ligação à matéria abordada na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que serviu de pretexto para a elaboração do presente texto.

A duração limitada no tempo da utilização privativa, reveladora da sua natureza precária e imposta, como vimos pelo ordenamento jurídico europeu, constitui igualmente um traço próprio da natureza concessó-

20 Entretanto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 80/2019, de 17 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

21 Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, v. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra, 2005, pp. 467 e ss.; JOÃO MIRANDA, *Direito...*, cit., p. 157; ANA GOUVEIA MARTINS, *Comentário...*, cit., pp. 177-178.

ria da figura²², isto é, da atribuição a um sujeito privado de um poder ou direito prévio da Administração.

A duração da concessão de utilização privativa é variável, dependendo do tempo necessário para o particular amortizar o investimento realizado e obter algum retorno do mesmo, o que tem sido considerado o fundamento para a não prorrogação da concessão. Isto porque “a prorrogação pura e simples da concessão constitui a atribuição de uma vantagem indevida ao concessionário, sendo que o prazo da concessão é comumente considerado como um elemento essencial do contrato, cuja modificação, sem fundamento legítimo, consubstancia uma alteração substancial do contrato vedada pelo princípio da concorrência e da igualdade de oportunidades no acesso a bens escassos (n.º 2 do artigo 313.º do CCP)”²³.

Na legislação especial, encontramos, porém, uma primeira exceção à não prorrogação dos títulos de utilização privativa no caso do domínio público aeroportuário, cujo regime jurídico foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro. De acordo com o respetivo artigo 14.º, as licenças são outorgadas por prazo certo até ao limite de cinco anos, podendo ser sucessivamente prorrogadas por períodos inferiores ou superiores àquele limite (n.º 1), não podendo ter um prazo global de vigência superior a 20 anos (n.º 2), salvo se envolverem a realização de investimentos significativos na implantação de construções, instalações ou equipamentos necessários às atividades licenciadas, caso em que podem ser outorgadas por um período inicial até 40 anos (n.º 3). E as licenças podem ser sucessivamente prorrogadas, por um ou mais períodos, não podendo aquele prazo e respetivas prorrogações exceder, em qualquer caso, o período da concessão (n.º 4).

A utilização privativa do domínio público hídrico consta de diversos diplomas e, regra geral, não é permitida a prorrogação dos respetivos títulos.

22 Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *As licenças e concessões de utilização privativa do domínio público como um instrumento de rentabilização e valorização dos bens dominiais*, in e-publica, Vol. 5, n.º 1, 2018, p. 94.

23 Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *Comentário...*, cit., p. 195.

Assim, a Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro²⁴, prevê a atribuição de utilização privativa através de licença ou concessão (artigos 60.º e 61.º), sendo os respetivos prazos de duração máxima de 10 anos (artigo 67.º, n.º 2) e de 75 anos (artigo 68.º, n.º 6), nada contemplando quanto à prorrogabilidade dos títulos²⁵.

Em contrapartida, no Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio²⁶, não se prevê a prorrogação da licença atribuída a particulares que desenvolvam uma atividade comercial [artigo 20.º, n.º 1, alínea a)], mas o mesmo não sucede quando este título for outorgado a associações sem fins lucrativos que procedam à gestão do domínio público hídrico através: i) do desenvolvimento de atividades de caráter educativo, cultural e desportivo na respetiva área; ii) da manutenção, da conservação e da valorização das zonas ribeirinhas e frentes de águas do domínio público hídrico, com acessibilidade para as populações, incluindo às instalações construídas e às infraestruturas de apoio; iii) do desenvolvimento ou da promoção de projetos ou da participação nos objetivos das entidades que tutelam o domínio público hídrico; iv) da assunção da responsabilidade pela conservação e manutenção de instalações construídas e infraestruturas de apoio na área sobre a qual incide o título; da promoção de projetos relevantes, aprovados ou em curso, cofinanciados por fundos europeus [artigo 20.º, n.º 1, alínea b)]. Tratando-se de licenças atribuídas às associações de utilizadores por um período de 10 anos, prevê-se a sua renovação, por iguais períodos, a solicitação das mencionadas associações, caso se mantenham os pressupostos que originaram o direito privativo

24 Com as alterações introduzidas pela Declaração de Retificação n.º 11-A/2006, de 23 de fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 60/2012, de 14 de março, pelo Decreto-Lei n.º 130/2012, de 22 de junho, pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, pela Lei n.º 44/2017, de 19 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de fevereiro.

25 Para uma caracterização do regime jurídico aplicável à atribuição de licenças e de concessões de utilização privativa do domínio público hídrico, embora sem ter em conta as alterações legislativas posteriores a 2013, v. ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio público hídrico por particulares*, in *Direito da Água*, obra coletiva, 2013, pp. 195 e ss.

26 Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 391-A/2007, de 31 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 107/2009, de 15 de maio, pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 82/2010, de 2 de julho, pela Lei n.º 44/2012, de 29 de agosto, pela Lei n.º 12/2018, de 2 de março, pelo Decreto-Lei n.º 97/2018, de 27 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 87/2023, de 10 de outubro.

de utilização de recursos hídricos e não tenha existido gestão danosa dos recursos hídricos (artigo 20.º, n.º 3).

A exceção contemplada quando se trate de utilização privativa atribuída a associações de utilizadores explica-se por estas não exercerem uma atividade comercial ou da qual pretendem retirar um provento económico, configurando-se a respetiva atuação como uma colaboração na prossecução do interesse público de garantia da boa administração do domínio público hídrico. Mas ela não infirma que, nas situações prototípicas de utilização privativa, nas quais o titular obtém uma remuneração pelo direito que lhe foi atribuído e paga uma taxa à Administração, inexistente a possibilidade de prorrogação dos títulos.

No caso da concessão de utilização privativa, também por regra, a prorrogação não é permitida, mas admite-se a possibilidade de tal acontecer, a título excepcional, se no termo do contrato se verificar que o concessionário realizou investimentos adicionais aos inicialmente estipulados contratualmente, que foram necessários ao cumprimento do contrato, que foram autorizados pelo concedente e que não poderiam ser recuperados. Nessa eventualidade, a concessão pode ser prorrogada pelo prazo necessário a permitir a recuperação dos investimentos, mas o prazo total não pode exceder 75 anos (artigo 35.º, n.º 2). De assinalar que esta prorrogação é justificada para garantir a amortização do investimento realizado pelo concessionário, o que é diferente da aceitação de uma prorrogação simples, sem essa justificação. Com efeito, como bem assinala ANA GOUVEIA MARTINS, “a prorrogação pura e simples da concessão constitui a atribuição de uma vantagem indevida ao concessionário, sendo que o prazo da concessão é comumente considerado como um elemento essencial do contrato, cuja modificação, sem fundamento legítimo, consubstancia uma modificação substancial do contrato vedada pelo princípio da concorrência e da igualdade de oportunidades no acesso a bens escassos”²⁷.

Neste sentido, não deve interpretar-se a preocupação plasmada nos artigos 28.º, n.º 4, e 29.º, n.º 7, de garantia do equilíbrio económico-financeiro da concessão, respetivamente em caso de revisão ou de alteração do título de utilização privativa como habilitação da Admi-

27 Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *As licenças...*, cit. p. 95.

nistração para usar mão de toda a panóplia de instrumentos para reposição do equilíbrio financeiro do contrato prevista no n.º 3 do artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos. De facto, deve considerar-se proibida a prorrogação da vigência do contrato para atingir tal desiderato, tendo em conta as já assinaladas restrições à aplicação do regime substantivo do contrato administrativo à concessão de utilização privativa do domínio público hídrico.

No que tange à utilização privativa de bens do domínio público marítimo, importa atentar na Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional, aprovada pela Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, e em especial no respetivo regime de desenvolvimento constante do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março²⁸.

A utilização privativa do espaço marítimo nacional envolve “a reserva de uma área ou volume, para um aproveitamento do meio ou dos recursos marinhos ou serviços dos ecossistemas superior ao obtido por utilização comum e que resulte em vantagem para o interesse público” (artigo 16.º da Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional). Os títulos de atribuição da utilização privativa são a licença, a autorização e a concessão (artigo 17.º da mesma Lei), constituindo os dois primeiros atos administrativos.

No caso específico da concessão, embora o artigo 53.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março, refira a possibilidade de haver prorrogações da duração do contrato, a verdade é que as mesmas apenas podem ocorrer até ao limite máximo de 50 anos fixado no n.º 2 do artigo 52.º do mesmo diploma, donde que, na realidade, não se trata de verdadeiras prorrogações, mas sim de uma extensão até ao período de duração admitido do contrato.

Em suma, com a exceção da situação muito específica das associações de utilizadores, o direito português em matéria de recursos hídricos não permite a prorrogação das utilizações privativas do domínio público hídrico, encontrando-se, pois, em plena conformidade com o Direito da União Europeia.

28 Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 139/2015, de 30 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 26/2023, de 10 de abril.

A título complementar, importa ainda explicitar por que razão o regime substantivo do contrato administrativo, em especial a suscetibilidade de utilização da prorrogação da vigência do contrato como instrumento de reposição do equilíbrio financeiro do contrato (artigo 282.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos), não se aplica às concessões de utilização privativa.

Ao nível da generalidade dos contratos administrativos e em especial das concessões de serviços públicos ou de obras públicas, a prorrogação pode servir para assegurar o equilíbrio contratual, daí resultando evidentes vantagens. Desde logo, constitui uma forma de gestão da execução do contrato, conferindo às partes contratuais um meio de introduzir “acertos temporais” no interesse de ambas. Por outro lado, é vantajosa para o contraente público que fica com uma alternativa a ter de proceder ao pagamento de uma compensação pecuniária, podendo assim alocar os recursos financeiros à prossecução de outras finalidades públicas. Em síntese, a prorrogação afigura-se como um modo de manter a justiça contratual.

Ora, como vimos, a utilização privativa do domínio público está regulada em termos gerais no RJPIP e, depois, em diversos regimes setoriais, consoantes os bens dominiais em causa. Em nenhum desses regimes, geral e setoriais, se prevê a aplicação da disciplina substantiva dos contratos administrativos constante do Código dos Contratos Públicos à utilização privativa. E diferentemente do que sucede com a concessão de exploração do domínio público em que existe uma atividade pública cuja continuidade pode ser necessária, na concessão de utilização privativa, o seu beneficiário desenvolve uma atividade fundamentalmente no respetivo interesse²⁹, sem prejuízo do contributo que daí possa advir também para o interesse público, nomeadamente através da realização de benfeitorias nos bens dominiais.

Um apontamento final a respeito do procedimento de atribuição das licenças e das concessões de utilização privativa de recursos hídricos constante do Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, em virtude de o mesmo ser revelador da preocupação do legislador português em assegurar e defender o princípio da concorrência.

29 Neste sentido, ANA GOUVEIA MARTINS, *Comentário...*, cit., p. 196, que dá, aliás, como exemplo, a inaplicabilidade da figura do sequestro às utilizações privadas.

A atribuição de licenças pode ter lugar, na sequência de pedido apresentado pelo particular ou da outorga de protocolos com as já referidas associações em fins lucrativos (artigo 20.º, n.º 1).

No caso do procedimento de licenciamento, o legislador teve o cuidado de introduzir o elemento concorrencial na própria epígrafe do artigo a que se reporta: “licenças sujeitas a concurso” (artigo 21.º). E com exceção dos referidos protocolos (artigo 21.º, n.º 2), identificam-se expressamente as utilizações cuja licença é conferida, após procedimento concursal: i) extração de inertes em margens e leitos conexos com águas públicas em volume superior a 500 m³; ii) ocupação do domínio público hídrico, salvo nos casos de rejeição de águas residuais, de recarga e injeção artificial em águas subterrâneas ou ainda de usos dominiais com um prazo igual ou inferior a um ano; iii) instalação de apoios de praia nos terrenos do domínio público (artigo 21.º, n.º 1).

A atribuição da licença pode resultar de iniciativa pública ou de pedido apresentado pelo particular, cujos procedimentos concursais se encontram, respetivamente, descritos no artigo 21.º, n.ºs 4 e 5. De assinalar ainda que, se já existir um particular com o direito de utilização privativa, a Administração poderá, a título excepcional, prorrogá-lo até à decisão final do procedimento do concurso, mas a prorrogação nunca poderá exceder o prazo máximo de dois anos (artigo 21.º, n.º 9).

Por aqui se vê que, quando a permissão de utilização privativa de recursos hídricos resultar de uma licença, a mesma é, regra geral, atribuída na sequência de procedimento concorrencial.

Idêntica exigência de concorrência se encontra no enquadramento legal do procedimento de formação de contrato de concessão. Desde logo, e salvo a atribuição por decreto-lei a entidades do setor público empresarial da concessão da exploração de empreendimentos de fins múltiplos, tem de existir um procedimento concorrencial (artigo 24.º, n.º 1).

Quando a iniciativa de atribuição da concessão for pública, é adotado o procedimento de concurso público, de acordo com as normas respeitantes às empreitadas ou aos fornecimentos e aquisição de bens e serviços, consoante a concessão determine ou não a realização de obras (artigo 24.º, n.ºs 2 e 5).

E sempre que o procedimento for de iniciativa do particular, aplica-se o regime já anteriormente descrito para o procedimento de licenciamento na sequência de pedido do particular (artigo 24.º, n.º 6), podendo a Administração determinar a abertura de um procedimento de concurso público, se o número de pretensões apresentadas por particulares o justificar (artigo 24.º, n.º 7).

Resta acrescentar que também aqui se estabelece um prazo-limite para a manutenção do título da utilização anterior se estiver em curso procedimento concursal para a atribuição de novo título, que pode ser prorrogado até ao prazo máximo de cinco anos (artigo 24.º, n.º 8).

Em suma, ao nível do procedimento de atribuição de licenças ou de concessões de utilização privativa, o direito português encontra-se norteado pelas preocupações de garantia da concorrência e da não discriminação entre operadores económicos interessados em deter um título de utilização privativa do domínio público.

V – Conclusão

A breve investigação realizada permitiu concluir que o ordenamento jurídico português observa plenamente as exigências impostas pelo Direito da União Europeia, no que tange à não prorrogação dos títulos de utilização privativa do domínio público hídrico.

Com efeito, na linha da tradição de reconhecimento de um valor económico aos bens públicos, encara-se a rentabilização do domínio público hídrico como uma forma de lhes “acrescentar valor” sem descurar a necessidade de um regime de proteção que salvguarde a respetiva utilidade pública.

Compulsando a disciplina jurídica de atribuição da utilização privativa, verifica-se que os títulos são atribuídos na sequência de procedimentos concorrenciais e, sempre que os respetivos titulares exercem uma atividade de natureza comercial e com fins lucrativos, a licença e o contrato têm um prazo de vigência limitado no tempo e não admitidas prorrogas-

ções, salvo as que se forem necessárias à conclusão dos procedimentos de atribuição de novas licença ou concessão, ou à garantia da amortização de investimentos extraordinários realizados pelo concessionário.

Nesta medida, e sempre que a Administração respeite a legislação nacional em matéria de recursos hídricos, não se coloca a hipótese de o Tribunal de Justiça vir a ser confrontado com uma situação de incumprimento da Diretiva Serviços ou do TFUE no que respeita ao período de duração dos títulos de utilização privativa.

REEQUILÍBRIO ECONÓMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS: A PARTILHA DE RISCO E O EQUILÍBRIO DO CASO BASE

Pedro Simões¹ | Francisco Silva Pinto²

Resumo

A crescente exigência de qualidade, de eficácia e eficiência na prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, aliada a crescentes restrições orçamentais das autarquias locais, tem suscitado alterações no modelo de gestão destes serviços. Entre estes modelos de gestão, inclui-se a delegação/concessão desses serviços para entidades autónomas. Esta diversidade contratual impõe também desafios à entidade titular no que concerne à gestão do risco associado ao contrato celebrado, bem como ao nível da sua execução em caso de desequilíbrio económico e financeiro do mesmo. Apesar das várias décadas de experiência nacional em gestão de contratos desta natureza, constata-se que a entidade titular continuar a evidenciar problemas na gestão destes contratos e dos riscos associados, e que também a própria interpretação da legislação e dos contratos nem sempre é clara de modo a evitar a via judicial/arbitragem em caso de diferendo entre as partes.

Palavras-chave: Contrato; Reequilíbrio; Risco; Serviços de águas; Sustentabilidade.

Abstract

The growing demand for quality, effectiveness and efficiency in the provision of public water supply and wastewater services, coupled with in-

1 CERIS (IST, UL)- Civil Engineering, Research and Innovation for Sustainability; RPG – Regulation, Performance and Governance, Lda.

2 Universidade Lusófona; RCM²⁺- Research Center for Asset Management and Systems Engineering; CERIS (IST, UL) - Civil Engineering, Research and Innovation for Sustainability.

creasing budgetary constraints on local authorities, has led to changes in the management model for these services. These management models include the delegation/concession of these services to autonomous entities. This contractual diversity also imposes challenges on the holder entity in terms of managing contract-related risks, as well as its execution in the event of financial and economic issues. Despite several decades of national experience in managing contracts of this nature, the public authorities continue to have problems in managing these contracts and the associated risks. Often, the interpretation of the legislation and contracts is not clear in order to avoid judiciary courts/ arbitration, in case of different interpretations of the parties.

Keywords

Contract; Financial Balance; Risk; Water services; Sustainability.

1. Introdução

A crescente exigência de qualidade, eficácia e eficiência na prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, aliada a limitações orçamentais cada vez mais restritivas, tem levado as autarquias locais, geralmente responsáveis por esses serviços, a explorar modelos alternativos para a sua prestação (OECD, 2009). Este processo tem sido caracterizado pela transição de modelos de gestão interna para abordagens mais indiretas, com a delegação/concessão desses serviços para entidades autónomas, como empresas públicas, privadas ou mistas (Gentry & Alethea, 2000).

Esta mudança na organização da prestação de serviços, influenciada pela natureza dos intervenientes e pelo grau do seu envolvimento, resulta em diferentes direitos e obrigações contratuais, requerendo diversos tipos de contratos para a sua implementação. Esta diversidade contratual, onde se incluem as Parcerias Público Privadas (PPP), tem tido um impacto significativo na gestão do risco associado à prestação desses serviços, com influência direta no seu desempenho (Pinto et al., 2017).

Assim, a gestão de risco é também uma característica central nestas circunstâncias, uma vez que reconhece que situações desconhecidas ou imprevisíveis podem afetar os resultados esperados, e é crucial determinar a parte mais adequada para lidar com essas situações. A ligação intrínseca entre gestão de risco, com o seu prémio inerente, e incentivos para eficiência é evidente e crítica.

A análise de risco tem sido amplamente discutida na literatura, com foco nas ameaças e oportunidades correspondentes, incluindo a exploração de planos e ferramentas de gestão de risco e, por sua vez, o papel fundamental dos contratos neste contexto.

A gestão e partilha de risco são princípios amplamente compreendidos nas PPP, embora frequentemente se revelem inadequados. Na esfera pública, esses conceitos ainda se encontram em fase de amadurecimento, com a gestão do risco a ser frequentemente realizada com uma atribuição inapropriada às partes envolvidas. Pragmaticamente, independentemente do modelo de governação, verifica-se uma implementação limitada de boas práticas de contratação.

A avaliação dos modelos de governação não pode ser feita de forma intrínseca, uma vez que os resultados dependem da alocação correta e eficaz de riscos, bem como da existência de instrumentos de gestão contratual apropriados. De facto, como Pinto et al. (2015) salientam, *“quando se trata de introduzir incentivos adequados à eficiência e qualidade do serviço prestado pelos operadores, bem como de garantir uma partilha eficaz dos riscos entre a autoridade pública, o operador e os utilizadores finais, a questão reside nos detalhes dos mecanismos contratuais introduzidos e na sua rigorosa implementação”*. Se, no final, a variação de custos é suportada pelos utilizadores finais, existe uma preocupação legítima de que um contrato mal concebido possa prejudicar o interesse público.

Para compreender claramente o processo de gestão de risco, é essencial analisar cuidadosamente o conceito de alocação de risco, de forma a identificar quem assume (ou tem de assumir) o risco associado. De

acordo com Asenova (2010), a atribuição de riscos é uma questão crítica para reduzir custos económicos, criar incentivos para uma gestão eficaz da parceria e reduzir processos de revisão e contestação pública.

Neste contexto, a participação do setor privado, através de «outsourcing» ou PPP, assume uma importância particular. O objetivo de transferir a gestão e prestação de um serviço, originalmente a cargo do setor público, para o setor privado, implica que este assuma a responsabilidade e os riscos associados (e.g., através de contratos de concessão de serviço público). A supervisão da adequada execução do contrato e a garantia do atendimento do interesse público são responsabilidade do Setor Público. No entanto, como geralmente este tipo de contratos é de longo prazo e elevado risco, devido aos significativos investimentos necessários e à sua natureza intrinsecamente incompleta e imperfeita, estes contratos ficam vulneráveis a eventos imprevisíveis durante a sua vigência. Dessa forma, a renegociação contratual para restabelecer o equilíbrio económico-financeiro é muitas vezes inevitável, sendo que o seu principal objetivo deveria ser evitar o oportunismo após a celebração do contrato. É também fundamental que a renegociação não se transforme em conflito entre as partes, o que poderia conduzir a litigância.

Esta introdução delineou os principais desafios e elementos-chave relacionados com a gestão de risco e a estrutura contratual na prestação de serviços de abastecimento de água e saneamento de águas residuais. Nos próximos segmentos deste relatório, iremos explorar com maior detalhe os modelos de prestação de serviços e necessidades contratuais, a gestão de risco, o reequilíbrio económico-financeiro, indicadores económicos e financeiros, e finalmente, apresentar as nossas conclusões sobre este tema complexo e crucial.

2. Modelos de prestação de serviços e o papel dos contratos

Nas últimas décadas, assistimos a uma transformação notável nas formas organizacionais de prestação de serviços de abastecimento de água e saneamento de águas residuais. Esta evolução visou responder

a desafios específicos e levou à criação de novas soluções institucionais, resultando numa diversificação das estruturas organizacionais (Wettehall, 2001). Embora o impacto destas mudanças tenha sido por vezes limitado, geraram uma diversidade de “modelos organizacionais” para a prestação dos serviços.

Historicamente, os modelos organizacionais predominantes são os departamentos municipais, onde funcionários públicos são responsáveis pela gestão dos serviços de águas, ou os serviços autónomos municipais, que desfrutavam de alguma autonomia financeira e administrativa. No entanto, devido às limitações demonstradas por estes modelos na resposta às crescentes exigências, muitas vezes devido a restrições orçamentais, surgiu um interesse crescente em modelos indiretos de prestação de serviços (da Cruz & Marques, 2012). Estes modelos incluem a empresarialização e a privatização como formas de externalização da prestação de serviços, geralmente com um estatuto jurídico de direito privado (Bilodeau et al., 2007).

A empresarialização envolve a transformação dos modelos internos existentes numa organização mais autónoma, teoricamente com maior liberdade de gestão (prestação indireta de serviços). Já a privatização está associada à transição da prestação por entidades públicas (direta ou indireta) para a prestação por entidades privadas e pode assumir diversas formas, sendo uma abordagem flexível que se adapta a diferentes necessidades (Roehrich et al., 2014).

Estes modelos variam desde a criação de PPP Institucionais (iPPP) até PPP Contratuais (cPPP), bem como outras formas mais profundas de privatização, como a transferência completa da propriedade e/ou de certas funções/serviços para empresas privadas, de acordo com termos e condições específicos estipulados em contratos ou licenças (Reichard, 2006).

Nas iPPP, os parceiros públicos e privados detêm ações de uma empresa, geralmente criada para um propósito específico. Em muitos casos, a entidade pública mantém uma influência ou ações dominan-

tes. Por outro lado, as cPPP envolvem exclusivamente um parceiro privado (ou consórcio) como prestador de serviços. Os parceiros privados podem ser grupos nacionais ou internacionais, bem como pequenas e médias empresas locais (Grossi, 2007). A natureza específica do envolvimento privado varia conforme aspectos que devem ser claramente definidos entre as partes, como a propriedade de ativos, responsabilidades de investimento, estrutura de pagamento e duração do contrato. No entanto, em geral, o aspecto mais crítico, profundamente relacionado com os elementos anteriores, é a partilha de riscos (Albalade et al., 2015).

A complexidade destes arranjos contratuais exige definições claras e detalhadas das relações e do seu cumprimento. Portanto, é necessária uma base jurídica sólida, geralmente na forma de contratos vinculativos. Para uma avaliação mais precisa destes modelos, é essencial analisar as relações entre as partes, a vontade teórica de partilhar riscos entre os parceiros e o papel central dos contratos. Além da teoria da Economia dos Custos de Transação, é crucial incorporar perspectivas relacionais e empresariais, contratos relacionais e até a aplicação de abordagens de Opções Reais. Assim, a análise comparativa não se limita apenas aos custos financeiros de capital investido, mão-de-obra e produção, mas também engloba os custos associados à negociação, monitorização e execução dos contratos, ou seja, os custos de transação (Williamson, 1989).

3. Gestão de risco

A análise de risco é um elemento fundamental quando se trata de projetos ou serviços de infraestrutura, como os relacionados com os serviços de águas. Embora muitas vezes seja associado a uma conotação negativa, os riscos podem representar tanto ameaças quanto oportunidades, desempenhando um papel crucial no desempenho geral (Froud, 2003).

De acordo com a ISO 2009, o risco é definido como o efeito da incerteza nos objetivos e pode ser quantificado como a probabilidade de ocorrência de um evento específico multiplicado pelo seu correspondente nível de impacto. É importante notar que os riscos podem ser classi-

ficados de diversas maneiras, mas, de forma simplificada, podem ser divididos em três categorias principais: riscos de produção, comerciais e contextuais (Marques e Berg, 2011).

A Tabela 1 apresenta uma possível caracterização dos riscos envolvidos.

Tabela 1. Tipos de risco e avaliação qualitativa, onde “+” implica risco reduzido e “++++” implica risco elevado (adaptado de Marques & Berg, 2011)

Riscos de Produção		Riscos Comerciais		Riscos de Conjuntura	
Planeamento	+++	Procura	++	Financeiros	++++
Concepção	++++	Cobrança	+	Inflação	++
Expropriação	+	Capacidade	+++	Legislativos	++
Construção	+++++	Concorrência	+	Regulação	+++
Ambientais	+			Modificações unilaterais	++++
Manutenção e grandes reparações	+++			Contestação pública	++
Operação	+++			Força maior	++
Tecnológicos	++				
Performance	+++				

A gestão adequada de riscos envolve vários passos críticos, que incluem a identificação, a atribuição, a avaliação da probabilidade do risco, a quantificação do seu impacto e a definição de medidas para minimizá-los (como identificado na Tabela 2). Contudo, nem sempre a gestão de riscos é realizada de forma eficaz, o que representa uma das principais razões para o fracasso de contratos, levando, por norma, a renegociações e, em alguns casos, rescisões antecipadas, bem como ao mau desempenho global.

**Tabela 2. Tipos de risco e respetivas medidas de mitigação
(adaptado de Marques & Berg, 2011)**

Riscos	Formas de Mitigação
Planeamento	Seleção criteriosa de projetistas; Aumento do detalhe dos estudos;
Conceção	Seleção criteriosa de projetistas; Realismo no planeamento dos estudos; Auditoria a estudos e projetos; Contratos com prémios e multas;
Expropriação	Equipas de trabalho experientes; Articulação dos projetos; Contratação a preço fixo;
Construção	Gestão rigorosa; Contratação a preço fixo; Contratação de seguros;
Ambientais	Ações de sensibilização; Fiscalização e investigação; Pressão junto de autoridades;
Operação e Manutenção	Associação a empresas vocacionadas; Contratação a preço fixo; Contratação de seguro;
<i>Performance</i>	Controlo sistemático; Contratação a preço fixo;
Tecnológicos	Contratos com garantias; Contratação de seguros;
Procura	Análises de sensibilidade; Ações de sensibilização; Facilitar pagamento dos ramais;
Cobrança	Análises de sensibilidade; Interrupção do serviço; Facilitar pagamento; Gestão de clientes e cobranças;
Capacidade	Aumento do rigor dos estudos; Análises custo/benefício;
Concorrência	Ações de sensibilização; Divulgação de indicadores;
Financeiros	Financiamento a longo prazo; Constituição de contas de reserva;
Inflação	Indexação das receitas à inflação; Contratos a preço fixo;
Legislativos	Protegidos por contrato;
Regulação	Acompanhar a tendência internacional; Controlo sistemático da <i>performance</i> ; Políticas de <i>benchmarking</i> ;
Modificações unilaterais	Protegidos por contrato;
Contestação pública	Ações de sensibilização; Divulgação de indicadores;
Força Maior	Majoritariamente protegidos; Contratação de seguros.

O princípio orientador é de que os riscos devem ser atribuídos à parte que está mais bem preparada para lidar com eles e, conseqüentemente, para reduzir seus custos associados (prémio de risco). É claro que, se os serviços de águas forem completamente públicos, todos os riscos são retidos pelo setor público. No entanto, quando a propriedade e a gestão são mistas ou privadas, alguns desses riscos (como procura, financeiros, etc.) devem ser transferidos para o setor privado ou compartilhados entre as partes.

Nesse sentido, é razoável esperar que, quando o setor privado está envolvido, possam ser alcançados benefícios significativos por meio da partilha de riscos, uma vez que isso geralmente resulta em custos inferiores. Incentivos, flexibilidade, know-how, entre outros fatores, são razões válidas para acreditar que o setor privado pode lidar de forma mais eficaz com riscos específicos, como o risco de construção ou de operação, em comparação com o setor público. No entanto, na prática, a má conceção dos contratos e uma definição inadequada dos riscos podem levar a prémios de risco demasiado elevados para que o setor privado possa assumir essas responsabilidades. Portanto, há casos em que o desempenho de contratos com o setor privado (sejam iPPPs ou cPPPs) pode ser inferior ao de contratos entre entidades públicas.

Outro aspeto crucial é a execução dos contratos, já que a aplicação de cláusulas que possam afetar a reputação política pode ser problemática. Por exemplo, mesmo que os contratos contenham disposições para a aplicação de sanções e penalidades, a sua efetiva implementação pode encontrar obstáculos políticos. Essas complexidades podem criar desafios significativos na gestão de contratos de PPP e influenciar o seu sucesso a longo prazo.

4. Legislação e reequilíbrio económico-financeiro de concessões

Em Portugal, a gestão dos serviços municipais de abastecimento público de água e saneamento de águas residuais urbanas é regida por um quadro jurídico que inclui disposições específicas para contratos de concessão. Neste contexto, é essencial compreender a legislação que rege esses contratos e como o reequilíbrio financeiro é tratado.

4.1. Legislação relevante

Entre a demais legislação específica sobre esta matéria, o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, introduziu uma série de regras relativas

aos contratos de concessão existentes na altura da sua entrada em vigor. Este diploma estabeleceu a obrigatoriedade de adaptação desses contratos, no prazo de três anos após a sua publicação, ou seja, até 20 de agosto de 2012.

Entre as medidas e obrigações instituídas por este decreto-lei, podem ser destacadas as seguintes:

- Definição de condições sobre o direito à prestação do serviço (ramal);
- Obrigatoriedade da constituição de uma comissão de acompanhamento;
- Fixação do prazo máximo da concessão em 30 anos, incluindo a duração de qualquer prorrogação;
- Obrigação de informação à entidade reguladora;
- Implementação da obrigatoriedade de ligação de imóveis aos sistemas de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais;
- Determinação que devem ser refletidos no tarifário aplicado aos utilizadores as alterações das tarifas do sistema multimunicipal;
- Clarificação das relações da concessionária com os utilizadores, no que respeita aos seus direitos e obrigações;
- Alteração da fórmula de atualização do tarifário;
- Alteração do estabelecido em sede de revisão, sequestro, resgate e reversão do contrato de concessão ao previsto no Código dos Contratos Públicos.

No entanto, é importante notar também que o quadro jurídico que regula as concessões dos serviços de águas em Portugal apresenta desafios e limitações que podem afetar tanto os concedentes públicos quanto os utilizadores.

A título de exemplo o art.º 35.º identifica e clarifica os riscos que devem ser assumidos pelo concedente, no entanto ignora os princípios gerais de partilha de riscos com os parceiros privados, designadamente, não identifica os riscos que devem permanecer, obrigatoriamente, na esfera de responsabilidade da concessionária.

O mesmo normativo limita ainda a flexibilidade do concedente quanto à escolha da modalidade de reposição do equilíbrio financeiro. Por exemplo, o concedente apenas poderá realizar a reposição do equilíbrio contratual, por via do tarifário, no caso de ocorrência de alterações legislativas ou regulamentares, alterações das tarifas do sistema multimunicipal ou modificações ao plano de investimentos.

A reposição do equilíbrio através da modalidade compensação (financeira) direta deverá efetivar-se nos seguintes casos:

- Atrasos na disponibilização de bens de domínio municipal;
- Modificação unilateral de obrigações contratuais (exceto investimentos);
- Casos de força maior;
- Atrasos nos processos de licenciamento;
- Encargos com processos de expropriações;
- Custos resultantes de atrasos na conclusão de obras;
- Atrasos na entrega de subsistemas geridos por juntas de freguesia/associações.

4.2. Reequilíbrio Económico-Financeiro

O reequilíbrio económico-financeiro é um aspeto crítico nos contratos de concessão. Este processo visa trazer o contrato de volta ao equilíbrio económico e financeiro após a ocorrência de determinados eventos que afetaram as partes envolvidas, como riscos atribuídos a uma das partes ou mudanças que impactam económica e financeiramente o

contrato (Cruz and Marques, 2013). Isto é, o reequilíbrio não deve beneficiar ou prejudicar qualquer uma das partes, mas constituir apenas um mecanismo que garanta que as mudanças na relação entre obrigações e retribuições da parte privada sejam alteradas somente por riscos inicialmente por si assumidos.

O processo de reequilíbrio económico-financeiro é sempre um processo complexo e moroso, sendo que, por norma, tende a demorar mais de um ano até à sua conclusão (incluindo a análise das entidades reguladoras para esse efeito). Para a revisão de contratos relacionados com a gestão dos serviços de águas, a ERSAR obrigatoriamente tem que emitir um parecer ou aguarda o prazo estabelecido. Em casos de reposição do equilíbrio, um estudo de viabilidade económico-financeiro deve ser preparado para refletir o impacto de eventos específicos no contrato.

A figura 1 ilustra sumariamente o processo de desenvolvimento do processo de reequilíbrio económico-financeiro de um contrato de concessão nos serviços de águas.

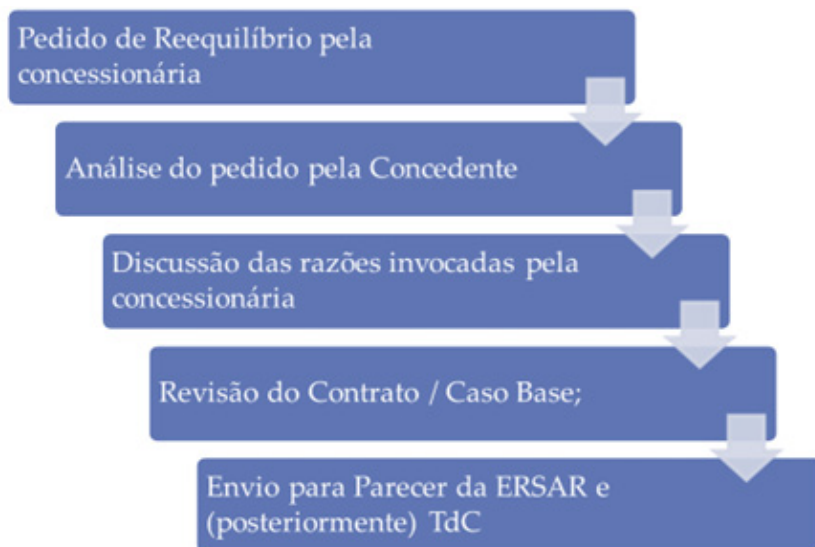


Figura 1 – Esquematização resumida do processo de reequilíbrio económico-financeiro

O passado das concessões em Portugal tem ditado que:

- Em regra, as modalidades de reposição de reequilíbrio dos contratos de concessão privilegiadas pelos concedentes, tem sido o aumento do tarifário e a redução/eliminação da retribuição paga aos municípios concedentes;
- Assim, uma parte significativa dos municípios concedentes já viu diminuída ou eliminada a sua retribuição por via de alterações/revisões contratuais, o que condiciona os seus orçamentos por via da perda de receita;
- Sobressai, no entanto, casos excecionais, cujo impacto financeiro da revisão contratual ocorrida foi alocado ao concedente, por via do pagamento de uma compensação financeira direta à concessionária.

De acordo com as boas práticas e os princípios de partilha de risco de uma PPP/concessão, o risco de insustentabilidade financeira de uma PPP resultante de riscos de mercado, riscos de procura, riscos financeiros, riscos de construção e de exploração deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado, o que, de facto, não se verificou numa grande parte dos contratos de PPP/concessão analisados.

Na verdade, mesmo volvido mais de uma década desde a implementação do Decreto-Lei 194/2009, alguns contratos de concessão continuam a apresentar cláusulas de reequilíbrio financeiro que garantem às entidades gestoras a cobertura de riscos financeiros associados à alteração de spreads bancários, ou mesmo, à cobertura de riscos operacionais, em resultado de eventuais agravamentos de custos de manutenção. Estas situações desvirtuam, claramente, os princípios de partilha de riscos que devem estar subjacentes a um contrato de concessão.

Além disso, uma parte significativa, dos contratos de concessão preveem, expressamente, a possibilidade das concessionárias serem ressarcidas pelos municípios concedentes em relação ao caso base, no caso de se verificar uma determinada redução do volume total de água faturado e da estimativa de evolução do número de consumidores, afetando a eficácia dos contratos.

Outra problemática prende-se com a definição metodológica sobre a realização do processo de reequilíbrio económico-financeiro, onde a realidade mostra que as metodologias e interpretações da redação contratual não é homogénea, nem mesmo a definição de equilíbrio económico-financeiro (quando não é definido no contrato) acaba por ser estabelecido por ‘acordo’ entre as partes, com manifesto desequilíbrio de forças entre o setor privado e público.

Nesta matéria, embora a utilização da TIR tem sido globalmente consensual, o recurso à TIR de projeto ou acionista já não tem sido, nem tão pouco sobre o período de incidência do pedido de reequilíbrio económico financeiro (se desde o momento em que se verifica o evento ou desde o início do contrato).

Além disso, quando não é especificado no contrato, poder-se-á recorrer a outros indicadores económicos e financeiros que possam ser utilizados como pontos de equilíbrio do contrato de concessão, tais como a cobertura de gastos totais, a rentabilidade dos capitais próprios, a rentabilidade dos ativos, o valor atualizado líquido do projeto (VAL), etc. No entanto, a falta de especificação no contrato de concessão, além de introduzir entropia no processo, coloca, por norma, o setor público em ainda maior posição de fragilidade face ao setor privado (com outro tipo de recursos técnicos, de *know-how* e financeiros).

4.3. Discussão sobre o Risco de Procura

Para efeitos da discussão, e tendo em conta a relevância da matéria, considera-se uma situação onde a concessionária ou o concedente poderão (consoante o caso) solicitar a reposição do equilíbrio financeiro da concessão sempre que se verificar alguma das seguintes ocorrências:

- Variação superior a 10% dos caudais previstos no Anexo do aditamento ao contrato;
- Alteração do âmbito do sistema relativamente ao que se encontra definido no Anexo do contrato de concessão;

- Alteração significativa das normas ou legislação em vigor que conduza à exigência da modificação do serviço ou dos procedimentos;
- Se o serviço prestado tiver de suportar encargos referentes a fatores imprevisíveis à data do estabelecimento do contrato, como por exemplo, novas taxas, tarifas ou impostos determinados por legislação não em vigor à data do concurso;
- Alteração significativa do sistema de faturação e cobrança ou das condições ou dos volumes de compra de água a outras entidades;
- Alteração do montante dos investimentos constantes do Plano de Investimentos, imposta pelo concedente ou resultante da lei;
- Em caso de força maior.

Com base no caso definido, deve-se ter em consideração que em parte significativa das concessões em Portugal, o contrato foi celebrado com base apenas numa proposta financeira (demonstração de resultados e balanço previsional, e não num estudo de viabilidade económico-financeiro), com a justificativa de que a legislação em vigor não estabelecia a obrigatoriedade de elaborar no programa de concurso (e previamente) o referido estudo de viabilidade.

Nesse sentido e assumindo que, em determinada altura, se observa uma variação da procura na ordem dos 20%, não está definido concretamente como se deverá proceder com o reequilíbrio, e, nesta circunstância, em como deverá o caso base ser ajustado, i.e., na totalidade do desvio (20% da procura) ou considerando apenas o diferencial em relação à banda de risco (10% da procura). Inclusivamente, se o evento apenas provoca o processo de reequilíbrio económico-financeiro desde o momento em que cumpre os requisitos ou se ‘abre’ o reequilíbrio a todo o período de vigência da concessão.

A falta de definição contratual abrange igualmente a evolução dos pressupostos, na medida em que não está definido se se deverá manter os iniciais ou ajustar à realidade.

Assim, como se salientou, apenas em um evento que pode suscitar o processo de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, são vários os aspectos que carecem de definição contratual com risco de tornar este processo ainda mais complexo e, possivelmente, litigioso entre as partes.

5. Considerações finais

As crescentes restrições orçamentais e as exigências técnicas na exploração dos serviços de águas têm levado as autarquias locais, na qualidade de titulares dos serviços, a procurar alternativas de gestão para fazer face a estes desafios. Entre os modelos de gestão, as PPP tem sido uma opção (embora com menor expressão na última década).

Neste âmbito, o crescendo de experiência e também a reforma legal que tem ocorrido tem resultado em diversas clarificações que tem contribuído para o equilíbrio de forças entre as partes e também a clarificações de regras importantes para a monitorização do contrato de concessão.

Neste âmbito, na perspectiva de evitar qualquer conflito entre as partes, a relação contratual em PPPs poderá promover o conceito de “completude” de todas as situações possíveis, para garantir o sucesso a longo prazo desses projetos. No entanto, impor essa rigidez por decreto não é a abordagem adequada. A necessidade reside na institucionalização da flexibilidade, o que implica a atribuição de responsabilidade discricionária pelas decisões *ex post*. Isso não pode ser realizado através de renegociações informais com base apenas na confiança recíproca ou em acordos voluntários opacos estabelecidos em segredo. Além disso, não pode degenerar em poder arbitrário e autorreferencial.

A flexibilidade deve ser incorporada nos processos de contratação de PPPs, juntamente com a abertura, o controlo público e a responsabilização. Proteger os investidores e assegurar os fluxos de caixa para o reembolso da dívida é importante, mas também é crucial garantir que o poder discricionário seja usado para o interesse geral. Isso significa que os processos de tomada de decisão devem ser transparentes e sujeitos a escrutínio público. A responsabilidade pelas decisões *ex post* deve ser claramente atribuída, evitando a possibilidade de abuso de poder.

No passado, a não realização de estudo de viabilidade económico-financeiro por parte do concedente com objetivo de avaliar o *value for money* do projeto em relação ao modelo de contratação tradicional, condicionou alguns dados constantes dos programas de concurso, na medida em que continham pressupostos e projeções ao nível das captações e do crescimento populacional desfasados da realidade. Assim, para evitar discrepâncias significativas com a realidade e riscos acrescidos, os documentos do concurso devem ser elaborados com cuidado e razoabilidade. Além disso, o setor público deve ser dotado de maior capacidade de monitorização do contrato ao longo de sua vigência. Isso inclui a necessidade de estudos de base mais abrangentes antes de lançar uma PPP, a fim de estabelecer um ponto de referência claro para avaliar o desempenho ao longo do tempo. Esses estudos também podem ser usados como um comparador do setor público, ajudando a determinar se a PPP está realmente a fornecer melhores resultados.

A alocação de riscos deve ser apresentada de forma explícita no contrato de concessão ou PPP. Isso minimiza a probabilidade de renegociação e garante que todas as partes tenham um entendimento claro de suas responsabilidades. A falta de clareza na alocação de riscos pode levar a impasses e conflitos entre as partes envolvidas, prejudicando o progresso do projeto.

As regras referentes à metodologia de reequilíbrio devem ser detalhadas e claras no contrato de concessão ou PPP, de modo a evitar dualidade de interpretações entre as partes. Estas devem incluir etapas e prazos definidos, evitando qualquer grau de discricionariedade. Isso ajuda a garantir que, em caso de desequilíbrio, as partes envolvidas saibam como proceder e evita disputas prolongadas.

Em resumo, a institucionalização da flexibilidade, a transparência e a clareza nos processos de contratação e reequilíbrio são essenciais para o sucesso das PPPs. Essas considerações finais visam melhorar a gestão de contratos de concessão e garantir que eles continuem a beneficiar todas as partes envolvidas, incluindo o público em geral.

Referências

Albalade, D., Bel, G., Bel-Piñana, P., & Geddes, R. (2015). Risk mitigation and sharing in motorway PPPs: A comparative policy analysis of alternative approaches. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 1-21.

Asenova, D. (2010). Risk management in private finance initiative projects: The role of financial services providers. Lambert, Saarbrücken.

Bilodeau, N., Laurin, C., & Vining, A. (2007). Choice of organizational form makes a real difference: The impact of corporatization on government agencies in Canada. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 17(1), 119–47.

Cruz, C.; Marques, R. (2013). Using the “economic and financial re-equilibrium” model to decrease infrastructure contract incompleteness. *Journal of Infrastructure Systems*. ASCE. Vol. 19, no. 3, pp. 58-66

da Cruz, N., & Marques, R. (2012). Mixed companies and local governance: no man can serve two masters. *Public Administration*, 90(3), 737-758.

Froud, J. (2003). The private finance initiative: Risk, uncertainty and the State. *Accounting Organizations and Society*, 28(6), 567-589.

Gentry, B., & Alethea, A. (2000). Global Trends in Urban Water Supply and Waste Water Financing and Management: Changing Roles for the Public and Private Sectors (Número 36).

Goldsmith, S. & Eggers, W. (2004). *Governing by Network. The New Shape of the Public Sector*. The Brookings Institution, Washington.

Grossi, G. (2007). Governance of public-private corporations in the provision of local utilities in the Italian case. *International Public Management Review*, 8(1), 130-151.

Marques, R. C., & Berg, S. (2011). Risks, contracts and private-sector participation in infrastructure. *Journal of construction engineering and management*, 137(NOVEMBER), 925–932.

OECD. (2009). *Managing Water for All*. OECD Publishing.

Pinto, F. S., da Cruz, N., & Marques, R. (2015). Contracting Water Services with Public and Private Partners: A case study approach. *Journal of Water Supply: Research and Technology- AQUA*, 64(2), 194–210.

Pinto, F. S., Simões, P., & Marques, R. C. (2017). Water services performance: do operational environment and quality factors count? *Urban Water Journal*, 14(8), 773–781.

Reichard, C. (2006). Strengthening competitiveness of local public service providers in Germany. *International Review of Administrative Sciences*, 72(4), 473-492.

Roehrich, J., Lewis, M., & George, G. (2014). Are public–private partnerships a healthy option? A systematic literature review. *Social science & medicine*, 113, 110-119.

Wettenhall, R. (2001). Public or private? Public corporations, companies and the decline of the middle ground. *Public Organization Review: A Global Journal*, 1(1), 17-40.

Williamson, O. E. (1989). Transaction cost economics. *Handbook of industrial organization*, 1, 135-182.

PARTE V

REGIME ECONÓMICO-FINANCEIRO DOS RECURSOS HÍDRICOS

INTRODUÇÃO À TAXA DE RECURSOS HÍDRICOS¹

Nuno de Oliveira Garcia | Maria Rita Nascimento²

Resumo

O presente texto destina-se a profissionais e estudantes que, não trabalhando necessária ou exclusivamente no âmbito do Direito Fiscal, pretendem conhecer a figura da Taxa de Recursos Hídricos, parte do largo *espectro tributário* do Estado. Por isso, é um texto introdutório sem pretensões académicas. Naturalmente, para que se possa compreender o regime do referido tributo é necessário abordar elementos básicos estruturantes e, sobretudo, enquadrá-lo na extrafiscalidade, o que procuramos fazer.

Palavras-chave

Taxas, extrafiscalidade, tributação ambiental, fiscalidade verde, princípio do poluidor-pagador

Abstract

The article is intended for professionals and students who do not work exclusively in Tax Law but, due to the wide tax spectrum of the State, had the need to know and understand the public charge/tax on hydro resources. The article, therefore, shall not be considered as an academic

1 O presente texto resulta da organização e compilação das notas para a aula sobre a 'Taxa de Recursos Hídricos' lecionada no curso de pós-graduação de Direito da Água organizado pelo ICJP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2 Apesar da aula sobre a 'Taxa de Recursos Hídricos' ter sido lecionada pelo primeiro signatário, as notas que a permitiram foram feitas em conjunto com a Maria Rita Nascimento, sendo que ambos têm significativa experiência em sede do estudo e do contencioso de taxas. Da investigação da segunda signatária resulta, aliás, vários contributos essenciais para este texto. O primeiro signatário é docente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Sócio da área de Direito Fiscal da *Gómez-Acebo & Pombo SLP, Sucursal em Portugal*, podendo ser contactado em ngarcia@ga-p.com. A segunda signatária é advogada, também na área do Direito fiscal e no mesmo escritório de advogados, podendo ser contactada em mrnascimento@ga-p.com.

essay. Nevertheless, to fully understand the regime of such charge/tax, we address some basic structuring elements, together with its framing in the steering taxes universe.

Keywords

Public charges, steering tax, environmental taxation, green taxation, polluter-pays principle.

1. Introdução à extrafiscalidade e os conceitos indeterminados

Pode-se começar por afirmar que a extrafiscalidade tem sido utilizada como um *mecanismo* preponderante na construção e desenho de novos tributos e, bem assim, na preparação do que poderíamos apelidar de uma ‘nova ordem fiscal’ em Portugal.

Não sendo um *fenómeno* novo, a extrafiscalidade tende a ocupar um lugar cada vez mais preponderante no direito dos tributos. Intrinca-se na sua estrutura e, conseqüentemente, aumenta o espectro de possibilidades de arrecadação de receitas do Estado (*lato sensu*), permitindo novas bases e factos tributários que extravasam os tradicionais conceitos aplicados para a cobrança de impostos (como seja a propriedade, rendimento e consumo).

Considerando a flexibilidade de atuação do Estado quanto aos meios disponíveis para prover pelo seu próprio financiamento, bem como as necessidades de arrecadação de receita derivadas de um sector público transversal e de acesso universal, resulta que a extrafiscalidade se mostra um meio particularmente eficaz de financiar os deveres e encargos da administração, de forma quase *cirúrgica* face a obrigações específicas de cada área económica.

Veja-se: o conceito de extrafiscalidade, por ser um conceito indeterminado, mas determinável, permite que o Estado identifique as áreas/particulares que mais *consomem* bens ligados ao domínio público. Cria-se, assim, figuras tributárias desenhadas especialmente para cada sector/atividade como seja o ambiente, o património cultural ou a mera regulação de um determinado mercado. Assim, alguns grupos de ativi-

dades passam a estar classificados como ‘potenciadores de afetação de direitos difusos constitucionalmente previstos’, sujeitos, portanto, a encargos específicos que acrescem aos normais encargos tributários da empresa ou do consumidor.

Por sua vez, a receita dos tributos extrafiscais é (tendencialmente) consignada à proteção do sector cuja criação visa proteger (em maior ou menor grau) por forma a que o desgaste de uma área específica seja ressarcido pela própria receita coletiva oriunda dos operadores de mercado e consumidores finais que dela dependem.

No entanto, há várias décadas que se problematiza a utilização deste tipo de conceitos indeterminados nos mecanismos de aplicação dos tributos nacionais. Como é sabido, esse tipo de conceitos permite uma maior flexibilidade na aplicação da Lei ao caso concreto e imprime no ordenamento jurídico a possibilidade de estruturar o sistema fiscal de uma forma mais completa, impedindo lacunas patológicas no bloco de legalidade vigente.

Mas, ainda que a indeterminabilidade de um conceito possa ser utilizada na aplicação de um tributo, facto é que essa indeterminabilidade, no caso da extrafiscalidade, encontra-se num momento anterior à criação do regime jurídico do tributo, ou seja, na natureza e estrutura do tributo quando o mesmo é pensado e idealizado no seu ‘tipo’ e não apenas nas normas jurídicas que o aplicam.

Ora, a inclusão de um conceito indeterminado no que poderíamos chamar de *estrutura genética* de um tributo torna a sua fiscalização particularmente exigente. Com efeito, apesar das normas que conformam a aplicação fiscal da figura tributária poderem ser perfeitamente regulares, se a extrafiscalidade genética não for corretamente aplicada na criação do tributo em si mesmo, este poderá, ainda assim, padecer de ilegalidade.

Denote-se, também, que a matéria da extrafiscalidade ainda não tem elementos de fiscalização administrativa e judicial desenvolvidos no Direito Fiscal Português, fragilidade exacerbada pelo facto da generalidade dos tributos extrafiscais, aquando da sua criação, não serem sujeitos

ao escrutínio do legislador.³ Na verdade, e de forma muito resumida, o Princípio da Reserva de Lei impõe que o imposto (enquanto principal tributo) passe obrigatoriamente pela legitimação e avaliação do legislador parlamentar, o mesmo não sucedendo com os restantes tributos nomeadamente quanto às taxas e às contribuições com a natureza orgânica de taxa. Nesses últimos tributos, o poder de criação e densificação é, pois, 'repartido' pela Administração (independente, autónoma ou indireta, etc.) por forma a cobrir as necessidades de financiamento específicas dos vários organismos do Estado no sentido de satisfazer as necessidades coletivas.

Assim, por vezes, sem a necessária fiscalização pelo legislador, a extrafiscalidade permite a criação de novos tributos que, ainda que não assumam a forma de imposto, são suscetíveis de violar a estrutura típica pensada sobre esses mecanismos, tornando-os não apenas um meio de compensação de gastos previsíveis e efetivos, mas de eventuais gastos que a entidade pública queira, por sua política ou visão de desenvolvimento, vir um dia a incorrer (gastos incertos).

Pois bem, assistimos há muito que, tradicionalmente, os *valores extrafiscais* tendem a surgir particularmente ligados à proteção do ambiente, numa vertente de materialização do Princípio do Poluidor Pagador decalcado para o Direito Fiscal. É o caso da Taxa dos Recursos Hídricos (TRH) que iremos abordar em especial neste texto, mas também muitas outras, como a generalidade da tributação sobre a gestão de resíduos ou sobre a utilização de bens e produtos poluidores (caso dos sacos de plásticos) ou energeticamente menos eficientes (caso da antiga tributação que incidia sobre lâmpadas incandescentes), entre muitas outras.

Os referidos tributos têm, efetivamente, uma natureza de extrafiscalidade em *sentido próprio*, entenda-se: tributos extrafiscais são aqueles que no seu fundamento e estrutura estão concebidos para alcançar uma finalidade de carácter extrafiscal, o que é o mesmo que dizer, são aque-

3 A Taxa de Recursos Hídricos é um ótimo exemplo dessa patologia fiscal. É uma taxa que, aquando da sua criação teve a correta inclusão da extrafiscalidade na sua genética, com a devida fiscalização por legislador, mas que, por alterações realizadas por instrumentos que lhe são alheios, perdeu a sua identidade genética extrafiscal, tudo como veremos abaixo.

les que são configurados internamente com este propósito em mente,⁴ e não aqueles cujo propósito principal é a arrecadação de receita⁵ e que apenas incorporam elementos de extrafiscalidade para modelar alguns comportamentos potencialmente nocivos para o domínio público. Neste último caso, encontramos-nos perante extrafiscalidade em *sentido impróprio*,⁶ ou *parafiscalidade* sendo típica de figuras tributárias como o imposto e contribuições organicamente criadas como impostos.

Por sua vez, e como é sabido, independentemente da necessidade de satisfação de encargos financeiros do sector público, facto é que a tributação de *elementos inapropriáveis* se deveria encontrar reservada a tributos como os impostos. Ou seja, o poder tributar tendo como base os direitos difusos constitucionalmente consagrados e não apropriáveis subjetivamente (caso da tributação fundamentada em valores extrafiscais e não sujeita a um princípio da consignação das receitas), encontra-se subordinado ao Princípio de Reserva de Lei da Assembleia da República e delimitado estruturalmente pela figura do imposto.

Assim, conclui-se que dentro dos encargos de financiamento encontramos aqueles que correspondem a necessidades individualmente apropriáveis da comunidade e aqueles que correspondem a necessidades coletivas da vida em sociedade. É dentro deste último parâmetro que se encontra a extrafiscalidade. Em paralelismo pode-se afirmar que dentro das necessidades que, embora correspondam a necessidades sociais,

4 JUAN ENRIQUE VARONA ALABERN, *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p.23.

5 Veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Tributos com fins ambientais*, e-publicação ICJP/CDIP, disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/722-1115.pdf> para quem “[o]u por outras palavras, o direito económico tributário integra a disciplina jurídica da extrafiscalidade, um conjunto de normas que apenas formalmente integram o direito fiscal, já que têm por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas” (cit.).

6 Novamente, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Tributos com fins ambientais*, e-publicação ICJP/CDIP, quando refere “[e]stamos a referir-nos seja à falsa extrafiscalidade, em que temos tanto a extrafiscalidade imanente como a que poderemos designar por extrafiscalidade concorrente, seja ao carácter excepcional da utilização extrafiscal dos instrumentos tributários, seja à armadura jurídico-constitucional própria da extrafiscalidade, seja, enfim, à bem maior adequação dos benefícios fiscais face aos tributos extrafiscais para prosseguir, por via fiscal, objectivos de natureza económica e social” (cit.).

mas que são individualmente apropriáveis se encontra o domínio da parafiscalidade ou extrafiscalidade em sentido impróprio.

A materialização destas duas realidades é fundamentalmente distinta, ainda que sejam comumente apresentadas como um único e mesmo conceito.

Veja-se, a título de exemplo o caso do tributo conhecido por Imposto Especial sobre o Jogo. Este imposto, embora comumente integrado pela jurisprudência como um exemplo de extrafiscalidade, não encontra na sua base uma proteção de direitos difusos, mas antes a proteção de um direito divisivelmente apropriável sem relação com uma lógica de simples coleta de rendimento pessoal para posterior distribuição.

Passamos a citar o Supremo Tribunal Administrativo (STA) quanto a este tema:⁷

- “Os jogos de fortuna e azar são uma actividade geradora de riqueza sem comparação com as restantes actividades tradicionais que dependem do esforço físico e da inteligência dos homens, que criam empregos, ajudam ao desenvolvimento social e humano e permitem a realização pessoal, conatural à existência do homem social.
- Todo o regime fiscal que rege esta actividade não pode ser reconduzido ao regime “normal” da tributação dos rendimentos, IRS ou IRC, precisamente porque, enquanto estes visam simplesmente, como definido no art.º 103 da Constituição da República Portuguesa, a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza, o Imposto sobre o Jogo tem, também, e, sobretudo, fins diferentes, extrafiscais, de que a arrecadação de receitas está secundarizada relativamente ao *desiderato de controlo e contenção de uma actividade socialmente desviante* – o jogo de fortuna e azar” (cit. itálico nosso).

⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 01659/14.7BE-PRT 01461/15, de 20-12-2018, 2.ª SECÇÃO, Relator António Pimpão.

Ou seja, através do desiderato da modelação comportamental da para-fiscalidade, o Estado fica desobrigado de criar uma estrutura de tributo que incida exclusivamente sobre rendimento real, não sendo por isso a legalidade do tributo apurada à luz do Princípio da Tributação pelo Rendimento Real, e relevando os imperativos de Capacidade Contributiva.

Assim, não estando perante uma questão de tributação sobre o rendimento, os limites ao poder coercivo do referido imposto ficam apenas fiscalizados pelos princípios estruturantes da Constituição, o que significa que a valoração do Princípio da Legalidade passa a estar validada perante uma aplicação do “princípio da proporcionalidade, permitindo que a entidade concessionária tenha “economicamente” interesse em prosseguir com a sua actividade” (cit.).⁸

No entanto, considerar o Princípio da Proporcionalidade – entendido como uma permissão legislativa expansiva até ao limite em que o contribuinte perde o interesse económico –, é deixá-lo numa posição fragilizada face àquilo que é a proteção conferida pelo direito fiscal, ao abrigo de uma ideia de para-fiscalidade...

Veja-se, também, que pela falta de delimitação entre os conceitos de para-fiscalidade e extrafiscalidade, a fiscalização judicial dos tributos extrafiscais assenta no mesmo tipo de exame e retórica,⁹ no entanto a tri-

⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 01659/14.7BE-PRT 01461/15, de 20-12-2018, 2.ª secção, Relator António Pimpão.

⁹ Quanto à evolução do tratamento jurisprudencial das Taxas de Ocupação, *vide* Nuno de Oliveira Garcia, *Contencioso de Taxas, Liquidação, audição e fundamentação*, (Coimbra, 2018)3, p. 24 e ss: No que respeita às taxas de urbanização, foram vários os arestos do Tribunal Constitucional, sendo disso exemplos o acórdão n.º 274/04, proferido no processo n.º 295/03; o acórdão n.º 357/99, proferido no processo n.º 1005/98; o acórdão n.º 509/99, proferido no processo n.º 839/98; o acórdão n.º 148/00, proferido no processo n.º 487/99; o acórdão n.º 283/00, proferido no processo n.º 100/00; e o acórdão n.º 502/00, proferido no processo n.º 137/00, *inter alia*. Vejam-se, do Supremo Tribunal Administrativo, os seguintes os acórdãos relativos às taxas pela realização de infra-estruturas urbanísticas: em plenário de 30 de Maio de 2001, no processo n.º 22251; no processo n.º 598/03, de 12 de Novembro de 2003; no processo n.º 1086/04, de 19 de Janeiro de 2005; no processo n.º 1108/03, de 7 de Abril de 2005; no pleno da 2.ª Secção de 22 de Junho de 2005, no processo n.º 1259/04; no processo n.º 19/04, de 16 de Novembro de 2005; no processo n.º 902/05, de 15 de Fevereiro de 2007; no processo n.º 981/07, de 25 de Junho; no processo n.º 418/09, de 16 de Setembro de 2009; no processo n.º 01242/13, de 29 de Outubro de 2014. As decisões do Tribunal Constitucional a respeito das referidas taxas pela realização de infra-estruturas urbanísticas também são em número significativo, entre elas vejam-se, pelo menos, o acórdão n.º 236/94, de 7 de Maio de 1994; acórdão n.º 553/94, de 25 de Outubro de 1994; o acórdão n.º 582/99, de 20 de Outubro de 1999 (processo n.º 7/99); e, já em 2008, o acórdão n.º 52/2008, de

butação não estará necessariamente ligada à mesma *atividade produtiva*. A título de exemplo, no caso dos contribuintes que se encontram dentro da incidência do Imposto Especial sobre o Jogo, quanto maior for o incentivo às atividades de jogo de fortuna e azar (ou seja, quanto mais se incentivar o comportamento que o tributo pretende modelar), maior será a receita do contribuinte... Já no caso da extrafiscalidade própria, uma maior afetação do bem protegido não irá necessariamente gerar uma maior fonte produtiva para os contribuintes.

Voltando à extrafiscalidade ambiental, quanto à tributação de recursos hídricos e de gestão de resíduos, esta depende do facto de determinadas unidades produtivas (indústrias, empresas, fábricas) terem, necessariamente, de utilizar recursos hídricos e de produzir/gerir resíduos, independentemente de estes afetarem necessariamente o seu rendimento, uma vez que os proveitos dependerão mais de elementos de mercado do que da produção.

Em concreto quanto à TRH, é por ter na sua genética uma modelação comportamental independente da criação de receita, que podemos afirmar que se trata de uma taxa extrafiscal pura e própria, ligada não à capacidade produtiva de rendimento, mas à capacidade de produção da atividade.

Considerando que as figuras tributárias apelidadas de extrafiscais têm sido judicialmente validadas apenas quanto à sua constitucionalidade orgânica (e que, não por raras vezes, são parametrizadas à luz de um

23 de Janeiro de 2008 (processo n.º 933/07). Quanto às taxas por ocupação de domínio público, o Supremo Tribunal Administrativo proferiu, entre outras, as seguintes decisões: no processo n.º 648/04, de 27 de Outubro de 2004; no processo n.º 1339/04, de 13 de Abril de 2005; no processo n.º 1206/04, de 27 de Abril de 2005; no processo n.º 1338/04, de 27 de Abril de 2005; no processo n.º 75/05, de 15 de Junho de 2005; no processo n.º 917/05, de 29 de Março de 2006; no processo n.º 828/06, de 28 de Fevereiro de 2007; no processo n.º 94/07, de 9 de Maio de 2007; no processo n.º 1223/06, de 9 de Maio de 2007; no processo n.º 461/07, de 17 de Outubro de 2007; e no processo n.º 603/07, de 16 de Janeiro de 2008. Mais recentes, ainda a propósito da ocupação de domínio público e em especial sobre as taxas de ocupação de subsolo, veja-se da 2.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo as seguintes decisões: no processo n.º 1034/07, de 7 de Maio de 2008; no processo n.º 43/08, de 6 de Maio de 2009; no processo n.º 458/09, de 8 de Julho de 2009; no processo n.º 332/09, de 16 de Setembro de 2009; no processo n.º 443/09 de 16 de Setembro de 2009; no processo n.º 570/09, de 28 de Outubro de 2009; no processo n.º 311/09, de 28 de Outubro de 2009; no processo n.º 671/09, de 4 de Novembro de 2009; no processo n.º 731/09, de 20 de Janeiro de 2010; no processo n.º 1024/09, de 18 de Fevereiro de 2010; no processo n.º 931/09, de 17 de Março de 2010; no processo n.º 1247/2009, de 19 de Maio de 2010; no processo n.º 191/10, de 23 de Junho de 2010; e no processo n.º 01629/15, de 27 de Abril de 2016.

conceito amplo de parafiscalidade, que, como demonstramos, não será o mesmo que extrafiscalidade própria), entendemos ser imprescindível a adoção de um método de fiscalização distinto.

2. A Taxa extrafiscal

A extrafiscalidade tem vindo a manifestar-se com particular intensidade no universo da taxa, entendida como receita coativa bilateral por excelência. Com efeito, resulta que a taxa é a figura tributária mais comodamente utilizada para a função extrafiscal, exigindo-se uma correspondência, através da utilização de presunções fortes, de prestação ou utilização.¹⁰

Decorre da natureza jurídica das taxas que as mesmas assentam sobre uma relação jurídica tributária.¹¹ Assim, a taxa deve sempre resultar de uma norma legal ou de norma regulamentar autorizada pelo legislador e não apenas de atos jurídicos individuais. Esses atos individuais apenas podem ser praticados como meios para proceder à liquidação e cobrança das taxas.

As taxas são, assim, tributos obtidos pelo Estado (*lato sensu*) por factos imputáveis à utilização/exploração do seu próprio património ou domínio, por razão do seu próprio *ius imperi* perante os particulares. Por esse motivo, e de forma que possa ser efetuado o devido controlo jurisdicional, as taxas estão sujeitas aos Princípios do Direito Tributário, aplicando-se a estas todas as garantias que resultam para o particular no âmbito do Direito Fiscal.

Por sua vez, os preços públicos têm uma maior aproximação aos princípios de Direito Administrativo pelo que a sua previsão decorre da adequação casuística e contratual. A variação dos preços pode ocorrer por ato, ou contrato bem como resultar de um acordo pré-estabelecido com previsão de atualização. No caso das taxas, estas só podem ser atualizadas por norma legalmente constituída.

10 As taxas apresentam uma divisão tripartida, composta pelas taxas *stricto sensu*, tarifas e preços públicos. Sobre a distinção entre a natureza da taxa e do preço público, veja-se NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, Preços, tributos e entidades reguladoras independentes: o caso do sector da electricidade, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 418 (Julho-Dez.2006), pp.121-155, em particular pp. 139 e ss.

11 Como aliás, no caso das taxas das autarquias locais, é expresso pelo n.º 1 do artigo 2.º do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.

Acresce a esta destrição que a cobrança pelos preços públicos resulta da utilização do bem ou serviço em causa. O número de utilizações de um bem irá determinar o número de vezes que o preço é cobrado. No caso das taxas esse sinalagma imediato não é um elemento obrigatório da sua classificação nem a destrição imediata da sua genética. As taxas podem ser cobradas pela utilização continuada, pelo usufruto de um direito de ocupação, como meio de ressarcimento por um gasto continuado, para desbloqueio de um obstáculo jurídico ou até por uma utilização potencial (o que as afasta totalmente de um preço).

Note-se ainda que os preços têm uma natureza facultativa na medida em que se encontram sujeitos à vontade das partes. Em sentido contrário, dado que as taxas resultam sempre de uma disposição normativa, estas não dependem da vontade das partes, mas exclusivamente da coercibilidade imposta pelo Estado, não podendo por isso ser rescindidas ao contrário dos preços, dada a sua natureza contratual.¹²

Um grande traço identitário das taxas consiste na sua submissão ao Princípio da Equivalência que dita que o valor deve ser fixado de forma proporcional à contraprestação recebida, de forma fundamentada, que não pode exceder o custo da atividade nem o benefício auferido pelo particular.^{13/14}

As taxas devem seguir o *princípio da equivalência jurídica mínima*, o que corresponde a uma equivalência jurídica e não económica, não assentando no Princípio da Capacidade Contributiva. No entanto, essa capa-

12 «Temos, assim, dois critérios de distinção: i) o critério da essencialidade, e ii) o critério da verificação da ocorrência de emissão/manifestação da livre vontade» (cit.) – Cf. NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, Preços, tributos e entidades reguladoras independentes: o caso do sector da electricidade, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 418 (Jul.-Dez.2006), pp.121-155, em particular p. 150.

13 Para além desta visão dicotómica podemos ainda encontrar ainda autores que consideram a ‘tarifa’ como uma figura tributária autónoma, visão essa que aqui não foi adotada tendo em conta a valoração ampla de taxa que tem sido tida pelo Tribunal Constitucional desde a década de ‘90 – Cf. NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, Preços, tributos e entidades reguladoras independentes: o caso do sector da electricidade, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 418 (Jul.-Dez.2006), pp.121-155, em particular p. 143.

14 Ainda quanto à evolução da posição do Tribunal Constitucional quanto à amplitude e composição da figura da ‘Taxa’ – Cf. NUNO DE OLIVEIRA GARCIA / ANDREIA GABRIEL PEREIRA, A propósito das ‘taxas de licença’: notas a respeito da recente jurisprudência constitucional sobre as taxas municipais pela colocação de painéis publicitários em domínio privado, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Coimbra, 2013, 2.º volume, pp. 461-474.

cidade contributiva poderá ser útil para traçar os limites da aplicação das taxas, na medida em que, embora não se equacione a capacidade contributiva subjetivamente, a mesma poderá, numa valoração objetiva, revelar a desproporcionalidade da taxa quando aplicada ao caso concreto. Mais até, em casos de taxas essenciais para a permissão de atividade, o conceito de capacidade contributiva média dos contribuintes de um sector de atividade poderá relevar para a sua fiscalização (como ocorre em certas *Taxas de regulação económica* devidas a entidades da administração pública indireta, em contrapartida de uma atividade de regulação). Quando muito, caberá discutir se, apesar de serem denominadas como taxa, essas prestações tributárias não deverão antes ser qualificadas como contribuições, uma vez que inexistente um serviço de contrapartida individualizado prestado por estas entidades em função do pagamento.

Pelo que, se deve concluir que a forma como a função extrafiscal se tem vindo a *impregnar* dentro de um conjunto alargado de tributos terá, certamente, de ser passível de fiscalização com base nos princípios e limites do Direito Fiscal. Só assim se manterão em vigor as garantias dos contribuintes, sendo por isso uma verdadeira *Questão Fiscal*. Ora, por questões fiscais entendem-se “todas as que emergem da resolução autoritária que imponha aos cidadãos o pagamento de qualquer prestação pecuniária com vista à obtenção de receitas destinadas à satisfação de encargos públicos do Estado e de mais entidades públicas, bem como o conjunto de relações jurídicas que surjam em virtude do exercício de tais funções ou que com elas estejam objectivamente conexas” (cit.).¹⁵

3. A Constituição como norma habilitante da extra fiscalidade

É característica essencial das sociedades modernas a proteção dos direitos difusos e dos interesses coletivos.¹⁶ Essa tutela não deve ser

¹⁵ Acórdão TCAN, de 26/09/2006, Processo n.º 14/06 e Acórdão STA, de 6/10/1993, Processo 026369.

¹⁶ Partindo-se da tradicional tricotomia, jurisprudencialmente aceite entre: direitos difusos *stricto sensu*; interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, *cfr.* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-09-2016, Processo n.º 7617/15.7T8PRT. S1, Relator Oliveira Vasconcelos: “[...] a tutela de interesses difusos (o que compreende os interesses difusos *stricto sensu*, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos), os quais se caracterizam por possuírem uma dimensão individual e supra individual, pela sua titularidade caber a todos e a cada um dos membros de uma classe ou de um grupo (independentemente da sua vontade) e por recaírem sobre bens que podem ser gozados de forma concorrente e não exclusiva” (cit.).

confundida com o comum binómio público/privado, constituindo antes um acervo de bens e valores pertencentes a toda a população, do qual depende a sua qualidade de vida, mas os quais não podem ser individualmente apropriáveis pelos sujeitos.

Referimo-nos a *direitos das massas*, ou até dos elementos essenciais da manutenção da vida em sociedade e, mesmo nos casos em que esses bens não podem ser classificados como propriedade (quer pública, quer privada) facto é que a sua qualidade e subsistência são prerrogativas e deveres dos Estados enquanto meios de representação da vontade pública, devendo, para esse efeito, proteger e acautelar-se as necessidades coletivas da sociedade quanto a esses bens.

Assim, no caso do ordenamento jurídico português,¹⁷ em particular, cabe ressaltar que a classificação de um direito como difuso, ou como interesse coletivo, não se baseia em conceções referentes à natureza do titular ou a uma qualquer ideia de propriedade. Prende-se antes com a qualificação do objeto em si, motivo pelo qual os interesses coletivos pautam-se pela congregação de pluralidade de interesses individuais sobre bens divisivelmente apropriáveis, por oposição aos direitos difusos cujo objeto não permite uma apropriação individualizada.

O enquadramento de um direito como difuso delimita os encargos e deveres do Estado e, conseqüentemente, a necessidade de financiamento de encargos públicos, vertente essa que apresenta a maior relevância para o tema da extrafiscalidade.

17 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-09-2016, Processo n.º 7617/15.7T8PRT.S1, Relator Oliveira Vasconcelos, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/90187375/details/maximized?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>: «Os interesses individuais homogêneos são definíveis como situações jurídicas genericamente consideradas, correspondendo aos interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso ou de um interesse colectivo.

A tutela do interesse difuso supõe a abstração de particularidades respeitantes a cada um dos titulares, pois o que sobrepõe é a proteção do interesse supra individual e a prossecução da finalidade visada com a sua criação na ordem jurídica, o que prescindem da apreciação de qualquer especificidade; porém, quando por intermédio daquela acção se almeje a tutela de um interesse colectivo, releva a proteção de situações individuais dos respectivos titulares, sendo que tal é admissível apenas até ao limite em que seja aceitável uma apreciação indiferenciada das mesmas, sem que, contudo, se dispense a análise individualizada de cada um» (cit.)

Ora, decorre da alínea e) do artigo 9.º da Constituição que é tarefa fundamental do Estado¹⁸ proteger o património cultural, a natureza e o ambiente, o que, não se trata de uma obrigação exclusiva do Estado, mas também de uma verdadeira protelação de direitos e deveres para os particulares.¹⁹ Acresce, que a alínea g) da mesma disposição normativa expressa um imperativo de promoção do desenvolvimento social e económico estruturalmente sustentável.²⁰ Pelo que, poderemos, desde já, retirar três valores base cuja proteção do Estado é considerada tarefa fundamental de proteção de toda a sociedade: o património cultural, o ambiente e a economia sustentável, valorações essas que se caracterizam como direitos difusos.

Essas tarefas fundamentais de proteção de valores sociais podem ser levadas a cabo pelo Estado através de dois meios distintos: (i) um primeiro que se pauta pela prossecução dos ditames de uma vertente positiva, uma ação ativa, ou, (ii) um segundo meio, através de uma vertente negativa de não inferência no regular desenvolvimento e possibilidade de fruição desses mesmos direitos e valores.²¹

Assim, a tutela dos direitos e interesses difusos supõe a abstração de particularidades respeitantes a cada um dos titulares, o que não esgota o conteúdo desses mesmos direitos.

18 JOSÉ CASATA NABAIS, *O Dever Fundamental de pagar Imposto*, p. 87: «Em nossa opinião, podemos desde já adiantar que os deveres fundamentais, diferentemente do que se passa com os direitos fundamentais, obedecem ao princípio da tipicidade ou números clausus: apenas são de considerar como tais os que a constituição expressa ou implicitamente prevê» (cit.).

19 Cf. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 2007, p. 279.

20 J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 2007, pp. 280-281..

21 Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, O Ministério Público e a tutela dos interesses difusos na Comarca de Lisboa, in http://www.pgdlisboa.pt/textos/files/tex_0041.pdf, p.3: “A tutela dos interesses difusos pode realizar uma finalidade inibitória ou uma finalidade reparatória. A ação inibitória disponibiliza uma tutela específica, dado que assegura não o sucedâneo do interesse ou do direito violado – mas o gozo do próprio direito ou interesse protegido.

A ação inibitória como meio de tutela dos interesses difusos pode ter uma finalidade preventiva ou repressiva: na ação preventiva visa-se prevenir a violação de um interesse difuso e o seu objecto é a abstenção dessa violação; na ação repressiva, embora se pretenda também obter a omissão de uma conduta, essa violação já é efectiva” (cit.).

Para efeitos de fundamentação das necessidades de financiamento do Estado, cabe aqui salvaguardar que apenas nos concentraremos na vertente indissociavelmente difusa.²² Logo, reconhecendo-se que o dano resultante da violação deste direito poderá, em certos casos, ser individual e concreto, facto é que esse mesmo dano será acautelado por outras tutelas como a integridade física, dignidade, vida, mas a sua proteção terá de ser vista como uma valoração macro, sobre a qual não se pode declarar uma propriedade individual.

Não se pode individualizar a qualidade do ar, a salubridade de recursos hídricos, um preço mínimo fixado, uma cidade limpa e organizada, a identidade cultural de um povo através do seu património, etc. É essa necessidade de proteção que baseia a extrafiscalidade e, por esse motivo é essa a vertente da qual nos ocuparemos neste escrito.

4. A Taxa de Recursos Hídricos

A TRH tem um objetivo de modelação de comportamentos e pode, também por isso, ser repercutida nos consumidores que atribuem saída de mercado à atividade nociva, neste caso, para o ambiente corporizado na proteção dos recursos hídricos.

Por isso se diz que a TRH é uma taxa financeiramente neutra: aquilo que é pago a título de tributo será um mero adiantamento do valor a cobrar aos consumidores da atividade, ou o montante do valor pago nessa taxa – quando não repercutida – será deduzido ao resultado líquido do período da empresa para efeitos de IRC (dependendo dos casos).

Apesar de financeiramente neutra, a TRH não é, obviamente, uma taxa fiscalmente neutra uma vez que, precisamente, é modeladora de com-

22 Quanto à possibilidade de classificação do Direito do Ambiente como direito difuso, *vide* CAG, p. 81: «Ora, em nossa opinião, a concepção de interesse difuso, se não é incorrecta, está saturada de ambiguidades, pelo que deve ser interpretada com muitas cautelas: em primeiro lugar, porque o interesse de uso de um bem colectivo não é difuso, mas sim individualizado; em segundo lugar, porque o interesse difuso é uma fórmula processual que pretende aliar duas realidades antónimas: a individualização de um interesse e a comunitarização de um bem de utilidades indivisíveis; em terceiro lugar, e sobretudo, porque o interesse difuso, apesar das suas boas intenções, partindo de um propósito puramente processual, redundava numa construção invertida de uma posição jurídica substantiva para a qual há que encontrar alguma correspondência material» (cit.).

portamentos. Essa modelação é conseguida de duas formas: (i) pelo agravamento dos custos de produção através da tributação e (ii) aplicação de regras de direito premial (reduções e isenções) para contribuintes que cumpram com as melhores técnicas disponíveis e, através da sua atividade naturalmente poluente, encontrem mecanismos de minimização desse impacto.

Assim, a TRH permite não só a criação de receita para a proteção do ambiente (aquando da sua criação essa proteção era apenas conferida aos recursos hídricos, mas o sinalagma da taxa esbateu-se entretanto, como veremos *infra*), mas também um incentivo na eficiência da utilização de matérias-primas base como sejam a água e a energia.

Essa ideia de eficiência na utilização das matérias-primas base da indústria prende-se diretamente com o princípio geral da promoção da utilização sustentável dos recursos hídricos (ínsito no artigo 77.º da Lei da Água) através da: (i) internalização de custos decorrentes de atividades suscetíveis de causar um impacto negativo no estado da água; (ii) recuperação dos custos das prestações públicas que proporcionem vantagens ou envolvam a realização de despesa pública; (iii) recuperação dos custos dos serviços de águas o que, em si mesmo, comporta três objetivos específicos para a aplicação da taxa: (i) compensação do benefício resultante da utilização privativa do domínio público hídrico; (ii) compensação dos custos administrativos relativos ao planeamento, gestão, fiscalização e garantia da qualidade e quantidade das águas; e (iii) compensação do custo ambiental das atividades suscetíveis de causar um impacto significativo nos recursos hídricos.

Assim, em termos de **incidência objetiva**, a TRH incide sobre a utilização privativa de bens do domínio público hídrico, aplicada a atividades suscetíveis de causarem um impacto negativo significativo na qualidade ou quantidade da água, sendo uma contraprestação específica resultante de uma relação concreta entre o contribuinte e um bem público.

Já na **incidência subjetiva**, a taxa é aplicada a pessoas singulares ou coletivas que realizem utilizações privativas dos recursos hídricos ou que desenvolvam atividades suscetíveis de causarem um impacto negativo significativo na qualidade ou quantidade de água, nos casos em que

a taxa não é devida pelo utilizador final dos recursos hídricos. Assim, sendo uma taxa para o consumidor aplicada à indústria, a TRH é, na sua genética base e antes da *mutação* da extrafiscalidade, uma mera taxa de utilização.

Para esse efeito, a TRH tributa as seguintes **utilizações dos recursos hídricos**:

- Componente A: Utilização privativa de águas do domínio público hídrico do Estado (DPHE);
- Componente E: Descargas, diretas ou indiretas, de efluentes para os recursos hídricos, suscetíveis de causar impactos significativos;
- Componente I: Extração de materiais inertes do DPHE;
- Componente O: Ocupação de terrenos ou planos de água do DPHE;
- Componente U: Utilização de águas, qualquer que seja a sua natureza ou regime legal, sujeitas a planeamento e gestão públicos, suscetíveis de causar impacto significativo;
- Componente S: Utilização privativa de águas, qualquer que seja a sua natureza ou regime legal, pelos sistemas de água de abastecimento público.

Para além destes elementos objetivos de tributação, a TRH apresenta um elemento de agravamento e elementos de redução face ao resultado tributável apurado em cada componente.

O elemento de agravamento – que acaba por ter uma natureza punitiva, como se debaterá *infra* – pertence à Componente E e resulta do n.º 8 do artigo 8.º do Regime Económico e Financeiro dos Recursos Hídricos (Decreto-Lei n.º 97/2008 de 11 de junho, adiante referido como REFRH) e dita que a “componente E é agravada em 20 %, no que respeita a descargas de efluentes em zonas hídricas vulneráveis ou sensíveis,

de acordo com a classificação constante do plano de gestão de região hidrográfica aplicável à massa de água em que se efetuam” (cit.).

Por sua vez, as reduções da TRH encontram respaldo nas várias componentes de tributação, dando-se aqui como exemplo a Componente A (artigo 7.º REFRH), onde resulta que deverá ser operada uma redução de:

“a) 50 % no que respeita à utilização de águas para produção de energia hidroeléctrica em aproveitamentos com queda bruta máxima até 10 m;

b) 80 % no que respeita à água objecto de bombagem em aproveitamentos de produção de energia hidroeléctrica que empreguem grupos reversíveis;

c) 90 % no que respeita à utilização de águas marinhas em circuitos de refrigeração para produção de energia termoeléctrica e outras formas de regulação térmica, designadamente a refrigeração industrial e regaseificação de gás natural liquefeito;

d) 90 % no que respeita à utilização de águas para regulação térmica de culturas agrícolas;

e) 5 % para os sujeitos passivos detentores de certificação Eco-Management and Audit Scheme (EMAS), família 14000 das normas aprovadas pela International Organization for Standardization (ISO 14000) ou esquema de certificação reconhecido como equivalente, desde que esta certificação inclua explicitamente os processos e instalações com impacto na gestão da água” (cit.).

Na liquidação da TRH encontram-se ainda isenções dentro das próprias componentes (*vide* n.º 6 do artigo 7.º do REFRH) com fundamento em técnicas de atuação de operadores económicos que mostrem ter um menor potencial para impactos nocivos nos recursos hídricos.

No entanto, e apesar dos mecanismos de agravamento e redução referidos, esta taxa que havia sido criada precisamente para a proteção de recursos hídricos tem vindo a ser consistentemente diluída no seu sinalagma, como veremos no capítulo seguinte.

4.1. O Princípio do Poluidor-Pagador e o agravamento da TRH em zonas hídricas sensíveis

A alteração operada pelo Decreto-Lei nº 42-A/2016, de 12 de agosto, criou o Fundo Ambiental. Estabeleceu-se regras para a atribuição, gestão, acompanhamento e execução das respetivas receitas e apoios, e extinguiu-se o Fundo de Proteção dos Recursos Hídricos, anteriormente criado pelo Decreto-Lei nº 172/2009, de 3 de agosto.

Esse novo fundo tem por objeto, **não apenas os Recursos Hídricos**, mas também as alterações climáticas, os resíduos e a conservação da natureza e biodiversidade, através do apoio a políticas ambientais para a prossecução dos objetivos do desenvolvimento sustentável, bem como o contributo para o cumprimento dos objetivos e compromissos nacionais e internacionais nestas áreas.

No entanto, importa não esquecer que a TRH foi criada com uma finalidade específica relacionada apenas com recursos hídricos. Assim, em virtude da referida criação do Fundo Ambiental, o contribuinte perde a possibilidade de controlar a bilateralidade da taxa que suporta, na medida em que os encargos suportados pelos operadores com a TRH não têm efetiva correspondência (nem a ela se encontram adstritos) com o objetivo atribuído por lei de mitigar o eventual impacto negativo no estado de qualidade da água e na quantidade de recursos hídricos utilizados.

Recorde-se, para esse efeito, que a TRH apresenta um carácter essencialmente preventivo (o ressarcimento do dano efetivo é realizado pelas contraordenações), pelo que a sua finalidade vai para além de impedir comportamentos nocivos para o ambiente. Pretende, também, operar uma mudança das bases tributáveis no sentido de impedir a distorção da receita dos impostos sobre o rendimento, na sua maioria não consignados, orientando receita diretamente para a proteção da água.

Quando, por uma reorganização administrativa, se perde esse fundamento de origem do tributo, cuja consignação específica dentro do próprio fundo não é encontrada, cabe questionar a manutenção da legalidade do próprio tributo.

Veja-se, para esse efeito, que a escolha de uma base tributável raramente apresenta uma axiologia neutra, devendo corresponder a corolários de eficiência, necessidade, justiça e praticabilidade. Assim, pela importância de proteção e preservação da área tributada deveria a legislação ser mais clara e direta, não estando ferida de potenciais ilegalidades, para que a proteção conferida aos Recursos Hídricos pudesse ser efetiva e não meramente opcional.

Até porque, também será importante recordar que a base de criação da TRH prende-se com a necessidade de proteção do direito difuso ao ambiente do qual decorre o Princípio do Poluidor Pagador (adiante PPP) que vem fundamentar a criação não só da tributação da taxa em si mesma, mas como de mecanismos de agravamento em casos de atuação particularmente nociva para os recursos hídricos.

Ora, olhando para uma das primeiras menções ao referido PPP,²³ este princípio deve ser utilizado para alocar os custos de prevenção da poluição e medidas de controle para incentivar o uso racional dos recursos ambientais escassos e evitar distorções no comércio internacional e investimento. Veja-se que estes custos de prevenção e medidas de controle prendem-se com uma lógica *ex ante* à geração de um dano, pelo que não deve esse princípio ser confundido com o instituto da responsabilidade e, bem assim, da responsabilização por danos efetivos.

No mesmo sentido segue a doutrina nacional quando afirma que o PPP e responsabilidade diferenciam-se radicalmente, por várias razões de ordem:

- Em primeiro lugar, em razão do objeto, uma vez que o PPP diz respeito ao impacto e a figura da responsabilidade prende-se com o dano;
- Em segundo lugar, em razão do momento de operacionalização, dado que o PPP atua com base numa estimativa de poluição, de desgaste do meio e a responsabilidade desencadeia-se na sequência de um dano, que pode traduzir poluição excessiva ou outra causa;

23 Anexo da Recomendação C(72), 128, do Conselho da OCDE, de 26 de Maio de 1972, sobre os Princípios Orientadores dos aspetos económicos internacionais de políticas ambientais.

- Em terceiro lugar, em razão do fundamento de aplicação: o PPP atua em função da relação desgaste do meio/utilidade social da atividade/lucro do operador, sendo o cálculo da sua materialização fruto de opções políticas, por sua vez a responsabilidade assente na verificação de nexos de causalidade (real ou presumida).²⁴

Ora, quando a cobrança da TRH deixa de proteger os recursos hídricos, mas visa meramente *indemnizar* gastos ambientais, passamos a ter uma ótica de responsabilização *ex post*, numa taxa que modela comportamentos (precisamente para que estes não gerem qualquer dano), principalmente quando tal violação apenas porque uma reorganização administrativa de ‘fundos ambientais’ ocorreu sem a correspondente atualização dos tributos cobrados e sem respeito pela consignação específica que lhes cabia.

Na verdade, ao contrário dos impostos, a métrica de alcance de uma taxa deve poder ser examinada e medida. Tal não quer dizer que exista uma necessidade de conhecer todo e qualquer projeto de preservação hídrica mas, ainda assim, deveria ser possível ao contribuinte da TRH apurar se o destino da receita da taxa é orientado para a proteção hídrica nacional. Caso contrário o imperativo da prevenção que é corolário do PPP não se pode ter como respeitado, ao contrário do valor pago a título de indemnização que poderia ser livremente integrado, sem necessidade de consignação.

Vejam, o agravamento da TRH tem subjacente uma característica diferente da restante taxa (ainda que tenha o seu regime e assuma a sua natureza), uma vez que é cobrado pela perturbação de uma zona sensível.

Assim, só se justifica a aplicação do agravamento quando nos encontramos, efetivamente, perante estimativas de poluição e de desgaste do meio causados pelas atividades dos contribuintes. Nos casos de possível aumento do impacto ambiental, deve a receita do agravamento da TRH ser afeta a finalidades de manutenção e proteção da zona sensível potencialmente afetada e não reconduzido indiscriminadamente ao or-

24 CARLA AMADO GOMES, O Princípio do poluidor-pagador e a responsabilidade ou dano ecológico: recentes posicionamentos da Corte de Justiça da União Europeia, AAVV. *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*, Volume 4, Lisboa, 2016, pp. 20 e ss.

çamento do fundo ambiental, que abarca toda a multiplicidade de atuações tidas como ecológicas para todo o território nacional, servindo, dessa forma várias finalidades (algumas delas de duvidosa valia para o ambiente, como seja a construção de infraestruturas que implicam destruição de componentes ambientais ou apoio a políticas antagónicas dos objetivos de proteção ambiental).

Infelizmente, essa interpretação maximalista da aplicação do PPP não é apenas contemporânea. Há muito que se clarificava que o problema do ressarcimento do dano ambiental não se coaduna com a imposição de um ónus cego de responsabilidade, o verdadeiro problema está na forma de ressarcimento e na necessidade de restaurar o problema que foi criado.²⁵ Até de acordo com a doutrina clássica portuguesa, o PPP revelava um “direito a promover a prevenção (...) [e] perseguição judicial de infracções contra a degradação do ambiente” (cit.).²⁶

Pela mesma pauta, desta feita ainda em 2001,²⁷ referia a doutrina especializada que apenas concede ao ambiente três princípios elementares, e são os que estão positivados no ato único europeu: o (i) princípio da atuação preventiva; o (ii) princípio da correção prioritária na fonte das agressões ao ambiente e o (iii) PPP.

Ora, nenhum destes fundamentos consegue justificar o valor cobrado a título de agravamento de uma taxa, nem pode ser fundamento de aplicação de um qualquer tributo na medida em que, como é sabido, os tributos não podem ter uma natureza sancionatória. Quando ignoramos a natureza *ex ante* de um tributo extrafiscal descaracterizamos o mesmo como tributo e não tão somente como uma taxa potencialmente ilegal.

25 Cf. CLAUDIO VIVANI, *Il Danno Ambientale – Profili di Diritto Pubblico*, Padova, 2000, pp. 163 a 205, sendo paradigmática a seguinte passagem: “La consapevolezza della necessità di una nuova definizione dei confini e dei rapporti fra i vari corpi normativi che regolano la materia del risarcimento del danno ambientale e della rimozione de suoi effetti emerge chiaramente” (cit.).

26 Cf. JORGE MIRANDA, *A Constituição e o Direito do Ambiente* – Instituto Nacional de Administração, 1994, pg. 353 a 365

27 Cf. FERNANDO REIS, *Direito do Ambiente*, Coimbra, 2001 p. 222 e, no mesmo sentido (de prevenção e responsabilização), JOSÉ CUNHAL SENDIM, *Guia Ambiental do Cidadão*, Lisboa, 2002, p. 79 com algum desenvolvimento sobre o direito fundamental a prevenir as infracções ambientais.

Assim, se o poder administrativo emanou uma norma que pretendia proteger determinadas zonas das regiões hidrográficas nacionais, qualificando-as como sensíveis, e o poder político e legislativo estatuiu um valor a pagar por cada vez que essas áreas sejam afetadas, não é justificável que se utilize essa receita para o financiamento, por exemplo, de transportes públicos... Com efeito, tal receita deve, sim, ser utilizada para a proteção da zona hidrográfica sensível, cuja potencial afetação levou à cobrança da taxa e do seu agravamento.

Isto significa que a aplicação material da TRH pode até inutilizar o valor dos agravamentos previstos e não respeitar a base proporcional do PPP que lhe é aplicável pela natureza singular de tributo extrafiscal, o que, diga-se, no universo das taxas português, é uma inovação face à tipicidade das formas. Aliás, analisando a natureza do agravamento, este aproxima-se muito mais de uma contraordenação do que de um tributo, isto por o seu elemento punitivo ser extraordinariamente mais demarcado que a natureza tributária (no entanto, também seria uma contraordenação ilegal por não conter a tutela jurídica de uma norma de segurança).

Ou seja, por muito que se tente compreender a natureza da taxa agravada o facto é que esta não corresponde a nenhuma figura legal tipificada, o que, no direito dos tributos, é uma característica obrigatória. Veja-se que esta mesma taxa agravada, ainda consegue imprimir no ordenamento jurídico, quer por referência ao seu *'quid'*, quer por referência ao seu *'quantum'*, uma violação do Princípio da Igualdade.

Note-se: considerando que, uma vez que não existe nenhum fundamento entre custos efetivos e previstos e o valor da taxa, então a escolha da fixação do valor numa percentagem de 20% sobre um outro valor que apenas será determinável na aplicação do caso concreto, apenas poderá conformar uma escolha arbitrária, e, como tal, contrária aos limites ínsitos no artigo 13.º da Constituição.

Essa escolha percentual arbitrária cria uma discriminação injustificada entre os sujeitos passivos, que apesar de conterem operações de larga escala implementam medidas que não são seguidas por pequenos contribuintes cuja atividade poluente pode ser francamente superior, apesar do volume de resíduos ser menor.

Ademais, e agora quanto ao princípio da justa repartição dos encargos públicos, cabe ressaltar que, pelo facto de o agravamento em 20% ser dissolvido no orçamento do fundo ambiental, deixa de ser possível extrair uma qualquer prestação de uma atividade pública, de proteção de bens do domínio público e não existe, neste caso, nenhuma remoção de obstáculo jurídico à atividade que justifique o valor desta taxa, pelo que também será impossível apurar qualquer cumprimento do princípio da justa repartição dos encargos públicos, uma vez que esse princípio não é seguido, o que, como se sabe, é uma manifesta violação do princípio da equivalência.

4.2. Da violação do Princípio da Equivalência

Por outro lado, se já existiam incertezas quanto à natureza da TRH no regime em vigor até 1 de janeiro de 2017 – sobretudo ao nível de algumas componentes, como seja a U: Planeamento e Gestão –, bem como a sua conformidade ao nível da Constituição, com a citada alteração operada pelo referido Decreto-Lei nº 42-A/2016, de 12 de agosto, mais hesitações se colocam àquele respeito.

Efetivamente, e como referimos, o Decreto-Lei nº 42-A/2016, de 12 de agosto, veio criar o Fundo Ambiental, estabelecendo regras para a atribuição, gestão, acompanhamento e execução das respetivas receitas e apoios, extinguindo o Fundo de Proteção dos Recursos Hídricos, anteriormente criado pelo Decreto-Lei nº 172/2009, de 3 de agosto. Ora, e ao contrário do que sucedia até 2017 com o então Fundo de Proteção dos Recursos Hídricos, o novo Fundo Ambiental tem por objeto não apenas aqueles recursos hídricos, mas também as alterações climáticas, os resíduos e a conservação da natureza e biodiversidade, através do apoio a políticas ambientais para a prossecução dos objetivos do desenvolvimento sustentável, bem como o contributo para o cumprimento dos objetivos e compromissos nacionais e internacionais nestas áreas.

Veja-se que, de acordo com o artigo 79.º da Lei da Água que veio criar a obrigação de pagamento da TRH, *as receitas obtidas com o produto da TRH devem ser aplicadas*, nas seguintes ações:

- Financiamento das atividades que tenham por objetivo melhorar a eficiência do uso da água e a qualidade dos recursos hídricos;
- Financiamento das ações de melhoria do estado das águas e dos ecossistemas associados;
- Na cobertura da amortização dos investimentos e dos custos de exploração das infraestruturas necessárias ao melhor uso da água;
- Na cobertura dos serviços de administração e gestão dos recursos hídricos, objeto de utilização e proteção;
- No apoio à sustentabilidade dos serviços urbanos de águas, com vista a promover o acesso universal à água e ao saneamento, a custo socialmente aceitável.

Tal significa, portanto, que os encargos suportados pelos operadores com a TRH não têm efetiva correspondência (nem a ela se encontram adstritos) com o objetivo atribuído por lei de mitigar o eventual impacto negativo no estado de qualidade da água e na quantidade de recursos hídricos utilizados.

O que equivale a dizer que os operadores suportam um tributo, alegadamente bilateral, cuja receita tem um destino que extravasa o sector da água e dos recursos hídricos. Nessa medida, afigura-se que está, igualmente, colocada em causa a necessária medida de equivalência entre o que se paga (o valor) e sobre aquilo que se paga (incidência) e, bem assim, a justificação e o destino da receita do tributo, com as inerentes implicações constitucionais daí resultantes.

Em suma, e ao abrigo do Princípio da Equivalência, não se afigura conforme com o ordenamento jurídico português que as receitas da TRH sejam canalizadas para as alterações climáticas, os resíduos e a conservação da natureza e biodiversidade...

Mais, deve ter-se em consideração que sendo a taxa “uma prestação tributária [...] que pressupõe ou dá origem a uma contraprestação específica, resultante de uma relação concreta (que pode ser ou não de

benefício) entre o contribuinte e um bem ou serviço público” (cit.)²⁸ essa bilateralidade deve poder ser alvo de controlo pelo contribuinte.

Com a integração do Fundo de Proteção dos Recursos Hídricos (criado pelo Decreto-Lei nº 172/2009 de 3 de agosto, publicado no Diário da República, 1.ª Série, nº 148 de 3 de agosto de 2009) no Fundo Ambiental (criado pelo Decreto-Lei nº 42-A/2016 de 12 de agosto, publicado em Diário da República, 1.ª Série, nº 155 de 12 de agosto de 2016) o contribuinte perdeu a já diluída possibilidade de controlar a bilateralidade da taxa.

Como é sabido, a bilateralidade deve ser mais do que uma ‘questão de fé’ do contribuinte ou de ‘razão do Estado’. Assim, considerando a consignação das receitas da TRH ao Fundo de Proteção dos Recursos Hídricos este só poderia ter sido alterado pela própria Assembleia da República, na medida em que sem a possibilidade de controlo da contraprestação da Taxa esta perde o seu sinalagma.

Como também abordámos atrás, não basta a uma taxa ter o nome de taxa; terá forçosamente de ter uma estrutura e natureza de tributo bilateral, até para o correto cumprimento dos ditames do Princípio da Substância sobre a Forma. Assim, o valor de uma e qualquer taxa deve ser fixado de acordo com o Princípio da Proporcionalidade, não podendo ultrapassar o custo da atividade pública local, tendo em consideração o benefício auferido pelo particular, sendo essa a correta manifestação do Princípio da Equivalência no Direito Fiscal, conformando dessa forma o *quantum* do tributo.

O Tribunal Constitucional clarifica e impõe *uma conexão direta e concreta* (por oposição a difusa e indivisível) entre o valor a pagar por uma taxa e a sua contrapartida²⁹ recorrendo a um *critério geral de razoabilidade* como subvertente do Princípio da Proibição do Excesso (proporcionalidade *lato sensu*).

28 Vide a obra clássica de A. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra, 2012, p. 63.

29 Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 20/2003 e n.º 515/2003.

Ora, em sede de Direito Fiscal a valoração dos corolários do Princípio da Proporcionalidade obriga à necessidade de verificação de uma equivalência económica inserida na estrutura do tributo, no sentido de impedir que diferentes particulares financiem o mesmo custo, pelo mesmo facto, no mesmo espaço temporal, inúmeras vezes.

4.3. As reduções previstas da TRH no REFRH aprovado pelo Decreto-Lei nº 97/2008 de 11 de junho e os seus limites

Como referimos, várias são as reduções à TRH previstas no REFRH; algumas prendem-se com a redução do apuramento das componentes, outras serão aplicáveis à liquidação final da TRH.

Para saber quais os limites de cumulação dessas reduções, sempre se terá de ver as 'Normas orientadoras para aplicação do Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho' ao Despacho nº 484/2009, de 08/01 do MA-OTDR orientação que consta em anexo ao despacho ministerial indicado:

- «A — Aspetos gerais
 - 1 — Cumulação de reduções ou isenções de taxa - *Sempre que um utilizador possa beneficiar de mais do que uma redução ou isenção de TRH, essas reduções ou isenções não são objecto de cumulação, aplicando-se ao utilizador apenas a mais elevada, ou seja, aquela que conduz ao benefício mais favorável ao utilizador. Esta avaliação deve ser feita por componente da TRH e por ARH*» (cit., itálicos nossos).

Sucedem que, nos termos legais – e mesmo considerando as alterações introduzidas em 2017 – não se encontra qualquer referência ao referido critério administrativo de utilização exclusiva da redução mais elevada, com exclusão das demais no próprio REFRH, sendo essa redução meramente operada pelo citado despacho ministerial. O mesmo é dizer que, legalmente, nada impede a aplicação de mais do que uma redução, ao contrário do que dispõe a citada orientação.

Acresce que, a *orientação* da adoção do critério de utilização exclusiva da redução mais elevada afigura-se contrária ao propósito das próprias

reduções até aqui explanadas, que é, precisamente, a adoção pelos utilizadores do maior número possível de comportamentos (e de investimentos) que permitam um menor impacto ambiental.

Pelo que, quando confrontamos as orientações interpretativas com a genética de extrafiscalidade pura da TRH, notamos uma interpretação das normas contraditória à finalidade das reduções. De tal forma que, e salvo melhor opinião, transfigura o próprio Despacho num instrumento dissuasor de uma política pró-ativa e voluntária dos utilizadores de investir em soluções que reduzam o impacto ambiental, uma vez que se neutraliza o potencial incentivo em sede de TRH. Assim, economicamente, para o operador económico, preencher todos os quesitos comportamentais e de melhores técnicas disponíveis será equivalente a preencher um único critério. O objetivo de criação da TRH (criar um ónus pecuniário de comportamento e desagrává-lo com base noutros comportamentos) é consumido pelas orientações do despacho.

Efetivamente, a título de exemplo, se um determinado contribuinte efetua as suas descargas de efluentes tratadas nos termos da alínea *c*) do referido n.º 5 do artigo 8.º do REFRH (*ie.*, através de emissário submarino) e, de igual modo, é detentor de certificação *Eco-Management and Audit Scheme* nos termos da alínea *f*), do mesmo normativo, não se vê qual a razão pela qual ambas as disposições legais não são aplicáveis em simultâneo, quando nos termos legais nada o impede...

Da mesma forma, não se compreende qual a razão para não se aplicar, em conjunto com as referidas alíneas *c*) e *f*) do n.º 5 do artigo 8.º, o disposto, por exemplo, no ponto 2 do artigo 36.º do REFRH, na medida em que a redução prevista nesta última disposição tem em vista a situação específica dos utilizadores industriais que tenham comprovado ter reduzido significativamente na rejeição de efluentes, e o normativo legal apenas exclui a cumulação com as alíneas *b*) e *e*) do n.º 5 do artigo 8.º [ou seja, não com as alíneas *c*) e *f*)].

Ora, se nos termos legais atrás citados, o disposto no n.º 2 do artigo 36.º apenas exclui a cumulação da redução com as alíneas *b*) e *e*) do n.º 5 do artigo 8.º – ou seja, não com as alíneas *c*) e *f*) – não pode haver outra interpretação, *a contrario sensu*, senão a da admissibilidade da aplicação

em simultâneo das normas contidas nas alíneas *c)* e *f)* do n.º 5 do artigo 8.º e n.º 2 do artigo 36.º do REFRH. Na verdade, nem poderá haver outra atuação tendo apenas por base uma orientação anexa a um despacho...³⁰

Aliás, ainda que admitindo, perante o texto legal, a existência de «algumas dúvidas por parte dos operadores económicos» (cit.)³¹ não é, todavia, assim quanto às reduções da TRH. Com efeito, nesta matéria não se conhece qualquer registo de dúvida para os operadores sobre a obrigatoriedade, por exemplo, da aplicação em simultâneo das normas contidas nas alíneas *c)* e *f)* do n.º 5 do artigo 8.º e no n.º 2 do artigo 36.º para a componente E.

Tanto mais que, de acordo com o Princípio da Legalidade, e tal como vertido no n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, não se afigura possível que uma orientação difundida num Despacho ministerial possa reduzir o âmbito de aplicação de uma isenção em matéria tributária, na medida em que os imperativos do Despacho n.º 484/2009, de 08/01 do MAO-TDR, não padecem da mesma força legal do instrumento legislativo que visam regulamentar, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho, o referido REFRH.

Sucedo que, esse despacho, com natureza de mero regulamento interpretativo, tem potencial para ser inovador face ao Decreto-lei que visa regular.

Veja-se, para esse efeito, que o referido Despacho Ministerial afirma que «[s]empre que um utilizador possa beneficiar de mais do que uma redução ou isenção de TRH, *essas reduções ou isenções não são objecto de cumulação, aplicando-se ao utilizador apenas a mais elevada*» (cit., itálicos nossos). Ora, nada no REFRH refere um limite para a aplicação das reduções, até porque estas foram criadas como uma forma de *direito premial* pelo comportamento menos nocivo dos utilizadores dos recursos hídricos.

30 Emitido pelo Gabinete do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e que pretendeu regular outros aspetos que não apenas o tema das reduções da TRH. Em rigor, o texto do corpo do despacho não se refere expressamente às reduções, mas apenas ao que denomina de «conjunto mais amplo de questões relativas à aplicação da taxa de recursos hídricos» (cit.).

31 E que o despacho é o «resultado de uma ampla auscultação dos operadores» (cit.), como o mesmo refere.

Acresce que, como clarificámos anteriormente, a bilateralidade da TRH afere-se pelo impacto no ambiente, e não pela utilização dos recursos propriamente dita, uma vez essa utilização é meramente o mecanismo de apuramento do valor.

Por ser essa a sua natureza, o legislador prontamente estatuiu o direito a reduções no valor a pagar pela taxa, de acordo com o grau de nocividade da atuação do agente económico; nada mais simples... Por esse motivo, e sendo essa a teleologia da norma (*ie.*, 'premiar' e incentivar o maior número de comportamentos cooperantes e, sobretudo, em nome da tutela ambiental), não resulta qualquer referência do REFRH sobre o impedimento de cumulação de isenções, entenda-se, portanto, que não existe nenhuma disposição legal que impeça a cumulação das reduções previstas no n.º 5 do artigo 8.º, e bem assim nos n.ºs 1 e 2 do artigo 36.º do REFRH.

Por essa norma, ou referência, não ter sido incluída na vontade Legislativa do Estado, veio esse regulamento estatuir uma opção administrativa através da criação de uma norma de delimitação de aplicação de reduções, aditando requisitos e aumentando assim a incidência da TRH, em contradição com o Princípio da Legalidade.

Assim, resta-nos apenas concluir esta breve aula com a constatação de que:

A extrafiscalidade tem potencial para ser um dos maiores aliados na preservação dos interesses supraindividuais como o ambiente. Pode efetivamente, não só ajudar a financiar, mas também a efetivamente proteger, os recursos naturais de forma equitativa (realizando a justa repartição de encargos públicos entre o sector público e o sector privado). Mas, para que taxas como a TRH possam apoiar o Estado no alcance dessa finalidade, é necessário que haja estabilidade na sua previsão genética e que o sentido de oportunidade político ou administrativo não trave nem torne disforme aquilo que o legislador quis criar e proteger.

ESTRUTURAS TARIFÁRIAS DE SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE SANEAMENTO DE ÁGUAS RESIDUAIS: A MEDIÇÃO DA SUA ADEQUAÇÃO

Francisco Silva Pinto¹ | Tiago Cetrulo²

Resumo

Os serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais são essenciais para um desenvolvimento equilibrado, que promova a coesão económica, social e territorial. Com o objetivo de atender a essas necessidades humanas, as estruturas tarifárias têm evoluído significativamente ao longo das últimas décadas, embora de forma variável em todo o mundo. Esta evolução está ligada a exigências crescentes, ou objetivos que se pretende que sejam alcançados por estes serviços, por exemplo, normas de qualidade e níveis de manutenção de infraestruturas mais rigorosos, recuperação de custos, preocupações sociais e exigências de proteção ambiental. A percepção das estruturas tarifárias de água e águas residuais como um poderoso instrumento de gestão, sujeito a objetivos dependentes do contexto, suscita a preocupação sobre a forma como os decisores priorizam esses objetivos. Uma hierarquia é desejável devido ao possível conflito entre objetivos, e com base na proteção do interesse público, da sua adequação às necessidades locais. Desta forma, uma abordagem reguladora pode ser requerida num contexto de arbitrariedade na definição de estruturas tarifárias. Com esse propósito, é estabelecida uma ferramenta, com base em modelação de análise de decisão multicritério, para promover um enquadramento que considere os múltiplos

1 Universidade Lusófona; EIGeS- Centro de Investigação em Engenharia Industrial, Gestão e Sustentabilidade; CERIS (IST, UL)- Civil Engineering, Research and Innovation for Sustainability.

2 Instituto Federal do Rio Grande Do Sul (IFRS), e Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo (USP).

objetivos das tarifas de águas e águas residuais, permitindo determinar se o tarifário é adequado ao contexto local e construir recomendações para políticas personalizadas.

Palavras-chave

Estruturas tarifárias; serviços de águas; sustentabilidade; múltiplos objetivos; ferramentas regulatórias de apoio à decisão.

Abstract

Water supply and wastewater services are essential for a balanced development, able to promote economic, social and territorial cohesion. To meet these human needs, tariff structures have evolved significantly over the past decades, even if in different ways around the world. This evolution is linked to increasing service requirements, or objectives that are to be achieved by these services, e.g., more stringent quality standards and levels of infrastructure maintenance, cost recovery, social concerns, and environmental protection requirements. The perception of water and wastewater tariff structures as a powerful management tool, subject to context-dependent objectives, raises concerns about how decision-makers prioritize these objectives. A hierarchy is desirable due to possible conflicts between objectives, and on the basis of protecting the public interest, their suitability to local needs. Thus, a regulatory approach may be required in the context of arbitrariness in tariff setting procedures. For such a purpose, a tool is established, based on multiple criteria decision analysis modeling, to promote a framework able to consider the multiple objectives of water and wastewater tariff structures, allowing to determine whether a tariff is appropriate to the local context and to build recommendations for customized policies.

Keywords

Tariff structures; water services; sustainability; multiple objectives; decision aiding regulatory tools.

1. Introdução

Uma civilização pode ser idealizada como um conjunto de infraestruturas (Yevjevich, 1992). Nessa perspectiva, os respetivos sistemas que permitem às sociedades alcançar um desenvolvimento sustentável em termos de coesão social, económica e territorial, assumem um papel importante, mesmo vital (European Commission, 2017). Essa é a realidade dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais (de seguida designados de águas e águas residuais). Em todo o mundo, os serviços públicos são confrontados com exigências crescentes relacionadas com a natureza destes serviços enquanto Serviços de Interesse Económico Geral, o que se traduz em preocupações com, entre outros, a qualidade, acessibilidade, resiliência e fiabilidade dos serviços (Hoque & Wichelns, 2013). Os requisitos mencionados são específicos do contexto local de cada serviço (como as características operacionais, níveis e meios de financiamento das despesas de capital e níveis de serviço necessários) e estão normalmente sujeitos a exigências legais: supranacionais (por exemplo, a Directiva Quadro da Água, DQA); nacionais; ou mesmo locais (por exemplo, sob a forma de regulamentos). Com essa finalidade, a prestação destes serviços deverá considerar uma perspectiva holística e de longo prazo em relação à recuperação total dos custos. Esta perspectiva preconiza a elevada importância da geração de receitas para as entidades gestoras dos serviços, o que implica necessariamente a definição de tarifários. Desta forma, para os serviços de água e de águas residuais, a utilização de tarifários é uma importante ferramenta de gestão, sendo, no entanto, exigido que a sua estrutura seja capaz de equilibrar os múltiplos objetivos existentes.

Contudo, nas estruturas tarifárias de águas e águas residuais, a abordagem de “solução única” não é viável, devido ao papel que diferentes componentes tarifários (e.g., parte fixa, volumétrica ou de ajustamento com base em *proxies*) poderão ter para a adaptação ao conjunto único de circunstâncias de cada entidade gestora (Pinto & Marques, 2017). Por conseguinte, é importante compreender os aspetos operacionais associados a cada serviço (por exemplo, nível de custos atuais e futuros), a sua história, o seu enquadramento ambiental, socioeconómico e legal, assim como os seus utilizadores. A forma como os utilizadores

respondem às estruturas tarifárias (e ajustamentos de tarifas), define em grande parte o sucesso da sua escolha (AWWA, 2012).

De forma geral, os objetivos referidos encontram-se identificados como sendo a sustentabilidade financeira e ambiental, eficiência económica e as preocupações sociais (OECD, 2009). Devido à sua natureza possivelmente conflituosa, esses objetivos apresentam *tradeoffs*, que podem divergir de acordo com o contexto, revelando-se complexos em situações extremas de sustentabilidade. Para esse efeito, e como o processo de fixação de tarifas pode ser caracterizado por motivos políticos perversos, é necessário efetuar uma avaliação crítica que evite políticas tarifárias reconhecidamente insustentáveis para as entidades gestoras. Assim, é evidente a necessidade de criação de, e.g., recomendações e regulamentos, em que seja previsto alguma flexibilidade nomeadamente a nível da estrutura tarifária e da adaptação de mecanismos de ajuste que permitam alcançar os objetivos propostos.

A atividade regulatória de tarifas de água e águas residuais é geralmente feita através do seu nível, por procedimentos diversificados, que vão desde a regulação com incidência no lucro que uma empresa regulada pode obter (e.g., “*rate of return*”), a esquemas regulatórios com incidência nos custos elegíveis (e.g., proveitos permitidos), ou com incidência direta no preço final (e.g., preços máximos/“*caps*”). Como fator adicional, este formato de regulação económica (principalmente a incidente em proveitos permitidos e preços finais) pode incluir incentivos diretos para a melhoria do desempenho. Nesse caso, os esquemas regulatórios restringem os aumentos de preços à taxa de inflação, e.g., usando o Índice Harmonizado de Preços do Consumidor (IHPC) ou outro índice de preços selecionado, menos um “fator de eficiência *X*” calculado, ou seja, “ $1 + \Delta\text{IHPC} - X$ ” (Bolognesi et al., 2022; Cetrulo et al., 2019). Outra hipótese, é a publicação de orientações ou recomendações sobre a definição de uma estrutura tarifária “adequada”, sendo, no entanto, difícil de determinar os elementos a incluir, e o que poderá ser eventualmente obrigatório.

A possibilidade de as recomendações carecerem de cumprimento, ou de os regulamentos serem demasiado intrusivos e rígidos (sem flexibilidade para visar situações específicas), revela a necessidade de um

instrumento que possa conferir uma margem de manobra quanto à tarifa exata a adotar, sendo capaz de medir a adequação das estruturas tarifárias. Tal instrumento é também capaz de avaliar as estruturas tarifárias em função das circunstâncias de decisão, ou, num contexto mais amplo, de impor uma comparação entre os serviços de águas e águas residuais, promovendo um efeito de “*name and shame*”, e de introduzir um fator concorrencial capaz de estimular uma melhoria progressiva das tarifas aplicadas, como acontece quando se aplica a “*sunshine regulation*” (Marques & Simões, 2008).

Consequentemente, devido a uma possível divergência de objetivos, derivada de fatores de contexto, é necessário efetuar uma avaliação que suporte uma regulação adequada (Marques & Pinto, 2018). Com esse fim, é promovida uma ferramenta regulatória, com base num método multicritério de apoio à decisão, capaz de considerar as múltiplas dimensões referentes às tarifas de água e águas residuais, bem como a contribuição de especialistas e outros *stakeholders* essenciais para o processo de definição tarifária. Para se preservar o racional do estudo de caso, é construído um *focus group* que permite desenvolver um exemplo efetivo. Deste modo, é “co-desenvolvida” uma estrutura hierárquica de critérios, com os respetivos descritores e funções de valor, assim como os coeficientes de escala necessários para a devida agregação (i.e., seguindo a aplicação do método MACBETH). Por fim, são desenvolvidas regras “*ad-hoc*” para evitar efeitos específicos de sobrecompensação. O modelo desenvolvido permite-nos operacionalizar o conceito de adequação tarifária, através de uma medição quantitativa e, portanto, avaliar o problema globalmente, considerando os fatores de contexto particulares a cada situação.

Após esta breve introdução, a Secção 2 apresenta os conceitos base e as estruturas tarifárias mais comuns. A Secção 3 descreve um conjunto de dimensões e critérios *standard*, sendo que os detalhes do desenvolvimento desta ferramenta são apresentados na Secção 4, seguidos na Secção 5 por um exemplo de aplicação e possíveis implicações regulatórias. Finalmente, a Secção 5 formula algumas observações finais.

2. Conceitos base e diferentes estruturas tarifárias

Os conceitos necessários para analisar as estruturas tarifárias em serviços de águas e águas residuais evoluíram ao longo do tempo e pertencem a uma lista longa. A amplitude da tomada de decisões é correspondentemente grande, oferecendo diversas oportunidades, onde a existência de informação é primordial para alcançar melhores resultados.³

A gestão dos serviços de água e águas residuais deve seguir princípios de diferentes áreas científicas (por exemplo, economia- na relação entre a oferta e a procura) para alcançar a subsistência, e talvez, a sustentabilidade. Neste ponto, o capital financeiro torna-se extremamente importante para alcançar o primeiro e para permitir o segundo. Assim nasce o papel das receitas e, portanto, das tarifas e da sua estrutura.

Sustentabilidade

“A sustentabilidade dos serviços do ciclo urbano da água é alcançada quando a qualidade dos ativos e a governança dos serviços é suficiente para assegurar ativamente as contribuições necessárias do sector da água para o desenvolvimento social, ambiental e económico de uma forma que satisfaça as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades”.

Traduzido de Brattebø et al. (2013).

Tarifa

“A tariff is the system of procedures and elements which determines a customer’s total water bill (any part of that bill can be called a charge, measured in or money units alone; and any unit price can be called a rate, usually measured in)”.

Por OCDE (1999).

É importante deixar uma nota sobre a natureza jurídica-tributária das tarifas no contexto português. Desta forma, deverão ser consideradas

3 A maioria dos conceitos necessários para a análise tiveram a sua origem há séculos atrás, naturalmente, foram mais tarde refinados até à definição que têm hoje. Por conseguinte, sempre que considerado apropriado, os conceitos-chave serão definidos tal como são utilizados no presente documento.

(no âmbito deste trabalho) como contraprestações de um serviço de interesse económico geral, em regime de exclusivo, subordinado à regulação económica e orientado, portanto, para critérios como a cobertura integral de custos operacionais, entre outros. Esta formulação tem impacto na flexibilidade de definição da estrutura tarifária assim como a própria designação dos seus diferentes componentes. No entanto, para o nosso objetivo, a definição anterior (em inglês) é suficiente, pelo que redirecionamos os temas do regime legal para resolver litígios relativos ao fornecimento do serviço, assim como da estrutura tarifária e a proibição de dupla tributação para da Silva (2019).

Curiosamente, as estruturas tarifárias evoluíram a par dos avanços científicos e tecnológicos promovidos pelos desafios setoriais crescentes. Os desenvolvimentos na definição de estruturas tarifárias cresceram lentamente antes de se intensificarem no início do século XX, com desenvolvimentos chave em dispositivos/equipamentos, ferramentas e pensamento económico. Um exemplo fundamental foi o desenvolvimento na utilização de moeda-mercadoria, moeda representativa e de moeda fiduciária (desde o sistema de troca direta de bens) por serviços de águas (por exemplo, irrigação), em paralelo com os princípios sob os quais tal transação deve ser enquadrada, como melhorias nas redes físicas ou contadores de água. Naturalmente, o progresso é feito em modo de “joint venture”, uma vez que uma medição com maior precisão permite que as empresas de abastecimento de água possam cobrar cada cliente de forma mais equitativa, prevenindo o desperdício de água, e minimizando os afluentes às estações de tratamento de águas residuais.⁴ Ainda assim, a implementação dessas inovações não foi instantânea ou aleatória. Pelo contrário, eram uma função das suas rotas e meios de disseminação, da perceção da sua utilidade e da compatibilidade com o sistema cultural anfitrião. De facto, vários paradigmas moldaram (moldam) a forma como

4 Devido a esta importante ligação, a medição do fluxo de água tem sido uma marca ‘significativa’ da civilização desde os tempos antigos. Embora o interesse na medição do caudal remonte a mais de três mil anos atrás, os princípios de funcionamento dos caudalímetros tradicionais foram compreendidos e estudados numa base científica não anterior a quatrocentos anos atrás (Cascetta, 1995).

a sociedade enfrentava (enfrenta) estes serviços, e particularmente o papel das suas estruturas tarifárias (Hassan, 2010).⁵

A tomada de decisão sobre tarifários de água e águas residuais está frequentemente em antagonismo com as recomendações teóricas e empíricas, ou pelo menos apresenta um atraso significativo. Para compreender quão profunda é esta interação entre ciência, tecnologia e outros aspetos da sociedade para as estruturas tarifárias, e como estas podem apoiar os atuais decisores, é informativo e estimulante rever o contexto histórico.

Em todo o mundo e através dos tempos, o desenvolvimento destes serviços enquadrou o crescimento caótico da população e a sua concentração em determinadas áreas (principalmente cursos de água, como canais naturais ou artificiais). A criação destes padrões de povoamento instou ao estabelecimento dos serviços de águas para satisfazer determinadas necessidades (por exemplo, acesso a água potável e saúde pública). No entanto, o desenvolvimento dos serviços foi desigual (no tempo e no local) e trouxe diversas realidades, embora se tenham verificado desenvolvimentos simultâneos, nomeadamente no que diz respeito a dispositivos e sistemas de abastecimento, bem como soluções de recolha e “tratamento” de águas residuais (Viollet, 2007).

Nesta fase, é também importante destacar o possível impacto de características como a inflação. Nas duas décadas de 1880 a 1900, houve um aumento significativo no desenvolvimento dos sistemas públicos de água dos EUA, e muitos foram originalmente construídos por empresas privadas que operavam sob “concessão” (normalmente, funcionando por um período de 20-25 anos). Nesse âmbito, eram definidas tarifas e condições de serviço, ambas consideradas obrigações contratuais firmes (Howson,

5 Hassan (2010) identifica os seguintes paradigmas: Espiritual-Religioso, Estético-Recreacional, Científico, Ecológico, Hidráulico-Engenharia, Financeiro-Económico, Gestão-Governança e Jurídico-Ético. O autor fornece uma descrição clara desses paradigmas, por exemplo, o paradigma religioso tem sido frequentemente «invocado em apoio da ética da água e do direito humano à água, e contra colocar um preço na água e tratá-la como um bem económico».

1959).⁶ O declínio do rendimento líquido devido a sérios problemas na definição das tarifas (principalmente relacionados com a inflação, impostos federais e locais), combinado com o otimismo indevido sobre os ganhos associados à construção dos sistemas e das contrapartidas impostas, provocou a falência de muitas destas iniciativas (Griffin, 2012).

A necessidade de financiamento para fazer face a uma população crescente, expandir o desenvolvimento industrial, a urbanização e a melhoria do nível de vida, impulsionou o desenvolvimento de conceitos importantes. As características que influenciam a definição das estruturas tarifárias e o seu nível, começaram com a relação entre custos, preço e valor.

A compreensão dos custos inerentes aos serviços remonta às primeiras civilizações e desenvolveu-se ao longo do tempo para avaliar os constrangimentos existentes como o custo das opções “preteridas”, possíveis usos alternativos (os não contabilísticos) e os custos (ou benefícios) impostos devido à “utilização mutuamente exclusiva/interferente”. Em relação ao preço, há uma exigência de ir além da definição de tarifa, a fim de compreender o que implica.

Custo

“Custos O&M, custos de capital, custos de oportunidade, custos de economia, custos ambientais externos- cidades. De uma perspectiva diferente, vários custos de apoio podem ter de ser incluídos (ou diferenciados) nos gastos clássicos de custos, como o desenvolvimento institucional, o desenvolvimento de recursos humanos, sistemas de informação, monitorização e avaliação, regulação, planeamento e desenvolvimento de sistemas de informação”.

Traduzido de Cardone e Fonseca (2003).

6 Com a ascensão da revolução industrial, várias cidades não estavam dispostas a gastar dinheiro em obras de infraestrutura pública necessárias e dependiam, em vez disso, do comércio privado para o abastecimento de água. Tal situação ocorreu em toda a Europa e nos EUA. Embora este tópico ultrapasse o âmbito deste capítulo, esta situação influenciou grandemente a definição das tarifas, uma vez que com a prestação de serviços privados veio um foco relevante na regulação económica. Além disso, nos EUA (e praticamente em todo o lado) a propriedade pública destes sistemas tornou-se favorecida por uma combinação de considerações económicas: a regulação tarifária era menos rigorosa para as entidades gestoras públicas (Howson, 1959) e as condições para empréstimos eram diferentes para cada tipo de entidade gestora, prejudicando a realidade privada (Griffin, 2012).

Preço

“Montante fixado pelo sistema político e social para assegurar a recuperação dos custos, equidade e sustentabilidade. O preço pode ou não incluir subsídios. Os preços da água não são determinados unicamente pelo custo”.

Traduzido de Rogers et al. (2002).

Contudo, o preço não mede em geral o valor económico, e os *items* sem preço de mercado podem ainda ter um valor económico positivo. Como destacado por Hanemann (2006), as dimensões do conceito “valor” foram discutidas desde Platão e Aristóteles, respetivamente:

“só o que é raro é que é valorizável, e a água, que é o melhor... é também o mais barato”;

“de tudo o que possuímos há dois usos... um é o próprio, e o outro é o uso impróprio ou secundário. Por exemplo, um sapato é utilizado como calçado, mas também pode ser utilizado como troca; ambas são utilizações do sapato”.

No entanto, o exemplo de Smith (1776), também destaca a importante relação “tanto os diamantes como a água são desejados, mas os diamantes são escassos enquanto a água potável é abundante. Assim, um está associado a preços elevados e o outro é quase gratuito”. O conceito amadureceu através de Dupuit (1844) e Marshall (1890), assim como todos os que vieram depois.

Valor

“Valor para os utilizadores de água, benefícios líquidos de fluxos adicionais diretos, benefícios líquidos do uso indireto, ajustes para objetivos sociais e valor intrínseco”

Traduzido de Rogers et al. (1998).

Agora, se compararmos os componentes do custo e do valor da água (Figura 1), poderá ser realizada uma avaliação mais profícua do seu preço.

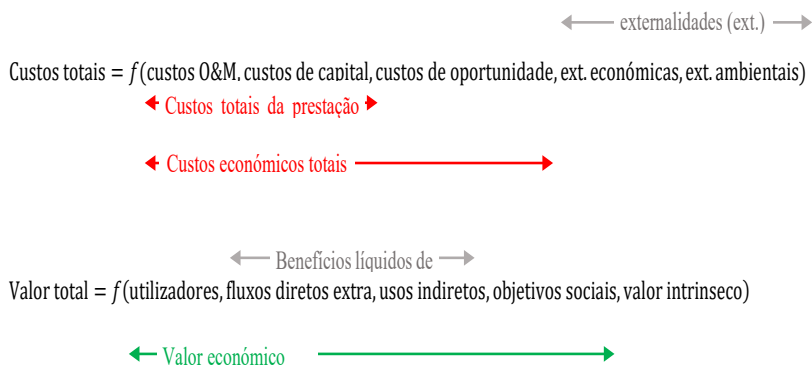


Figura 1. Princípios gerais para definição do custo e valor da água
(adaptado de Rogers et al., 2002)

No entanto, são necessários conceitos adicionais para analisar o tema das estruturas tarifárias dos serviços de água e águas residuais, uma vez que a sua prestação atinge um estatuto distinto da de outras “mercadorias”, uma vez que, como mencionado anteriormente, esses serviços implicam funções vitais e externalidades. Foi na viragem do século XX, que avanços relevantes na literatura sobre o preço dos “serviços públicos” em geral (com grande fundamento em economia neoclássica) contribuíram para avanços significativos (Berg & Tschirhart, 1995). Alguns marcos importantes foram as contribuições de Marshall (1890) na definição da “elasticidade da procura”, e mais tarde, os três graus de discriminação de preços por Pigou (1920). Estes tipos de discriminação foram incluídos em várias análises, como o caso notável de Oi (1971).⁷ O ponto de vista de Coase (1947) sobre os preços com base no conceito de custo marginal (para tópicos chave adicionais, *cf.* Berg e Tschirhart 1995).

7 Em uma discussão prática, Varian (1989) afirma: “A fim de baixar o preço apenas para o consumidor marginal, ou mais geralmente para alguma classe específica de consumidores, a empresa deve ter uma forma de classificar os consumidores. O caso mais fácil é aquele em que a empresa pode classificar explicitamente os consumidores com respeito a alguma categoria exógena, como a idade. É necessária uma análise mais complexa quando a empresa deve discriminar o preço com base em alguma categoria endógena, tal como o momento da compra. Neste caso, o monopolista enfrenta o problema de estruturar os seus preços de modo a que os consumidores se “auto-selecionem” em categorias apropriadas”.

Estes conceitos foram o ponto de partida para a maioria das estruturas tarifárias desenvolvidas posteriormente, nomeadamente: Fuller (1914) sobre os princípios a incluir na definição de tarifas; Elliott (1920), onde é avaliada a transição de uma componente fixa para uma componente volumétrica, e o caso da proibição da medição do consumo de utilizadores domésticos; Hazen et al. (1922) sobre blocos tarifários e as suas características; Turvey (1969) com uma abordagem em que utiliza o custo marginal de longo prazo; entre outras notáveis de Hanemann (1993), Griffin (2001), Nauges et al. (2015) e Pinto et al. (2017; 2021).

Atualmente, existem diferentes estruturas tarifárias implementadas em todo o mundo, no entanto, o racional dessa escolha é muitas vezes considerado inexistente, uma vez que, municípios próximos ou casos mediáticos são procurados como uma opção imediata, levando à aplicação incorreta de estruturas tarifárias anteriormente bem-sucedidas (na melhor das hipóteses). Nesta linha, múltiplos princípios económicos (ou nenhum) sustentam os fundamentos sobre os quais as estruturas tarifárias são definidas. Na Tabela 1, as estruturas tarifárias mais conhecidas são avaliadas de acordo com as suas características de definição e base teórica.

Tabela 1. Estruturas e ajustamentos tarifários

Componente	Definição	Características de definição/conceção	Base teórica
Fixa	Cada utilizador paga um valor fixo (i.e., não varia com o consumo).	O preço a ser cobrado	Não requer medidor, administrativamente simples, estabiliza as receitas, baixa eficiência económica, baixa equidade.
Volumétrica linear	Cada utilizador paga o mesmo valor por metro cúbico consumido	O preço a ser cobrado por metro cúbico	Promove o uso eficiente, confere o sinal da escassez de água, administrativamente simples. Nota: Não influenciada p frequência de faturação

Componente	Definição	Características de definição/conceção	Base teórica
Volumétrica por blocos	Cada utilizador paga um valor volumétrico que cresce (decresce) por escalões/ blocos com o consumo	O número de blocos, o volume associado e o preço a ser cobrado por bloco.	Promove o uso eficiente, confere o sinal da escassez de água, confere equidade. (reflete o custo de serviço, não promove o uso eficiente, abundância de água).
Volumétrica bloco atingido	Cada utilizador paga um valor volumétrico de acordo com o bloco em que se encontra (i.e., todo o consumo é pago ao preço desse bloco)	O número de blocos, o volume associado e o preço unitário a ser cobrado por o utilizador se encontrar num determinado bloco	Relativamente simples, promove o uso eficiente, confere o sinal da escassez de água, confere equidade
Ajustamentos tarifários			
Características do cliente	Diferenciar de acordo com elementos que funcionem como proxy de determinados clientes. Equidade: características do agregado (e.g., dimensão)	Todos os componentes podem ser adaptados	Promoção de equidade e eficiência, adaptar a situações específicas (e.g., volume significativo não tem de se traduzir em ineficiência), aumenta complexidade
Sazonal	Preço varia com a sazonalidade de acordo com a procura	Afeta a parte volumétrica, de preferência o preço	Promove um uso mais eficiente de acordo com a procura sazonal
Território	Cada utilizador paga de acordo com os custos de serviço para esse território	Pode afetar todos os componentes	Custo de serviço e eficiência alocativa, baixa acessibilidade, baixa equidade

Componente	Definição	Características de definição/concepção	Base teórica
Período de ponta	Preço varia de acordo com as características temporais do consumo (e.g., hora de ponta).	Afeta a parte volumétrica, de preferência o preço.	Requer medidores “inteligentes”, promove um uso eficiente quando a procura é elevada.

Em resumo, desde ~1900 (e principalmente nos anos 90), a gestão da água tem sofrido mudanças filosóficas, institucionais e organizacionais significativas a nível mundial (Furlong, 2010). Desde então, questões importantes começaram a ser analisadas a um nível global em várias convenções / eventos internacionais.

A Conferência Internacional sobre Água e Ambiente (ICWE), em Dublin, Irlanda, 1992, foi um evento chave onde a água foi reconhecida como tendo um valor económico em todos os seus usos concorrentes e deve ser reconhecida como um “bem económico”. Estas mudanças induziram a possibilidade de reconhecer as tarifas de água como uma forma conceptualmente simples (mas politicamente difícil) de promover a equidade, receitas e eficiência económica, redistribuição de rendimento, justiça e conservação de recursos no sector da água (Rogers et al., 2002). Por conseguinte, uma tarifa da água é um poderoso instrumento de gestão capaz de atingir um equilíbrio entre numerosos objetivos (Whittington, 2003), com o fim de atingir sempre que possível a sustentabilidade e a recuperação de custos. A (OECD, 2009) distingue a natureza económica dos serviços de águas e águas residuais em consonância com a rivalidade no consumo, bem como a “exclusão” no acesso ao “bem” e a quem os benefícios são acumulados (ou seja, a utilizadores diretos ou a um conjunto de beneficiários). Na sequência da “visão” da ICWE, foram consideradas diversas fontes de financiamento, nomeadamente exigindo um pagamento aos utilizadores (induzindo os princípios de utilizador-pagador e poluidor-pagador). Se as transferências e os impostos forem igualmente considerados, a política dos 3Ts é cumprida (OECD, 2010). No entanto, fontes adicionais, como empréstimos e obrigações, devem ser exploradas por motivos de flexibilidade e para permitir a realização de grandes investimentos infraestruturais característicos do sector da água e águas residuais.

3. Os diferentes objetivos a atingir para a adequação das estruturas tarifárias

Assim, mesmo que as tarifas providenciem frequentemente a maior parte do financiamento e sejam um importante instrumento para o sector da água, uma série de obstáculos condiciona um papel mais completo para as estruturas tarifárias. Estes incluem a falta de consciência dos benefícios económicos mais amplos do abastecimento de água, e particularmente do saneamento de águas residuais, assim como as preocupações sobre os impactos nas famílias de baixo rendimento. Estes fatores são sempre relevantes, em maior ou menor grau. Para cumprir o seu papel, as tarifas têm de cumprir objetivos financeiros, económicos, ambientais e sociais divergentes, alguns dos quais podem ser contraditórios (para mais informação por favor ver OECD, 2010; Pinto & Marques, 2015b, 2015a). O desafio, portanto, é conceber uma tarifa que estabeleça um equilíbrio adequado entre os *tradeoffs* existentes (Boland, 1993). Esta é uma decisão política que requer transparência, democracia e ampla participação ao longo de todo o processo. Este processo exige também um equilíbrio adequado entre objetivos políticos, avaliando os custos e benefícios dos diferentes níveis tarifários, examinando os impactos distributivos das estruturas tarifárias, e desenvolvendo medidas compensatórias ou de mitigação adequadas para evitar problemas de acessibilidade financeira. Numa base complementar, o nível de serviço e a eficiência da prestação de serviços são fatores-chave que também devem ser abrangidos por essas políticas.

Como objetivo adicional aos objetivos anteriores, devido à natureza dos serviços que propicia a instabilidade social, é importante medir como esses objetivos são alcançados, comparando os custos administrativos e de conformidade com os benefícios inerentes, e se os clientes compreendem e aceitam a estrutura tarifária. Estes princípios, devido à sua natureza, podem ser agregados numa única dimensão rotulada de Governança (no sentido lato da palavra).

Os objetivos podem questionavelmente ser alcançados, melhor ou pior, por diferentes estruturas tarifárias. De facto, tendo em conta a existência de outras fontes de financiamento e de outros mecanismos, pode-se argumentar que o papel das tarifas deve ser restringido (Barraqué,

2011). Ainda assim, convém realçar que o apoio teórico e empírico da literatura sobre a matéria é difuso e baseado em critérios normativos ligeiramente diferentes (Barberán & Arbués, 2009).

Eficiência económica

A eficiência económica refere-se à atribuição de água aos clientes, promovendo a maximização do bem-estar social. Assim, a eficiência na atribuição dá prioridade aos usos com maior valor para a sociedade (por exemplo, usos de mérito), e ao comparar os custos do serviço com o valor inerente, desencoraja a má atribuição de recursos económicos (Porchet, 2014). Nesta situação, é importante evitar o sobreinvestimento num contexto mais amplo, abrangendo, por exemplo, sobrecapacidade, excesso de pessoal e *gold-plating* (Massarutto, 2004). Além disso, a prevenção de comportamentos de “*quiet life*” e de ineficiência-x (utilização ineficiente das infraestruturas existentes), evitando ao mesmo tempo rendas monopolistas (de Witte & Marques, 2010). Assim, é evidente a sua ligação com os custos marginais (Monteiro & Roseta-Palma, 2011).

Sustentabilidade financeira

Esta dimensão promove o equilíbrio adequado entre as receitas provenientes das tarifas e os custos associados ao serviço. Assim, existem duas preocupações: 1) a recuperação dos custos e 2) a estabilidade das receitas. No primeiro, há necessidade de distinguir entre os tipos de custos em que uma entidade gestora incorre. Desta forma, os custos de prestação do serviço devem ser cobertos (Pinto & Marques, 2017), garantindo assim a sustentabilidade do serviço a longo prazo, ou seja, cobrindo os custos de capital, bem como os custos de operação e manutenção (O&M). Para este critério, consideramos que estas duas fases são as fases nas quais a recuperação dos custos se deve sustentar. Se os custos de oportunidade e as externalidades económicas forem igualmente incluídas, obtemos o custo económico total (Massarutto 2007). No entanto, e associado à dimensão ambiental, se forem incluídas as externalidades ambientais, é alcançada uma situação de recuperação total dos custos (ver Mylopoulos & Fafoutis, 2012, para um caso empírico em que a diferença no esforço de cálculo destes custos especificados é evidente). Características importantes a considerar são a manutenção do valor dos ativos ao longo do tempo, e a remuneração adequada dos fatores de produção, assegurando ao mesmo tempo um investimento sustentá-

vel. Finalmente, o segundo critério é a estabilidade das receitas (Howe, 2005), que é da maior importância em termos de exposição ao risco.

Preocupações ambientais

A importância desta dimensão incide na tentativa de evitar ou minimizar a pressão sobre o capital natural, promovendo uma utilização eficiente (Borisova & Rawls, 2010). O objetivo é a promoção da poupança de água, bem como o desencorajamento do seu desperdício. Existe igualmente um compromisso claro em assegurar a qualidade da água e reduzir a pressão nos recursos naturais (numa perspetiva intergeracional), garantindo funções ecológicas (Smith & Wang, 2008). Assim, o objetivo recai sobre os incentivos dados para promover uma utilização sustentável dos recursos.

Preocupações sociais

Esta dimensão tem sido abordada na literatura com princípios normativos ligeiramente diferentes (Cetrulo et al., 2020). Ainda assim, em resumo, a dimensão das preocupações sociais é geralmente assumida como estando associada a uma “acessibilidade física e financeira adequadas a uma quantidade mínima de água em condições justas e equitativas”. Em termos horizontais, tem como base a premissa de que situações semelhantes sejam tratadas de forma análoga, enquanto em termos verticais, o pressuposto é de que situações económicas diferentes são tratadas de forma contrastante (Lipsey & Chrystal, 2004). Portanto, a acessibilidade financeira está relacionada com o princípio da capacidade de pagamento, justificando assim um tratamento favorável para que as famílias com baixos rendimentos consigam cobrir as suas necessidades básicas de água (García-Valiñas et al., 2010). Desta forma, a acessibilidade dos preços para usos de mérito fica assegurada. O princípio da equidade, pode ser definido num conceito mais restrito, medindo os benefícios que cada cliente obtém do serviço (quantidade consumida), ou, em alternativa, funciona em função dos custos induzidos no sistema de distribuição de água (perspetiva do custo do serviço).

Governança

Relativamente a esta dimensão, o seu princípio normativo é a promoção de custos mínimos de gestão para as autoridades locais, entidades gestoras e clientes dos serviços, através de uma estrutura adequada

ao contexto (por exemplo, mais simples). As tarifas devem também ser previsíveis e suportar informação adequada sobre os custos incorridos (ou seja, fiabilidade nas faturas de água). As tarifas da água devem também cumprir todas as leis aplicáveis. Assim, a simplicidade administrativa está ligada à avaliação dos resultados sociais gerados pelas tarifas de água, comparando entre os benefícios incorridos, bem como os custos administrativos e de conformidade (Barberán & Arbués, 2009). Adicionalmente, a clareza depende da compreensão e aceitação dessas tarifas, que dependem da sua simplicidade, objetividade, conveniência e ausência de controvérsia (AWWA, 2012).

De facto, as 5 dimensões referidas abrangem um conjunto específico de critérios que têm em conta objetivos primordiais na determinação da adequação de uma tarifa. Tal estrutura hierárquica melhora a compreensão dos utilizadores sobre o racional que suporta este instrumento regulador, i.e., um sistema agregado (Nafi et al., 2015). A Figura 2 destaca esta estrutura hierárquica (árvore de valor), desenvolvendo o conceito a partir do objetivo final da decisão em causa através de uma ordem crescente de especificidade. O nível mais baixo atingido (ou seja, os critérios) é o nível em relação ao qual cada alternativa é avaliada.

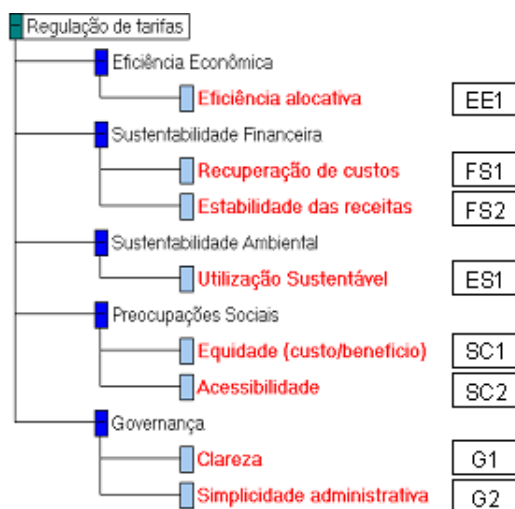


Figura 2. Árvore de valor utilizada para a operacionalização do conceito de “adequação tarifária”

Relativamente aos critérios representados na Figura 2, existe uma percepção clara da existência de *tradeoffs*, e naturalmente de sinergias entre eles. Exemplos simples referem-se à recuperação de custos e ao seu efeito na acessibilidade dos preços (*tradeoff*), e aos resultados dos preços de custo marginal no controlo da expansão da capacidade/investimentos (sinergia). Na secção seguinte, essas relações são consideradas a fim de operacionalizar os critérios.

O papel dos diferentes componentes de um tarifário (por exemplo parte fixa, volumétrica ou possíveis ajustamentos com base em aproximações específicas) é fundamental, a fim de se conseguir adaptar a estrutura da tarifa ao conjunto de circunstâncias únicas que enfrenta cada entidade gestora. Nesse sentido, é evidenciado na Tabela 2 exemplos práticos de aplicação.

Tabela 2. Dimensões de adequação tarifária, respetivo racional e exemplos práticos

Dimensão	Racional	Exemplo prático
Sustentabilidade Ambiental	Evitar o esgotamento dos recursos naturais críticos, através da promoção de uma utilização eficiente: (1) incentivar a poupança de água; (2) desencorajar o desperdício de água.	Componente volumétrica capaz de fornecer incentivos aos utilizadores para economizarem água.
Eficiência Económica	Alocação dos recursos hídricos pelos utilizadores de forma a maximizar o bem-estar social: (1) priorização dos usos com maior valor para a sociedade; (2) comparar os custos com o respetivo valor, evitando a má afetação de recursos económicos.	Componente volumétrica com base no princípio do custo marginal.
Sustentabilidade Financeira	Equilibrar as receitas das tarifas (utilizadores) com os custos totais do serviço (não permitindo situações de ineficiência do lado da entidade gestora).	Componente fixa de que é capaz de garantir receitas estáveis na quantidade necessária

Dimensão	Racional	Exemplo prático
Preocupações Sociais	Acessibilidade adequada e económica a uma quantidade mínima de água em condições justas e equitativas: equidade horizontal onde se espera que em situações semelhantes os utilizadores sejam tratados da mesma forma; equidade vertical, onde situações Económicas diferentes são tratadas de forma diferente.	Uma tarifa com medidas sociais (como descontos ou extensões sobre a componente fixa ou a volumétrica), só funciona se as medidas forem direcionadas corretamente.
Governança	Uma tarifa que seja compreensível pelos utilizadores e de fácil gestão por parte da entidade gestora.	Componente volumétrica linear é de fácil compreensão/gestão

Posterior à definição das dimensões, é essencial definir os critérios e as respetivas métricas. Para cada critério, é necessário definir o seu descritor e níveis de referência. Na próxima secção, são desenvolvidos os passos necessários para a implementação desta ferramenta com recurso a conferências de decisão.

4. Ferramenta para avaliação da adequação tarifária

4.1. Observações gerais

A ferramenta para avaliação da adequação tarifária visa conceber uma base geral para aplicação em diferentes situações, pelo que é necessária uma estrutura ampla e abrangente na definição de critérios, dos seus descritores e funções de valor, assim como do procedimento necessário para a agregação das respetivas pontuações parciais.

Para o efeito, foi utilizada uma adaptação do método MACBETH, que difere do contexto formal de apoio à decisão, introduzindo uma estrutura predefinida do problema / proposta de estrutura de avaliação, que deverá ser ajustada e adaptada a cada contexto particular, a fim de avaliar diferentes possibilidades. Naturalmente, a ferramenta desenvolvida também apoiará a tomada de decisão, embora o pressuposto por de-

trás do procedimento utilizado seja conceptualmente diferente (para uma revisão exaustiva sobre o que implica, ver Parnell et al 2013).

Nas próximas secções, iremos descrever a estruturação da avaliação e definir o âmbito da elicitación de preferências, de forma a operacionalizar a medição dos critérios, a sua ponderação e a pontuação de cada alternativa.

4.2. Critérios de medição, o papel dos descritores e funções de valor

De facto, uma vez definidos os critérios, é necessário a utilização de descritores (para a inclusão de “métricas de desempenho”) para os operacionalizar. Posteriormente, considerando as diferenças de “importância” associadas a diferentes níveis de impacto, pode-se construir funções de valor. Os descritores de desempenho permitem medir critérios de acordo com um conjunto definido de níveis de impacto quantitativos, ou qualitativos. Os descritores para cada critério são destacados na Tabela 1 (para uma descrição completa de uma possível construção, vide Pinto e Marques, 2016).

Tabela 1 Descritores de desempenho para todos os critérios

Critérios	Descritores	Tipo de escala
Eficiência económica		
Eficiência alocativa	Comparação (rácio) entre o preço unitário e o custo marginal da água a longo prazo.	Quantitativo
Sustentabilidade financeira		
Recuperação de custos	Capacidade (%) para cobrir os custos operacionais e de manutenção (O&M), bem como os custos de capital.	Quantitativo
Estabilidade das receitas	Capacidade (%) de “assegurar” um montante específico de receitas através de uma componente fixa sobre o conjunto.	Quantitativo

Crêterios	Descritores	Tipo de escala
Preocupa�es ambientais		
Utiliza�o sustentável (conserva�o de recursos)	Níveis de impacto baseados na rela�o entre a estrutura tarifária e os incentivos para poupar água, ou seja, a rela�o entre preço e consumo.	Qualitativo
Preocupa�es sociais		
Equidade (custo/benefício)	Níveis de impacto baseados na rela�o entre o preço pago, os benefícios per capita recebidos e os custos do serviço induzido.	Qualitativo
Acessibilidade	Compara�o (rela�o) entre o preço pago pela quantidade de água necessária para cobrir as necessidades básicas e o rendimento disponível do decil mais baixo (ou seja, amostra dos mais pobres).	Quantitativo
Governança		
Clareza	Níveis baseados na rela�o entre a adequa�o das faturas de água e as queixas ou dúvidas relacionadas (ligadas a mal-entendidos e rejei�es).	Qualitativo
Simplicidade administrativa	Níveis de impacto baseados na rela�o entre os requisitos de informa�o (estabelecimento e atualiza�es) e a frequência das leituras.	Qualitativo

Alguns descritores apenas consideram um único atributo, por exemplo, uma rela o ou um conjunto plausível de descri es, outros têm de ser construídos uma vez que abrangem múltiplos atributos. As técnicas utilizadas para construir os descritores (um atributo e múltiplos atributos) seguem as diretrizes desenvolvidas em Keeney (1992) e Bana e Costa e Beinat (2005).

No descritor de eficiência econ mica há um requisito de considerar a liga o entre o custo marginal a longo prazo (CMLP), o custo marginal a

curto prazo (CMCP) e o preço unitário, no entanto, a interação varia naturalmente de acordo com as características do sistema (ver Hall, 2009, para um estudo de caso relevante).

No descritor de recuperação de custos é necessário salientar que, dependendo da informação disponível, os custos de oportunidade e as externalidades económicas podem ser considerados como níveis de impacto (note-se que o racional é puramente financeiro).

No descritor de estabilidade das receitas, o montante fixo utilizado pode incluir considerações de elasticidade, uma vez que existe uma parte inelástica da procura devido a necessidades essenciais de água, como mencionado em Massarutto (2007).

No descritor de utilização sustentável, os níveis de impacto dependem da relação entre a estrutura tarifária e os incentivos para poupar água, a pressão exercida sobre os recursos naturais e a gestão dos resíduos produzidos. Teoricamente, a relação entre preço e consumo e como essa relação se desenvolve são os principais *drivers* (o nível da tarifa, como se desenvolve o preço marginal e a sua quota para o preço total a pagar). No entanto, tal avaliação pode ser demasiado complexa sendo, no nosso modelo, atribuída ao tipo de incentivo dado.

Relativo aos critérios pertencentes às preocupações sociais, a ligação entre as diferentes utilizações da água e as características desse bem é uma consideração importante para clarificar a distinção entre os critérios de equidade e de acessibilidade financeira. Assim, se deve ser generalizada a possibilidade de pagar por uma quantidade mínima (e.g., as necessidades hídricas diárias) para consumo de água, o que pode exigir uma diferenciação entre utilizadores, quando essas necessidades são satisfeitas, essa diferenciação (relativo ao preço pago) deve terminar.

Seguindo este pressuposto, no descritor de equidade, uma vez que os clientes são especificados a nível doméstico, existe um requisito para avaliar a equidade ao nível *per capita*. Assim, as diferenças de dimensão do agregado familiar podem ser evitadas.

O descritor de acessibilidade financeira considera a relação entre a existência de um regime de apoio para famílias com baixos rendimentos, e o impacto da aquisição de uma quantidade mínima essencial no rendimento disponível das famílias. Assim, é utilizado um Índice de Acessibilidade (IA*), adaptado de García-Valiñas et al (2010). Os limites mencionados são os habitualmente aceites na literatura, de acordo com a OCDE (2003). Em casos de baixa cobertura da rede, para evitar subsídios mal aplicados ou uma análise tendenciosa, o preço pago por quem não está ligado à rede deve também ser considerado, ou seja, calculado e comparado.

No descritor para o critério “clareza”, os níveis de impacto são construídos através da relação entre a adequação das faturas de água, a comparação entre estruturas tarifárias atuais e anteriores, e as reclamações e sugestões submetidas às entidades competentes (relacionadas com equívocos e rejeições da fatura). As faturas de água podem estar incluídas em 3 categorias: 1) inclui informação detalhada, assim como valores históricos, sobre o consumo e os seus preços; 2) a informação é escassa/incompleta sobre o consumo feito e respetivos preços; e, 3) nenhuma informação adicional, incluindo apenas o preço a ser pago.

Quanto ao descritor do critério “simplicidade administrativa”, é medida a relação entre os custos administrativos e de conformidade com base na frequência das leituras (considerando a cobertura dos contadores). A conformidade com as leis aplicáveis é um critério de “*screening*”.

Para a avaliação parcial (ao nível de cada critério), é necessário medir quão fracos ou fortes são os impactos definidos (estabelecendo qual a relação entre os impactos de cada critério), e assim, transformar impactos em pontuações particulares, ou seja, computados através de funções de valor (valores cardinais em escala predefinida). De facto, estas pontuações representam a atratividade dos impactos de acordo com as preferências alinhadas pelos decisores. As funções de valor dos diferentes critérios podem assumir formas distintas (e.g., linear, não linear), com o aumento marginal do valor (pontuação) a variar em função do nível do impacto.

A definição das escalas de atratividade ou de funções de valor para cada critério (que convertem os níveis de desempenho em pontuação de valor local) é realizada independente da sua natureza quantitativa ou qualitativa. Para esse efeito foram identificadas duas referências (níveis de desempenho/impactos): um nível superior (“Target” / “Bom”) e um inferior (“Neutro”) para cada critério (Bana e Costa e Beinart 2005). A referência superior (nível “Target” / “Bom”) corresponde ao desempenho desejado para cada critério, ou pelo menos um bom desempenho. Por outro lado, a referência inferior (nível “Neutro”) corresponde ao limite de aceitação para cada critério. Aos dois níveis de desempenho “Bom” e “Neutro” atribuímos o valor 100 e 0, respetivamente. Os decisores estão satisfeitos com o desempenho num determinado critério se for atingida uma pontuação de 100 (ter mais de 100 pode representar um aumento na pontuação desse objetivo). Se a pontuação for negativa, isso significa que o resultado é menos aceitável.

Assim, as funções de valor servem para traduzir impactos em pontuações de valor, uma pontuação de valor indica a atratividade de um impacto quando comparado com os padrões de referência desenvolvidos (por exemplo, “Neutro”, “Bom”), e para discutir e resolver inconsistências de julgamento, quando necessário.

4.3. Avaliação global da adequação tarifária

A avaliação parcial através da definição de descritores e desenvolvimento de funções de valor para avaliar critérios, complementa outra fase de um método multicritério que possui a mesma natureza subjetiva (a subjetividade não deve ser interpretada como arbitrariedade). Essa fase é a avaliação global da “adequação tarifária” tendo em conta todos os critérios (ou seja, a agregação das pontuações parciais). Como ambas as fases de avaliação variam de acordo com cada situação (dependente do contexto), têm de ser computadas para cada implementação desta ferramenta.

A agregação final é, em geral, efetuada através do método aditivo, em que os “pesos” de cada critério são definidos com base nos seus níveis de referência, através de uma comparação entre pares (entre cada dois critérios), em que solicitamos aos decisores julgamentos de natureza ordinal sobre as diferenças de preferência. Em termos gerais, os pe-

so atribuídos a cada critério são fatores de escala que transformam as pontuações de valor local/parcial em unidades de valor global. Existem vários procedimentos para a atribuição de pesos aos critérios (por exemplo, método *swing weights*, método tradeoff, ver Greco et al 2016, para uma revisão temática).

Uma vez estabelecidas as funções de valor e os pesos, a atratividade global de uma alternativa pode ser calculada através de um método aditivo. No entanto, a natureza compensatória do modelo pode levantar preocupações, uma vez que (a nível global) poderá não ser aceitável que um resultado pior em um critério seja compensado com resultados ótimos nos restantes critérios.

A fim de resolver essa situação, propomos uma análise *a posteriori*, com base em regras *ad hoc* para evitar questões compensatórias específicas (isto é, utilizando regras com limiares de veto). As especificidades de tal análise podem ser definidas de acordo com as equações abaixo (para obter informações sobre possíveis ajustamentos, ver Ishizaka e Nemery 2013):

$$\max S(a) - \sum_j t_j$$

Sujeito a:

$$S(a) \leq \sum_j c_j \cdot s_j(a)$$

$$S(a) \leq s_j(a) + v_j \cdot t_j$$

$$S(a) - s_j(a) \leq n \cdot t_j$$

onde c_j é o coeficiente de ponderação do critério j , com v_j e $s_j(a)$ é a pontuação local/parcial da tarifa a no critério j ; ambos os valores anteriores são obtidos através do software M-MACBETH®. $S(a)$ é a pontuação global (adequação tarifária) da tarifa a , v_j são os valores dos limiares de “veto” obtidos através de uma conferência de decisão e t_j é uma variável binária que impõe as regras de veto para um critério específico j .

É de salientar que os limiares utilizados para a obtenção da classificação final podem ser melhorados através da definição de perfis de referência como em Bana e Costa e Oliveira (2002), no entanto, considera-se que as regras anteriores são satisfatórias, evitando assim, o esforço adicional necessário. Uma descrição pictórica é realizada na Figura 3.

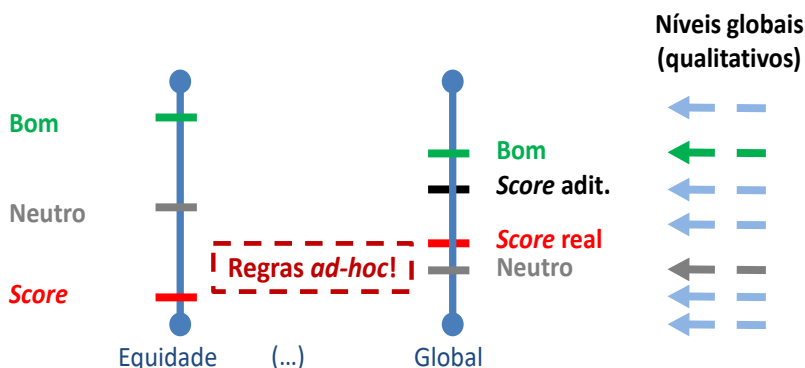


Figura 3. Descrição pictórica do efeito das regras com limiares de veto sobre o valor global obtido

5. Resultados esperados e discussão

5.1. Observações gerais e especificação do contexto

A abordagem interativa aqui proposta, exige a intervenção e interação entre um grupo de decisores, possivelmente num contexto de conferência de decisão para a elicitação de preferências, de forma a construir funções de valor, obter um conjunto de pesos e discutir os resultados globais alcançados. A interação com os decisores é essencial para obter uma estrutura contextualizada e um modelo "requisite" (Phillips, 1984).

Com o propósito de representar uma possível implementação desta ferramenta, usamos o estudo de caso analisado em Pinto e Marques (2016), recorrendo às próximas secções para demonstrar as funções de valor e o conjunto de coeficientes de ponderação (pesos) obtidos.

5.2. Resultados a obter: funções de valor e conjunto de coeficientes de ponderação

O processo de transformação de consequências (nas unidades de medida do Indicador/métrica selecionada) em valor/preferências (pontuações) segundo determinado critério, permite obter a função de valor associada a esse critério. Essa transformação assenta em questionar o decisor sobre as suas preferências relativas à diferença entre cada dois níveis de impacto/consequências (inclusive os níveis “Neutro” e “Bom”). Naturalmente, é importante considerar qual é a quantidade de informação sobre preferências/julgamentos que se necessita *versus* o esforço temporal e cognitivo imposto na conferência de decisão. Resulta para cada critério uma matriz individual de julgamentos, que deve na sua forma final ser consistente, e que permite ao *software* propor uma escala. É nesta fase que se observa o efeito dos julgamentos atribuídos e se começa a interagir de forma mais consciente e assertiva com o modelo. Após a atribuição de escalas de valor, as mesmas devem ser apresentadas individualmente ao decisor para sua validação (e.g., Figura 4).

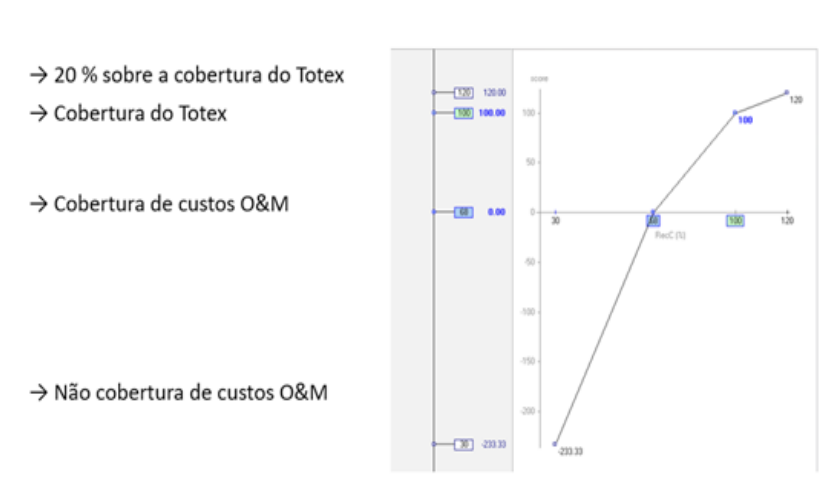


Figura 4. Função de valor do critério “Recuperação de custos” construído na implementação da ferramenta para a adequação tarifária em Pinto e Marques

	[FS1]	[ES1]	[SC2]	[SC1]	[EE1]	[G1]	[G2]	[FS2]	[all lower]	Current scale	
[FS1]	no	weak	weak-mod	moderate	strong	strong	strong	strong	positive	25	extreme
[ES1]		no	weak	positive	positive	positive	positive	mod-stg	positive	22	v. strong
[SC2]			no	weak	positive	positive	mod-stg	positive	positive	17	strong
[SC1]				no	positive	moderate	positive	positive	positive	12	moderate
[EE1]					no	no	no	no	positive	6	weak
[G1]					no	no	no	no	positive	6	very weak
[G2]					no	no	no	no	positive	6	no
[FS2]					no	no	no	no	positive	6	
[all lower]									no	0	

Consistent judgements

Figura 5. Matriz de julgamentos para o cálculo dos pesos de acordo com a metodologia MACBETH (adaptado de Pinto e Marques 2016)

5.3. Resultados a atingir e implicações regulatórias

A implementação desta ferramenta permite aos decisores compreender os *tradeoffs* associados às diferentes dimensões (e seus critérios), e como uma estrutura tarifária pode ter diferentes pontuações locais/parciais e o impacto de cada critério na pontuação da adequação global.

É importante realçar, que para alcançar determinados objetivos é necessário utilizar um conjunto de soluções complementares para promover sinergias. No caso do critério “Clareza”, é evidente a sua dependência de outros mecanismos de divulgação de informação para melhor compreensão.

Além disso, toda a dimensão da Governança deve basear-se na existência de um programa claro de apoio ao cliente, permitindo a prestação de esclarecimentos solicitados. Outra situação, neste caso associada à dimensão da sustentabilidade financeira e aos requisitos de aplicabilidade das receitas, é a consideração de possibilidades de último recurso (por exemplo, a possibilidade de cessar coercivamente o abastecimento de água).

Embora possa parecer que demasiados pressupostos estão a ser considerados (por exemplo, principalmente relacionados com o comportamento do consumidor), a criação de funções de valor permite adaptar a ferramenta a diferentes contextos. Como exemplo pragmático, a resposta dos consumidores ao preço marginal, ou médio, pode ser cons-

truída em conformidade com o ambiente da entidade gestora, além disso, desde que esse efeito seja cultural (ou possam ser aplicadas estimativas), o resultado prevalece.

Quanto às implicações políticas, o desenvolvimento de uma ferramenta como esta, a complexidade de interpretação é inerente à metodologia utilizada, que no caso da agregação de critérios está sempre propensa a controvérsia. De facto, tais instrumentos dependem significativamente da sua construção e alcance, uma vez que uma conceção defeituosa ou uma interpretação incorreta possivelmente enviará mensagens políticas erradas e, possivelmente, perversas (Marques et al., 2016; Pinto et al., 2018). Desse ponto de vista, existe um requisito de adaptar os descritores ao contexto de implementação (note-se as diferentes necessidades entre contextos urbanos e rurais). A visão global dada deve evitar conclusões analíticas ou políticas simplistas (Nardo et al 2005).

Embora estes princípios estejam há muito consagrados, a adoção de políticas tarifárias “adequadas” não é uma realidade para muitas entidades gestoras. Se considerarmos o caso da recuperação de custos, a crescente aplicação de tarifas por blocos crescentes, que podem atribuir custos de oportunidade de forma desigual e, possivelmente, ineficiente entre clientes (Griffin & Mjelde, 2011). Um facto, é que atualmente, a recuperação total dos custos dos serviços permanece uma intenção sobretudo teórica, já que a definição das tarifas ocorre a nível local, onde a percepção é que tarifas mais elevadas são politicamente desfavoráveis, independentemente do seu mérito económico (Runge et al., 2006). Nos casos em que as tarifas são definidas demasiado baixas, o resultado é um círculo vicioso de serviços subfinanciados, investimento e manutenção inferiores ao necessário, e falta de acesso aos serviços. Esta situação prejudica principalmente as famílias com menores rendimentos, uma vez que são os primeiros a sofrer com serviços de baixa qualidade.

6. Conclusão

A fim de promover o bem-estar social, existe uma exigência de atividade reguladora capaz de avaliar os objetivos estabelecidos pelas entidades gestoras destes serviços e as necessidades reais. Para esse efeito, é estabelecido uma ferramenta com base num método de modelação

Multicritério, que permite considerar as múltiplas dimensões das estruturas tarifárias de águas e águas residuais. A inclusão dos *stakeholders* no processo de tomada de decisão “tarifária” (através do processo de conferências de decisão) é, sem dúvida, de grande valor (Gallego-Ayala & Juizo, 2014). Outro benefício desta abordagem é a possibilidade de considerar o contexto particular das entidades gestoras e os seus fatores de base. Por fim, os resultados de uma análise desta natureza permitem determinar a adequação das tarifas e construir recomendações tarifárias adaptadas, que são aspetos críticos para uma regulação sólida.

Como exemplo, através desta ferramenta, fatores contextuais (como o fenómeno das alterações climáticas) podem influenciar a avaliação da adequação da tarifa, uma vez que se se compilar os custos marginais a longo prazo (no critério “Eficiência alocativa”) com, por exemplo, os custos de recarga dos aquíferos (ver Dillon et al., 2009) e uma modelação adequada do critério “Utilização Sustentável”, os decisores são capazes de conceber um conjunto adequado de pesos capazes de desenvolver a avaliação desejada.

De forma similar, para lidar com esses objetivos que se apresentam cada vez mais exigentes, as entidades gestoras podem ter de recorrer a soluções tarifárias inovadoras e, assim, incluir ou ajustar determinados componentes da sua estrutura, não só para promover soluções diretamente do lado da “procura”, e.g., em situações de escassez de recurso através de mecanismos de controlo, mas também do lado da “oferta”, avaliando a viabilidade de diferentes soluções técnicas, como a captação de água de origens alternativas.

A utilização de um método agregado em vez de um método desagregado reside no valor de produzir um resultado único e, ao enfatizá-lo, chamar a atenção dos *stakeholders*. Mesmo que a natureza subjetiva do processo de ponderação através do qual as variáveis são agregadas possa ser erroneamente vista como arbitrária, existe sempre um valor inerente em alcançar uma “visão geral” desde que exista uma divulgação completa do processo (Nardo et al., 2005).

As tarifas destes serviços não devem ser uma política autónoma, devem ser sempre considerados mecanismos complementares e outras

fontes de financiamento para atingir os objetivos pretendidos. A escassa utilização conjunta de campanhas de informação, políticas de preços, equipamentos de alta eficiência entre outras soluções é evidente em todo o mundo.

As declarações anteriores são também válidas para a avaliação geral das tarifas da água, abrangendo não só o âmbito doméstico mas também outras categorias de utilizadores (por exemplo, industrial e agrícola). De facto, como mencionado por Dalhuisen e Nijkamp (2002 p.11): “a obtenção de um tarifário ótimo pode ser uma iniciativa complexa, mas a definição de estruturas tarifárias eficazes e eficientes deve ser baseada em objetivos político-económicos claros”.

A ferramenta desenvolvida permite fortalecer o processo de decisão quanto à estrutura tarifária a adotar, possibilitando mensurar a sua adequação e desenvolver políticas tarifárias personalizadas, dentro de um período de vida útil. O processo de definição tarifária possui seguramente uma natureza política, pelo que é essencial que os respetivos impactos sejam adequadamente analisados. Por fim, realça-se que estas políticas deverão possuir a flexibilidade necessária para sejam ajustadas/atualizadas de acordo com a contemporaneidade dos desafios.

Referências

AWWA. (2012). Principles of Water Rates, Fees, and Charges (6th ed.). American Water Works Association.

Bana e Costa, C. A., & Beinat, E. (2005). Model-structuring in public decision-aiding (Número 05.79).

Bana e Costa, C. A., & Oliveira, R. C. (2002). Assigning priorities for maintenance, repair and refurbishment in managing a municipal housing stock. *European Journal of Operational Research*, 138(2), 380–391.

Barberán, R., & Arbués, F. (2009). Equity in domestic water rates design. *Water Resources Management*, 23(10), 2101–2118.

Barraqué, B. (2011). Is individual metering socially sustainable? The case of multifamily housing in France. *Water Alternatives*, 4(2), 223–244.

Berg, S., & Tschirhart, J. (1995). Contributions of Neoclassical Economics to Public Utility Analysis. *Land Economics*, 71(3), 310–330.

Boland, J. J. (1993). Pricing Urban Water: Principles and Compromises. *Water Resources Update*, 92(1), 7–10.

Bolognesi, T., Pinto, F. S., & Farrelly, M. (2022). *Routledge Handbook of Urban Water Governance*. Taylor & Francis.

Borisova, T., & Rawls, C. (2010). Conservation water rates for residential customers: A practical overview. *Florida Water Resources Journal*, 62(8), 16–22.

Brattebø, H., Alegre, H., Cabrera, E., Marques, R., Hein, A., & Cruz, C. (2013). A Master Framework for UWCS Sustainability. TRUST. <http://www.trust-i.net/downloads/?iddesc=40>

Cardone, R., & Fonseca, C. (2003). Financing and Cost Recovery (Número 7).

Cascetta, F. (1995). Short history of flowmetering. *Isa Transactions*, 34(3), 229–243.

Cetrulo, T. B., Marques, R. C., & Malheiros, T. F. (2019). An analytical review of the efficiency of water and sanitation utilities in developing countries. *Water research*, 161, 372–380.

Cetrulo, T. B., Marques, R. C., Malheiros, T. F., & Cetrulo, N. M. (2020). Monitoring inequality in water access: Challenges for the 2030 Agenda for Sustainable Development. *Science of the total environment*, 727, 138746.

Coase, R. H. (1947). The marginal cost controversy. *Economica*, 13(51), 169–182.

da Silva, S. T. (2019). Ainda a distinção entre taxas e preços: A propósito da internalização dos serviços públicos locais. Em *Observatório de Taxas e Contribuições, Escritos Breves* (pp. 5–25). CEDIPRE.

Dalhuisen, J., & Nijkamp, P. (2002). Critical factors for achieving multiple goals with water tariff systems: Combining limited data sources and expert testimony. *Water Resources Research*, 38(7), 1–11.

de Witte, K., & Marques, R. C. (2010). Designing performance incentives, an international benchmark study in the water sector. *Central European Journal of Operations Research*, 18(2), 189–220.

Dillon, P. J., Pavelic, P., Page, D., Beringen, H., & Ward, J. (2009). *Managed Aquifer Recharge: An Introduction* (Número 13).

Dupuit, J. (1844). De la Mesure de l'Utilite des Travaux Publiques. *Annales des Ponts et Chaussees*, 2nd Series(8).

Elliott, G. A. (1920). The Experience of the {Spring Valley} Water Company in Restricting the Waste of Water in {San Francisco}. *Journal- American Water Works Association*, 7(3), 288–301.

European Commission. (2017). *My Region, My {Europe}, Our Future* (Número 7).

Fuller, G. W. (1914). Elements to Be Considered in Fixing Water Rates. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 53(1), 251–261.

Furlong, K. (2010). Neoliberal water management: Trends, limitations, reformulations. *Environment and Society*, 1(1), 46–75.

Gallego-Ayala, J., & Ju\`izo, D. (2014). Integrating stakeholders preferences into water resources management planning in the {Incomati} river basin. *Water Resources Management*, 28(2), 527–540.

Garc\`ia-Valiñas, M., Mart\`inez-Espiñeira, R., & González-Gómez, F. (2010). Measuring water affordability: {A} proposal for urban centres in developed countries. *Water Resources Development*, 26(3), 441–458.

Greco, S., Ehr Gott, M., & Figueira, J. (Eds.). (2016). Multiple Criteria Decision Analysis: State of the Art Surveys (Second, Vol. 233). Springer Science & Business Media.

Griffin, R. (2001). Effective Water Pricing. *Journal of the American Water Resources Association*, 37(5), 1335–1347.

Griffin, R. (2012). The origins and ideals of water resource economics in the {United States}. *Annual Review of Resource Economics*, 4(1), 353–377.

Griffin, R., & Mjelde, J. (2011). Distributing water's bounty. *Ecological Economics*, 72, 116–128.

Hall, D. (2009). Politically feasible, revenue sufficient, and economically efficient municipal water rates. *Contemporary Economic Policy*, 27(4), 539–554.

Hanemann, W. (1993). Designing New Water Rates for {Los Angeles}. *Journal of Contemporary Water Research and Education*, 92(3), 11–21.

Hanemann, W. (2006). The economic conception of water. Em P. P. Rogers, M. R. Llamas, & L. Martínez-Cortina (Eds.), *Water Crisis: Myth or Reality?* (pp. 61–92). Taylor & Francis.

Hassan, F. A. (2010). Water History for our times (Número 2).

Hazen, A., Walker, I. S., Leisen, T. A., Schoonmaker, G. N., Lowther, B., & Blackmer, A. E. (1922). Report of Committee on Steps Toward Standardizing Stated Quantities for Slides in Meter Schedules. *Journal- American Water Works Association*, 9(4), 636–650.

Hoque, S., & Wichelns, D. (2013). State-of-the-art review: designing urban water tariffs to recover costs and promote wise use. *International Journal of Water Resources Development*, 29(3), 472–491.

Howe, C. (2005). The functions, impacts and effectiveness of water pricing: Evidence from the {United States and Canada}. *International Journal of Water Resources Development*, 21(1), 43–53.

Howson, L. R. (1959). Fifty years' experience with water utility costs and revenues. *Journal- American Water Works Association*, 51(6), 693–700.

Ishizaka, A., & Nemery, P. (2013). *Multi-Criteria Decision Analysis: Methods and Software*. Wiley.

Keeney, R. (1992). *Value-focused thinking: a path to creative decision-making*. Harvard University Press.

Lipsey, R., & Chrystal, A. (2004). *Economics* (10th ed.). Oxford University Press.

Marques, R. C., & Pinto, F. S. (2018). How to watch the watchmen? The role and measurement of regulatory governance. *Utilities Policy*. <https://doi.org/10.1016/j.jup.2018.02.002>

Marques, R. C., Pinto, F. S., & Miranda, J. (2016). Redrafting Water Governance Guiding the way to improve the status quo. *Utilities Policy*. <https://doi.org/10.1016/j.jup.2016.11.002>

Marques, R. C., & Simões, P. (2008). Does the sunshine regulatory approach work? Governance and regulation model of the urban waste services in Portugal. *Resources, Conservation and Recycling*, 52(8), 1040–1049.

Marshall, A. (1890). *Principles of Political Economy* (1st ed.). Macmillan and Co.

Massarutto, A. (2004). Water pricing: {A} basic tool for a sustainable water policy? Em E. Cabrera & R. Cobacho (Eds.), *Challenges of the New Water Policies for the XXI Century* (p. 217). CRC Press.

Massarutto, A. (2007). Water pricing and full cost recovery of water services: economic incentive or instrument of public finance? *Water Policy*, 9(6), 591–613.

Monteiro, H., & Roseta-Palma, C. (2011). Pricing for scarcity? {An} efficiency analysis of increasing block tariffs. *Water Resources Research*, 47(6), 1–11.

Mylopoulos, N., & Fafoutis, C. (2012). Full cost recovery in the urban residential sector according to the Water Framework Directive. *Urban Water Journal*, 9(3), 161–176.

Nafi, A., Tcheng, J., & Beau, P. (2015). Comprehensive Methodology for Overall Performance Assessment of Water Utilities. *Water Resources Management*, 29(15), 5429–5450.

Nardo, M., Saisana, M., Saltelli, A., Tarantola, S., Hoffman, A., & Giovannini, E. (2005). *Handbook on Constructing Composite Indicators*. OECD publishing.

Nauges, C., Whittington, D., & El-Alfy, M. (2015). A simulation model for understanding the consequences of alternative water and wastewater tariff structures: A case study of Fayoum, Egypt. In M. Q. Grafton, K. A. Daniell, C. Nauges, J. D. Rinaudo, & N. W. W. Chan (Eds.), *Understanding and Managing Urban Water in Transition* (Vol. 15, pp. 359–381). Springer.

OECD. (1999). *Household Water Pricing in OECD Countries* (P. Herrington, Ed.). OECD Publishing.

OECD. (2003). *Social Issues in the Provision and Pricing of Water Services*. OECD Publishing.

OECD. (2009). *Managing Water for All*. OECD Publishing.

OECD. (2010). *Pricing Water Resources and Water and Sanitation Services*. OECD Publishing.

Oi, W. Y. (1971). A Disneyland dilemma: Two-part tariffs for a Mickey Mouse monopoly. *The Quarterly Journal of Economics*, 85(1), 77–96.

Parnell, G. S., Terry Bresnick, M. B. A., Tani, S. N., & Johnson, E. R. (Eds.). (2013). *Handbook of Decision Analysis*. Wiley.

Phillips, L. D. (1984). A theory of requisite decision models. *Acta Psychologica*, 56(1), 29–48.

- Pigou, A. C. (1920). *The Economics of Welfare*. Macmillan and Co.
- Pinto, F. S., de Carvalho, B., & Marques, R. C. (2021). Adapting water tariffs to climate change: linking resource availability, costs, demand, and tariff design flexibility. *Journal of Cleaner Production*, 290, 125803.
- Pinto, F. S., & Marques, R. C. (2015a). Tariff recommendations: A Panacea for the Portuguese water sector? *Utilities Policy*. <https://doi.org/10.1016/j.jup.2014.12.003>
- Pinto, F. S., & Marques, R. C. (2015b). Tariff structures for water and sanitation urban households: a primer. *Water Policy*. <https://doi.org/10.2166/wp.2015.188>
- Pinto, F. S., & Marques, R. C. (2016). Tariff Suitability Framework for Water Supply Services Establishing a Regulatory Tool Linking Multiple Stakeholders' Objectives. *Water Resources Management*. <https://doi.org/10.1007/s11269-016-1268-z>
- Pinto, F. S., & Marques, R. C. (2017). New era / new solutions: The role of alternative tariff structures in water supply projects. *Water Research*. <https://doi.org/10.1016/j.watres.2017.09.023>
- Pinto, F. S., Tchadie, A. M., Neto, S., & Khan, S. (2018). Contributing to water security through water tariffs: some guidelines for implementation mechanisms. *Journal of Water, Sanitation and Hygiene for Development*, 8(4), 730–739.
- Porcher, S. (2014). Efficiency and equity in two-part tariffs: the case of residential water rates. *Applied Economics*, 46(5), 539–555.
- Rogers, P., Bhatia, R., & Huber, A. (1998). *Water as a Social and Economic Good: How to put the Principle into Practice (Número 2)*.
- Rogers, P., de Silva, R., & Bhatia, R. (2002). Water is an economic good: How to use prices to promote equity, efficiency, and sustainability. *Water Policy*, 4(1), 1–17.

Runge, J., Mann, J., & others. (2006). State of the Industry Report- An Eye to the Future. *Journal- American Water Works Association*, 98(10), 64–72.

Smith, A. (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Vol. 1). W. Strahan and T. Cadell.

Smith, W., & Wang, Y. (2008). Conservation rates: the best {‘new’} source of urban water during drought. *Water and Environment Journal*, 22(2), 100–116.

Turvey, R. (1969). Marginal cost. *The Economic Journal*, 79(314), 282–299.

Varian, H. R. (1989). Price discrimination. *Em Handbook of Industrial Organization* (Vol. 1, pp. 597–654). Elsevier.

Viollet, P.-L. (2007). *Water engineering in ancient civilizations: 5000 years of history*. CRC Press.

Whittington, D. (2003). Municipal water pricing and tariff design: a reform agenda for {South Asia}. *Water Policy*, 5(1), 61–76.

Yevjevich, V. (1992). Water and civilization. *Water International*, 17(4), 163–171.

A TARIFA SOCIAL ENQUANTO GARANTE DA ACESSIBILIDADE E UNIVERSALIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUAS¹

Simão Mendes de Sousa²

Resumo

O Direito à água foi reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Julho de 2010 como um Direito Humano Fundamental. Da forma como internacionalmente o conteúdo deste Direito tem sido estabelecido, pode-se entender que o mesmo deve ser acessível à generalidade das populações, pelo menos no seu núcleo mínimo. Não se afasta desta ideia, que a escassez do recurso natural, a sua qualificação enquanto bem económico, e o necessário investimento em infraestruturas que garantam a sua qualidade, requerem o estabelecimento de uma tarifa. Contudo, essa tarifa pode ser reduzida em casos de débil condição económica do utilizador. Por intermédio da aprovação do Decreto-Lei n.º 147/2017 de 5 de Dezembro, estabeleceu-se o acesso à tarifa social da água, de modo a garantir o acesso à fruição desse Direito, permitindo deste modo a sua universalidade e acessibilidade. Assim, pretende-se analisar como este Decreto permite garantir o acesso à água de forma universal, equitativa e igualitária, ao mesmo tempo que disciplina a eficiência do consumo de um recurso natural escasso.

Palavras-chave

Direito Fundamental à Água; Acessibilidade; Universalidade; Tarifa Social; Serviços Públicos de Águas

1 O presente texto corresponde, no essencial à apresentação efetuada no V Curso de Pós-Graduação em Direito da Água, promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Aproveitamos o ensino para agradecer penhoradamente ao Professor Doutor JOÃO MIRANDA pelo convite e oportunidade de expor um tema que nos é muito grato.

2 Advogado, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Abstract

The Right to Water was recognized by the United Nations General Assembly in July 2010 as a Fundamental Human Right. It can be understood, from its internationally established content, that it must be accessible to the general population, at least in its minimum core. This idea does not imply that the scarcity of the natural resource, its qualification as an economic good, and the necessary investment in quality-assuring infrastructures do not require the establishment of a water tariff. However, this rate may be reduced according to the customer's purchasing power. Decree-Law no. 147/2017 of 5 December established the access to the social water tariff in order to guarantee the satisfaction of the Right to Water, therefore allowing its universality and accessibility. This paper analyses how this Decree simultaneously ensures access to water in a universal, equitable and egalitarian way, but also regulates the efficiency of the consumption of this scarce natural resource.

Key Words

Fundamental Right to Water; Accessibility; Universality; Social Tariff; Public Water Services.

1. Razão de Ordem³

Este texto não é o princípio da nossa história dedicada ao direito da água, mormente da avaliação da água enquanto Direito, que cria direitos e obrigações para os Estados, versando na tarifa social um mecanismo de garantir a sua acessibilidade económico-financeira⁴. É, por isso, natural que sigamos um plano de exposição e de posicionamento dogmático que se afigura plenamente válido à luz daquele que é, ainda hoje, o nosso pensamento. No fundo, este texto constituirá uma versão alternativa do texto citado, à semelhança de uma popular canção do início dos anos 90 que mereceu no volume I e no volume II do mesmo álbum versões distin-

3 O presente estudo foi escrito tendo por base as regras do comumente designado Novo Acordo Ortográfico. Existem, contudo, passagens que estão escritas de acordo com as anteriores regras ortográficas, que decorrem de citações e/ou enunciados normativos anteriores à entrada em vigor deste Novo Acordo Ortográfico. Por motivo de rigor científico mantivemos os textos enunciados *qua tale*.

4 Cfr. o nosso A Tarifa Social Enquanto Garante de Acessibilidade e Universalidade do Direito à Água, in *E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 6, N.º 1, 2019, pp. 166-191.

tas⁵. Salvo as evidentes diferenças, é o que faremos neste texto, mantendo o conceito-base e evidenciando aquelas que foram as mutações que o nosso pensamento sofreu com o devir do tempo, trazendo algumas novidades conceptuais a que não nos referimos naquele primeiro estudo.

Sucedem que, o reconhecimento em 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas do direito à água enquanto direito humano, lhe permite alcançar um estatuto que, verdadeiramente, até então lhe era estranho. Se é verdade que com a resolução que o considera enquanto tal, apenas se encontra um instrumento de *soft law* e, como tal, não produtor de obrigações ou efeito vinculativo para os Estados, sendo talvez mais próximos de um verdadeiro ato político dissuasor de incumprimento pelos Estados⁶, não é menos verdade que a evolução dogmática do referido Direito não se encontrava já num imberbe estado de densificação.

Ora, com toda esta evolução, pode ser assumida desde logo uma construção que assumam o direito à água como um direito fundamental, não expresso diretamente no texto constitucional, mas ainda assim um direito fundamental. É certo que naquele texto, já elaborámos a construção que assume este como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo relevante para este texto, elaborar construções alternativas que, ainda assim, permitam a consideração deste enquanto direito fundamental, seja ele decorrente de um texto normativo com força de lei estranho à Constituição mercê do artigo 16.º Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), seja por derivação de outros direitos fundamentais já constitucionalmente consagrados.

Ao longo deste estudo, não deixaremos de notar o conteúdo normativo do direito à água, nem tão-pouco, a forma como deve o Estado garantir a sua acessibilidade e universalidade, assumindo que a tarifa social da água instituída no Decreto-Lei n.º 147/2017 de 5 de dezembro, é uma forma do Estado realizar o Direito, ainda que com o apoio dos municípios em algumas situações. O estabelecimento da dialética entre o princípio do valor social da água e do seu valor económico, pode transparecer um

5 A canção *Don't Cry*, dos GUNS N' ROSES, merece versões distintas baseadas em letras distintas consoante o álbum seja o *Use Your Illusion I* ou o *Use Your Illusion II*.

6 Cfr. MADALENA VASCONCELOS ROSA, O Direito Humano de Acesso à Água e ao Saneamento: Legitimado pelo Costume Internacional, in *Temas de Direito da Água*, Lisboa, 2017, pp.13-14.

aparente confronto entre o princípio da recuperação de custos que os serviços devem sempre asseverar pelo meio da sua tarifa, e a sustentabilidade financeira dos serviços mas, como veremos, a tarifa social é um apoio às franjas mais carenciadas da população que permite, precisamente, que os tarifários sejam equilibrados e acessíveis para todos.

Assim, como plano de análise, propomos o estudo do direito fundamental à água, subdividindo num primeiro momento, na análise relativa ao direito humano à água, para num segundo momento se analisar o Comentário Geral n.º 15 e o núcleo mínimo do direito à água e redundando na construção que assume o direito à água como um direito fundamental. Em seguida, analisaremos especificamente os requisitos de acessibilidade e universalidade, para entrarmos no segmento final de análise que concerne à tarifa social da água, subdividindo-a no estudo do regime legal da tarifa social da água e a forma como esta se relaciona com os serviços públicos de água.

2. O Direito Fundamental à Água.

2.1. O Direito Humano à Água.

I. Há, até ao reconhecimento pela Assembleia Geral das Nações Unidas, uma vastíssima evolução conceptual de densificação do Direito⁷, que não cabe a este texto comentar, mas sim beber a inspiração para as considerações que sejam pertinentes para o tema que nos foi destinado. Não devemos, ainda assim, perder de vista a ideia que já aflorámos

7 Evolução que pode, entre tantos outros, ser avaliada, consultada e estudada em: SHARMILA L. MURTHY, The Human Right(s) to Water and Sanitation: History, Meaning and the Controversy Over-Privatization, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 31, N.º 1, 2013, pp. 100-109; GEORGE S. MCGRAW, Defining and Defending the Right to Water and its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence, *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol. 8, N.º 2, 2011, pp. 137-145; Cfr. MICHAEL R. ULRICH, The Impact of Law on the Right to Water and Adding Normative Change to the Global Agenda, *George Washington International Law Review*, Vol. 48, N.º 1, 2015, pp. 48-50; JERNEJ LETNAR ČERNIČ, Corporate Obligations Under The Human Right to Water, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 39, N.º 2, 2011, pp. 310-317; BELÉN BURGOS GARRIDO, El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 10, N.º 3, 2020, pp. 53-54; ou, ainda, GERMANA DO NASCIMENTO, El Derecho al Agua y su Protección en el Contexto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Estudios Constitucionales*, Vol. 16, N.º 1, 2018, p. 250.

em linhas anteriores, e que se prende com a ausência de vinculação jurídica dos Estados diante da aprovação da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 2010, A/RES/64/292⁸, acabando por revestir um conjunto de princípios fundamentais básicos que devem ser observados em matérias de direitos humanos, não impondo deveres legais em sentido estrito⁹.

Apesar das 41 abstenções que acabaram por se verificar na votação da Resolução, não pode deixar de se considerar que esta se afigura merecedora de um amplo consenso entre a maioria dos Estados¹⁰, sendo por todos reconhecido enquanto tal, mesmo nos casos em que o sentido de voto não recaiu sobre a aprovação. Ainda assim, há uma certa Doutrina que não deixa de criticar a imprecisão do texto adotado pela resolução, não sendo explicitável o conteúdo e alcance do direito à água, obrigando a uma densificação do conteúdo pelos seus titulares¹¹. Na verdade, os Estados tendem a preferir consagrações mais amplas relativas a este tipo de direitos do que aquelas que sejam mais concretas, desde logo por lhes permitir uma maior discricionariedade na sua implementação e, bem assim, por lhes tornar o grau de realização superior a uma ne-

8 O texto completo da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, encontra-se disponível em: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292.

9 Cfr. PETER H. GLEICK, *The Human Right to Water, Water Policy*, Vol. I, N.º 5, 1998, p. 490.

10 41 abstenções num universo de 122 votos favoráveis. Há quem tenha entendido que esta proposta de resolução apresentada pela Bolívia se devia à batalha que esta travava contra a privatização do setor da água no País. Recorde-se que a Bolívia tem o reconhecimento do Direito à água e a garantia da sua acessibilidade e universalidade plasmada no seu texto constitucional, nos artigos 16.º e 20.º da Constitución Política del Estado (CPE). Contudo, a proposta de Resolução apresentada pela Bolívia causou alguma surpresa aos Estados, sobretudo pela vacuidade do texto apresentado e por ser algo precipitada, uma vez que o Conselho de Geneve não tinha ainda apresentado as suas conclusões o que poderiam sugerir que esta Resolução seria prematura. Cfr. SHARMILA L. MURTHY, *The Human Right(s)*, pp. 102-103. Relativamente às Constituições que encontram o Direito à Água consagrado expressamente, podem ser encontradas em: EYAL BENVENISTI, *Water, Right to, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, n.º 13.

11 Cfr. JAUME SAURA ESTAPÀ, *El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento en Perspectiva Jurídica Internacional*, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 16, N.º 26, 2012, p.154.

cessidade de realização concretamente definida normativamente¹². Em suma, o texto que mereceu aprovação deixou latente a ideia de este direito à água, não se tratar de um direito novo e, assim, a ideia de realização progressiva que lhe se lhe encontra associada, permite que os Estados definam a sua realização e implementação, nomeadamente, o *quantum* de recursos que se lhe encontram destinados¹³.

II. No fundo, quando pensamos no Direito à Água, pensamos em um Direito cujo conteúdo é funcional e assente na ideia de garantir que a todos seja fornecida uma quantidade de água cujos parâmetros, como veremos, se assumem como suficientes, aceitáveis, acessíveis e apta ao uso pessoal e doméstico, que proteja a qualidade de vida, mas também a saúde do consumidor¹⁴.

De igual modo, as principais obrigações que aos Estados são impostas mercê da sua realização progressiva, prendem-se com o respeito pelo Direito, impedindo o Estado de interferir com a fruição individual do acesso à água; com a proteção do Direito, garantindo que a atividade económica de terceiros não interfira no aproveitamento do Direito; e, por último, vincula a garantir a fruição deste, tomando medidas específicas que a todos garanta o Direito de acesso à água¹⁵. À verificada necessidade de implementação e respeito por parte dos Estado, equivale a garantia de condições de igualdade de acesso ao Direito assente no respeito pela proteção do meio-ambiente e na fruição da água para consumo humano¹⁶.

Nas próximas linhas analisaremos o conteúdo do Comentário Geral n.º 15 e o que devemos entender pelo conteúdo mínimo do Direito à Água.

12 Cfr. PIERRE THIELBÖRGER, Re-Conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach, *Human Rights Law Review*, Vol. 15, N.º 2, 2015 p. 248.

13 Cfr. SHARMILA L. MURTHY, The Human Right(s), p. 104.

14 Cfr. FRANCISCO ARDANUY, El Derecho al Agua Posible. Dimensión Social Del Derecho al Agua y al Saneamiento, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, Vol. 3, N.º 1, 2013, p. 83.

15 Cfr. EYAL BENVENISTI, Water Right, n.º 4.

16 Cfr. BELÉN BURGOS GARRIDO, El Derecho, p. 54.

2.2. O Comentário Geral n.º 15 e o Núcleo Mínimo do Direito à Água

I. O General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)¹⁷ é um texto anterior à Recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas e, este sim, é um texto que densifica o conteúdo do direito à água¹⁸, do mesmo modo que acaba por ensaiar uma definição do que se deve entender por Direito à água, fazendo-o do seguinte modo: “the human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses”¹⁹.

Na verdade, estamos em crer que o Comentário Geral, acaba por estabelecer as obrigações mínimas dos Estados naquilo que à implementação do Direito diz respeito. Ora, num sistema que se encontrava intimamente influenciado pela ideia de realização progressiva do direito à água, assim como, regra geral, sucede com a maioria dos direitos sociais e culturais²⁰. O Comentário é, também por isso, um documento densificador do que se deve entender pelo direito à água, estabelecendo bases genéricas e assumindo garantias e obrigações²¹, que se encontram delimitadas pelo princípio da dignidade da pessoa²², que se corporiza como uma das bases que permite a consideração enquanto direito fundamental.

II. O caminho de realização progressiva percorrido pelos Estados, deve ser expedito, efetivo, assente no possível, uma vez que a completa realização deste Direito apenas se fará mediante a realidade de cada Esta-

17 Disponível em: <https://www.unhcr.org/publications/operations/49d095742/committee-economic-social-cultural-rights-general-comment-15-2002-right.html>.

18 Cfr. as alíneas do Parágrafo n.º 12 do Comentário Geral.

19 Cfr. o Parágrafo n.º 2 do Comentário Geral. Entre nós, o Acórdão do STA de 02-07-2020, (www.dgsi.pt), entendeu ser de definir este como: “o direito de cada ser humano a dispor, para uso pessoal e doméstico, de água em quantidade suficiente, com qualidade (segurança) para consumo humano (beber), em condições aceitáveis para uso doméstico, bem como física e economicamente acessível”.

20 Para uma monitorização da realização progressiva do Direito à água e ao saneamento, veja-se: CATARINA DE ALBUQUERQUE, et al., *Monitoring the Progressive Realization of the Human Rights to Water and Sanitation: Frontier Analysis as a Basis to Enhance Human Rights Accountability*, Oxford Handbook of Water Politics and Policy, Oxford, 2017.

21 Cfr. o Parágrafo n.º 10 do Comentário Geral.

22 Cfr. o Parágrafo n.º 11 do Comentário Geral.

do, o seu ponto de partida, não esquecendo o seu grau de desenvolvimento económico e bem-estar social, que poderá permitir uma maior quantidade de recursos libertados para efetiva promoção do Direito²³, assentando nesta complexa dicotomia a realização progressiva do Direito²⁴. Contudo, se a realização progressiva pode ser apta a reduzir os constrangimentos orçamentais relativos à realização do Direito, já não pode ser tida como uma causa que desculpe a inação dos Estados²⁵. E se é verdade, que o cumprimento do Direito por parte dos Estados é matéria que se encontra compreendida dentro do seu poder discricionário, quer na organização dos serviços públicos que garantem o acesso à água²⁶, quer no quadro regulatório estabelecido para o setor e que garante o conteúdo do Direito e o seu respeito²⁷, para uma implementação plena deste, não é menos verdade que a sua implementação plena se encontra limitada pela reserva do financeiramente possível.

Assim, e em primeiro lugar, a realização progressiva funciona com uma identificação prévia dos objetivos que se pretendam alcançar para, posteriormente, decidir qual o melhor caminho para que estes sejam alcançados. A realização completa do Direito é um processo contínuo garantindo o Estado uma progressiva melhoria de acesso e realização desse Direito²⁸. Numa palavra, estabelecem-se os padrões que devam ser garantidos pelo Estado, determinando-se quais os recursos necessários para alcançar esses padrões²⁹.

Se é verdade que a realização progressiva nasce do auto de fé segundo o qual os Estados tudo farão para o cumprimento do Direito e preenchimento das suas obrigações com vista ao grau ótimo de realização do Direito, não é menos verdade que o grau de realização do Direito é dinâmico consoante o contexto de cada Estado, mesmo que sempre

23 Cfr. o Parágrafo n.º 18 do Comentário Geral.

24 Cfr. MICHAEL R. ULRICH, *The Impact*, p. 52.

25 Cfr. SHARMILA L. MURTHY, *The Human Right(s)*, pp. 109-110.

26 Cfr. o Parágrafo n.º 23 do Comentário Geral.

27 Cfr. o Parágrafo n.º 24 do Comentário Geral.

28 Cfr. CATARINA DE ALBUQUERQUE, *On the Right Track, Good Practices in Realising the Rights to Water and Sanitation*, Lisboa, E.R.S.A.R., 2010, p. 23.

29 Cfr. MICHAEL R. ULRICH, *The Impact*, p. 46.

seja de verificar a vinculação ao respeito e proteção do Direito, como também ao cumprimento das garantias em favor dos beneficiários, de forma não-discriminatória³⁰.

Assim, *et pour cause*, se foram estabelecendo conteúdos mínimos de realização do Direito que sejam sempre exigíveis e sejam considerados o grau mínimo de satisfação. Ou seja, aquele conteúdo que estabelece as condições mínimas que devem ser asseguradas e cujas ações para o garantir, possam ser invocáveis a todo o tempo, competindo aos Estados desenvolver os esforços necessários ao cumprimento desse mínimo³¹. É à análise do núcleo mínimo do Direito à água, que nos dedicaremos em seguida.

III. Quando atentamos neste conceito nos Direitos sociais, regra geral, significa que nos referimos ao conjunto de características mínimas que sempre compõem esse Direito e que, pelo menos essas, devem sempre ser asseguradas como padrões legais de conteúdo do Direito³². Dito de outro modo, este núcleo afigura-se como aquele conteúdo básico que não é suscetível de limitação por parte dos Estados³³.

Assim, devem densificar-se duas fases atinentes à realização do Direito:

(i) delimitando o conteúdo que deve ser imediatamente realizado; e

30 Cfr. CATARINA DE ALBUQUERQUE, *On the Right Track*, p. 24.

31 Cfr. GEORGE S. MCGRAW, *Defining and Defending*, p. 156.

32 Cfr. GEORGE S. MCGRAW, *Defining and Defending*, pp. 154-155.

33 Recorde-se JORGE REIS NOVAIS ao, de forma lapidar, ensinar que: “mesmo não havendo consagração constitucional expressa, é possível de princípios estruturantes como o princípio da socialidade, a dignidade da pessoa, o direito ao desenvolvimento da personalidade ou o próprio direito à vida, fazer decorrer um direito constitucional, justificável, a um mínimo existencial, então os mesmos princípios jurídicos determinam, designadamente em Constituição com direitos sociais, a necessidade de delimitar em cada direito social um conteúdo normativo suficientemente determinado, justificável, ou seja, o referido mínimo social que seria furtado à disponibilidade do legislador, que seria directamente acessível pelo juiz e que seria imune, enquanto direito fundamental, às variações das opções políticas conjunturais”, prosseguindo ainda o Autor dizendo que estamos diante do “núcleo indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível”. Cfr. *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 200.

(ii) estabelecendo qual deve ser o conteúdo inerente à sua completa realização³⁴. A primeira fase remete o interprete-aplicador, para a densificação daquilo que deve ser assegurado pelo Estado sendo, por isso mesmo, o seu ponto de partida na realização progressiva³⁵. O grau de realização completo do Direito depende de Estado para Estado, assentando no grau de desenvolvimento das necessidades básicas de que se parte para a concreta avaliação do grau de cumprimento do Direito ao longo do tempo, sendo ajustadas e modificadas consoante a realidade própria do Estado.

O conteúdo normativo do Direito à água é enunciado no Parágrafo 12 do Comentário Geral n.º 15 e é composto por três características, a saber:

- i. **Disponibilidade:** Deve ser garantida a distribuição de água suficiente para usos domésticos e pessoais;
- ii. **Qualidade:** A água deve ser de qualidade para usos pessoais e domésticos, livre de substâncias químicas e microbiológicas que constituam uma ameaça para a saúde humana;
- iii. **Acessibilidade:** A água deve ser universalmente acessível, respeitando o princípio da não discriminação. Este princípio subdivide-se nos seguintes subprincípios:
 - a. **Acessibilidade física:** A água deve ser acessível a todas as franjas da população, *i.e.*, todos devem ter acesso a água de qualidade sem que lhes possa ser vedado o acesso a esse direito;
 - b. **Acessibilidade financeira:** O acesso à água deve ser economicamente acessível para todos, não havendo exclusão de ninguém, em função da falta de capacidade financeira para custear os serviços;
 - c. **Não-discriminação:** A água deve ser assegurada a todos de forma igualitária, sem qualquer tipo de discriminação;

34 Cfr. GEORGE S. MCGRAW, *Defining and Defending*, p. 155.

35 Cfr. MICHAEL R. ULRICH, *The Impact*, p. 53.

d. Acessibilidade de Informação: O acesso a toda a informação relativa à água deve ser acessível a todos os que queiram recolher informação relativa à água que consomem.

O primeiro reparo que se nos oferece realizar é que, do mesmo modo que consideramos que o catálogo de Direitos Humanos não pode ser tido como imutável e estanque naqueles direitos que se encontram diretamente estabelecidos, também o conteúdo normativo do Direito à água, não deve ser tomado como de conteúdo exaustivo. Aliás, o que aqui se define é o nível mínimo essencial de requisitos a observar para satisfação das necessidades essenciais de acesso à água³⁶.

Facilmente se compreenderá, que nos encontramos do lado de quem defende que o conteúdo normativo é, ligeiramente, ambíguo, conduzindo o interprete-aplicador a construir maiores ou menores responsabilidades para o Estado consoante a interpretação que realize do texto sendo esta discricionariedade, em conjugação com a realização progressiva do Direito, que limita a sindicabilidade do Direito pelos seus destinatários junto dos Estados. Assim, este conteúdo normativo, permite o estabelecimento de um ponto de partida de realização do direito à água, necessitado de desenvolvimento pelos Estados, de modo a estabelecer os patamares de implementação e realização do Direito³⁷.

Adiante³⁸, individualizaremos a vocação de acessibilidade e de universalidade do Direito à água, mas cremos ser de relevo, por ora, focar a nossa atenção no caminho que nos permite aceitar a consideração do Direito à água como Direito fundamental, quer pela via do princípio da dignidade da pessoa humana, quer pela via dos Direitos que se lhe encontram conexos e, com eles, possa ser admitida a construção de um Direito fundamental derivado.

36 Cfr. AMANDA CAHILL, 'The Human Right to Water – A Right of Unique Status': The Legal Status and Normative Content of the Right to Water, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 9, N. º 3, 2005, p. 392.

37 Cfr. GERMANA DO NASCIMENTO, *El Derecho*, p. 250.

38 *Infra*, 3.

2.3. O Direito à Água como Direito Fundamental à Água

I. Em texto anterior³⁹, já assentámos o nosso pensamento na ideia segundo a qual consideração enquanto direito fundamental deriva do princípio da dignidade da pessoa humana e, no essencial, mantemos essa perspectiva, assim como a maioria da Doutrina que sobre a estrutura do direito humano à água depôs e, como tal, para lá remetemos para esclarecimentos acerca do nosso pensamento alicerçado numa construção assente na dignidade humana.

Creemos, ainda assim, que podemos completar essa construção assumindo que para além desse caminho se abre um conjunto de caminhos alternativos que nos permitiriam considerar o direito à água como direito fundamental, merecendo como tal a proteção constitucional conferida a estes.

II. O primeiro baseia-se na leitura que se fizer do disposto no artigo 16.º CRP. O n.º 1 do referido artigo 16.º estabelece que: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Numa primeira leitura, dir-se-á que se aponta para um conceito material de direito fundamental, assumindo uma perspectiva verdadeiramente aberta destes⁴⁰. Assim, os direitos que provenham de uma outra fonte que seja materialmente constitucional são, ou pelo menos podem ser, direitos fundamentais⁴¹. Numa palavra: são os «direitos fundamentais fora da constituição»⁴².

39 Cfr. o nosso A Tarifa Social, pp. 170 e ss. Sobre a matéria do princípio da dignidade da pessoa como motivo segundo o qual o Direito à água assume o estatuto de direito fundamental, pode consultar-se *et al.*, JOÃO MIRANDA, O Direito Fundamental à Água e a Sustentabilidade dos Serviços Públicos em Portugal, in *Los Servicios Urbanos del Agua: Derecho Humano al Agua, Asequibilidad y Recuperación de Costes*, Navarra, 2017, p. 218; Cfr. SHARMILA L. MURTHY, The Human Right(s), pp. 99-100; ou, ainda, ADELE J. KIRSCHNER, The Human Right to Water and Sanitation, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 15, 2011 p. 460.

40 Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 365.

41 Cfr. JORGE MIRANDA, A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, 2001, p. 559.

42 Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, p. 365.

Sucedem que, para que possamos considerar que a base legal para a asunção do direito à água enquanto direito fundamental, terá de radicar a sua fundamentalidade em legislação ordinária, sendo de considerar apenas aqueles direitos que constituam direitos cuja relevância para a consciencialização jurídica da coletividade seja igual aos direitos fundamentais consagrados expressamente na Constituição⁴³, sendo certo que essa equivalência não se esgota nos direitos, liberdades e garantias, devendo estender-se aos direitos económicos, sociais e culturais, porque o devir da sociedade é permanente, não podendo o direito cingir-se àquilo que em determinado momento histórico era suficiente enquanto grau de proteção da coletividade⁴⁴.

Dito isto, concordamos com a ideia segundo a qual, a fonte da qual brota o Direito à água enquanto direito fundamental, “poderá radicar na consagração na Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, do princípio do valor social da água, no sentido da existência de um dever de assegurar “o acesso universal à água para as necessidades humanas básicas a custo socialmente aceitável e sem constituir fator de discriminação ou exclusão” [artigo 3.º, n.º 1, alínea a)]”⁴⁵, concluindo-se que se impõe “um dever jurídico dos poderes públicos de assegurar, na gestão da água, o acesso universal à água para satisfação das necessidades básicas e sem discriminações”⁴⁶.

III. Um outro caminho alternativo, assume o direito à água enquanto um direito derivado de outros direitos, como seja o direito à saúde ou o direito à vida.

Na verdade, existe uma evidente ligação entre o direito à água e o direito à vida – esse sim, constitucionalmente consagrado no artigo 24.º CRP – sobretudo pelo número de pessoas que anualmente têm como consequência de um deficiente acesso a água potável limpa e de qualidade, a morte⁴⁷. No limite, a maior violação do direito à água é a morte

43 *Cfr.* GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, Constituição, p. 366.

44 *Cfr.* JORGE MIRANDA, A Abertura, p. 563.

45 *Cfr.* JOÃO MIRANDA, O Direito Fundamental, p. 217.

46 *Cfr.* JOÃO MIRANDA, O Direito Fundamental, p. 218.

47 *Cfr.* EYAL BENVENISTI, Water, n.º 1.

causada pela completa denegação de acesso à água para consumo humano, sendo impensável uma vida humana em que o acesso à água é vedado aos seres humanos⁴⁸.

Como bem se compreenderá, se o direito à água se relaciona com o direito à vida, facilmente se relaciona também com o direito à saúde – também ele constitucionalmente consagrado no artigo 64.º CRP – permitindo que um standard de vida adequado, apenas se alcance com a disponibilidade de água para consumo humano necessária a uma existência assente em padrões mínimos de uma vida saudável⁴⁹. Aliás, as políticas públicas no setor da água e saneamento, as vinculações e obrigações delas decorrentes, visam a promoção de um estilo de vida saudável, promovendo a proteção da saúde pública⁵⁰. Numa palavra: sem água em suficiente quantidade e de suficiente qualidade não existirá uma vida saudável⁵¹, nem se protegerá o direito à saúde constitucionalmente consagrado.

Ser-nos-ia, ainda, possível assumir outros direitos a que cuja fruição a água se encontra ligada, como por exemplo o direito ao ambiente constante do artigo 66.º CRP; ou o direito à alimentação⁵² com afinidades evidentes com o direito à água.

IV. O principal problema que se poderá encontrar nesta conceção assente na derivação, prende-se com o grau de vinculação que pode caber ao respeito pelo direito à água. Isto é, por um lado, há quem defenda que o facto de se considerar como direito derivado, a proteção seria sempre delimitada pelos direitos sobre os quais deriva, ficando algumas franjas

48 Cfr. PIERRE THIELBÖRGER, Re-Conceptualizing, p. 232.

49 Cfr. PIERRE THIELBÖRGER, Re-Conceptualizing, p. 233.

50 Cfr. JOÃO MIRANDA, O Direito Fundamental, p. 216.

51 Cfr. ADELE J. KIRSCHNER, The Human Right, p. 460.

52 Direito consagrado no artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo certo que: “a efetivação do direito à alimentação e a correspondente segurança alimentar dependem de um sem número de fatores, dos quais vale a pena destacar: o contexto socio-económico (recursos naturais, níveis de educação); o funcionamento do mercado alimentar (produção, importação de bens alimentares, acesso a alimentos); higiene e salubridade (**qualidade da água**, inocuidade dos alimentos); educação nutricional, hábitos alimentares”. Negritos nossos. Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito da Alimentação*, Lisboa A.A.F.D.L. Editora, 2013, p. 51. Salientando as diferenças entre um e outro, veja-se: Cfr. FRANCISCO ARDANUY, *El Derecho al Agua*, pp. 79 e ss.

do direito desprotegidas por não serem compostas desses direitos de que o direito à água deriva, acrescentando que as obrigações estatais são, também elas, mais reduzidas caso se propugne a posição deste ser um direito derivado⁵³. Por outra banda, há quem considere que, mercê da derivação de um outro direito é a realização de ambos os direitos que sai reforçada pela derivação, uma vez que assim se conseguirá que ambos sejam protegidos um pelo outro sendo, nomeadamente, protegidas aplicações impossíveis de prever não fosse a derivação⁵⁴, criando um novo Direito mesclado por aqueles dos quais deriva com o mesmo nível de proteção dos primeiros⁵⁵.

Compreendendo o argumento de quem delimita o Direito derivado, por aquele do qual deriva, cremos que a melhor solução é aquela que vê nessa derivação uma forma de amplificação do escopo protetivo do Direito. Assim, sendo o bem-jurídico vida o bem primordial do nosso ordenamento jurídico, a proteção conferida ao Direito à água será muito superior àquela que lhe seria garantida numa leitura isolada do Direito, conferindo-se “um valor pleno ao acesso à água potável”⁵⁶.

É chegado o momento de individualizar a vocação de acessibilidade e universalidade do direito fundamental à água. É o que faremos em seguida.

3. Os Requisitos de Acessibilidade e de Universalidade

I. Estes requisitos que por ora nos propomos a analisar, decorrem do Parágrafo 12 do Comentário Geral n.º 15, como já tivemos oportunidade de enunciar em linhas anteriores. Releva para este estudo, a acessibilidade financeira da água, assumindo-se como financeiramente acessíveis as tarifas que não confirmam um peso excessivo na esfera de custos, quando comparadas com outras necessidades imediatas dos cidadãos⁵⁷.

Respeitar o direito fundamental à água, a sua acessibilidade e universalidade, impõe ao Estado que regule os preços de mercado, optando

53 Cfr. ADELE J. KIRSCHNER, *The Human Right*, pp. 467-468.

54 Cfr. PIERRE THIELBÖRGER, *Re-Conceptualizing*, p. 231.

55 Cfr. PIERRE THIELBÖRGER, *Re-Conceptualizing*, p. 233.

56 Cfr. JOÃO MIRANDA, *O Direito Fundamental*, p. 219.

57 Cfr. CATARINA DE ALBUQUERQUE, *On the Right Track*, p. 34.

pelas isenções de consumo que considere pertinentes até um determinado nível de consumo; ou, ainda, pela cobrança de um baixo custo até um determinado nível de consumo penalizando gradativamente o consumo mais elevado, assumindo que se deve moderar o consumo por questões de sustentabilidade ambiental, penalizando aqueles comportamentos que redundem em gastos excessivos⁵⁸.

II. A preocupação com a acessibilidade e a universalidade da água, decorre desde logo, da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro⁵⁹, estabelecendo no artigo 3.º, n.º 1, al. a) que o princípio do valor social da água “consagra o acesso universal à água para as necessidades humanas básicas, a custo socialmente aceitável, e sem constituir fator de discriminação ou exclusão”⁶⁰; ao valor social da água, o legislador acrescentou na al. d) do referido n.º 1 do artigo 3.º, o princípio do valor económico da água, estabelecendo para tal que “se consagra o reconhecimento da escassez atual ou potencial deste recurso e a necessidade de garantir a sua utilização economicamente eficiente, com a recuperação dos custos dos serviços de águas, mesmo em termos ambientais e de recursos, e tendo por base os princípios do poluidor-pagador e do utilizador-pagador”.

Recentemente, a Diretiva (UE) 2020/2184 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2020 relativa à qualidade da água destinada ao consumo humano, assentou desde logo como preocupação fundamental “o facto de parte da população em particular os grupos marginalizados, não ter acesso à água destinada ao consumo humano,

58 *Cfr.* JAUME SAURA ESTAPÀ, *El Derecho Humano*, p. 164. Aliás, a Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, estabelece no seu artigo 9.º que, na definição da tarifa a pagar pelo utilizador, os Estados levarão em linha de conta o princípio da amortização dos custos dos serviços hídricos, e o princípio do utilizador pagador (*cfr.* o n.º 1), dando ainda incentivos a uma utilização racional do recurso. Com vista à sustentabilidade ambiental e de uma utilização racional da água, o legislador europeu optou por tomar medidas técnico-financeiras que regulem e desincentivem o desperdício.

59 *A Lei da Água já sofreu várias alterações ao longo do seu prazo de vigência, sendo a redação atualmente em vigor, aquela que resulta da Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro.*

60 Como já dissemos, com JOÃO MIRANDA, este artigo é aquele que permite a consideração do direito à água como um direito fundamental, mas para além disso, o legislador nacional pretendeu, aqui, no essencial, verter os elementos constantes do núcleo mínimo do direito fundamental à água, como seja a garantia de acessibilidade e universalidade deste direito.

sendo esse um compromisso no âmbito do Objetivo n.º 6 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável”⁶¹.

Acresce, ainda que o legislador europeu, vinculou os Estados-membros a tomar as medidas necessárias para manter o acesso de todos à água destinada ao consumo humano, com especial enfoque nos grupos mais vulneráveis e marginalizados através, nomeadamente, de identificação de quem são as pessoas que não têm acesso à água, ou tendo-o este é muito limitado, bem como as razões dessa falta de acesso⁶²; aproveitando para avaliar quais as possibilidades de melhoria do acesso a esses indivíduos⁶³ e, após informação sobre as formas de ligação à rede e possibilidades alternativas de acesso a água boa para consumo humano⁶⁴, tomar as medidas tidas como necessárias e adequadas para garantir que a água chega a essas pessoas⁶⁵.

III. No fundo, o que se pretende é que a possibilidade de aceder à água não represente um custo excessivo no conjunto de despesas mensais das famílias, *i.e.* o preço de acesso ao serviço de água, não pode ser um impeditivo de fruição da quantidade necessária de água para a sobrevivência e vida condigna. É que, se assim for, pode-se considerar como violado o direito de acesso aos serviços públicos de águas e, bem-assim, o direito fundamental à água⁶⁶. Deste modo, é obrigação do Estado, garantir não a gratuidade do acesso à água, mas sim a sua acessibilidade, impedindo que alguém perca o acesso à água, em face da sua incapacidade de custear o serviço⁶⁷.

Não se retire das nossas palavras que não admitimos a exceção de gratuidade dos serviços, porque o admitimos, ainda que consideremos dever ser de limitar essa possibilidade aos casos de necessidade social. É que, nesses casos, a gratuidade deve ser uma obrigação do Estado que assume o direito à água enquanto direito fundamental. Assim, es-

61 Cfr. o Considerando n.º 4 da Diretiva.

62 Cfr. a al. a) do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva.

63 Cfr. a al. b) do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva.

64 Cfr. a al. c) do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva.

65 Cfr. a al. d) do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva.

66 Cfr. PIERRE THIELBÖRGER, *Re-Conceptualizing*, p. 233.

67 Cfr. ADELE J. KIRSCHNER, *The Human Right*, p. 471.

tamos em crer que se deve optar pelo recurso a uma fórmula aberta assente na tendencial gratuitidade do serviço em caso de necessidade social, à semelhança da fórmula constitucional encontrada para o serviço nacional de saúde⁶⁸. Aliás, satisfazendo as necessidades essenciais decorrentes do conteúdo mínimo do direito fundamental, o Estado garante a fruição do Direito como lhe é exigível⁶⁹.

Como veremos em seguida o princípio do valor social da água, e a garantia de acessibilidade económica ao utilizador, podem conflitar – ainda que de forma aparente – com a lógica de recuperação integral de custos dos serviços públicos de água, talvez por isso e por matéria de política tarifária o legislador tenha feito equivaler o princípio do valor económico da água com o princípio do valor social, assumindo que ao Estado incumbe a criação de mecanismos em que um não belisque a prossecução do outro. Estamos em crer que esse equilíbrio se encontra com o estabelecimento de uma tarifa social da água. É sobre ela que incidirá o nosso estudo nas próximas linhas.

4. A Tarifa Social da Água.

4.1. A Tarifa Social da Água

I. Entre nós, a primeira referência à tarifa social decorre de uma recomendação da entidade reguladora na Recomendação IRAR n.º 01/2009 (“Recomendação Tarifária”), que se referia aos tarifários aplicáveis aos utilizadores finais dos serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos. Por seu turno, é já em 2017 que o legislador decidiu uniformizar os critérios para atribuição da tarifa social a nível nacional, por meio do Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro.

A Recomendação é, por isso, o primeiro alerta para a necessidade do estabelecimento de uma tarifa social para aqueles que possuem maiores necessidades no pontual pagamento de uma tarifa normal pelo serviço. Assim, defendia-se que as tarifas deviam ser reduzidas aos utilizadores

68 Cfr. artigo 64.º, n.º 2, al. a) CRP. Entendimento reforçado, para quem considera que o direito fundamental à água, pode derivar do direito fundamental à saúde.

69 Cfr. GERMANA DO NASCIMENTO, *El Derecho*, p. 255.

cujo agregado familiar possuísse um rendimento bruto em que não fosse ultrapassado um determinado valor, fixado pela entidade titular, mas nunca superior ao dobro do valor anual da retribuição mínima mensal garantida⁷⁰. O modelo de redução tarifaria, concretizar-se-ia mediante a isenção das tarifas fixas e da aplicação ao consumo total do utilizador de tarifas variáveis do primeiro escalão limitado mensalmente a 15 m³⁷¹. Uma outra alternativa, residiria na redução do peso das tarifas em função do agregado familiar e da sua composição⁷², comprovável mediante entrega da declaração ou da nota de liquidação de IRS, podendo esta ser substituída por outro meio considerado idóneo pela entidade gestora do serviço⁷³. A recomendação do regulador permite que se encontre uma cláusula de salvaguarda, ao estabelecer que salvos os casos compreendidos no n.º 1 do ponto 3.1.3, não devem ser empregues tarifas alicerçadas no valor do rendimento, do património ou negócios do utilizador final, para que não restem dúvidas sobre a excecionalidade da situação⁷⁴.

A Deliberação n.º 98/2014, que aprovou o Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos, aplicável também aos serviços públicos de águas vê no seu artigo 22.º ser estabelecido o que se deve entender por tarifário social. Este, aplicava-se aos utilizadores domésticos em situação de carência económica comprovada pelo sistema de segurança social⁷⁵, presumindo-se a situação de carência económica quando seja beneficiário do complemento solidário para idosos⁷⁶; ou, rendimento social de inserção⁷⁷; ou subsídio social de desemprego⁷⁸; ou beneficiário do 1.º escalão do abono de família⁷⁹; e/ou pensão social de invalidez⁸⁰. O tarifário social, consistiria deste modo na isenção das tarifas de disponibilidade⁸¹ e o seu impacto financeiro corria por conta da entidade titular, mediante um subsídio correspondente ao cálculo da diferença

70 Cfr. n.º 1 do ponto 3.1.3.

71 Cfr. n.º 2 do ponto 3.1.3.

72 Cfr. n.º 5 do ponto 3.1.3.

73 Cfr. n.º 7 do ponto 3.1.3.

74 Cfr. n.º 10 do ponto 3.1.3.

75 Cfr. artigo 22.º, n.º 1, al. a).

76 Cfr. artigo 22.º, n.º 2, al. a).

77 Cfr. artigo 22.º, n.º 2, al. b).

78 Cfr. artigo 22.º, n.º 2, al. c).

79 Cfr. artigo 22.º, n.º 2, al. d).

80 Cfr. artigo 22.º, n.º 2, al. e).

81 Cfr. artigo 22.º, n.º 3.

entre o valor de faturação resultante da aplicação do tarifário base e o que decorre do tarifário social⁸².

II. Passado todo este período evolutivo da tarifa social, em 2017 foi estabelecido o regime de acesso à tarifa social da água no Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro. O regime nasce com o objetivo de promover a “proteção dos consumidores em situação de vulnerabilidade quando, devido à sua economia doméstica, não consigam pagar as suas contas de eletricidade, água ou gás e o corte de fornecimento ou a execução dos seus bens possa deteriorar ainda mais a sua situação e afetar irremediavelmente a possibilidade da mesma ser reequilibrada”, estabelecendo o “conjunto mínimo de requisitos de acesso à tarifa social para a prestação dos serviços de água aplicável em todos os municípios, assegurando desta forma o acesso a todos os consumidores a nível nacional”.

O legislador pretendeu, desde logo no preâmbulo do Decreto-Lei, estabelecer quem são os beneficiários da tarifa social⁸³, concretizando no artigo 2.º que apenas as pessoas singulares que possuam contrato de fornecimento de água são elegíveis para serem beneficiários da tarifa social⁸⁴, sendo os potenciais beneficiários, aqueles que o legislador entendeu relevante elencar no preâmbulo do Decreto-Lei⁸⁵, assumindo a definição de quem se encontra em situação de carência económica como aquela que já constava também no preâmbulo⁸⁶. O artigo estatui ainda que, os municípios podem estabelecer, por meio de uma deliberação da Assembleia Municipal, outros critérios de referência, limitados à garantia que em caso algum a proteção dos cidadãos não seja menor com a deliberação da Assembleia Municipal, *i.e.*, a alteração só é admissível para se tornar mais favorável ao município⁸⁷. A publicação dos

82 Cfr. artigo 22.º, n.º 5.

83 São potenciais beneficiários da tarifa social, “as pessoas singulares que se encontrem numa situação de carência económica que toma por referência as pessoas beneficiárias de, nomeadamente, complemento solidário para idosos, rendimento social de inserção, subsídio social de desemprego, abono de família, pensão social de invalidez, pensão social de velhice ou cujo agregado familiar tenha um rendimento anual igual ou inferior a (euro) 5808, acrescido de 50% por cada elemento do agregado familiar que não afigure qualquer rendimento até ao máximo de 10%”.

84 Cfr. artigo 2.º, n.º 1.

85 A que acresce o disposto no artigo 2.º, n.º 2.

86 Cfr. artigo 2.º, n.º 3.

87 Cfr. artigo 2.º, n.º 4.

critérios de referência, em respeito pela garantia de informação, deve ocorrer no sítio da internet dos órgãos municipais, nos locais de estilo do concelho e nas sedes das freguesias⁸⁸, sendo uniformizada a forma de cálculo do apuramento do rendimento anual e o que conta para a definição do agregado familiar⁸⁹, estabelecendo igualmente o legislador como se processa a atualização dos critérios de referência para a situação de carência económica⁹⁰.

Estabelece-se, no artigo 3.º, que a adesão à tarifa social é voluntária, mediante deliberação da Assembleia Municipal e sob proposta da Câmara Municipal⁹¹, não se prejudicando a competência nos casos em que o serviço é prestado por empresas locais ou intermunicipais⁹², sendo a estas entidades que compete prestar à Câmara Municipal a informação sobre o universo de beneficiários, através do NIF do titular do contrato e do código do local de consumo, 30 dias após a solicitação⁹³, podendo a Câmara solicitar à DGAL informação estatística sobre os potenciais beneficiários da tarifa⁹⁴.

Desde a entrada em vigor da Lei do Orçamento de Estado para 2021⁹⁵, o financiamento da tarifa social passou a competir ao município aderente⁹⁶, ou às respetivas empresas, nos casos em que o fornecimento do serviço seja prestado por empresas de titularidade estatal⁹⁷. Cremos que esta alteração, ainda assenta na regra geral de competir ao município o financiamento da tarifa social, repercutindo apenas o financiamento no Estado quando a gestão é delegada em empresas que o tenham como acionista maioritário.

88 Cfr. artigo 2.º, n.º 5.

89 Cfr. artigo 2.º, n.º 6.

90 Cfr. artigo 2.º, n.º 7.

91 Cfr. artigo 3.º, n.º 1.

92 Cfr. artigo 3.º, n.º 2.

93 Cfr. artigo 3.º, n.º 3.

94 Cfr. artigo 3.º, n.º 4.

95 A Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro, alterou o n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei que nos encontramos a analisar, acrescentando-lhe duas alíneas e revogando o n.º 2. Na versão anterior a esta era, nos termos do n.º 1, ao município aderente que competia o financiamento da tarifa social. Para nos termos do antigo n.º 2, ficar na sua esfera o financiamento, na medida da diferença entre o tarifário em vigor e o resultante da tarifa social, nos casos em que o serviço não seja por si prestado.

96 Cfr. artigo 4.º, n.º 1, al. a).

97 Cfr. artigo 4.º, n.º 1, al. b).

Naquilo que concerne aos critérios de fixação da tarifa social, estabelece-se que esta é calculada mediante a aplicação de um desconto e/ou isenção de tarifas determinadas na decisão de adesão⁹⁸, incidindo o desconto sobre o valor a pagar por metro cúbico de água fornecida e sobre as águas residuais recolhidas⁹⁹, incidindo a isenção sobre tarifas de valor fixo aplicável¹⁰⁰. A competência para a fixação do valor do desconto ou isenção, ou de eventuais limites máximos de consumo sobre os quais estes se aplicam, pertence ao município¹⁰¹, destinando-se os descontos exclusivamente ao uso doméstico, e apenas sobre o ponto de ligação à rede de distribuição correspondente ao domicílio fiscal do cliente final¹⁰², concretizando-se, uma vez mais, o que já se estabelecia no preâmbulo.

A tarifa social é atribuída automaticamente, não carecendo de pedido ou requerimento dos interessados¹⁰³, sendo a instrução e decisão de atribuição, da competência do município¹⁰⁴ solicitando a informação sobre a elegibilidade dos beneficiários mediante o NIF do titular do contrato e do código do local de consumo através da DGAL¹⁰⁵, devendo as entidades detentoras da informação, disponibilizá-la para efeitos de instrução¹⁰⁶. É garantido, o poder de renúncia ao benefício de aplicação da tarifa social a todo o tempo, bem como ao manifesto da sua oposição ao tratamento dos seus dados pessoais, mediante comunicação escrita ao fornecedor de água e do saneamento de águas residuais¹⁰⁷. Nos casos em que a tarifa social não seja automaticamente aplicável, pode ser apresentado requerimento à Câmara Municipal, com a junção dos documentos tidos por convenientes para comprovação da elegibilidade¹⁰⁸.

A responsabilidade pela aplicação da tarifa social, corre por conta do fornecedor com o qual tenha sido celebrado o contrato de fornecimento, sendo a informação necessária para o efeito prestada pela câmara

98 Cfr. artigo 5.º, n.º 1.

99 Cfr. artigo 5.º, n.º 2.

100 Cfr. artigo 5.º, n.º 3.

101 Cfr. artigo 5.º, n.º 4.

102 Cfr. artigo 5.º, n.º 5.

103 Cfr. artigo 6.º, n.º 1.

104 Cfr. artigo 6.º, n.º 2.

105 Cfr. artigo 6.º, n.º 3.

106 Cfr. artigo 6.º, n.º 4.

107 Cfr. artigo 6.º, n.º 6.

108 Cfr. artigo 6.º, n.º 7.

municipal¹⁰⁹, devendo o desconto ser identificado de forma clara nas faturas enviadas para o cliente¹¹⁰. Nos casos em que a entidade gestora não é o município, a câmara entrega-lhe no prazo de 30 dias as quantias respeitantes ao desconto ou isenção de tarifa correspondente¹¹¹ tendo, a não entrega dos valores referidos no prazo de 60 dias, efeito suspensivo de aplicação da tarifa social pelo fornecedor dos serviços¹¹².

O artigo 8.º estabelece os mecanismos de controlo de verificação e manutenção dos pressupostos de atribuição da tarifa social. Por seu turno, o artigo 9.º estabelece as formas de adaptação dos mecanismos existentes ao novo regime da tarifa social, ficando o artigo 10.º responsável pelas formas de publicitação de adesão ao regime da tarifa social.

Com o Decreto-Lei n.º 147/2017 de 5 de dezembro, introduziu-se um quadro legal nacional que visa a uniformização dos critérios de forma mais justa e igualitária. Verifica-se, também, uma inversão da responsabilidade pelo financiamento da tarifa social que, contrariamente à Recomendação IRAR n.º 01/2009 (“Recomendação Tarifária”), passa agora a impender sobre a Câmara Municipal.

III. Com o estabelecimento de um novo regime legal, surge a Recomendação ERSAR n.º 02/2018, de 17 de abril (Atualiza e Substitui a Recomendação IRAR n.º 01/2009 em matéria de tarifários sociais aplicáveis aos utilizadores domésticos). A entidade reguladora visava, desta forma, clarificar os critérios a adotar pelos municípios que aderiram ao regime da tarifa social¹¹³, recomendando a definição de um limite máximo de consumo sobre o qual incida o desconto ou isenção de tarifa social por questões de sustentabilidade ambiental e utilização responsável da água¹¹⁴. Com vista à garantia de acessibilidade económica dos serviços a quem se encontre em situação de vulnerabilidade, recomenda-se aos municípios a definição do desconto tendo em conta o resultado a obter, mensurado através do peso dos encargos médios com o serviço no orçamento familiar, considerando um

109 Cfr. artigo 7.º, n.º 1.

110 Cfr. artigo 7.º, n.º 2.

111 Cfr. artigo 7.º, n.º 3.

112 Cfr. artigo 7.º, n.º 4.

113 Cfr. ponto 2, n.º 2.1.

114 Cfr. ponto 3, n.º 3.2.

consumo anual de 120 m³, o encargo tarifário não deve ultrapassar 0,5% dos rendimentos tidos como elegíveis¹¹⁵. Recomenda-se, ainda, que a adesão à tarifa social seja sustentada por um estudo prévio que proceda à identificação do universo de potenciais beneficiários e do impacto financeiro da redução ou isenção tarifária, atento o financiamento autónomo por parte do município e prazo para o pagamento das quantias relativas ao desconto quando a entidade gestora seja diferente do município¹¹⁶, sendo certo que, “apenas deve existir um tarifário social quando o tarifário geral existente não assegura um nível de acessibilidade económica inferior a 0,5% para os beneficiários elegíveis nos termos do regime da tarifa social da água”¹¹⁷. Só se deve passar para o regime constante do Decreto-Lei quando o existente não permita o acesso a todos os beneficiários elegíveis nos termos do Decreto-Lei¹¹⁸. Contudo, o facto de se respeitarem os critérios legais e não ser necessária a adaptação ao novo regime, não desonera a Câmara Municipal de financiar o mecanismo de forma autónoma, não onerando as tarifas cobradas aos restantes utilizadores¹¹⁹. Contrariamente, nos casos em que o regime existente seja mais restritivo do que o constante do regime legal, este carece necessariamente de adaptação para garantir a sua inclusão, ainda que seja apenas nos casos em que o município decida pela adesão ao regime¹²⁰.

Em momento posterior, e tendo em conta o limitado recurso ao mecanismo da tarifa social, a ERSAR emitiu nova Recomendação, a Recomendação n.º 1/2022, de 4 de março, e com vista a promover a acessibilidade económica dos serviços de águas a quem esteja em situação de carência económica, reitera-se o conteúdo Recomendação ERSAR n.º 02/2018, com vista à adoção universal de tarifários sociais¹²¹. Acresce que se entende que independentemente da adesão ao regime do Decreto-Lei, as entidades gestoras devem definir, desde logo, as tari-

115 *Cfr.* ponto 3, n.º 3.3.

116 *Cfr.* ponto 3, n.º 3.4.

117 *Cfr.* ponto 3, n.º 3.5.

118 *Cfr.* ponto 4, n.º 4.2.

119 *Cfr.* ponto 4, n.º 4.2.

120 *Idem, idem.*

121 *Cfr.* o Considerando D.

fas sociais¹²², recomendando-se a definição do desconto associado à tarifa social mensurável através do peso dos encargos médios com os serviços no orçamento familiar deste tipo de utilizadores¹²³. De interesse para este texto, importa referir, por fim, que com vista a garantir a sustentabilidade ambiental e desincentivar o desperdício, deve definir-se um limite máximo de consumo sobre o qual incidirá o desconto ou isenção de tarifa variável¹²⁴.

Recentemente, e uma vez que a limitada aplicação da tarifa social por parte dos municípios continuou a ser a realidade, a ERSAR emitiu nova Recomendação relativa à tarifa social. Assim, a Recomendação n.º 2/2023 (Recomendação Relativa aos Tarifários Sociais para os Utilizadores Domésticos dos Serviços de Águas e Resíduos), desde logo, procura “promover o cumprimento de princípio de cariz económico, social e ambiental e a acessibilidade económica aos serviços por parte dos utilizadores finais em situação de carência económica, sem comprometer a sustentabilidade das entidades gestoras, assumindo-se um cenário de eficiência na prestação dos serviços”¹²⁵. Como reconhece, desde logo nos considerandos, o princípio do valor económico da água e a necessidade de promover a acessibilidade financeira do serviço, motivam o estabelecimento, o mais universal possível, de tarifários sociais para quem cumpra com os requisitos legais¹²⁶.

A Recomendação elenca como princípios gerais, o princípio da recuperação de gastos, da utilização sustentável dos recursos hídricos, da responsabilidade do cidadão, da defesa dos interesses dos utilizadores, da acessibilidade económica, da transparência e da estabilidade regulatória e tarifária¹²⁷. cremos, que a Recomendação pretende estabelecer, provavelmente de forma excessivamente otimista, uma vocação univer-

122 Cfr. o n.º 74.

123 Cfr. o n.º 76.

124 Cfr. o n.º 77.

125 Cfr. o Considerando L. Na verdade, só comprometeria, eventualmente, a sustentabilidade financeira das entidades gestoras nos casos da alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro, uma vez que a responsabilidade pelo financiamento da tarifa social compete, em primeira linha aos municípios, como vimos.

126 Cfr. os Considerandos D e L.

127 Cfr. as alíneas a) a g) do n.º 3 A.2 (Princípios Gerais).

salista¹²⁸ que parte do pressuposto, a nosso ver errado, da possibilidade de uniformização tarifária ao longo de todo o território nacional¹²⁹.

Pela banda dos critérios que devem ser observados para o benefício da tarifa social, a Recomendação remete a sua concretização para o estabelecido no texto legal¹³⁰, defendendo-se a isenção da tarifa de disponibilidade até um determinado volume de consumo, e um desconto na tarifa variável permitindo um maior controle do encargo total por parte do agregado familiar que beneficie da tarifa¹³¹. Do mesmo modo, o estabelecimento de um limite de consumo de 10m³ de consumo para o cômputo da tarifa social no tarifário variável, parece-nos equilibrado, uma vez que em média o consumo médio dos agregados familiares se situa dentro do limite estabelecido¹³². O estabelecimento de uma majoração de consumo para os agregados familiares com um número superior a quatro pessoas, também nos parece uma boa solução¹³³.

Por fim, optamos por destacar duas soluções encontradas pela Entidade Reguladora que nos parecem interessantes, ainda que o seu cumprimento, tendo em conta o funcionamento da maioria das entidades públicas, mereça um acompanhamento especial. A primeira, a recomendação com vista ao estabelecimento de um protocolo entre a entidade gestora – nos casos de gestão delegada ou concessionada – e a entidade titular do serviço que regule as condições em que ocorram as transferências finan-

128 Apesar de concordarmos com a ideia da generalização da tarifa social, não podemos cair na interpretação *contra legem* que defenda que do texto legal se deve ler mais do que a voluntariedade de adesão por parte dos municípios à tarifa social. Aliás, a vocação universalista da adesão que a entidade reguladora pretende, decorre, nomeadamente, do n.º 6, que estabelece que: “no caso dos tarifários sociais, a (...) implementação da presente recomendação contribuirá para a uniformização, simplificação e universalização da atribuição deste benefício”.

129 Cfr. o n.º 5, nomeadamente ao estabelecer que: “(...) é importante que os tarifários assumam uma estrutura simples e transparente, uniforme em todo o território nacional”. Se a ideia for uma uniformização de princípios e de estrutura que os tarifários devem obedecer, o que salvo melhor entendimento já se verifica atualmente, concordamos com a possibilidade. Contrariamente, se a ideia passar por uma uniformização tarifária, não podemos deixar de considerar essa leitura como de difícil verificação mercê da especificidade do setor da água no nosso país.

130 Cfr. o n.º 9.

131 Cfr. o n.º 24.

132 Cfr. o n.º 25.

133 Cfr. o n.º 26.

ceiras e a sua periodicidade, bem como os casos em que se suspenda o benefício da tarifa social¹³⁴. E, a segunda, prende-se com a redução do financiamento dos subsídios gerais¹³⁵, mediante o estabelecimento de uma política tarifária assente em tarifários que não se afigurem aptos ao cumprimento do princípio da recuperação de custos e assentem no estabelecimento de tarifários políticos dos serviços públicos¹³⁶, perniciosos para a sustentabilidade económico-financeira dos serviços, a que acresce a absoluta falta de equidade social desse tipo de prática.

Em suma, embora constitua um avanço significativo, só o decurso do tempo na sua aplicação se afigurará apto a demonstrar se a Recomendação n.º 2/2023 se afigurou suficientemente apta a cumprir com o seu desiderato de proliferar a aplicação da tarifa social da água, ao mesmo tempo que limita a subsidiação geral dos consumidores.

IV. Uma pista de reflexão pode prender-se com a questão de saber o porquê da opção legislativa relativa à voluntariedade da adesão ou não à tarifa social por parte do município. E, cremos, que se prende com o princípio da autonomia local ínsito no n.º 1 do artigo 6.º CRP. No fundo, ao referir-se à autonomia local, o legislador constitucional, assume que as autarquias locais são formas de descentralizar os poderes do estado, mas também de «administração autónoma territorial», com interesses coletivos próprios e território próprio¹³⁷.

Recorrendo ao Tribunal Constitucional¹³⁸, “o poder autárquico funda-se numa ideia de consideração e representação aproximada de interesses”, justificando-se a sua autonomia, também, “na razão política de fomentar as decisões susceptíveis de maior preferência e de maior controlabilidade pelos interessados”, sendo certo que “o elemento ordenador é o conjunto dos interesses específicos das comunidades locais”, e que “esses interesses justificam a autonomia e porque a justificam delimitam-lhe o conteúdo essencial. Eles entranham as razões de

134 Cfr. o n.º 37.

135 Cfr. o n.º 38.

136 Sobre o estabelecimento de preços políticos, vide MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 10.ª Edição, 4.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1991, p. 1083.

137 Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, p. 234.

138 Cfr. Acórdão do TC de 13-07-1993 (www.tribunalconstitucional.pt).

proximidade, responsabilidade e controlabilidade que proporcionam a auto-organização”. Assim, como bem nota o Acórdão, “o espaço incompressível da autonomia é, pois, o dos assuntos próprios do círculo local, e «assuntos próprios do círculo local são apenas aquelas tarefas que têm a sua raiz na comunidade local ou que têm uma relação específica com a comunidade local e que por esta comunidade podem ser tratados de modo autónomo e com responsabilidade própria»”.

Ora, como bem sabemos, o poder de fixação dos preços da prestação de serviços ao público pelos serviços municipais ou municipalizados, pertence à Câmara Municipal nos termos do disposto no artigo 33.º, n.º 1, al. e) da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, sendo por isso defensável que poder-se-ia entender que uma imposição deste tipo violaria o espectro do princípio da autonomia local, uma vez que esta é uma matéria que diz respeito à comunidade local que entronca naquela “ideia de responsabilidade autónoma na gestão de um universo de interesses próprios que tem que ver com a essencialidade da autonomia”¹³⁹. Acresce, ainda assim, que esta é também uma matéria de proteção social e que, como tal, poderia conduzir a um foco de tensão entre o Estado e os Municípios, numa matéria que se quer pacificamente aceite e implementada por estes. No fundo, a gestão da água é uma tarefa da competência dos municípios, sendo a este que compete a discricionariedade organizativa de decidir a forma de gestão – seja ela direta, delegada ou concessionada –, mas também e redundantemente o investimento que colocam, ou não, na satisfação desse serviço público e, bem-assim, desse direito.

Uma outra dúvida poderia surgir da questão de saber se, a voluntariedade de adesão por parte dos municípios, não poderia redundar na violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado no artigo 13.º da CRP. Pense-se na seguinte hipótese prática: o Município A, na região de Trás-os-Montes, aderiu à tarifa social da água; em sentido contrário, o Município B, na região do Algarve, optou por não aderir. Por conveniência de análise, ambos os municípios possuem o mesmo modelo de gestão e os seus tarifários cumprem com o princípio da recuperação de custos.

139 Idem.

Sem promover uma discussão dogmática sobre o princípio da igualdade¹⁴⁰, uma vez que a este estudo não cabe a função de versar primordialmente sobre o princípio da igualdade, entendemos que o princípio não se encontra ferido, mercê da voluntariedade de adesão pelos municípios, possivelmente geradora de alguma disparidade de adesão entre os diversos municípios. Desde logo, porque a capacidade de prestação de serviço, num caso e noutro, se afiguram diversos, tendo em conta a localização geográfica, o contexto socioeconómico de cada município, o rendimento médio dos seus munícipes, as necessidades de investimento municipal, o nível de infraestruturização, o equilíbrio financeiro, entre tantas outras variáveis, que tornam singular a circunstância de cada município. Assim, e como bem se compreenderá, em função da grande disparidade tarifária e de contexto de cada um dos municípios e entidades gestoras, afigura-se desaconselhável uma aplicação vinculativa a todo o território, sob pena de, e contrariamente à garantia de uma situação de igualdade em todo o território, gerar uma discriminação injustificada entre os diversos municípios.

Acresce, ainda, que sendo esta uma matéria reservada à competência dos municípios, e tendo em consideração a já referida autonomia local dos municípios, é a decisão discricionária do município que deve imperar, uma vez que a definição das prioridades municipais de alocação dos recursos escassos de que dispõe, não se encontra compreendida na esfera de competências do Estado. Se assim não fosse, e com vista a salvaguardar o pretenso respeito pelo princípio da igualdade, dificilmente não se feriria de morte o já analisado princípio da autonomia local.

V. Os critérios vertidos no Decreto-Lei assentam na ideia de ao Estado ser exigível a criação dos mecanismos que permitam a verificação do cumprimento do núcleo mínimo do direito fundamental à água. Em momento algum, a acessibilidade financeira significa que os particulares gozam de um direito à gratuidade do serviço¹⁴¹, ainda que se admita a gratuidade da quantidade que assegure o cumprimento de necessidades básicas. O estabelecimento dessas medidas pode radicar

140 Para uma explicitação do que entendemos pelo princípio da igualdade, *vide* o nosso *O Princípio da Igualdade de Partes e o Artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º XVIII, 2022, pp. 193 a 201.

141 *Cfr.* GEORGE S. MCGRAW, *Defining and Defending*, p. 160.

no respeito pelos direitos a que aludimos, podendo estas constituir o direito do qual deriva o direito à água, mas também do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, naquela parte em que se deve observar o respeito pelo mínimo de existência condigna¹⁴², sendo a tarifa social o mecanismo encontrado pelo Estado para cumprir com a necessária acessibilidade financeira¹⁴³.

Em síntese, a tarifa social deve ser enquadrada como o garante da acessibilidade e universalidade do direito fundamental à água no nosso ordenamento jurídico. É verdade que a sua atribuição deve obedecer a critérios rigorosos pontualmente respeitados e ainda que se preveja a possibilidade de existência de critérios tidos como mais vantajosos para o cidadão do que aqueles que o Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro preveja, não se pode em caso algum, sacrificar o princípio da recuperação de custos – como em seguida veremos – pela subsidiação de municípios a outros municípios, sacrificando a qualidade de todos pela acessibilidade de alguns. Não quer, ainda assim, isto dizer que a tarifa social não deva ser a regra, porque deve, mas tão ou mais relevante que a existência da tarifa social assente na ideia segundo a qual ninguém deva ficar excluído em razão das suas condições económicas, deve vigorar um tarifário que não seja, ele próprio um financiamento a todos os municípios sejam eles, ou não, carenciados e potenciais beneficiários do tarifário social.

Em seguida, e como última estação, analisaremos a forma como pode a tarifa social coexistir com os serviços públicos de águas e as suas idiossincrasias.

4.2. Os Serviços Públicos de Água e a Tarifa Social

I. A tarifa social da água pode ser entendida como uma rutura com o princípio de recuperação de custos, ou até mesmo com a necessidade de ter as finanças sustentáveis nas entidades gestoras para a contante renovação da rede e investimento em infraestruturas de capital intensivo e de tecnologia de ponta. Contudo, cremos que a tarifa social é, acima de tudo o mais, a outra face da moeda da recuperação de custos e da existência de tarifários equilibrados que respeitem todos os princí-

142 Sobre a consideração e densificação do mínimo de existência condigna quando aplicável relativamente ao acesso à água, veja-se o nosso: *A Tarifa Social*, pp. 187 e ss.

143 *Cfr.* CATARINA DE ALBUQUERQUE, *On the Right Track*, p. 34.

pios elencados e todas as obrigações legais e regulatórias. No fundo, a tarifa social só é necessária, se o tarifário não for ele próprio um mecanismo de financiamento universal dos consumidores finais.

Verifique-se que, o legislador da Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, realiza uma necessária ruptura com o passado, assumindo uma preocupação expressivamente densificada que prioriza o cuidado com o meio ambiente¹⁴⁴ e com o estado das águas¹⁴⁵. A Diretiva estabelece, assim, no seu artigo 9.º sob a epígrafe, amortização dos custos dos serviços hídricos que, na definição da tarifa a pagar pelo utilizador, os Estados terão em conta o princípio de amortização dos custos dos serviços hídricos, e do princípio do utilizador pagador¹⁴⁶, incentivando a uma utilização racional do recurso, numa formulação que não deixamos de reputar de relativamente abstrata. Numa palavra: as soluções encontradas pelo legislador europeu promovem o desincentivo de más-práticas do ponto de vista ambiental.

II. Regressando à Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro que transpõe a Diretiva-Quadro, estabelece-se no artigo 82.º, sob a epígrafe tarifas dos serviços de águas que o objetivo do regime de tarifas a praticar pelos serviços públicos, visa assegurar tendencialmente e em prazo razoável a recuperação do investimento inicial e de eventuais novos investimentos de expansão, modernização e substituição, deduzidos da percentagem das comparticipações e subsídios a fundo perdido¹⁴⁷; visando, também, assegurar a manutenção, reparação e renovação de todos os bens e equipamentos afetos ao serviço e o pagamento de outros encargos obrigatórios, onde se inclui nomeadamente a taxa de recursos hídricos¹⁴⁸; e, por último, assegurar a eficácia dos serviços num quadro de eficiência da utilização dos recursos necessários e tendo em atenção a existência de receitas não provenientes de tarifas¹⁴⁹.

144 Cfr. JOANA MENDES, *Direito Administrativo das Águas*, in Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, p. 27.

145 Abrangendo todas as águas e com o objetivo claro de as melhorar, de forma substancial até 2015, conforme o estabelecido no artigo 4.º, sob a epígrafe objetivos ambientais, no seu n.º 1, alíneas a), ii); b) ii).

146 Cfr. artigo 9.º, n.º 1.

147 Cfr. artigo 82.º, n.º 1, al. a).

148 Cfr. artigo 82.º, n.º 1, al. b).

149 Cfr. artigo 82.º, n.º 1, al. c).

No Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho, que procedeu à revisão do regime legal nacional de gestão da água, o legislador para estabelecer os princípios que passam a reger a gestão da água, estabeleceu que “o princípio do valor social da água, pelo qual se reconhece que ela constitui um bem de consumo ao qual todos devem ter acesso para satisfação das suas necessidades elementares, o princípio da dimensão ambiental da água, pelo qual se reconhece que esta constitui um activo ambiental que exige a protecção capaz de lhe garantir um aproveitamento sustentável, e o princípio do valor económico da água, pelo qual se reconhece que a água, constituindo um recurso escasso, deve ter uma utilização eficiente, confrontando-se o utilizador da *água com os custos e benefícios que lhe são inerentes*”. Estabelece, relativamente ao tarifário praticado pelos serviços públicos de águas que se pretende fixar “um conjunto de regras que acautelem a recuperação, em prazo razoável, dos investimentos feitos na instalação, expansão, modernização e substituição das infra-estruturas e equipamentos necessários à prestação dos serviços; que promovam um emprego eficiente dessas estruturas e equipamentos na gestão dos recursos hídricos que asseguram; e que garantam o equilíbrio económico e financeiro das entidades que levam a cabo estes serviços públicos em proveito da comunidade”, garantindo que “as políticas de preços da água devem constituir um incentivo adequado para uma utilização eficiente dos recursos hídricos, devendo ponderar-se, na sua fixação, as consequências sociais, ambientais e económicas que a recuperação de custos possa trazer, bem como as condições geográficas e climáticas das regiões em causa”, devendo a política tarifária vincular-se a um “fundamento científico seguro”¹⁵⁰.

Como bem se compreenderá, as tarifas de serviços públicos de águas visam garantir a recuperação, num prazo razoável, dos investimentos que foram realizados relativos à instalação, à expansão, à modernização e à substituição das infra-estruturas e equipamentos necessários à prestação dos serviços de águas, promovendo a eficiência dos mesmos na gestão dos recursos hídricos e na manutenção do equilíbrio económico e financeiro das entidades que prestam o serviço em proveito da comunidade local¹⁵¹. Assim, o regime tarifário deve garantir que a tarifa

150 Cfr. JOANA MENDES, Direito Administrativo, p. 118, nota 319.

151 Cfr. o artigo 3.º, n.º 3.

a pagar pelo utilizador final progrida em função da intensidade de utilização, preservando o acesso ao serviço dos utilizadores domésticos, levando em linha de conta a sua condição socioeconómica, em determinados consumos, ou melhor dito em um determinado patamar de consumo¹⁵² clarificando, quando necessário, as situações que se encontram abrangidas pela diferenciação tarifária¹⁵³.

As preocupações assumidas pelo legislador com as circunstâncias sociais do consumidor, reconhecem e abrem caminho ao necessário estabelecimento de uma tarifa social que acabaria, como vimos, por suceder em 2017. A isenção ou redução tarifária, bem como o intrincado legal que preside à tarifa a pagar pela prestação do serviço, foi o mecanismo que o legislador encontrou para respeitar o princípio da acessibilidade financeira no acesso à água reconhecido pela sua qualidade de direito social e cultural e balizado pelo valor económico indissociável do valor social, garantindo a sua acessibilidade à generalidade dos cidadãos.

III. Os casos de não pagamento do montante correspondente ao tarifário base da entidade gestora pela água consumida – quer pela via da isenção de parte do consumo, ou pela via de isenção de parte do consumo acrescida da redução de montante cobrado pelo restante consumo ou, ainda de redução do consumo por patamares de consumo – devem ser excecionais para assegurar a garantia de viabilidade financeira dos serviços, mas também para assegurar que o financiamento do consumo é feito apenas a quem precisa¹⁵⁴. Idealmente, o preço cobrado pela água consumida, deve refletir a totalidade dos custos incorridos na produção dessa água. É que, não podemos, em momento algum, olvidar o custo da água que consumimos, e se inicia na captação, continua na distribuição e redonda no consumo, sendo através da tarifa cobrada, que os serviços conseguem atingir a completa recuperação de custos¹⁵⁵.

Contudo, se é verdade que em alguns casos se consegue alcançar verdadeiramente um tarifário que recupere custos, há muitos casos em

152 Cfr. o artigo 22.º, n.º 2, al. e).

153 Cfr. o artigo 22.º, n.º 2, al. g).

154 Cfr. EYAL BENVENISTI, Water, n.º 28.

155 Cfr. HERWIG UNNERSTALL, The Principle of Full Cost Recovery in the EU – Water Framework Directive – Genesis and Content, *Journal of Environmental Law*, Vol. 19, N.º 1, 2007, p. 29.

que estes não cumprem os custos de manutenção de longo prazo, nem apostam numa previsão de custos futuros e dificuldades futuras na obtenção de água¹⁵⁶. A cobertura de custos deve ser tida como uma oportunidade de garantir a continuidade do serviço público, seja pela constante renovação infraestrutural, seja pela constante busca de inovação tecnológica que permita a permanente fruição da água. Na verdade, assumir uma gestão sustentável dos serviços públicos de águas faz parte do conteúdo do direito fundamental à água, nomeadamente numa perspetiva de solidariedade intergeracional e de garantia de sustentabilidade futura¹⁵⁷.

A manutenção da acessibilidade tarifária nos serviços de águas é, provavelmente, um dos maiores desafios dos serviços, porque se é verdade que esta deve ser acessível à generalidade da população, o reverso dessa medalha, mercê dos constantes e avultados investimentos no setor, permitem que os serviços públicos – sobretudo aqueles que assentam na gestão direta¹⁵⁸ – ignorem de forma ostensiva e quase dolosa a degradação permanente da sua infraestrutura e a obsolescência da tecnologia utilizada pelos serviços no tratamento de águas residuais ou, ainda, na ausência de recurso a mecanismos de economia circular com investimentos iniciais avultados e ganhos a longo prazo, assim colocando em causa a sua sustentabilidade e acessibilidade futuras¹⁵⁹.

Talvez por isso, concordamos com JOÃO MIRANDA, sobretudo quando o Autor refere a importância do recurso à tarifa social da água, uma vez que “a proteção dos consumidores de serviços de águas mais vulneráveis no plano financeiro encontra-se plenamente justificada, à luz do valor social da água. Mas os apoios ao pagamento das tarifas devem ser canalizados para aqueles que, efetivamente, necessitem por se encon-

156 Cfr. SHARMILA L. MURTHY, *The Human Right(s)*, p. 96.

157 Cfr. AMANDA CAHILL, *The Human Right*, p. 404.

158 Regra geral, quando a gestão é concessionada, há um maior apelo ao aumento da eficiência económica financeira, mas também da introdução de um maior cumprimento com a recuperação de custos, sendo nestes que a tarifa social ganha uma particular importância. Cfr. ADELE J. KIRSCHNER, *The Human Right*, pp. 481-482. Fazendo referência à difícil relação entre a eficiência financeira, à prestação de um serviço público de qualidade e o respeito pelo valor social da água, veja-se SHARMILA L. MURTHY, *The Human Right(s)*, pp. 135-136.

159 Cfr. SHARMILA L. MURTHY, *The Human Right(s)*, p. 130.

trarem numa situação de carência económica, não se justificando a sua generalização, sob pena de se gerar uma pressão muito elevada sobre os orçamentos municipais e o não reconhecimento do valor ambiental dos recursos hídricos”¹⁶⁰. É que, a tarifa social insere no sistema uma maior justiça social, para os mais carenciados pelo apoio a que podem recorrer; para os que mais podem com uma tarifa que não lhes cria, ainda assim, um peso excessivo; para os serviços que garantem a sua continuidade e sustentabilidade financeira futura; e, finalmente, para o ambiente que vê reconhecido o valor da finitude dos seus recursos.

5. Conclusões.

I. No ano de 2010, as Nações Unidas, por meio de uma Resolução da Assembleia Geral (A/RES/64/292), reconheceram o direito à água como um direito humano, com 122 votos a favor e 41 abstenções. Na verdade, este não se trata de um direito fundamentalmente novo, contando como uma evolução de décadas e cujo conteúdo já havia sido, relativamente, especificado no Comentário Geral n.º 15 do Comité das Nações Unidas para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em 2002. Aliás, é este último, que estabelece o núcleo fundamental do Direito, ou seja, o núcleo mínimo de obrigações que os Estados devem garantir para respeitar o direito fundamental à água.

II. O conteúdo normativo do direito à água é, segundo o parágrafo 12 do Comentário Geral n.º 15, composto por três características-base: Disponibilidade, Qualidade e Acessibilidade, desdobrando-se este último em: acessibilidade física, acessibilidade financeira, não-discriminação e acessibilidade de informação. Este conteúdo normativo trata-se de um ponto de partida do direito à água, necessitando de desenvolvimento e aprofundamento, estabelecendo patamares legislativos que o protejam e implementem de forma eficaz. De igual modo, poder-se-á dizer que este tem um conteúdo ambíguo, levando o interprete-aplicador a chegar a conclusões diferentes consoante a interpretação que faça do texto, limitando a sindicabilidade pelos seus destinatários junto dos Estados.

III. A consideração da água enquanto direito fundamental, para além de se poder alcançar por meio do respeito pelo princípio da dignidade da

160 *Cfr.* JOÃO MIRANDA, O Direito Fundamental, p. 232.

pessoa humana, uma vez que seria impensável uma existência minimamente condigna sem um acesso à água e ao saneamento, pode, ainda alcançar-se, a partir do disposto no artigo 16.º n.º 1 CRP, que estabelece os direitos materialmente fundamentais, cujo conhecimento decorre de normas infraconstitucionais, como sejam aquelas decorrentes de textos legais, sendo a sede do direito fundamental o artigo 3.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, que estabelece o princípio do valor social da água.

IV. O direito fundamental à água pode ainda derivar do conteúdo de outros direitos fundamentais consagrados no nosso texto constitucional, como seja o direito à vida estabelecido no artigo 24.º CRP; ou, o direito à proteção da saúde estabelecido no artigo 64.º CRP; ou o direito ao ambiente constante no artigo 66.º CRP; ou, ainda, o direito à alimentação que consta do artigo 25.º da DUDH, sendo o escopo de proteção balizado pela proteção conferida a estes direitos nas suas várias facetas.

V. Garantir a acessibilidade económica deste Direito, antes de mais, conduzirá à assunção que os preços praticados para a prestação do serviço devem ser acessíveis, não devendo o montante a pagar à entidade gestora ser considerado excessivo na dinâmica de custos relativos a outras necessidades de primeiro grau. Garantir a acessibilidade do direito à água é uma tarefa que incumbe aos Estados, através da regulação que faz dos preços, garantindo tanto determinadas isenções de consumo até determinado nível de consumo; como, baixo custo até um determinado nível de consumo e vá penalizando gradativamente o consumo mais elevado, penalizando os gastos que repute de ineficientes e injustificados.

VI. A Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, estabelece no artigo 3.º, n.º 1, al. a) o princípio do valor social da água e, da aplicação conjugada do disposto no artigo 77.º, n.º 4 e 82.º, n.º 3, evidencia-se a preocupação com as condições sociais de acessibilidade e universalidade do direito fundamental à água respeitando o princípio do valor social da água. Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho assume logo no seu preâmbulo, o princípio do valor social da água e, no artigo 20.º, n.º 2, als. e) e g), assentando a progressividade da tarifa em função da intensidade do consumo e ressaltando as condições socioeconómicas

dos utilizadores, determinando a possível diferenciação tarifária. Esta redução e isenção tarifária, foi o mecanismo encontrado pelo legislador para respeitar o princípio da acessibilidade financeira no acesso à água reconhecido pela sua qualidade de direito social e cultural balizado pelo seu valor económico e garantindo a sua universalidade.

VII. O Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro, visa a uniformização dos critérios de atribuição da tarifa social a nível nacional. No regime jurídico que dele decorre, introduziu-se um quadro legal de nível nacional que uniformiza o sistema e que garante que este se trata de um sistema justo e igualitário, responsabilizando nuns casos o município, e noutros o Estado, pelo financiamento do mecanismo de tarifa social.

VIII. A tarifa social deve ser encarada como o garante da acessibilidade e universalidade do direito fundamental à água, sendo certo que a sua atribuição deve ser criteriosa e os seus requisitos pontualmente respeitados, não sendo invalidante das entidades gestoras poderem gizar regimes mais vantajosos do que aqueles que se encontram estabelecidos no Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro. Contudo, o que a tarifa social não pode, é sacrificar as tarifas dos restantes utilizadores ou, limitar as necessidades de investimento contínuo e avultado quer em infraestruturização nova, quer em renovação da existente sacrificando a qualidade da água que consumimos e a que seguirá para tratamento, com vista à posterior devolução ao meio recetor, sendo por isso mesmo apenas um mecanismo de apoio aos utilizadores que dele sejam credores.

IX. A tarifa social deve ser encarada como a outra face da moeda dos tarifários que cumprem com a recuperação de custos, sendo apenas necessária nos casos em que o tarifário não é ele próprio um mecanismo de financiamento universal dos utilizadores finais e do seu consumo. A excecionalidade da tarifa social, é a forma encontrada pelo legislador para garantir que o financiamento do consumo é efetuado apenas àqueles que precisam, na certeza de que a gestão sustentável dos serviços públicos de águas faz parte do conteúdo do direito fundamental à água, nomeadamente numa perspetiva de solidariedade intergeracional e de garantia de sustentabilidade futura dos serviços.

SOBRE OS AUTORES



Amparo Sereno

Professora no ISCAL
Investigadora no Observare (UAL)

Professora no ISCAL e investigadora integrada no Observare (UAL). Entre as várias disciplinas lecionadas, importa sublinhar o Direito do Ambiente, o Direito da UE e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, no âmbito das quais tem já uma extensa obra publicada (Ciência ID EF1A-B327-CD89 Orcid iD 0000-0002-5051-513). Doutorou-se na UCP de Lisboa (2010), com uma tese sobre o regime jurídico das bacias hidrográficas internacionais, publicada em 2012 pela FCG e FCT. Esta última financiou também a sua investigação de pós-doutoramento, em matéria de proteção ambiental do meio marinho. Também exerceu funções como jurista no Gabinete do Secretário de Estado do Ambiente, na Holding AdP e entre 2018 e 2022 foi vogal na Comissão Diretiva da APRH.

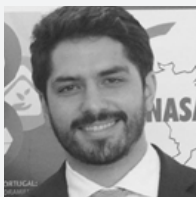


Ana Luísa Guimarães

Sócia da sociedade de advogados
Gómez Acebo & Pombo.

Mestre em Direito Público pela Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica. Exerce advocacia há mais de 22 anos, com incidência em Direito Público e Administrativo. Tem centrado a sua atividade no domínio da contratação pública e na regulação de setores

económicos como a água, resíduos, transportes e mobilidade, energia e em Direito do Ambiente. Atualmente, é sócia da sociedade de advogados Gómez Acebo & Pombo.



Francisco Silva Pinto

Professor na Universidade Lusófona (UL:CUL), investigador no RCM2+, FE-UL:CUL, e no CERIS, IST-UL

Professor Auxiliar na Universidade Lusófona (UL:CUL), e investigador no RCM2+, FE-UL:CUL, e no CERIS, IST-UL. Os seus interesses de investigação abrangem a modelação numérica e analítica para apoio à tomada de decisão nas áreas de governança, fixação de preços e financiamento de serviços de infraestrutura (principalmente abastecimento de água, águas residuais e resíduos) em situações socioeconómicas e ambientais críticas.



Jaime Melo Baptista

Conselheiro estratégico da LIS-Water

Profissional com mais de 40 anos de atividade dedicados aos serviços de abastecimento de água e de águas residuais e pluviais, principalmente em políticas públicas, governação, regulação, projeto, modelação matemática, reabilitação, qualidade de serviço e avaliação de desempenho. Desempenhou funções de investigador, gestor, consultor e docente. Foi presidente da ERSAR entre 2003 e 2015. Foi fundador e presidente da LIS-Water entre 2020 e 2023. Atualmente é Conselheiro Estratégico da LIS-Water.



João Miranda

Professor na Faculdade de Direito da Univ. de Lisboa
Investigador no *Lisbon Public Law* (LPL/ICJP)
Sócio da FALM, Sociedade de Advogados

Licenciado (1995), Mestre (2001) e Doutor em Direito (2011) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde leciona desde 1995 e é presentemente Professor Associado do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas e Investigador Integrado Efetivo do Centro de Investigação de Direito Público – *Lisbon Public Law* da mesma instituição. Exerce ainda advocacia na área de Direito Público, sendo Sócio na FALM – Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, SP,RL. e é Árbitro do Tribunal Arbitral do Desporto e do Centro de Arbitragem Administrativa.



João Tilly

Advogado e consultor da JurisAPP

Advogado e Consultor no Centro de Competências Jurídicas do Estado (JurisAPP). Licenciado e Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, detêm ainda uma pós-graduação em contratação pública na mesma instituição. Desenvolve a sua atividade profissional no âmbito do direito público e regulatório, dos projetos e do contencioso administrativo. Anteriormente desempenhou funções como consultor na Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, no Ministério das Finanças (2017-2021), e como advogado nas equipas de Direito Público da PLMJ Advogados, SP, RL, (2021-2023) e da Sérvulo & Associados (2014-2017).



João Tomé Pilão

Advogado na Sérvulo & Associados
Investigador Colaborador no LPL / ICJP

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2019). Concluiu a parte escolar do Curso de Mestrado Científico – Ciências Jurídico-Políticas (2023) e foi admitido “per saltum” à preparação de tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas (2024) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Colaborador no Lisbon Public Law Research Center. Advogado na Sérvulo & Associados.



Luciano Marcos

Sócio Fundador da FALM, Sociedade de Advogados

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (1984) e Sócio Fundador da FALM – Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, SP,RL, onde exerce atividade fundamentalmente nas áreas de Direito Administrativo, de Direito do Urbanismo e de Direito Imobiliário e da Construção. Docente em vários Cursos de Pós-Graduação e de formação junto de entidades da Administração Pública.



Margarida Vidal Sampaio

Assistente Convidada na FDUL

Investigadora Assistente no *Lisbon Public Law* (LPL/ICJP)

Advogada na FALM, Sociedade de Advogados

Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigadora Integrada Assistente do Lisbon Public Law Research Center. Licenciada em Direito (2021) e Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, com especialidade em Direito Administrativo, na mesma instituição, encontrando-se a redigir a dissertação de Mestrado. Advogada na FALM – Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, SP,RL.



Maria Rita Nascimento

Advogada Associada na Gómez-Acebo & Pombo

Advogada Associada na Gómez-Acebo & Pombo, Abogados, S.L.P, com experiência nas áreas do Contencioso Tributário, Impostos Indiretos e Tributos Bilaterais, em particular os do sector regulado. Coautora de artigos especializados nas referidas matérias. Licenciatura pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



Nuno de Oliveira Garcia

Advogado e Sócio da Gómez-Acebo & Pombo
Árbitro do CAAD e Investigador no CIDEEFF / IDEFF

Sócio da Sociedade de Advogados Gómez-Acebo & Pombo, Abogados, S.L.P., responsável pela área fiscal em Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na qual é Assistente Convidado. Integra, desde a primeira hora, a lista de árbitros especializados em matéria tributária do CAAD, bem como a Comissão de Redação da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. É membro do IDEFF da Universidade de Lisboa e do respetivo Centro de Investigação (CIDEEFF). e fundador do Observatório de Taxas e Contribuições integrado no CEDIPRE da Universidade de Coimbra.



Patrícia Sampaio

Professora da FGV Direito Rio
Advogada e Sócia da Rennó Penteadó Sampaio

Professora da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada, sendo Sócia da Rennó Penteadó Sampaio Advogados.



Pedro Moniz Lopes

Professor da Faculdade de Direito da Univ. de Lisboa
Advogado e Árbitro (CAC, CAAD e TAD)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde tem lecionado Direito Constitucional, Direito Administrativo, Políticas Públicas e Filosofia do Direito. Doutorado em Direito pela mesma Faculdade (2016). Advogado, Árbitro (CAC, CAAD e TAD) e Jurisconsulto. Dedicar-se especialmente ao Direito Público e Regulatório, Direito Constitucional, Contratação Pública e Contencioso Administrativo.



Pedro Simões

Investigador do Instituto Superior Técnico da UL
Gestor de Projetos e Consultor na RPG, Consultores

Licenciado e Mestre (2007) em Engenharia Civil e Doutor em Engenharia e Gestão (2011) pelo Instituto Superior Técnico da Universidade de Lisboa. Investigador do Instituto Superior Técnico da Universidade de Lisboa. Atualmente, desempenha funções de Gestor de Projetos e Consultor na RPG, Consultores, no âmbito dos serviços de infraestrutura. Autor de dezenas de publicações científicas nestas matérias. Premiado como o “Melhor Jovem Investigador – CGD-Deloitte 2011” em Economia e Gestão.



Raquel Franco

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da UL
Investigadora Integrada Assistente do LPL / ICJP
Advogada e Árbitra do CAAD

Assistente convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde integra o Grupo de Ciências Jurídico-Económicas, e Investigadora Integrada Assistente do LPL – Lisbon Public Law Research Centre. Tem como principais áreas de investigação a análise económica do Direito e, em particular, a behavioral law and economics, área em que se encontra a preparar a dissertação de doutoramento. É advogada e árbitra do CAAD nas áreas de direito tributário e administrativo. Anteriormente, desempenhou funções no Banco de Portugal e em gabinetes governamentais.



Rui Cunha Marques

Investigador do Instituto Superior Técnico da UL
Gestor de Projetos e Consultor na RPG, Consultores

Licenciado, pós-graduado, mestre e doutorado, é especialista global em regulação e contratos de infraestrutura. Tem sido Professor Universitário e Investigador em vários países. Em Portugal, foi no passado Professor Catedrático do IST da Universidade de Lisboa durante cerca de 10 anos e é atualmente Professor Catedrático da Universidade Lusófona. Possui mais de 1000 publicações, incluindo 14 livros e cerca de 280 artigos em revistas internacionais. Possui um H de 65. Foi funcionário e é há mais de uma década consultor permanente do Banco Mundial e

presentemente é também consultor do Banco Asiático de Desenvolvimento. Tem estudos e trabalhos desenvolvidos em mais de 50 países nos cinco continentes. Atualmente trabalha e coordena vários estudos nos EUA, no Brasil, no Sri Lanka, no Bangladesh, na Nigéria, na Etiópia, na Jamaica, em Barbados, em Timor-Leste e em Moçambique.



Rui Godinho

Presidente do Conselho Diretivo da APDDA
Membro do *Board of Governors* do WWC

Licenciado em Engenharia Química Industrial pelo Instituto Superior Técnico. Pós-Graduado em Engenharia Sanitária pela Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa. Membro Conselheiro da Ordem dos Engenheiros, Especialista em Engenharia Sanitária e membro dos Colégios de Engenharia Química e Engenharia do Ambiente da mesma Ordem. Presentemente é Presidente do Conselho Diretivo da Associação Portuguesa de Distribuição e Drenagem de Águas e Membro do Board of Governors do World Water Council.



Simão Mendes de Sousa

Advogado

Advogado. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito e Gestão pela Universidade Nova

de Lisboa; Pós-Graduado em Contencioso Comercial, Direito da Água, Contencioso Administrativo, Direito da Arbitragem e Direito dos Contratos Públicos pelos Centros de Investigação de Direito Privado e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



Susana Neto

Professora Adjunta na University of Western Australia
Investigadora na Universidade de Lisboa / CERIS

Licenciada em Engenharia Civil (1982) pelo IST, mestre em Planeamento Urbano e Regional (1987) e doutorada em Água e Ordenamento do Território (2010) pela Universidade de Lisboa. Especializada nas áreas de Governança e Política da Água, Planeamento Territorial e Desenvolvimento Urbano Sustentável, tendo publicado e apresentado perto de duas centenas de títulos em matérias relacionadas com estes temas. Professora Adjunta na University of Western Australia desde 2012. Investigadora na Universidade de Lisboa, onde é membro do Centro de Investigação e Inovação em Engenharia Civil para a Sustentabilidade/CERIS, desde 2014. Editora-Chefe da Revista World Water Policy (Wiley) desde 2014 e Diretora da revista 'Recursos Hídricos' da APRH desde 2023. Membro do Grupo da OCDE Water Governance Initiative desde 2016.



Tiago Balieiro Cetrulo

Investigador

Pós-doutorando na Universidade de Campinas, Brasil. Desenvolve as pesquisas na área de gestão ambiental e desenvolvimento sustentável, mais especificamente na avaliação de políticas públicas ambientais relacionadas aos recursos hídricos e saneamento.



Vera Eiró

Professora da Fac. de Direito da Univ. Nova de Lisboa
Presidente do Conselho de Administração da ERSAR
Vice-Presidente da WAREG

Doutorada em Direito Público, Pós-Graduada em Direito do Ambiente, do Urbanismo e do Ordenamento do Território. Atualmente, Presidente do Conselho de Administração da ERSAR, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Vice-Presidente da WAREG (European Water Regulators).

A GOVERNANÇA DA ÁGUA

A água é um bem imprescindível à vida, insubstituível e de valor infinito. Pensar na governança da água, um recurso limitado e vital, é um exercício que cada vez mais se torna prioritário para cada país. A quantidade de água que existe no planeta é finita ao passo que a população mundial tende a crescer, o que significa que há cada vez menos água por habitante no planeta. As rápidas alterações climáticas e o cenário de escassez hídrica resultam de duas condicionantes difíceis de conciliar: por um lado, menos água que nos é dada pela natureza; por outro lado, uma maior necessidade de água para prover às necessidades e para desenvolver o nosso país.

Face a este cenário e numa altura de rápidas mudanças no setor, é com grande satisfação que a ERSAR participa na atual edição do Curso Técnico n.º 9 sobre “A Governança da Água”, que resulta de uma colaboração com o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A presente edição pretende dar continuidade à anterior publicação intitulada “Direito da Água”, de 2013, atualizando a informação e incluindo temas relevantes como os modelos de gestão dos serviços de águas e a participação do setor privado, os desafios do PENSAARP 2030, os poderes regulamentares da ERSAR, a proteção dos consumidores, o impacto das alterações climáticas sobre os serviços públicos de águas, a água como um recurso circular e o regime da reutilização das águas residuais, entre outros.



ENTIDADE REGULADORA
DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Rua Tomás da Fonseca, Torre G – 8º
1600-209 LISBOA PORTUGAL

www.ersar.pt