

REGULAÇÃO DAS ÁGUAS E DOS RESÍDUOS¹

Pedro Cunha Serra²

1. Introdução

Em economia distinguem-se os *bens económicos*, aqueles que, pela sua escassez e utilidade, e independentemente do seu valor de uso, são geradores de conflitos de mercado e, portanto, susceptíveis de terem um preço que restringe o seu consumo, dos *bens livres*, aqueles que, sendo úteis, não são escassos e, portanto, independentemente também do seu valor de uso, que pode ser tanto ou mais elevado do que o daqueles, têm uma utilidade marginal nula (estão acessíveis tantas unidades adicionais do bem quantas sejam necessárias e por isso não são geradoras de conflito que tenha de ser resolvido pelo mercado) e por isso não têm um preço.

A água, entenda-se a água livre na natureza, começou por ser um bem livre e é hoje em muitas regiões um bem económico³. A dificuldade em fixar-lhe um preço que reflecta a sua escassez decorre das deficiências do mercado, que têm a sua origem tanto na sua natureza e valor ambiental como no facto de estarmos perante um bem essencial à vida (valor de uso ilimitado), que interdita o seu tratamento como se de qualquer outra mercadoria se tratasse⁴.

A água de que nos ocuparemos no curso, que foi sujeita a um processo de tratamento prévio à sua disponibilização ao consumidor final, se estivermos a falar de água para consumo público, ou à sua rejeição no meio aquático, se estivermos a falar de uma água residual, é sempre um bem económico⁵. Tal como os resíduos urbanos, de que também nos ocuparemos⁶.

¹ Não citar. Carece de uma revisão cuidada.

² Mestre em engenharia civil (IST).

³ A este respeito veja-se, por exemplo, Maria Alexandra de Sousa Aragão, *O princípio do Poluidor Pagador*, Coimbra Editora, 1997.

⁴ Da constatação de que a água é um bem livre, em muitas circunstâncias (e para diversas categorias de águas), não decorre necessariamente para estas um estatuto particular do ponto de vista do direito, embora seja precisamente essa a razão pela qual, no direito primitivo de muitas civilizações do passado, estivessem juridicamente qualificadas como *res communes*, coisas comuns, coisas que, sendo essenciais para a vida do Homem e abundantes na natureza, estavam excluídas de todo o tipo de apropriação e todos delas podiam beneficiar.

⁵ O reconhecimento da água como bem económico teve lugar em sede de uma reunião no quadro das Nações Unidas pela primeira vez em 1992, na Conferência de Dublin.

⁶ Os resíduos seriam *res derelictae*, bens abandonados pelo proprietário natural, caso o direito não dispusesse diferentemente.

A questão de saber se a água, ou melhor dizendo, o acesso à água em condições razoáveis de qualidade e garantia de abastecimento, é ou não um direito fundamental do Homem é seguramente muito importante do ponto de vista das implicações jurídicas que o reconhecimento desse seu estatuto tem, quer no plano interno de cada Estado e das obrigações dos governos perante os cidadãos, quer no plano internacional nas relações entre Estados ribeirinhos.

Mas não será legítimo pretende contrapor esse carácter essencial da água, que ninguém questiona, à sua natureza de bem económico em determinadas circunstâncias, menos ainda quando, depois de captada, tratada, manipulada, adquire um valor que já não é apenas aquele que corresponde ao custo de escassez e ao custo ambiental que lhe estão associados na natureza.

A água como bem económico distingue-se, no entanto, em muitos aspectos, de outros recursos naturais que pela sua actividade o Homem converte em mercadorias. Tal deve-se ao facto de se tratar de um bem ambiental, ou seja, essencial também para todas as outras formas de vida na Terra, e também ao facto de ser renovável, ao contrário da generalidade dos outros recursos naturais.

São, no entanto, fortemente questionáveis as ilações que muitos pretendem retirar quando contrapõem o valor social que atribuímos à água à sua natureza de bem económico, que recusam: a de que os serviços de água devem ser prestados por entidades públicas e a de que o serviço deve ser, senão gratuito, ao menos fortemente subsidiado (pelo Estado, entende-se). Não sendo a água uma mercadoria, mas sim um bem público, deve ser distribuída gratuitamente, ou por valor simbólico, aos cidadãos. Será a atribuição de um preço à água, dizem, que a converte numa mercadoria fonte de lucro para as empresas.

Há que esclarecer em primeiro lugar que o carácter essencial dos serviços de água, e até mesmo o seu reconhecimento como direito fundamental do Homem, não justificam, só por si, uma política de subsídios ao sector. Neste aspecto pode perguntar-se como é que, à luz desse mesmo raciocínio, não é também reclamada uma política de subsídios generalizados para os bens alimentares, cujo estatuto de direito fundamental está mesmo já explicitamente reconhecido na Carta dos Direitos do Homem (direito à alimentação). Se para os bens alimentares, também eles essenciais para a sobrevivência de todos os seres humanos, não é reclamada uma tal política, porque é isso feito para a água? Veremos adiante que há uma razão para isso, que não tem no entanto nada a ver com esta que vemos evocar.

Tal como sucede com tantos outros direitos fundamentais do Homem, consagrados em convenções e tratados internacionais, nas Constituições e nas leis nacionais, da natureza fundamental dos direitos não decorre que estes tenham que ser prestados gratuitamente pelo Estado, ou sequer que o devam ser, por razões de eficiência e de eficácia⁷, certamente, mas também por razões de equidade, porque uma política de preços muito reduzidos que transfere o esforço financeiro a realizar para o Estado, independentemente da capacidade económica dos consumidores, é, por essência, iníqua.

É hoje reconhecida, de forma generalizada, a necessidade de realização de receitas pela prestação desses serviços para suporte de uma parcela apreciável dos seus custos, por

⁷ Diz-se de uma actividade ou acção que ela é eficaz quando atinge os objectivos que lhe estavam fixados. Diz-se essa actividade eficiente se o resultado pretendido é atingido com a máxima economia de meios. Aos serviços de águas e resíduos exige-se que sejam eficientes e eficazes, como veremos adiante.

muito essenciais que esses serviços sejam, e é aceite que um preço razoável funciona como dissuasor de abusos.

Em abono de tarifas da água que promovam a recuperação de uma parcela significativa dos custos militam ainda razões de natureza ambiental importantes. A tarifa, para além de ser um dissuasor do desperdício, tal como relativamente a qualquer outro produto, é ainda um critério que será tomado em consideração no momento da decisão sobre a instalação de actividades fortemente consumptivas (ou fortemente poluidoras, uma vez que tudo o que se vem dizendo a respeito do abastecimento de água pode ser dito também, com pequenos ajustamentos, da recolha e tratamento de águas residuais e dos resíduos sólidos urbanos). Uma tarifa de favor irá enviar aos agentes económicos os sinais errados quanto à decisão a tomar a este respeito, com as inerentes consequências ambientais negativas (de redução de caudais, de degradação da qualidade das massas de água).

Não deve ainda ser confundido o regime de dominialidade da água na natureza com o seu carácter de bem em propriedade privada quando é apropriado pela entidade prestadora do serviço ou chega a nossas casas. Qualquer entidade que, mediante autorização⁸, licença⁹ ou concessão¹⁰, capta água para qualquer fim, seja ele o consumo humano, seja a rega, se apropria desse bem para seu uso, ainda que esse uso seja a prestação do serviço público de água¹¹. Se assim não fosse não fazia sentido a necessidade de uma autorização ou de uma licença. Se essa entidade é uma autarquia, por exemplo, estaremos perante a propriedade privada de uma entidade pública. No limite, se é uma entidade pública estatal que se apropria dessa água estaremos perante propriedade privada do Estado.

O que transforma a água em mercadoria não é, pois, o facto de a entidade que assume a responsabilidade pela prestação do serviço ser uma empresa de direito privado e não uma entidade autárquica, um departamento, instituto ou empresa pública, mas sim a sua escassez, por um lado, e o facto de, para esse efeito, de uma forma ou de outra, ser necessário incorrer em custos, independentemente de quem os vai suportar, por outro.

⁸ No caso de águas com estatuto de particulares, nos termos do artigo 1385º e seguintes do Código Civil. Autorização é o acto pelo qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício de um direito pré-existente. O particular é já titular de um direito subjectivo, mas a lei estabelece que esse direito só pode ser exercido mediante autorização. O direito é do particular, não é a autorização que lhe confere o direito, simplesmente o respectivo exercício está condicionado pela necessidade de obter uma autorização da Administração. A autorização é um acto de remoção de limites ao exercício de direitos dos particulares.

⁹ No caso das águas dominiais, nos termos do Decreto-Lei nº 46/94, de 22 de Fevereiro. Licença é o acto pelo qual um órgão da Administração atribui a alguém o direito de exercer uma actividade que é por lei relativamente proibida (até à obtenção do título de utilização). O particular não é titular de nenhum direito, e a actividade que se propõe desenvolver é até, em princípio, proibida por lei, mas a própria lei admite que, em certos casos e a título excepcional, a Administração Pública possa permitir o exercício da actividade. Ou seja, com um tal acto autorizativo a Administração possibilita uma prática que, em princípio, se opõe ao interesse geral, e fá-lo em nome da realização de outros direitos constitucionalmente valorados, como sejam os direitos económicos, ponderando os interesses em causa em obediência ao princípio da proporcionalidade.

¹⁰ Marcelo Caetano (*Manual de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 9ª edição, 1972) considera a concessão de uso, a que nos estamos a referir, mera licença constitutiva de direitos, o que a distingue da licença precária referida na nota anterior e da concessão de serviço público que é tratada adiante.

¹¹ Serviço entendido como a produção e disponibilização de um bem de que os indivíduos carecem para a satisfação de uma necessidade que, sendo colectiva, é individualmente sentida. Marcelo Caetano, *opus cit.*

A questão fundamental que se coloca, que justifica a confusão em torno da natureza essencial da água mas que não tem a ver com esta, é que, ao contrário do que sucede com outros bens e produtos essenciais, e até com serviços que materializam outros direitos fundamentais do Homem, como sejam os serviços de saúde e os estabelecimentos de ensino, em relação com o direito à saúde e ao acesso ao ensino, para a água não há geralmente mais do que um fornecedor em cada parcela do território. E ainda, e não menos importante, não há produtos sucedâneos idóneos para a água.

Os serviços de água constituem, por isso, o exemplo mais perfeito que conhecemos de monopólio: uma única entidade para prestar o serviço em cada região e ausência de produtos de substituição. O que muitos temem, embora exprimindo mal esses seus receios, é que as empresas, por força dessas circunstâncias, abusem dessa sua posição monopolística para fixarem tarifas sem relação com os seus custos e consigam com isso um enriquecimento ilícito. Essa hipótese não pode ser excluída, pois é sabido que a procura doméstica é fortemente inelástica, ou seja, a um aumento importante das tarifas os consumidores reagem com reduções modestas do consumo, condição ideal para uma actividade monopolística. Na falta de uma regulação dos preços esta situação pode ocorrer, ou melhor, ocorrerá inevitavelmente.

Há que dizer, quanto a isto, duas coisas. Em primeiro lugar, há que dizer que o abuso de posição monopolística pode ter lugar também quando o serviço é prestado por uma entidade pública, e em segundo lugar, há que dizer que há, na teoria económica soluções razoavelmente experimentadas para este problema.

O que abre a possibilidade de abuso de posição monopolística não é a natureza da entidade mas a sua posição perante os consumidores. Tal como podem ser referidos exemplos de abuso por empresas que operam serviços de interesse público em regime de monopólio, também podem ser referidos exemplos de entidades públicas na mesma situação. A tradução do abuso, do ponto de vista do consumidor, é a mesma nos dois casos: tarifas mais elevadas do que seriam num mercado competitivo.

Do ponto de vista das entidades, no caso de empresas esse abuso traduz-se em margens de lucro muito superiores àquelas que esta se permitiria se tivesse concorrência (a questão fundamental que preocupa os críticos das soluções empresariais) para idêntica qualidade de serviço (em sentido lato, qualidade da água e das águas residuais tratadas, das soluções de recolha e destino final dos resíduos, qualidade de atendimento, de reparação de avarias, de expansão da cobertura, etc.) e no caso de entidades públicas, admitindo que o seu objectivo não é o lucro (se o for a situação não é diferente da anteriormente referida) esse abuso pode traduzir-se em ineficiência do serviço, burocracia e, em consequência, custos de produção mais elevados. Em ambos os casos a ausência de concorrência é que é o factor determinante para a falta de eficiência económica do serviço prestado, na óptica do consumidor, embora a expressão dessa falta de eficiência seja distinta num e no outro caso, na óptica da entidade prestadora do serviço. No caso de prestadores de serviço de tipo empresarial, ao sobre-custo eventualmente derivado do enriquecimento ilícito virá juntar-se também geralmente, se outras medidas não forem tomadas, um sobre-custo devido à falta de eficiência da empresa, por falta de investimento no progresso tecnológico, por falta de combate ao desperdício, por não promover ganhos de produtividade, tudo isso por falta de incentivos.

A grande diferença entre a entidade pública prestadora do serviço e a sua alternativa empresarial, que congrega muitos detractores para esta última, é que os responsáveis pela primeira podem ser sancionados politicamente pelos consumidores/eleitores,

enquanto a administração da segunda estará isento deste tipo de sancionamento, protegida ao abrigo de um contrato.

A este respeito há que dizer que não são muitos os casos em que os cidadãos consumidores castigaram os seus eleitos pelo mau estado do serviço de água para consumo público (e nenhum, que seja do nosso conhecimento, em que o tivessem feito devido ao mau estado do serviço de águas residuais). O que sucede na maioria dos casos é que esse sancionamento não tem lugar e até mesmo as autoridades responsáveis pelo ambiente e pela saúde pública acabam por ser muito mais tolerantes para com as entidades públicas, quase sempre de âmbito autárquico, que prestam serviços de águas e águas residuais em condições deficientes, do que seriam para com uma sociedade de direito privado em idênticas circunstâncias.

Para substituir a acção progressista do mercado, de estímulo ao aumento da eficiência económica das empresas, ao aumento da produtividade e ao progresso tecnológico, que não existe na prestação do serviço nas circunstâncias de monopólio, várias soluções alternativas ou complementares têm sido ensaiadas com sucesso.

Uma primeira consiste em fazer agir as forças do mercado no momento da formação do contrato da concessão do serviço, procedendo à contratação do operador por concurso público de empresas e procedendo à selecção em função do mérito relativo e absoluto das propostas, em que um dos critérios de decisão deve ser o valor da tarifa a pagar pelos consumidores.

Uma segunda solução consiste na regulação económica da actividade das empresas que operam no sector, através da intervenção de uma entidade com a atribuição de zelar pelos interesses dos consumidores, em sentido lato, ou seja, zelar não apenas para que a empresa preste o serviço segundo critérios objectivos e controláveis de qualidade e preço, mas também para que o faça sem sobressaltos, ou seja, em condições de uma sã gestão financeira que garanta a sustentabilidade da gestão e, portanto, também, a viabilidade económica da empresa.

Se adequadamente exercida, a acção reguladora pode revelar-se tão ou mais eficaz do que o controlo político dos cidadãos, por ser mais objectiva¹² e mais susceptível de fiscalização. Essa acção reguladora é, por definição e para garantia do seu sucesso, a mais transparente das formas de controlo e fiscalização da actividade das entidades que prestam serviços em regime de monopólio, e sobreleva a fiscalização política ou administrativa que eram feitas no passado.

Um exemplo limite do que estamos a afirmar pode observar-se nos mercados da energia eléctrica e das telecomunicações, apesar das características que os distinguem do sector das águas. No primeiro destes sectores é a acção do regulador que tem fundamentalmente vindo a determinar o abaixamento das tarifas e a transparência da estrutura de custos, e no segundo é o seu papel, ao combater o abuso de posição dominante pela empresa já solidamente instalada, e ao propiciar assim as condições de mercado concorrencial, que tem tido esse efeito.

Verifica-se muitas vezes que os serviços prestados pelas empresas operadoras, mesmo quando num quadro de serviço sujeito a regulação, são mais caros do que os mesmos serviços prestados por entidades públicas. Tal acontece, na maior parte das vezes, por

¹² Como veremos, entre os mecanismos de regulação está o “benchmarking”, ou comparação do desempenho apoiada em indicadores. Através da comparação do desempenho das várias empresas que actuam no sector, com base num conjunto de indicadores objectivos e quantificados, é possível detectar as deficiências e a falta de eficiência económica destas.

duas ordens de razões: (1) porque não estamos perante o mesmo serviço senão aparentemente, uma vez que a qualidade da água para consumo público e o tratamento das águas residuais obedece a padrões de qualidade muitas vezes ausentes do serviço prestado por entidades públicas; (2) porque, ao contrário da tarifa do serviço público, que por ter acesso a subsídios pode praticar tarifas políticas, a tarifa praticada pela empresa tem de cobrir integralmente os custos, incluindo investimentos importantes que são parte do contrato da concessão, explicitamente ou na forma de exigência de uma dada taxa de cobertura.

Essa comparação é sobretudo feita no momento da mudança de operador quando, precisamente, a entidade pública que geria anteriormente o sistema recorre à figura da concessão para financiar investimentos importantes que se lhe torna incomportável subsidiar. Uma tal comparação não é razoável mas nem por isso deixa de ser feita e presta-se a extrapolações pouco sérias. A extrapolação que é feita é de que esse aumento de tarifa se destina a satisfazer o lucro da empresa, e seria o resultado de um abuso de posição monopolística.

Ora, uma das questões centrais que colocam os apologistas do modelo público é precisamente esse, do aumento da tarifa que muitas vezes acompanha a entrada de empresas neste sector de actividade, sem cuidarem se apurar até que ponto os serviços prestados por uns e por outros são verdadeiramente idênticos. Com este argumento mais não fazem do que obscurecer a essência desta questão. O mínimo que há que dizer nestas circunstâncias é que a argumentação carece de seriedade, por estas razões.

O esclarecimento desta questão é central no debate *público* versus *privado*. É que, em grande número de casos, senão na esmagadora maioria, o que motiva a opção pela entrega da gestão e exploração dos serviços de águas a empresas privadas, independentemente do modelo de empresarialização adoptado, é precisamente o reconhecimento da necessidade de melhorar as condições em que o serviço é prestado sem com isso sobrecarregar as finanças públicas.

Não se pode esperar que esse resultado seja alcançado, num quadro que se caracteriza precisamente por uma política de verdade dos custos, que é aquele em que se movem inevitavelmente as empresas, sem agravamentos das tarifas. O motor da mudança é a necessidade financeira. Necessidade de mobilizar recursos financeiros para a execução das infra-estruturas de águas e saneamento, necessidade de por termo a políticas de subsídios que se tornam incomportáveis para os orçamentos públicos, necessidade de reduzir ou limitar a expansão da dívida pública ou, até, necessidade de desviar recursos financeiros do sector da água para outros sectores. Independentemente da apreciação que se possa fazer da bondade de algumas destas escolhas, que são da responsabilidade dos decisores políticos, nada decorre daqui que legitime a mistificação que se pretende fazer entre aumentos das tarifas e lucro das empresas.

Um dos factores que contribui para mais obscurecer esta questão, se possível ainda, é o facto de, em muitas circunstâncias os consumidores não sentirem os efeitos práticos dessa mudança. Isso acontece, por exemplo, quando os investimentos se destinam fundamentalmente à expansão dos sistemas para zonas anteriormente carentes do serviço, caso em que apenas os novos consumidores servidos irão sentir os efeitos benéficos dos investimentos realizados.

Outro caso, que entre nós é muito frequente, é quando os investimentos se destinam à melhoria da qualidade da água distribuída para consumo público, em que os efeitos não se traduzem numa melhoria dos padrões de qualidade organoléptica, olfactiva, de conforto ou outra que seja facilmente perceptível pelo consumidor. Por exemplo, a

eliminação do chumbo na água para consumo humano, que decorrerá da entrada em vigor da nova legislação comunitária, vai exigir grandes investimentos cujos efeitos benéficos em termos de saúde pública só se farão sentir nas estatísticas de certas doenças, sem que, contudo, cada consumidor seja capaz de perceber minimamente a mudança. Os investimentos que terão que ser feitos justificarão, muito provavelmente, aumentos das tarifas. Se para esse efeito as autarquias fizerem apelo às empresas, alguns argumentarão que esses aumentos se destinam a satisfazer a sede de lucro dessas empresas, quando na realidade apenas uma parcela se destinará à remuneração do capital.

Um outro caso em que inevitavelmente o operador se irá esbarrar com a incompreensão dos consumidores respeita a todos os investimentos realizados nos sistemas de recolha e tratamento de águas residuais urbanas, em que os efeitos benéficos se farão sentir sobretudo na melhoria da qualidade do meio aquático receptor e dos ecossistemas que lhe estão associados. Ou seja, quando esses benefícios são para serem apreciados sobretudo pelas gerações futuras, que encontrarão oportunidades de desenvolvimento que, de outro modo, lhes estariam vedadas.

Em resumo, há que não mistificar as coisas, não confundindo enriquecimento ilícito ou abuso de posição monopolística com legítimo retorno dos capitais investidos no sector¹³.

Coloca-se a questão de saber se a gestão de tipo empresarial que é introduzida quando uma empresa é chamada a assumir a responsabilidade pela gestão de sistemas de águas é superior à gestão pública (autárquica, por exemplo) que era tradicional. Ou seja, se há um mérito intrínseco na gestão empresarial que justifique, só por si, a entrega da gestão a empresas quando outras razões, nomeadamente financeiras, não existam, sabendo-se que há experiências de sistemas geridos por instituições ou organismos públicos, nomeadamente autarquias, que funcionam bem, tanto em Portugal como em outros países.

A resposta a esta questão é complexa mas fundamental para o esclarecimento do caminho a seguir para o futuro, para a definição das políticas nacionais nesta matéria tão relevante.

É razoavelmente evidente que, se todos os factores que determinam a actividade do sistema e do organismo que tem a responsabilidade pela sua gestão forem idênticos, então os resultados, do ponto de vista dos consumidores, serão, senão mais favoráveis na solução pública (não haverá lugar à remuneração dos capitais e, portanto, a tarifa pode ser mais baixa), pelo menos equivalentes aos que podem ser obtidos na solução empresarial. Estas premissas podem, no entanto, ser questionadas.

Em primeiro lugar, por razões subjectivas. São as conhecidas ineficiências da Administração Pública (falta de incentivos para o progresso, morosidade na aquisição de bens e na contratação de serviços devida aos prazos que têm de ser observados e à complexidade dos procedimentos administrativos das regras dos mercados públicos, rigidez das regras a que tem de obedecer a gestão de pessoal, etc.) que eventualmente afectarão mais umas administrações do que outras. Embora se possa admitir, em teoria,

¹³ É evidente que os apologistas de uma sociedade estatizada, onde o lucro não tenha lugar, terão outras razões para condenarem o modelo de empresarialização dos serviços de interesse geral. A análise dos seus argumentos transcende claramente o âmbito deste curso. Basta, no entanto, reparar no estado em que se encontravam estes serviços na Europa Oriental em 1989 para perceber que muitos dos seus argumentos são meramente retóricos e sem adesão à realidade.

que estas limitações do modelo público de gestão possam ser corrigidas através de adequadas medidas de desburocratização, senão completamente, ao menos quanto baste para que o diferencial de rendimento e eficiência seja coberto pela ausência da remuneração dos capitais, o que é facto é que estes problemas, entre nós, subsistem¹⁴.

Em segundo lugar por razões objectivas, pela carência de mecanismos que supram a ausência do mercado nas soluções de gestão pública, do tipo da regulação que existe para a actividade das empresas no sector. Esta é uma dificuldade que não é susceptível de ser ultrapassada, por razões ponderosas de natureza política e constitucional.

Abundam os exemplos de gestão pública eficiente que deveriam ser estudados antes de dar o passo, irreversível a médio prazo, de avançar para a empresarialização ou privatização destes serviços, sobretudo nos países em vias de desenvolvimento.

Várias razões há que explicam a evolução no sentido da privatização que podemos observar, que decorrem, umas, da mera observação da situação, outras, da ponderação das vantagens e dos inconvenientes de uma e outra solução.

Em primeiro lugar está, como já dissemos, a questão da necessidade financeira. Apesar dos subsídios mais ou menos generosos carreados ao longo das últimas décadas para o sector, e dos investimentos levados a cabo com dinheiros públicos, o que se observa é que, ao ritmo a que vêm sendo feitos estes investimentos, os problemas não só não se vêm resolvendo como, pelo contrário, se têm vindo a agravar, assistindo-se em muitos casos à degradação de infra-estruturas existentes devida à descapitalização dessas entidades, consequência da sua falta de eficiência na gestão e da impossibilidade encontrar soluções de financiamento complementares. Os fundos de apoio ao desenvolvimento fazem-se mais escassos, e não mais abundantes, por razões que têm a ver com a constatação da sua reduzida eficiência no passado. Por dever para com os doadores e os contribuintes nacionais, os Estados que tradicionalmente vinham subsidiando projectos de águas nos países em desenvolvimento, perante o insucesso dessa política, patente nos resultados totalmente insatisfatórios a que se chegou ao fim de todos estes anos, começam a questionar-se sobre a bondade de uma estratégia baseada em conceitos generosos de cooperação e apoio ao desenvolvimento mas ineficaz quanto aos resultados.

É o resultado dessa reflexão que está na origem da nova estratégia de parceria público/privado, que tem merecido o apoio das agências financeiras internacionais de apoio ao desenvolvimento. A constatação a que chegaram todos os actores em cena com um papel relevante é de que uma política de subsídios apenas não resolve os problemas e, portanto, vai ser necessário encontrar soluções em que uma parte mais ou menos importante dos fundos requeridos para a realização dos sistemas e para cobrir os respectivos encargos de gestão, exploração, manutenção e reposição, seja assegurada pelos utilizadores através da tarifa paga pelo serviço prestado. Para este efeito é necessário que o sector financeiro privado seja mobilizado, o que só será conseguido com garantias adequadas quanto às perspectivas de recuperação dos capitais investidos. A avaliação que tem sido feita é de que as soluções empresariais oferecem maiores garantias de sucesso.

¹⁴ A razão para a ineficiência dos modelos públicos de gestão pode ser encontrada no modelo de democracia que temos, que privilegia as decisões de gestão de curto prazo, como por exemplo o desinvestimento em infra-estruturas, visando objectivos e prosseguindo resultados imediatos, em detrimento de soluções de longo prazo, mais compatíveis com os que são necessários à recuperação dos pesados investimentos em infra-estruturas que são exigidos neste sector, sobretudo se atendermos a que as consequências das decisões erradas só se fazem sentir, na maior parte dos casos, anos mais tarde.

2. Os serviços de interesse geral no direito comunitário

A problemática dos chamados *serviços de interesse geral* na Europa tem preocupado a Comissão Europeia e o Conselho, que lhes têm dedicado comunicações¹⁵ e directivas. Os serviços de interesse geral aparecem referidos no artigo 16º do Tratado¹⁶ e são os serviços que os Estados-membros sujeitam a obrigações específicas de *serviço público*¹⁷ por força de critérios de interesse geral¹⁸. Tendo em vista a promoção do interesse geral as Administrações dos Estados-membros poderão impor obrigações específicas aos operadores e prestadores destes serviços, não devendo ser confundido, como sublinha repetidas vezes a Comissão nas suas comunicações, este serviço público com sector público, ou seja, com o estatuto legal das entidades encarregues da prestação destes serviços.

Para que um serviço ou uma actividade possa ser classificada de interesse geral deverão aplicar-se-lhe alguns dos seguintes critérios das prestações de serviço público: servir para a satisfação de necessidades básicas das populações, a protecção do ambiente, a promoção da coesão económica e social ou o ordenamento do território; tal ser um requisito para a segurança do fornecimento; e quando esteja em causa o uso de recursos escassos ou a necessidade de investimentos pesados em infra-estruturas de longa duração (perspectiva inter-geracional). Associado ao conceito de serviço público surge então o conceito de *serviço universal*. Significa o *serviço universal* que se considera um direito de todos os cidadãos o acesso contínuo, com qualidade e a preço comportável, a determinados bens e serviços. A CRP consagra diversas obrigações de serviço universal ao Estado, como sejam o acesso ao ensino, à saúde, à habitação, etc.

Os serviços de interesse geral são motivo de grande orgulho dos europeus e traço distintivo de outras culturas, a fazer fé nas referidas comunicações da CE. O conceito de serviço universal vigora entre nós há muitas décadas nos sectores da energia eléctrica, das telecomunicações, dos correios, dos transportes terrestres, da água e das

¹⁵ Comunicação da Comissão sobre Serviços de Interesse Geral na Europa, COM/96/443, JO C 281/3, de 1996.09.26; Comunicação da Comissão COM/2000/0580.

¹⁶ O artigo 16º do Tratado da União Europeia dispõe que, “sem prejuízo do disposto nos artigos 73º, 86º e 87º, atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto de valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.” O artigo 73º é de aplicação ao sector dos transportes e reconhece legitimidade ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público. Quanto ao artigo 86º, submete os serviços de interesse económico geral ao disposto no Tratado, designadamente às regras de concorrência, “na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada”. O artigo 87º excepciona destas regras determinados auxílios concedidos pelos Estados, e a ele nos referiremos adiante.

¹⁷ Serviço público é a actividade que vise facultar, de modo regular e contínuo, a quantos dele careçam, os meios idóneos para a satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida. Também é comum referir-se como Serviço Público a entidade de tipo administrativo que desenvolve aquela actividade, quando é o caso.

¹⁸ A Constituição de 1933 criava uma categoria de empresas de interesse colectivo, entre as quais figuravam as empresas concessionárias de serviços públicos, que sujeitava a um regime especial no que concerne aos seus direitos e deveres, *nacionalidade*, corpos sociais, pessoal e intervenção e fiscalização do Estado. A CRP limita-se a dizer que “a lei disciplinará a actividade económica e os investimentos por parte de pessoas singulares ou colectivas estrangeiras, a fim de garantir a sua contribuição para o desenvolvimento do país e defender a independência nacional e os interesses dos trabalhadores (artigo 87º). Simultaneamente prevê que a lei posa “definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza” (artigo 86º, nº 3).

comunicações terrestres e conduziu, no passado, à integração das empresas que fornecem ou prestam estes serviços no sector público empresarial. No caso do sector da água para consumo humano e do saneamento, a perspectiva do serviço público e universal levou a que o sector estivesse mesmo vedado às empresas do sector privado até 1993¹⁹.

O Estado Social do após guerra promoveu a aplicação de dinheiros públicos nos pesados investimentos em infra-estruturas necessárias à prestação de serviços de interesse económico geral, criando situações de monopólio que terão conduzido à ineficiência dos operadores instalados e à penalização dos consumidores. Os preços praticados pelos operadores eram frequentemente *preços políticos*, fixados não com base em critérios económicos mas em função das possibilidades do eventual consumidor. Esta prática, iniciada nos serviços de interesse geral de natureza social, estendeu-se entre nós aos *serviços de interesse económico geral*²⁰. São subsidiadas as tarifas dos transportes ferroviários, rodoviários urbanos, certas portagens²¹, as tarifas da água e do saneamento, etc.

A necessidade da mudança surgiu pela conjugação de um conjunto de factores, uns de carácter geral, outros específicos do sector de que nos ocupamos. Podem ser identificados, com carácter geral, os seguintes:

- A elevação dos padrões de exigência dos consumidores, em termos de qualidade e preço.
- As dificuldades em reunir os recursos financeiros necessários aos pesados investimentos exigidos.
- A possibilidade de abertura de alguns destes sectores à competição que resulta da introdução de novas tecnologias²² e novos conceitos²³, que pode ser encontrada em certos sectores ou em actividades específicas.

No sector dos serviços hídricos podem ser identificados, para além dos anteriores, as preocupações com a protecção do ambiente que desenvolveremos adiante, dada a sua importância.

Os serviços de interesse económico geral estão sujeitos às regras comunitárias da concorrência, sempre que a sua prestação deixe de ser feita por entidades de direito público e haja delegação destes serviços a entidades de direito privado.

O serviço universal pode ser definido em termos dos princípios fundamentais que deve observar: igualdade (de condições de acesso ao serviço para todos os consumidores),

¹⁹ Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro.

²⁰ São serviços de interesse económico geral aqueles serviços de mercado que o Estado sujeita a obrigações de serviço público na base de critérios de interesse geral

²¹ Ao contrário do que muitos supõem, as portagens da ponte 25 de Abril sempre foram portagens políticas, uma vez que foi assim decidido em 1968 aquando da sua abertura ao tráfego (os cálculos feitos à época previam a cobertura de 20% dos investimentos realizados, e o valor das portagens veio a ser fortemente erodido pela inflação dos anos subsequentes). Pode mesmo dizer-se que nunca as portagens que venham a ser decididas no futuro serão suficientes para “pagar a ponte”, tal seria o montante actualizado dos custos que foram suportados directamente pelo Estado naquela data, nem tal faria sentido, pelo que as decisões que têm vindo a ser tomadas sobre esta matéria se baseiam em considerações de outra ordem.

²² É patente no sector das telecomunicações, graças à tecnologia dos telefones móveis.

²³ Por exemplo, o conceito de exploração em comum dos canais de rede, aplicável aos telefones fixos, ao caminho-de-ferro, à electricidade. A aplicação deste conceito ao sector da água para consumo público (*common carriage*) foi ensaiada em Inglaterra mas suscita reservas que analisaremos.

universalidade (a cobertura de todo o território tem de ser assegurada), continuidade (o serviço não deve sofrer descontinuidades) e transparência (as condições em que o serviço é prestado, de preço, contratos e outras, devem ser levadas ao conhecimento do público).

A aplicação de alguns destes princípios pode levar à perequação das tarifas dos serviços de interesse geral, em nome dos princípios enunciados, se outros valores não houverem que tenham de ser protegidos. Designa-se *perequação* dos preços ou tarifas a operação que consiste em atribuir um único valor a um bem ou um serviço em todo o território nacional ou de uma região, independentemente dos custos particulares dessa prestação em cada caso particular²⁴. São exemplos de perequação as tarifas da energia eléctrica e dos correios em todo o território nacional. Essas tarifas são únicas, independentemente dos custos da prestação desses serviços nos grandes centros urbanos ou em locais recônditos da província serem substancialmente distintos.

A perequação é fundada em preocupações de solidariedade e coesão económica e social, características dos serviços de interesse económico geral, sendo comuns os casos em que esses preços e tarifas são fortemente subsidiados, pelos mesmos motivos.

Alguns autores têm defendido a perequação da tarifa da água a nível nacional. É questão que examinaremos adiante, mas adianta-se desde já que há razões ambientais e outras que militam contra essa solução, razão pela qual ela é hoje contrária ao direito.

Os Estados têm praticado uma política de protecção dos sectores classificados de interesse geral, alegando razões de interesse público, para constituírem uma reserva de mercado para as empresas nacionais. Tal levou a CE, em nome da defesa da concorrência, a promover a sua abertura à concorrência.

Esta preocupação com a concorrência não é, no entanto, a única a mover a CE²⁵ e o Conselho. Uma outra razão ponderosa tem a ver com a competitividade da economia europeia no mercado mundial, face à concorrência das empresas americanas e outras que beneficiam de preços mais favoráveis para certos serviços e bens necessários à produção, em resultado da abertura dos respectivos sectores à concorrência (tarifas da energia mais baixas, de telecomunicações, etc.). E há ainda que não esquecer as limitações orçamentais comunitárias e nacionais, que determinam, em muitos casos, o apelo aos capitais privados para o financiamento destes sectores, o que exige a sua abertura e, quando possível, a adopção de formas de concorrência.

Para este efeito, e para que a concorrência seja possível, a CE tem-se preocupado com estabelecer padrões que permitam a interoperabilidade e a ligação das redes, o seu planeamento a médio prazo numa óptica transnacional e a homogeneização das legislações nacionais.

Os serviços de interesse económico geral diferem ainda de outros serviços na medida em que existe o entendimento de que eles devem ser assegurados independentemente dos incentivos do mercado nesse sentido. Ou seja, na ausência de tais incentivos, ou em caso em que eles sejam insuficientes para interessarem os operadores privados, o Estado assegurará a sua prestação em condições de qualidade e preço acessível.

²⁴ A perequação não presume uma tarifa única e indiferenciada, pelo que se deve falar antes em sistema tarifário único para todo o território.

²⁵ A coesão económica e social, o desenvolvimento rural e urbano harmonioso e a protecção do ambiente estão no cerne das preocupações da CE com os serviços de interesse geral. Fazendo-se eco dessas preocupações, os Estados-membros incorporaram uma referência aos serviços de interesse geral no artigo 16º do Tratado.

3. Os serviços de águas e saneamento como serviços de interesse económico geral

Os textos comunitários analisam em profundidade as condições e as políticas tendentes à abertura dos sectores das telecomunicações, electricidade, serviços postais, transportes e *media* à concorrência, tendo em vista a sua maior eficiência. Ao mesmo tempo reconhecem a especificidade do sector da água.

São de várias naturezas as especificidades do sector da água e saneamento: (1) é uma actividade que não se presta à concorrência; (2) a água é um bem ambiental de primeira grandeza e simultaneamente é já, em muitas situações, um bem económico; (3) o seu valor de uso é praticamente infinito; (4) a sua qualidade é definida em função de um elevado número de parâmetros; e (5) há uma sólida tradição de atribuição destas competências às autarquias locais em toda a Europa.

O sector da água é talvez o exemplo mais perfeito de monopólio natural descrito na literatura. Um monopólio é natural quando é mais eficiente ter uma única empresa a fornecer todos os consumidores do que duas ou mais empresas, ou seja, se o preço a pagar pelos consumidores for superior se for introduzida a concorrência.

Nos sectores das águas para consumo público e das águas residuais, os investimentos necessários para cobrir os custos iniciais da actividade são da seguinte ordem de grandeza:

100 a 300 euros/habitante servido, para a água;

200 a 500 euros/habitante servido, para o saneamento.

Estes custos são mais ou menos importantes consoante a densidade da rede, o nível de tratamento exigido²⁶ e outros factores locais (morfologia do terreno, tipo de povoamento, etc.).

O reconhecimento da água como bem económico tem raízes profundas no direito nacional. O Código Civil de 1966 reconhece esta realidade ao consagrar, na linha do CC de 1867, a categoria de águas particulares, que se distinguem das águas dominiais pelo facto de estarem sujeitas às disposições daquele código²⁷, enquanto que estas estão sujeitas a leis especiais.

O reconhecimento da água como bem ambiental também não é recente²⁸. Esse reconhecimento é assumido mais explicitamente no Decreto n° 8, de 5 de Dezembro de 1892²⁹ e em toda a legislação subsequente. Por outro lado, a Lei de Bases do Ambiente

²⁶ O tipo de tratamento exigido para a produção de água para consumo público depende da qualidade da água na origem, que se encontra regulada pelo Decreto-Lei n° 236/98, de 1 de Agosto, que transpõe a directiva 75/440/CEE, e a qualidade do efluente encontra-se regulada pelo Decreto-Lei n° 152/97, de 19 de Julho, que transpõe a directiva 91/271/CEE para o direito nacional.

²⁷ Artigo 1385° do CC. O CC, nos seus artigos seguintes, esclarece que são títulos justos de aquisição das águas particulares, quaisquer meios legítimos de adquirir a propriedade de coisas imóveis ou de constituir servidões. Os proprietários destas águas exercem sobre elas direitos reais. Direito real é o poder de exigir de todos os outros indivíduos uma atitude de respeito pelo exercício de determinados poderes sobre uma coisa (Mota Pinto, *Direitos Reais*, 1971).

²⁸ A consideração de águas dominiais na antiguidade clássica radica não apenas em critérios relativos ao *destino* do bem, mas também em critérios derivados da sua *natureza* de bem ambiental, ainda que estes fossem incipientes e não estruturados.

²⁹ Este diploma, no n° 6 do seu artigo 5° dispõe que “os remanescentes das águas empregadas nos usos agrícolas ou industriais que tiverem de voltar à corrente principal, na conformidade das disposições do

(LBA), Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, veio fixar um corpo de princípios e com eles estabelecer um novo paradigma ambiental³⁰.

Mais recentemente, em Dezembro de 2000, entrou em vigor a *Directiva 2000/60/CE do Parlamento e do Conselho que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da água*, também conhecida por directiva-quadro. Esta directiva estabelece aos Estados-membros um quadro exigente para a protecção integrada das diferentes categorias de águas. Entre os instrumentos que são adoptados em vista à prossecução deste objectivo estão os condicionamentos dos usos e a amortização de custos dos serviços de água, incluindo os custos ambientais e de recurso.

Esta directiva é importante também por integrar no conceito de estado das águas indicadores qualitativos. De acordo com o conceito de *estado das águas de superfície*, este é a expressão global do estado em que se encontra uma determinada massa³¹ de águas de superfície, definido em função do pior dos dois estados, ecológico ou químico, dessas águas (definição 17 da DQA). E por *estado ecológico* entende-se a expressão da qualidade estrutural e funcional dos ecossistemas aquáticos associados às águas de superfície, classificada nos termos do Anexo V (da DQA, definição 21). Este anexo, por sua vez, estabelece, entre os elementos de qualidade para a classificação do *estado ecológico*, o regime hidrológico de caudais e condições de escoamento e de ligação a massas de água subterrâneas e as condições morfológicas (variação da profundidade e largura do rio, estrutura e substrato do leito e estrutura da galeria ripícola).

Significa isto que o regime hidrológico de caudais, entendido como as quantidades de água que fluem no rio, que o seu uso excessivo pode reduzir muito significativamente, e a sua distribuição temporal (diária, sazonal, interanual), que o seu represamento pode modificar, um e outro pondo em causa a composição e abundância da flora e da fauna aquáticas, outros elementos fundamentais para a classificação do estado, integra o núcleo fundamental dos critérios a ter em conta na definição do estado de qualidade ecológica das águas de superfície.

Idênticos critérios foram adoptados no que respeita às águas subterrâneas. Entende-se por estado destas águas (definição 19) a expressão global do estado em que se encontra uma determinada massa de águas subterrâneas, definido em função do pior dos dois estados, quantitativo e químico. Por *estado quantitativo* entende-se uma expressão do grau em que uma massa de água subterrânea é afectada por captações directas ou indirectas (definição 26). Por sua vez, por *recursos disponíveis de águas subterrâneas* entende-se a taxa média anual a longo prazo de recarga total da massa de águas subterrâneas, a que se subtrai o caudal anual a longo prazo necessário para alcançar os objectivos de qualidade ecológica das águas de superfície associadas, para evitar uma degradação significativa do estado ecológico dessas águas e prejuízos importantes para os ecossistemas associados (definição 27).

artigo 434º do CC, não poderão ser inquinadas de substâncias nocivas à agricultura, à higiene ou à criação e vida de peixes.

³⁰ Esta lei propõe a adopção de medidas que visem “a adequada delimitação dos níveis de qualidade dos componentes ambientais” (artigo 4º, alínea g). São componentes ambientais naturais o ar, a luz, a água, o solo vivo e o subsolo, a flora e a fauna, e componentes ambientais humanos a paisagem, o património natural e construído e a poluição. Cada um destes componentes é objecto de um conjunto de disposições normativas respeitantes à sua protecção, à prevenção da poluição e à promoção da parcimónia do uso. Este é, aliás, um dos traços marcantes deste novo Direito, que diplomas sucessivos vêm aprofundando e densificando, e é particularmente sublinhado em relação com o componente água.

³¹ *Bodies of water*, na versão em inglês da directiva, que poderá ser traduzido por *massas de água* (tal como se apresenta na versão da directiva em português publicada no JO) ou por *corpos de água*.

As questões quantitativas são, então, importantes, tanto em relação com a problemática da protecção do estado de qualidade das águas de superfície, por via do conceito de qualidade ecológica, como para a protecção do estado das águas subterrâneas, por via do conceito de estado quantitativo, que por sua vez pode ter incidência sobre o estado de qualidade ecológica das águas de superfície associadas. É o reconhecimento, por um lado, da importância das questões quantitativas em relação com a qualidade das águas em conceito alargado (no limite, se um curso de água é exaurido por excesso de captações ou represamento a montante, não se poderá falar já de qualidade das suas águas; o mesmo se aplica às águas subterrâneas) e por outro do *continuum* hidrológico (as águas superficiais alimentam e são alimentadas pelas águas subterrâneas). A protecção da qualidade de umas vai a par da protecção da qualidade das outras, tanto na sua vertente de qualidade química como quantitativa.

Estes conceitos são depois reflectidos no artigo 11º da directiva (programas de medidas), onde se prevê a introdução de controlos às captações e represamento de águas de superfície e subterrâneas e a exigência de autorização prévia para estas actividades³².

Esta é desde logo, uma das razões pelas quais não se pode fazer a perequação das tarifas das águas. Se o fizéssemos estaríamos a enviar os sinais errados aos agentes económicos sobre a localização de actividades fortemente consumptivas deste recurso.

Mas estas não são as únicas disposições desta importante directiva com implicações na organização dos serviços de água. Tendo em vista reforçar a utilização sustentável dos recursos hídricos, aquela directiva determina, no seu artigo 9º, que os Estados-membros “terão em conta o princípio da recuperação dos custos dos serviços hídricos³³, mesmo em termos ambientais e de recursos...”.

Convém que nos entendamos sobre o significado da expressão “*uso sustentável da água*”, pois esta designação tem sido utilizada com dois sentidos distintos, ainda que concorrendo para um mesmo resultado muitas vezes.

Em sentido estritamente económico tem-se vindo a referir como sustentável um serviço de interesse económico geral, quer esteja ou não em causa o uso de um recurso natural renovável, quando este gera as receitas necessárias ao custeamento da sua exploração, manutenção e renovação das infra-estruturas.

Este é um conceito relativamente pobre mas que, no entanto, concorre para uma outra perspectiva de sustentabilidade do uso da água: a de que o uso é sustentável se não puser em causa a possibilidade para as gerações futuras de promoverem o seu próprio desenvolvimento. Ora, um serviço de qualidade, particularmente no que concerne ao serviço de águas residuais urbanas, é um contributo para o desenvolvimento sustentável de que o uso sustentável da água será uma componente. Neste sentido, portanto, a conexão entre preço e uso sustentável é fácil de estabelecer: são necessárias tarifas que assegurem um funcionamento eficiente e eficaz dos serviços e garantam, por isso, a sua sustentabilidade económica.

³² A LBA reconhece já a necessidade de uma autorização prévia, no sentido de acto autorizativo ambiental, para todas as utilizações da água (artigo 11º, nº 1).

³³ Por “serviços hídricos” entende-se todos os serviços que forneçam a casas de habitação, a entidades públicas ou a qualquer actividade económica, a captação, represamento, armazenagem, tratamento e distribuição de águas de superfície ou subterrâneas, e a recolha e tratamento de águas residuais por instalações que subsequentemente descarregam os seus efluentes em águas de superfície” (a descarga em águas subterrâneas é proibida pela legislação comunitária, salvo excepções aí previstas).

A perspectiva da directiva-quadro é, no entanto, mais exigente. Para assegurar o uso sustentável da água tem de se assegurar que o preço desta faça a recuperação, não apenas dos custos de produção, que asseguram o uso sustentável na perspectiva anterior, mas também dos custos ambientais³⁴, que em tantas circunstâncias vemos externalizar³⁵, e dos custos de recurso³⁶ (ou de escassez).

Também a verdade dos custos, que se pretende estabelecer como critério para a fixação das tarifas dos serviços de águas, é incompatível com a perequação da tarifa deste serviço. Em cada região e cada sistema os custos de investimento e os custos ambientais e de escassez serão uns ou outros conforme as suas circunstâncias particulares.

Ao referirmo-nos a externalidades ambientais³⁷ estamos a pensar em custos associados à recuperação de linhas de água, custos de combate à poluição residual ou accidental, custos de remodelação de caudais para combater o excesso de regularização, custos de fiscalização e gestão do domínio hídrico que não seriam necessários na ausência de utilizações, e não custos de tratamento de águas residuais, que não pode ser dispensado contra uma prestação pecuniária, por importante que esta seja.

Quanto aos custos de recurso, ou de escassez, vão depender da natureza da utilização e da abundância relativa do recurso. Quanto mais escasso for o recurso, mais elevada será esta parcela do custo da água, uma vez que ela será disputada para outros usos, nomeadamente para outras actividades económicas. E isto é aplicável para todos os usos da água: urbanos, industriais, agrícolas, etc.

Quando existe um mercado, no sentido de uma bolsa de direitos de uso da água comercializáveis, então os custos de escassez surgem naturalmente a partir do momento em que eles começam a ser significativos, ou seja, quando estivermos próximo do limite da capacidade de uso (de captação, de carga, de regularização). No entanto, um tal mercado nunca será perfeito, uma vez que as condições ambientais adicionais a observar na transacção não permitem um verdadeiro mercado de direitos de uso.

Não é claro como se fará a implementação desta disposição da directiva. A dúvida é generalizada e justificou uma comunicação da Comissão Europeia ao Conselho, ao Parlamento e ao Comité Económico e Social, em Julho de 2000. Nesta comunicação reconhece-se que, “apesar dos progressos significativos realizados nos últimos anos, a avaliação dos custos e dos benefícios ambientais e em recursos continua a ser um desafio. Exige uma boa compreensão do funcionamento do ciclo hidrológico nas bacias hidrográficas e a capacidade para avaliar o impacto de determinadas utilizações noutras

³⁴ Custos ambientais são os custos dos danos causados nos ecossistemas pelos usos da água. Podem ser avaliados pelos custos de reparação, com base em experiências similares em outros sítios, como sugere a “Comunicação da CE” de 26 de Julho de 2000.

³⁵ Verifica-se uma externalidade quando a actividade de um agente afecta, positivamente ou negativamente, a situação de outro. Este conceito económico aplica-se a um recurso ambiental, caso típico de mercado imperfeito, podendo essa afectação dar-se no espaço de gerações, dentro do conceito de desenvolvimento sustentável. A poluição das águas representa uma externalidade ambiental negativa. À luz da directiva-quadro, a depleção de um corpo de águas subterrâneas, ainda que parcial e pondo em causa apenas a alimentação dos corpos de águas de superfície que ele é suposto satisfazer e, por essa via, o estado dos ecossistemas aquáticos e ribeirinhos associados, representa outra externalidade, na medida em que afecta a actividade e as perspectivas de desenvolvimento das gerações futuras.

³⁶ Custos do recurso são os custos do empobrecimento do recurso devidos à supressão de outras possibilidades de uso, para outros utilizadores, decorrentes das instaladas.

³⁷ As externalidades tanto podem ser negativas (custos) como positivas (benefícios). São exemplos de benefícios ambientais, aqueles que decorrem de actividades limpas alternativas a actividades poluentes, como seja a produção de energias renováveis. A internalização dos benefícios ambientais é feita através da atribuição de subsídios a estas actividades.

utilizações e massas de água³⁸. Para tal, são necessários conhecimentos técnicos e ferramentas nem sempre disponíveis ou operacionais, mas que constituem a base para qualquer decisão sólida a respeito da gestão dos recursos hídricos. As metodologias existentes para avaliação monetária dos custos ambientais e em recursos, e mais particularmente dos custos ambientais relacionados com a ecologia, não são muitas vezes suficientemente robustas”.

Quanto ao elevado valor de uso da água, ele é facilmente reconhecível. O valor de uso de um bem é determinado pela sua utilidade para o utente. No caso da água esse valor de uso é praticamente infinito. O facto de o valor de uso ser importante não determina, no entanto, um valor económico elevado. Isso só acontece quando esse bem deixa a sua condição de bem livre, superabundante na natureza, e passa à condição de bem económico, derivado à sua escassez. Em muitas circunstâncias e em muitos lugares é isso que está a acontecer com este recurso, razão pela qual a directiva-quadro reclama a internalização dos custos ambientais e de escassez.

Quanto ao elevado número de parâmetros necessários para caracterizar a qualidade deste produto e, por consequência, a qualidade deste serviço, basta atentar nos anexos ao Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro, que faz a transposição para o direito nacional da Directiva n.º 98/83/CE, do Conselho, de 3 de Novembro, relativa à qualidade da água destinada ao consumo humano, que adapta o anterior texto comunitário³⁹ ao progresso científico e tecnológico. São, ao todo, cerca de meia centena de parâmetros físicos, químicos e bacteriológicos que têm de ser avaliados regularmente, situação que não tem paralelo com o controlo de qualidade de qualquer outro serviço de interesse geral.

³⁸ Esta avaliação é essencial para a determinação dos chamados custos de recurso, ou custos de escassez.

³⁹ A directiva n.º 80/778/CEE, do Conselho, de 15 de Julho, relativa à qualidade das águas para consumo humano, transposta pela secção III do Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto.

4. A figura da concessão no direito nacional e comunitário

A participação do sector privado na realização e no financiamento das grandes infra-estruturas iniciou-se no século XIX, quando foram realizadas as primeiras linhas de caminho de ferro. Os Estados não dispunham, nem de estruturas administrativas, nem dos capitais para essas grandes obras de fomento, e recorriam ao capital privado para o efeito. Grandes canais, como por exemplo os canais do Suez e do Panamá, extensas linhas de caminho de ferro, algumas transnacionais, são exemplos de infra-estruturas realizadas pelo recurso a capitais privados através de concessão. Entre nós, recordamos a electrificação do país, com a construção das grandes barragens hidroeléctricas, as primeiras redes de telecomunicações, os sistemas de abastecimento de água às grandes cidades, os eléctricos de Lisboa, tudo exemplos de grandes investimentos em infra-estruturas realizados e explorados em seguida por concessão. Este modelo de financiamento encontrava ainda os seus fundamentos na política liberal dominante à época.

Em primeiro plano surgia a concessão da realização da obra e em segundo plano a concessão do serviço que consistia na sua exploração e conservação por prazo determinado, como forma de pagamento da primeira. O concessionário assumia o risco do negócio, e a história das grandes obras públicas realizadas por este processo está recheada de relatos de grandes fracassos e falências estrondosas, quando a natureza inovadora ou a ousadia dos projectos não permitia antecipar com suficiente segurança os riscos da operação.

A concessão de serviços públicos ou de obras públicas opera-se por acto administrativo ou por contrato administrativo⁴⁰. O contrato administrativo é, no direito português, o contrato celebrado entre a Administração e outra pessoa com o objecto de associar esta, por certo período, ao desempenho regular de alguma atribuição administrativa, mediante a prestação de coisas ou de serviços, a retribuir pela forma que for estipulada, e ficando reservado aos tribunais administrativos o conhecimento das contestações, entre as partes, relativas à validade, interpretação e execução das suas cláusulas. O que há de característico no contrato administrativo é a sujeição especial do particular ao interesse público, traduzida no dever de acatamento às leis, regulamentos e actos administrativos que se refiram às condições jurídicas e técnicas circunstanciais estipuladas quanto à execução das obrigações contraídas, desde que seja mantido o princípio da colaboração livre e remunerada⁴¹.

A concessão é o acto ou o contrato administrativo pelo qual é permitido a um particular o exercício temporário, *por sua conta e risco*, de um ou mais direitos exclusivos de certa pessoa colectiva de direito público, para esse efeito transferidos para o concessionário. A concessão é um acto constitutivo de direitos, pois que opera a transferência para a esfera jurídica do particular, da capacidade para o exercício de actividades que, de outra forma, lhe estavam vedadas. A concessão de construção de

⁴⁰ A concessão de serviço público pode operar-se também por acto administrativo. Acto Administrativo é a conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto (*in* Marcelo Caetano, *opus cit.*). Para que a concessão por mero acto administrativo, acto unilateral da Administração, opere é necessário o consentimento do seu destinatário. O acto administrativo não presume o acordo de vontades, que é característico do contrato administrativo (artigo 178º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo, Decreto-Lei nº 442/91, 15 de Novembro), e não é, por isso, a forma jurídica da actividade administrativa de gestão pública que nos interessa aqui analisar.

⁴¹ Marcelo Caetano, *opus cit.*

obra pública e a concessão de serviço público distinguem-se da concessão de uso privativo de bem dominial⁴², que é uma mera licença constitutiva de direitos e que, por isso, se distingue da licença precária.

A Comissão Europeia, na sua qualidade de guardiã dos Tratados, tem-se vindo a ocupar da regulamentação da figura da concessão, tendo produzido em 2000 uma comunicação interpretativa⁴³ sobre esta matéria.

Tendo constatado o recurso cada vez mais frequente à figura da concessão, sobretudo em operações complexas de parcerias público-privado através das quais os poderes públicos pretendem beneficiar dos conhecimentos e dos capitais de operadores privados para a realização e a exploração de importantes infra-estruturas, e estando confrontada com queixas por não respeito do direito comunitário aplicável, a CE entendeu dever apresentar a referida comunicação interpretativa através da qual apresenta a sua visão sobre a problemática das concessões, apoiada na sua leitura do Tratado e das normas existentes do direito comunitário, e na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

A comunicação visa, então, precisar, por um lado, as regras e os princípios do Tratado que regem todas as formas de concessão e, por outro, as regras específicas sobre concessões de obras públicas e concessões de serviços que decorrem das directivas pertinentes.

A concessão de obra pública é tratada na directiva 93/37/CEE sobre as empreitadas de obras públicas⁴⁴, que se encontra transposta para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março. Já a concessão de serviços não é tratada explicitamente como tal na directiva 92/50/CEE relativa aos contratos públicos de serviços. Em consequência, enquanto que para “concessão de obra pública” existe uma definição no direito comunitário, o mesmo não acontece com a “concessão de serviço”⁴⁵.

⁴² Esta distinção é, no caso que nos interessa, relevante, uma vez que o título de utilização do domínio público hídrico, quando esteja em causa a captação de águas dominiais para fins de abastecimento público, é a concessão, tal como se encontra regulado pelo Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, enquanto que a concessão do serviço de água para consumo público se encontra regulado pelo Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, e demais legislação aplicável, sendo que quando esteja em causa um sistema multimunicipal o concedente é, em ambos os casos, o Ministro do Ambiente. Esta confusão tem existido, encontrando-se muitos destes sistemas a operar sem título legítimo de utilização da água. O CPA distingue, no seu artigo 178.º, n.º 2, as duas categorias de concessão.

⁴³ Comunicação Interpretativa da Comissão Sobre as Concessões em Direito Comunitário, JO C 121/2, de 29 de Abril de 2000.

⁴⁴ A directiva 93/37/CEE não se aplica aos contratos celebrados nos domínios do fornecimento ou da exploração de redes fixas de prestação ao público de serviços do transporte ou da distribuição de água potável, de recolha e tratamento de águas residuais, de distribuição de electricidade, gás e calor, de transportes e telecomunicações, visados na directiva 93/38/CEE. A consideração da definição de concessão daquela directiva na Comunicação Interpretativa tem em vista a identificação dos seus traços distintivos relativamente ao contrato de empreitada e a sua generalização às concessões de serviços e de obras públicas em geral. A directiva 93/38/CEE está transposta para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto, que transpõe ainda as directivas 92/13/CEE e 98/4/CE.

⁴⁵ A CE adverte, a este respeito, que a falta de referência à concessão de serviços na directiva 92/50/CEE não pode ser entendida como estando estes contratos isentos da aplicação das regras do Tratado, pelo contrário. Esta directiva aplica-se a todos os contratos celebrados, a título oneroso e por escrito, entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, salvo as excepções mencionadas na directiva, onde se não incluem os contratos de concessão de serviços. Resulta daí que as concessões de serviços, ao estarem sujeitas a esta directiva, na interpretação mais rigorosa que a CE espera ver confirmada pela jurisprudência do Tribunal, ficariam sujeitas, não apenas aos princípios do Tratado, mas também às regras da directiva, o que lhes determinaria um regime mais complexo do que o das concessões de obras

A concessão de obra pública é então, segundo a definição do artigo 1º, alínea *d*) da directiva 93/37/CEE, um contrato a título oneroso celebrado por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, por outro, que tenha por objecto, quer a execução, quer conjuntamente a concepção e a execução de uma obra que satisfaça as necessidades por esta indicadas, sendo que a contrapartida da obra consiste do direito da sua exploração, direito esse que pode ser acompanhado do pagamento de um preço⁴⁶.

Ou seja, a contrapartida da construção da obra assume a forma de direito da sua exploração, que pode ser acompanhado do pagamento de um preço. O que distingue então a concessão da empreitada de obra pública é esse direito de exploração, que não existe neste caso.

A concessão de obra pública permite ao concessionário cobrar direitos aos utentes da obra, como sejam tarifas ou taxas de utilização, durante um certo período de tempo, a duração da concessão. A duração da concessão é então um elemento fundamental da concessão⁴⁷. E, embora seja admitido um pagamento, este não deve representar uma parte tão importante do valor devido pela construção da obra que desvirtue o conceito de concessão.

Se o pagamento do valor devido pela realização da obra assume a forma de direito de exploração e cobrança de receita pela utilização, então os imprevistos inerentes a essa exploração são transferidos para o concessionário. Ou seja, o concessionário, não só assume os riscos ligados a qualquer construção, como suporta ainda os riscos inerentes à gestão e utilização ou frequência da obra ou do equipamento. O facto de a obra ser executada por terceiros não altera a natureza do contrato.

Aquilo então que, no entender da CE, distingue o contrato de concessão do contrato de empreitada de obra pública, é a assumpção pelo concessionário do risco inerente à actividade durante o prazo da concessão⁴⁸. A verificação se se está perante um contrato de concessão terá em conta, em cada caso, o objecto, o prazo, a capacidade económica e financeira do concessionário, e o montante do preço e do custo orçamentado da obra, bem como qualquer outro elemento útil que permita determinar se este suporta efectivamente um risco.

públicas. Idêntico raciocínio pode ser feito para as concessões de obras públicas dos sectores visados na directiva 93/38/CEE, também ela omissa em matéria de concessões.

⁴⁶ As definições de empreitada de obra pública e de concessão de obra pública apresentam-se no artigo 2º do Decreto-Lei nº 59/99, e as disposições que respeitam especificamente às concessões, no seu Título VIII, artigos 243º a 252º. Entende-se por concessão de obras públicas, segundo o artigo 2º, n.º 4 daquele diploma, “o contrato administrativo que, apresentando as mesmas características (da empreitada de obras públicas), tenha por contrapartida o direito de exploração da obra, acompanhada ou não do pagamento de um preço”.

⁴⁷ Temos assistido entre nós a pagamentos “em tempo”, como forma de reequilíbrio económico-financeiro de concessões quando eles são devidos por força de modificações unilaterais, da responsabilidade do concedente, das condições contratadas (vide o caso do chamado acordo global com a Lusoponte).

⁴⁸ A CE assinala ainda que, mesmo na hipótese de portagens fictícias, isto é, suportadas pelo concedente, desde que o risco económico permaneça, ou seja, desde que o pagamento seja feito em razão da taxa de frequência, estaremos perante uma concessão. Em contrapartida, quando o concessionário receber, directa ou indirectamente, durante o contrato ou após este ter expirado, uma remuneração para a cobertura dos prejuízos, um reembolso por despesas não amortizadas através da tarifa de frequência, ou qualquer outra forma de pagamento que elimine o risco de exploração, então não estaremos perante uma concessão, ainda que essa seja a designação adoptada.

Mais, na opinião da CE, apoiada na jurisprudência do Tribunal, se o contrato oferecer ao concessionário uma garantia de remuneração para a cobertura de prejuízo havido na exploração, directa ou indirecta, durante ou após expirado o prazo, então não estaremos perante um verdadeiro contrato de concessão de obra pública, mas sim perante um contrato de empreitada e serão de aplicação as normas da directiva que lhes respeitam.

O direito comunitário admite, como já se disse, que o direito de exploração seja acompanhado por um preço destinado a reduzir a tarifa a pagar pelo utilizador, que será então uma tarifa política. É a presença do risco de exploração que é determinante para a classificação do contrato como de concessão.

Num contrato de concessão de obra pública pode haver, e essa é a situação mais frequente, uma repartição dos diversos riscos entre o concedente e o concessionário, em função da eficácia com que cada um deles possa fazer a sua gestão. No entanto, o risco da construção, inerente a qualquer obra pública e presente também, portanto, no contrato de empreitada, e os riscos financeiro e de frequência, que incidem sobre os fundamentos da operação de concessão (financiamento da obra a troco dos direitos de exploração por dado prazo), são assumidos pelo concessionário, ainda que sob as condições e dentro dos limites fixados no contrato.

Como veremos adiante, as concessões de sistemas multimunicipais são, por força das definições do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, concessões de obra pública. Segundo aquelas disposições, “são sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e *exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado* em função de razões de interesse nacional, sendo a sua criação precedida de parecer dos municípios territorialmente envolvidos” (artigo 1.º n.º 2) e “são sistemas municipais todos os demais não abrangidos pelo número anterior, bem como os sistemas geridos através de associações de municípios” (n.º 3). Significa isto que o traço distintivo dos sistemas multimunicipais é o investimento, uma vez que também os sistemas municipais podem abranger vários municípios⁴⁹. Tal qualifica, indubitavelmente, a concessão de sistemas multimunicipais como concessão de obra pública.

A segunda categoria de concessão de que se ocupa a comunicação da CE é a concessão de serviços. Contrariamente à directiva empreitadas, a directiva 92/50/CEE, relativa aos contratos públicos de serviços não contém qualquer definição de concessão de serviços. O âmbito material de aplicação desta directiva consiste, com algumas excepções ali nomeadas, dos contratos públicos de serviços, definidos como “contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante”.

Na ausência de uma definição para concessão de serviços, a CE apoia-se nas normas do Tratado, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que é já abundante, e na analogia com a concessão de obra pública para avançar com a sua própria caracterização deste tipo de concessão.

Em primeiro lugar destaca a transferência da responsabilidade de exploração, como traço característico da concessão de serviços. O concessionário é remunerado, da sua actividade, pelo utente, através do pagamento, por este, de uma taxa.

⁴⁹ Se dúvida houvesse, ela seria dissipada pela figura dos sistemas plurimunicipais, subcategoria criada com objectivos meramente operacionais, pelo *Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais*, aprovado pelo governo em Abril de 2000, que assenta naquele diploma e estabelece estes sistemas, reunindo sob esta designação os sistemas multimunicipais e os sistemas intermunicipais, que são, segundo a definição do Decreto-Lei n.º 379/93, sistemas municipais para efeitos da sua concessão.

A concessão de serviços incide sobre actividades que, pelo seu objecto, são da competência do Estado ou de entidade pública que sobre ela detêm poderes exclusivos ou especiais. Muitos contratos de concessão de sistemas municipais, que não prevêem a realização de investimentos importantes pelo concessionário, são contratos de concessão de serviços.

Algumas concessões são mistas, de obra pública e de serviços. São muitas vezes mistas as concessões de sistemas municipais, o que as distingue das concessões dos sistemas multimunicipais que são sempre concessões de obra pública, por tal ser o critério que torna aqueles sistemas elegíveis à categoria.

No entender da CE, apoiada na jurisprudência, se as obras forem acessórias e não constituírem o objecto do contrato, não podem justificar a sua classificação como contrato público de obra, sendo este critério válido, tanto para distinguir os contratos de empreitada dos contratos de prestação de serviços, como as concessões de obra pública das concessões de serviços. Neste sentido, um contrato de concessão que inclua a realização de obras a título acessório e a exploração de infra-estruturas existentes a título principal será classificado como de concessão de serviços.

As concessões estão, então, tal como os contratos de empreitadas, fornecimentos ou serviços, sujeitas aos princípios da igualdade de tratamento, da imparcialidade, da transparência, do reconhecimento mútuo e da proporcionalidade.

O princípio da igualdade de tratamento impõe que as situações análogas sejam tratadas de forma semelhante, na falta de razões objectivas de discriminação. A interdição de discriminação em razão da nacionalidade, ainda que dissimulada, é uma expressão do princípio da igualdade de tratamento e é, como se poderia esperar, uma preocupação constante da CE, esperando esta que as autoridades nacionais dos Estados-membros assumam uma atitude proactiva nesta matéria.

Neste sentido, disposições que reservem a adjudicação de contratos públicos, nomeadamente contratos de concessão, quando a entidade adjudicante negocie com vários interessados, a empresas nacionais em que o Estado ou o sector público detenham, directa ou indirectamente, uma participação maioritária ou total, violam este princípio do Tratado.

O princípio da proporcionalidade aplicável aos contratos de concessão exige que haja um equilíbrio entre o prazo da concessão e o valor dos investimentos a amortizar, de forma a não por em causa a concorrência e o equilíbrio financeiro do negócio, mantendo o concessionário um risco inerente à exploração.

O Tratado prevê, como excepção à livre circulação de mercadorias, livre estabelecimento e livre prestação de serviços, para as actividades que comportem uma participação directa e específica no exercício da autoridade pública. Não decorre daí que qualquer actividade delegada pelos poderes públicos faça necessariamente parte do exercício da autoridade pública. Não basta com que as autoridades nacionais assim o declarem para que uma actividade possa ser classificada como correlativa ao exercício da autoridade pública. Se for demonstrado que a Administração mantém o controlo da actividade transferida e pode exercer a autoridade pública mediante esse controlo, e isso será tanto mais verdadeiro quando se trate de uma actividade de natureza técnica, alheia ao exercício daquela autoridade, então a transferência da actividade para o sector privado mediante concessão estará sujeita às regras da concorrência e aos princípios enunciados.

Os contratos nos sectores da água e das águas residuais, incluídos os contratos de concessão, quando o concedente seja uma entidade pública que opere especificamente nesse sector, estão sujeitos aos princípios do Tratado, mas não às regras da directiva 93/37/CEE, por força da excepção⁵⁰ criada pelo seu artigo 4º, nem às regras da directiva 93/38/CEE, uma vez que esta não trata de concessões. A aplicação desta excepção às concessões de sistemas multimunicipais foi acautelada pelo legislador, que atribuiu ao Estado a exploração e a gestão destes sistemas na primeira parte do artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 379/93, admitindo de seguida que este possa concessioná-los. Para as concessões do sector dos resíduos sólidos urbanos, quando a componente obra pública não seja meramente assessoria, esta directiva é sempre de aplicação uma vez que ele não está incluído no âmbito de aplicação das directivas 90/531/CEE ou 93/38/CEE.

⁵⁰ O artigo 2º da directiva 93/36/CEE, directiva serviços, e o artigo 4º da directiva 93/37/CEE, directiva empreitadas, dispõem que elas se não aplicam aos contratos celebrados nos domínios mencionados nos artigos 2º e n.º 2 do artigo 6º (entre outros) da directiva 90/531/CEE, que definem o seu âmbito de aplicação. Aquelas disposições desta última directiva determinam que ela é de aplicação à actividade de fornecimento ou exploração de redes fixas de serviços ao público, no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável (artigo 2º) e da evacuação ou tratamento de águas residuais (artigo 6º, n.º 2) quando as entidades adjudicantes sejam poderes públicos ou empresas públicas que exerçam essa actividade, ou outras entidades que incluam entre as suas actividades esta e beneficiem de direitos especiais ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente nesse sentido. Essas entidades são nomeadas no Anexo I da directiva e para Portugal é apenas feita referência à EPAL e às autoridades locais que produzem e distribuem água.

5. Avaliação retrospectiva do sector

5.1 Período anterior à revolução liberal de 1822

O problema do abastecimento de água às populações e do saneamento de águas residuais começou a colocar-se com o início da urbanização das populações, em pleno período da ocupação romana da Península Ibérica. Separadas dos rios e das nascentes, as populações passaram a depender de águas de poços e de águas pluviais armazenadas em cisternas, e da água oriunda de nascentes, que era transportada a longa distância através de aquedutos, sendo depois distribuída por aguadeiros. Por seu turno, a necessidade do saneamento das águas residuais fez-se sentir com os surtos de epidemias de cólera e de outras doenças típicas das urbes primitivas.

Com a consolidação da independência de Portugal, os Municípios, em primeiro lugar, os monarcas, depois, chamaram a si as obras de abastecimento urbano de água para consumo humano, mandando reconstruir os aquedutos e fontanários romanos ou construindo-os de raiz.

O ambiente, “avant la lettre”, constituiu desde sempre um domínio de actividade dos Municípios, como se pode deduzir das Ordenações Filipinas, onde se estatua que os fiscais municipais com funções de polícia e vigilância das ruas e lugares públicos fiscalizassem condições mínimas de higiene nas cidades e vilas do reino⁵¹.

Lisboa, capital do reino, sofreu regularmente de falta de água durante séculos, até que em 1748 chegaram as primeiras águas transportadas pelo sistema de abastecimento do Aqueduto das Águas Livres, que só viria a ficar concluído já em 1834, quando foram dadas por acabadas as obras da Mãe de Água nas Amoreiras. No ano seguinte a responsabilidade pelo Aqueduto era transferida por Real Decreto para a Câmara de Lisboa, continuando a distribuição a ser assegurada pelos tradicionais aguadeiros. A necessidade da distribuição domiciliária já se fazia sentir na época, tendo várias propostas sido apresentadas por particulares. Estes dispunham-se a realizar os necessários investimentos em troca da concessão da exploração do sistema, ao mesmo tempo que se propunham proceder ao reforço das origens, que se revelavam já então insuficientes.

Como sublinham vários autores, foi a concentração urbana que determinou a necessidade de serviços urbanos de águas e saneamento. Perante a omissão do Estado nesta matéria, empresas privadas assumiram esta tarefa mediante concessão⁵². Este movimento foi importante na segunda metade do século XIX, quando as ideias liberais se impuseram por toda a Europa.

⁵¹ “Os almotacés andarão pela cidade, ou vila, em modo que se não fação nelle sterqueiras, nem lancem ao redor do muro sterco, nem outro lixo, nem se entupão os canos da villa nem a servidão das agoas” e que “cada mez farão alimpar a cidade, ou a villa, a cada hum ante as suas portas das ruas, dos stercos e mãos cheiros, e farão tirar cada mez aas sterqueiras do lugar, e lançal-as fora nas partes onde for ordenado pelos vereadores, em que serão postas stacas”, Ordenações Filipinas, Título 68.

⁵² Raquel Carvalho, As concessionárias dos sistemas multimunicipais (nova figura jurídica no domínio das águas). Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XI, Tomo 2, pp 221-265, 1997.

5.2 De 1822 à revolução republicana de 1910

A Revolução Liberal de 1822, ao mesmo tempo que veio garantir um conteúdo formal mínimo à autonomia municipal ao constitucionalizar as atribuições das Câmaras Municipais, a sua concepção unitária da administração pública, subordinada ao monopólio do Estado, tendeu a desfavorecer a autonomia autárquica e a favorecer o seu controlo por este. A perspectiva descentralizadora de alguns códigos administrativos da época (1836 e 1878) alternou com uma visão mais centralizadora de outros (1842, 1886 e 1895).

A administração autárquica era tratada, não como uma administração autónoma, mas como uma administração indirecta do Estado, a primeira entre nós⁵³. Simultaneamente, a Revolução veio reduzir a intervenção do Estado na produção de bens e na prestação de serviços com dinheiros públicos, promovendo que estes fossem confiados à iniciativa privada dos empresários.

O que sucedeu então foi que, gradualmente, os Municípios se apropriaram destas atribuições e vieram a assumir a gestão directa dos serviços, depois de, em muitos casos, numa primeira fase, se terem assumido como seus concessionários, num processo de subtração ao Estado dos serviços de carácter local que este não se revelava capaz de assegurar. Este movimento de municipalização destes e de outros serviços de interesse económico local teve lugar em todo o mundo ocidental e em Portugal também.

Data deste período a criação dos primeiros serviços municipalizados de água, com o Município de Coimbra a adoptar, logo em 1888, este modelo para a gestão deste serviço, a que se seguiu em 1904 a municipalização do serviço de iluminação pública e em 1910 a do serviço de transportes colectivos por tracção eléctrica.

O abastecimento de água a Lisboa passou a ser assegurado a partir de 1835 pelo Senado Municipal da cidade, que assim se substituiu à Repartição das Águas Livres, órgão da Administração central do Reino. Depois de várias tentativas para a atribuição do serviço a empresários privados, e depois de duas tentativas infrutíferas da sua concessão por concurso, a primeira por este ter ficado deserto (1849) e a segunda devido à forte oposição com que foi recebida pela imprensa da época (1852), veio finalmente em 1856 o serviço a ser contratado em regime de concessão pela empresa que explorava as concessões das águas de Londres e de Berlim, ganhadora do novo concurso aberto no ano anterior para este efeito.

Entre as obrigações assumidas pela concessionária estavam a execução das obras necessárias para o aumento dos volumes de água disponibilizados para cerca de 25 l/habitante/dia, a construção de redes de distribuição domiciliária, a conservação das infra-estruturas e a garantia de fornecimento de determinado volume de água gratuita aos chafarizes, contra uma remuneração de cerca de 10 reis por cada 50 l de água distribuída ao domicílio (o que representava apenas 1/5 do preço praticado pelos aguadeiros à época).

Em compensação, à companhia era autorizada a exploração do sistema por 80 anos em regime de monopólio, findos os quais as infra-estruturas reverteriam para a Câmara livres de encargos⁵⁴.

⁵³ António Rebordão Montalvo, *O Processo de Mudança e o Novo Modelo da Gestão Pública Municipal*, Livraria Almedina Editora, 2003.

⁵⁴ Luis Leite Pinto, *História do Abastecimento de Água à Região de Lisboa*, INCM, EPAL, Lisboa, 1989.

A Companhia da Empresa das Águas de Lisboa não alcançou, no entanto, todos os objectivos que se havia proposto, devido à resistência da Câmara Municipal de Lisboa, de alguns deputados e da imprensa que mobilizou contra ela uma parte importante da opinião pública, com a alegação de que a água seria gratuita se o serviço fosse explorado pelo Município, razão pela qual veio a ser substituída em 1868 por outra concessionária, a Companhia das Águas de Lisboa (CAL), constituída a partir de um núcleo de accionistas da anterior companhia.

O novo contrato previa a obrigatoriedade de ligação de sistemas prediais aos ramais de distribuição da companhia⁵⁵ e o controlo do Estado fazia-se pela sua representação no Conselho de Administração e pelo fiscal técnico junto da empresa. Depois de vários anos em situação deficitária, a empresa veio a encontrar o seu equilíbrio financeiro por volta de 1900, em larga medida graças aos termos mais favoráveis do novo contrato que veio a ser assinado em 1898, que introduziu a tarifa progressiva da água e o consumo mínimo de 5 m³/mês.

No Porto, o abastecimento de água à cidade por fontes e chafarizes data dos finais do século XIV, encarregando-se os aguadeiros da sua distribuição domiciliária. Em 1882 foi celebrado um contrato de concessão com a “Compagnie Generale des Eaux à l’Étranger”, válido por 99 anos, que veio ser resgatado em 1927, ano da criação dos Serviços Municipalizados de Águas e Saneamento do Porto ao abrigo da Lei n.º 88, de 7 de Agosto de 1913⁵⁶. Outras Autarquias procederam, com maior ou menor sucesso, à concessão dos respectivos sistemas de abastecimento de água a empresas privadas, algumas com participação de capitais estrangeiros. Foi o caso de Coimbra, Setúbal, Figueira da Foz, Viseu e Santarém, nomeadamente.

5.3 De 1910 ao golpe de estado de 1926

A revolução republicana adoptou, logo nos seus primeiros dias de existência, medidas liberalizantes com consequências sobre o universo das atribuições e da organização do poder autárquico. Assim, pelo Decreto com força de lei de 13 de Outubro de 1910, o Código Administrativo de 1895-96 era substituído pelo mais liberal código de 1878, até que novo código fosse aprovado.

As bases da organização e atribuições autárquicas vieram a ser fixadas pelo artigo 66º da Constituição de 1911 e desenvolvidas pela já referida Lei n.º 88, de 7 de Agosto de 1913, que consagrou a extinção da tutela administrativa sobre as Autarquias e introduziu o seu mero controlo de legalidade pelos tribunais, ao mesmo tempo que adoptava para elas a autonomia financeira, num quadro de ampla discricionariedade governativa, dado que o financiamento local dependia, em larga medida, de subsídios estatais. Esta lei permitiu às Câmaras Municipais deliberar sobre a municipalização dos serviços locais, e o exercício desta atribuição veio a ser regulado mais tarde pelos Decretos n.º 13 350, de 25 de Março e 13 913, de 30 de Junho de 1927.

A prolongada crise financeira em que viveu mergulhado o Estado durante a 1.ª República, agravada pela participação na 1.ª Grande Guerra, associada à instabilidade governativa e às práticas autoritárias, centralistas e à intensa disputa do poder, fizeram

⁵⁵ O “encanamento obrigatório”, que tanta polémica havia de suscitar até à publicação, em 30 de Outubro de 1880, do regulamento previsto no contrato.

⁵⁶ Esta lei conferiu às Câmaras Municipais a faculdade de criarem “serviços municipalizados”, serviços públicos locais explorados sob a forma empresarial por sua conta e risco. Sensivelmente da mesma data são os Serviços Municipalizados de Aveiro (1924) e muitos outros criados ao abrigo desta legislação.

com que a intenção liberalizante espelhada no quadro formal não tivesse tido consequências práticas em termos de desenvolvimento do sector.

Em Lisboa a CAL debatia-se com dificuldades de toda a ordem para garantir a sua sobrevivência, sendo a tarifa sucessivamente actualizada por decreto de modo a assegurar o reequilíbrio económico e financeiro da empresa.

Um destes decretos, o Decreto n.º 8 634, de 10 de Fevereiro de 1923, ao mesmo tempo que deu ao Governo a capacidade para alterar a tarifa consoante a evolução da conjuntura, criou também uma comissão técnica à qual competia apreciar os projectos das obras e acompanhar a sua execução, fiscalizar a arrecadação das receitas a elas destinadas e resolver quaisquer dúvidas suscitadas pela sua aplicação.

5.4 De 1926 à revolução democrática de 1974

O Código Administrativo de 1936, revisto em 1940, incluiu o abastecimento público e a salubridade pública entre as atribuições autárquicas de exercício obrigatório, as quais passaram então a constituir um encargo legal de que os órgãos municipais tinham de desonerar-se antes de quaisquer outras⁵⁷. Para o exercício daquelas atribuições as Autarquias podiam criar serviços municipalizados, que eram serviços públicos de interesse económico geridos directamente pelo Concelho, com autonomia financeira e conselho de administração próprio e destinados a proporcionar prestações onerosas⁵⁸. As suas tarifas, segundo o artigo 165º do Código Administrativo, deviam ser fixadas “de modo a cobrir os gastos de exploração e de administração, bem como a permitir a constituição das reservas necessárias”.

O Estado, no entanto, não se retirava completamente do sector e em 1944, através do Decreto-Lei n.º 33 863, de 15 de Agosto de 1944, reforçavam-se no domínio do abastecimento de água, quer a intervenção do Estado, quer as facilidades financeiras para a execução das obras.

Ao Ministério das Obras Públicas era atribuída a incumbência de elaborar e executar um plano de investimentos tendo em vista dotar de água potável todas as sedes de concelho no espaço de 10 anos, prevendo-se a intervenção do Estado com vista à associação de várias Autarquias para a realização em conjunto dos respectivos trabalhos. As facilidades financeiras atribuídas às Autarquias passavam por empréstimos bonificados e subsídios a fundo perdido (até 50% do investimento).

A mudança de regime teve também consequências sobre a situação da CAL em Lisboa, com a consolidação da interferência do Estado na vida da empresa. Logo em 1926 a comissão administrativa da Câmara Municipal de Lisboa, com a anuência do Governo, pretendeu exercer o direito de resgate da companhia que lhe concedia o contrato de 1867, pretensão de que veio a prescindir em Janeiro de 1929.

⁵⁷ Marcelo Caetano, in Manual de Direito Administrativo, Coimbra Editora, 9.ª edição, 1970, discute a questão de saber a que ponto vai a obrigatoriedade das despesas com o exercício das atribuições obrigatórias pelas Autarquias concluindo que “... não faria sentido permitir aos Municípios que preterissem as necessidades colectivas fundamentais (higiene, caminhos, abastecimento de águas, escolas, segurança...) para darem preferência a iniciativas menos úteis ou até de simples carácter sumptuário, embora mais propícias a lisonjear a vaidade dos administradores e os olhos dos munícipes”.

⁵⁸ O Código Administrativo de 1936 estabeleceu como condições para a municipalização destes e outros serviços locais, ser o serviço destinado a satisfazer necessidades colectivas que a iniciativa privada não estivesse em condições de prover satisfatoriamente, a sua organização autónoma no quadro da organização municipal e a sua exploração sob forma industrial e intuito económico.

Essa maior interferência está também reflectida no Decreto-Lei n.º 22 028, de 24 de Dezembro de 1932, que estabelece um novo contrato de concessão e que fixa um plano de obras de reforço das origens de água, com a captação de águas dos rios Tejo e Zêzere, sua adução até Lisboa e filtração e depuração antes da distribuição. Era então ministro Duarte Pacheco.

Em 1941 foi celebrado novo contrato de concessão entre o Estado e a Companhia das Águas de Lisboa, através do Decreto-Lei n.º 31 461, de 11 de Agosto de 1941, que na sua Base XV previa o funcionamento, junto da companhia, de um organismo a quem competia fazer cumprir as disposições do contrato, tratar de todos os assuntos referentes às relações da companhia com o Estado e velar por tudo o que importasse ao bom e regular funcionamento da concessão. Este organismo, a Comissão de Fiscalização das Águas de Lisboa, veio a ser regulada por Portaria de 1 de Outubro de 1942.

Em 1960 a Lei n.º 2 103, de 22 de Março, veio alargar às populações rurais o acesso aos serviços de água para consumo humano, com a possibilidade de comparticipação pelo Estado até 75% do valor global das obras.

Não menos importante, o Decreto-Lei n.º 158/70, de 1 de Abril, veio inserir o saneamento de águas residuais urbanas na política de gestão dos recursos hídricos nacionais e assegurar comparticipações do Estado até 75% dos investimentos em redes de esgotos e 90% em estações de tratamento de águas residuais, sendo dada prioridade aos pedidos apresentados por federações de Municípios relativos a empreendimentos conjuntos de saneamento que beneficiassem o maior número de aglomerados.

Cada projecto deveria contemplar o estudo económico da exploração e conservação do serviço de saneamento e pretendia-se que as obras de saneamento fossem exploradas conjuntamente com as de abastecimentos de água, através de serviços municipalizados servindo associações de Municípios⁵⁹.

No seguimento da aprovação deste diploma, a Administração central envolveu-se directamente na resolução destes problemas, promovendo a realização de estudos de sistemas regionais, aprovando regulamentos, oferecendo assistência técnica e financeira às Autarquias conforme era ali previsto e promovendo alguns investimentos em infra-estruturas que eram consideradas estratégicas.

Data de 1972 a primeira tentativa formal para reestruturar o sector, pelo Despacho do Ministro das Obras Públicas de 11 de Abril desse ano, o qual determinou a realização dos primeiros inquéritos de saneamento básico e a realização dos estudos gerais necessários à definição de uma política para o sector⁶⁰.

5.5 De 1974 à proposta de Regiões de Saneamento Básico em 1977

Com a revolução democrática de 1974 dá-se, num primeiro momento, uma inflexão no sentido da criação das regiões de Saneamento Básico, com a Resolução do Conselho de Ministros de 23 de Janeiro de 1976, por se reconhecer que a generalidade das Autarquias não possuía condições para se desincumbir destas atribuições, por não disporem dos meios humanos, técnicos, financeiros e institucionais necessários para o efeito.

⁵⁹ José Luís Abecassis, *Evolução da Política de Saneamento Básico em Portugal*, DDI, Lisboa, 1980.

⁶⁰ Estes estudos abarcaram também, pela primeira vez, o subsector dos resíduos sólidos urbanos, de que se não ocupava o Ministério das Obras Públicas até então.

Esta resolução determinava a divisão do território de Portugal continental em 11 regiões de saneamento básico (Porto, Minho, Trás-os-Montes, Beira Litoral, Beira Alta, Estremadura, Beira Baixa, Lisboa, Alto Alentejo, Baixo Alentejo e Algarve), a que acresceriam as regiões dos Açores e da Madeira, onde seriam instituídas entidades gestoras que se perspectivava viessem a assumir a forma jurídica de empresas públicas⁶¹ de acordo com o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril⁶², criava a Direcção Geral de Saneamento Básico (DGSB) e anunciava um pacote legislativo destinado a criar as condições legais, institucionais e financeiras adequadas ao novo modelo.

A divisão do território antecedeu a criação das novas regiões administrativas e obedeceu a vários factores de natureza geográfica, administrativa, técnica, económica e política, tais como as bacias hidrográficas, as regiões administrativas existentes, uma dimensão mínima que permitisse uma exploração equilibrada e a criação de pólos de desenvolvimento sócio-económico no interior.

5.6 De 1977 à adesão à CEE em 1986

Em 1977 dá-se uma mudança na política anterior e a sua integral municipalização quando a Assembleia da República chamou à ratificação o Decreto-Lei n.º 254/77, de 15 de Junho, que aprovava a orgânica da recém criada Direcção Geral de Saneamento Básico e lhe atribuía competências muito vastas nesta matéria. As aprovações da Lei n.º 79/77, de 25 de Outubro, relativa às finanças locais, da Lei n.º 3/78, de 2 de Fevereiro, que alterava a orgânica da DGSB, e da Lei n.º 1/79, de 2 de Janeiro, relativa às finanças locais, não só entregaram estas competências às Autarquias locais, como interditarão os subsídios do Estado aos investimentos no sector fora do quadro muito limitado dos contratos-programa. A DGSB ficou assim reduzida ao papel de órgão central de planeamento e de coordenação para o sector, na dependência hierárquica do Ministro das Obras Públicas⁶³.

No entanto, não foram imediatamente abandonadas as Regiões de Saneamento Básico e os trabalhos prosseguiram por algum tempo ainda na base de “comissões de apoio à estruturação das entidades gestoras de saneamento básico”, cuja missão consistia em coadjuvar os Municípios na criação das entidades gestoras de saneamento básico que se perspectivavam como autênticas entidades regionais constituídas voluntariamente pelas Autarquias. Tal não veio porém a suceder.

A consagração destas competências como autárquicas inscreveu-se no movimento mais geral de democratização da sociedade portuguesa e de envolvimento dos cidadãos na gestão dos seus interesses locais, aplicando o princípio da subsidiariedade⁶⁴, e foi acompanhada pela medida de natureza socializante de interdição do exercício desta actividade por empresas privadas e por outras entidades de idêntica natureza, à

⁶¹ Naquela ocasião chegaram a ser criadas 3 comissões instaladoras (Porto, Algarve e Beira Alta) que realizaram os seus estudos e propuseram projectos de estatutos de entidades gestoras regionais

⁶² Esta era a lei de bases das empresas públicas que veio a ser revogada pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro.

⁶³ José Tavares Marcelino, em documento do Gabinete de Planeamento e de Estudos Económico-Financeiros da DGSB, de 30 de Dezembro de 1983.

⁶⁴ Não estamos, portanto, perante um elemento acessório do nosso ordenamento jurídico, que possa ser denegado ou obliterado sem uma reflexão profunda sobre as suas consequências de natureza política mais gerais.

semelhança do que foi então feito para outros sectores (pela Lei n.º 46/77, de 8 de Julho⁶⁵).

A ideia da cooperação intermunicipal não foi, no entanto, abandonada e veio a ser apoiada através de instrumentos financeiros, os chamados “investimentos intermunicipais” regulados pelo Decreto-Lei n.º 118/82, de 19 de Abril, ao abrigo do qual o Estado financiou projectos de investimento, nestas e noutras áreas, que abrangiam mais do que um Município, a que o Decreto-Lei n.º 384/87, de 24 de Dezembro, que instituiu a figura dos contratos-programa e acordos de cooperação entre o Estado e os Municípios, veio pôr termo.

Entretanto, e por um período de vários anos, o Estado chamou a si a tarefa da execução de alguns importantes investimentos nesta área, de que são exemplos a execução do sistema de abastecimento de água à Grande Lisboa a partir da albufeira do Castelo do Bode, de que se ocupou a EPAL⁶⁶, e os Sistemas de Saneamento da Costa do Estoril, de Alcanena e do Vale do Ave, alguns ainda hoje por concluir.

A adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, que teve lugar em 1986, veio criar uma situação nova ao impor padrões de qualidade ambiental e de saúde pública a que o sector teve de se adaptar e ao permitir o acesso do Estado português a subsídios comunitários para o sector.

5.7 De 1986 à abertura ao sector privado em 1993

O cumprimento das obrigações decorrentes das disposições do direito comunitário em matéria de ambiente, designadamente no que se refere à qualidade da água para consumo humano, ao tratamento de águas residuais urbanas e ao tratamento de resíduos sólidos urbanos, implicava, nessa altura, investimentos da ordem dos 5 000 milhões de Euros (na vertente designada por alta e que inclui a captação, o tratamento e a adução até aos reservatórios de distribuição, no caso do abastecimento de água, e a intercepção, o tratamento e a rejeição final dos efluentes, no caso das águas residuais).

A estes investimentos acresciam ainda os investimentos em baixa (distribuição de água e recolha de águas residuais directamente junto da população) que apontavam para cerca de 3 000 milhões de Euros.

Sendo Portugal um dos chamados países da coesão, incluído no objectivo 1 dos fundos estruturais, e sendo por isso beneficiário do Fundo de Coesão, considerou-se que as soluções a adoptar deveriam ser as que, garantindo o cumprimento das disposições comunitárias em matéria de saneamento básico, conduzissem às menores tarifas reais possíveis, tendo na devida consideração o efectivo poder de compra das populações, de modo a permitir-lhes o acesso a um serviço de qualidade, a um preço socialmente justo e compatível com o seu poder de compra.

Assim, no início da década de 90, o Governo de então decidiu modificar profundamente o sector das águas e dos resíduos no País, com os objectivos de aumentar a cobertura e

⁶⁵ A Lei 46/77, com as alterações introduzidas pelo DL 372/93, de 29 de Outubro, está revogada e substituída pela Lei 88-A/97, de 25 de Julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas e que retoma as disposições daquele decreto no que concerne ao sector das águas e resíduos.

⁶⁶ A EPAL, Empresa Pública das Águas de Lisboa, sucedeu à CAL, cujo contrato de concessão terminou em 1974 (posteriormente Empresa Pública das Águas Livres, em 198, e Empresa Portuguesa das Águas Livres, S.A., em 1991, tendo estas alterações sido acompanhadas por alteração dos Estatutos da empresa), e veio a ser integrada no grupo IPE-AdP em 1994.

de melhorar a qualidade dos serviços, assim como a eficiência com que estes eram prestados.

Em 1993, a Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, sobre a delimitação dos sectores, veio a ser alterada pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, tendo as actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, sido abertas a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, mediante concessão.

Este diploma deu lugar ao Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, que cria a figura dos sistemas multimunicipais (os que sirvam pelo menos dois Municípios e exijam um investimento predominante a realizar pelo Estado em função de razões de interesse nacional) cuja exploração e gestão é cometida ao Estado, que os pode concessionar a entidades públicas de natureza empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas, em posição maioritária no capital social, com entidades privadas. A criação e a concessão de sistemas multimunicipais são objecto de decreto-lei.

A nova política para o sector foi apresentada publicamente pela Ministra do Ambiente e Recursos Naturais em sessão pública realizada em finais de 1993, sendo os seguintes os objectivos então anunciados:

- Atribuir a responsabilidade pela prestação dos serviços aos níveis de administração situados mais perto das populações, devendo a competência em matéria de distribuição domiciliária de água e de saneamento no espaço municipal continuar a ser uma atribuição dos Municípios.
- Atribuir à Administração Central um papel complementar da intervenção das Autarquias locais, promovendo e assegurando a criação de grandes sistemas multimunicipais com dimensão adequada em regiões prioritárias.
- Melhorar o nível de gestão dos sistemas e dos serviços, introduzindo uma gestão empresarial.
- Promover a adopção de políticas tarifárias que assegurem o desenvolvimento e financiamento sustentado do sector e a gestão integrada das vertentes do abastecimento de água e do saneamento de águas residuais.
- Incentivar a gestão indirecta destas actividades por parte das Autarquias, mediante a sua concessão a empresas privadas especializadas na gestão e exploração deste tipo de sistemas.
- Afectar uma proporção significativa de recursos comunitários (Fundo de Coesão e FEDER) e nacionais ao desenvolvimento do sector, designadamente no tocante à concepção e construção dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais.
- Fomentar a criação de estruturas empresariais no sector da água, assegurando a participação de operadores nacionais e contribuindo para o desenvolvimento das capacidades da indústria nacional.
- Definir normas rigorosas de controlo das empresas concessionárias, atendendo a que se trata de condições de prestação de serviços em regime de “monopólio natural”, com atenção à defesa do consumidor.

- Criar, nos sistemas multimunicipais, condições para uma gestão partilhada com os Municípios, abrindo ainda a possibilidade de participação de capitais e de “know-how” privados⁶⁷.

O Estado, através da empresa AdP criada nessa ocasião (e da Empresa Geral de Fomento - EGF no que respeita aos resíduos), assumiu assim a responsabilidade de estruturar geograficamente, dotar de estruturas e empresarializar o sector em bases nacionais.

5.8 Conclusões

Este panorama histórico, sumariamente tratado neste capítulo, evidencia algumas das características do sector, a saber:

- A dependência do modelo de gestão do sector em relação ao modelo de gestão pública municipal e a íntima associação existente entre ambos;
- A natureza pendular que tem tido a estatização destas competências, a evidenciar as dificuldades de afirmação do poder autárquico autónomo enquanto recipiente de atribuições extensas que envolvam a prestação de serviços de interesse económico;
- A diferença de entendimento deste assunto que têm o Estado liberal e o Estado intervencionista, de que resulta, em períodos históricos mais ou menos dilatados no tempo, a oscilação que se observa entre uma visão privatizante e uma visão publicizante da modalidade de prestação de serviços neste sector, que também se evidencia no período mais recente da sua história;
- O progressivo alargamento dos modelos jurídicos de prestação do serviço, que permite às entidades competentes decidir de acordo com o que entendam por mais conveniente. Dado o longo tempo de vida útil dos activos e os pesados investimentos exigidos, isto faz com que subsistam em simultâneo situações muito distintas do ponto de vista dos modelos de prestação do serviço, tendência que se pode vir a acentuar no futuro com a reforma do sector.
- A necessidade que subsiste de inovação em matéria de modelos de gestão, tendo em conta a crescente exigência de serviço público e os pesados investimentos necessários para atingirmos os níveis de atendimento e os padrões ambientais do direito nacional e comunitário para o sector e a dificuldade que persiste na conciliação destes objectivos.
- A necessidade de amadurecimento das soluções institucionais e dos modelos de gestão, para que as soluções que venham a ser adoptadas possam ser implementadas de forma consistente, tendo em conta os longos períodos necessários à recuperação dos investimentos.

⁶⁷ Revista “Indústria da Água”, n.º 9, Out/Nov/Dez 1993, pp 4.

6. Empresarialização do sector

6.1 Situação do sector das águas e dos resíduos no momento da sua empresarialização

Quando, em 1993, os sectores das águas para consumo público, das águas residuais urbanas e dos resíduos sólidos urbanos foram abertos à actividade de empresas de capitais maioritariamente públicos e empresas privadas, por concessão, a situação que aí se registava, quase duas décadas passadas sobre a sua entrega ao poder local⁶⁸, era claramente insatisfatória sob todos os pontos de vista.

Recipiente de generosos subsídios comunitários durante cerca de uma década, o sector apresentava então níveis de atendimento muito baixos, claramente insatisfatórios à luz do direito comunitário e nacional, das necessidades de serviço público, longe da universalidade desejável por razões ambientais, de saúde pública, equidade e coesão nacional.

O Inquérito Nacional de Saneamento Básico de 1994 revelava níveis globais de atendimento no território de Portugal Continental da seguinte ordem de grandeza:

➤ Água para consumo público	85%
➤ Recolha de efluentes urbanos	60%
➤ Tratamento de águas residuais urbanas	35%
➤ Recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos	20%

Estes números, já de si reveladores de grandes insuficiências, mascaravam uma situação ainda mais preocupante, pois não davam conta da falta de qualidade de muitos destes serviços: falta de qualidade da água distribuída para consumo público, que não correspondia aos padrões de potabilidade da legislação, e falta de garantia de serviço, falta de qualidade das águas residuais, até mesmo quando sujeitas a tratamento, pois este raramente era levado até ao ponto legalmente exigido e raramente oferecia garantia de serviço adequada, e falta de tratamento dos resíduos sólidos urbanos.

Infra-estruturas obsoletas, sistemas incompletos (redes sem estação de tratamento e, pior ainda, estações de tratamento sem rede que as justificasse), instalações novas inoperacionais por falta de condições de sustentabilidade financeira do respectivo funcionamento, recolha não selectiva de resíduos, falta de eficiência dos serviços e desperdício de recursos de toda a ordem, eram os traços característicos do sector.

Em 1993 estava a chegar ao fim um ciclo de financiamentos comunitários e perspectivava-se o início de outro que se sabia iria ser generoso para os investimentos no ambiente, o II Quadro Comunitário de Apoio que contemplava que contemplava um programa financeiro específico para o ambiente (e as acessibilidades), o Fundo de Coesão.

⁶⁸ A Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, que regulava o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas vedava a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, através de redes fixas, e a recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos. Este diploma foi primeiro alterado pelo Decreto-lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, e depois revogado pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho.

Em finais de 1991 havia sido aprovada a directiva 91/271/CEE relativa às águas residuais urbanas, que se sabia iria ser muito exigente em investimentos no sector. Esta directiva, que se encontra transposta para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 152/97, de 19 de Julho⁶⁹, está na origem da constituição do Fundo de Coesão para o ambiente.

Os níveis de tratamento exigidos por esta directiva para as águas residuais urbanas, e os parâmetros de qualidade destas águas na sua descarga no meio receptor, tal como o prazo em que deveriam ter entrado em serviço os respectivos sistemas de drenagem e de tratamento, dependem da dimensão do aglomerado cujas descargas sejam conjuntas e do estado de qualidade do meio receptor, sendo mais exigentes, uns e outros, quando estejamos perante zonas sensíveis, ou seja, zonas cujas águas estão já em mau estado, e menos exigentes quando se trate de zonas menos sensíveis, ou seja, zonas com grande capacidade de renovação e auto-depuração.

A preocupação do governo à época foi então no sentido de assegurar a mais eficiente aplicação dos fundos comunitários para o sector, subtraindo estas competências às autarquias naqueles casos em que estejam em causa investimentos estratégicos. Simultaneamente assegurava-se um quadro legal susceptível de viabilizar a mobilização de capitais privados para os vultuosos investimentos necessários à resolução dos problemas do sector. Para tal era necessário alterar o quadro legal existente, o que foi feito.

A magnitude do problema, aliada à constatação da dificuldade dos Municípios em assegurarem por si só a resposta adequada, levou à criação, pelo Decreto-Lei n.º 379/93 de 5 de Novembro, 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 urbanos.

⁶⁹ O Decreto-Lei n.º 152/97, de 19 de Junho, veio a ser alterado pelos Decretos-Lei n.º 348/98, de 9 de Novembro, e 261/99, de 7 de Julho, e o seu Anexo II, que identifica as chamadas zonas sensíveis e zonas menos sensíveis, deveria ter sido alterado já de novo, uma vez que está já ultrapassado o prazo da directiva para a sua primeira revisão periódica.

São zonas sensíveis, nos termos deste diploma, as extensões de água que sejam identificadas como pertencendo a uma das seguintes categorias: (1) lagos e outras extensões de água doce, estuários e águas costeiras que se revelem eutróficos ou susceptíveis de se tornarem eutróficos, ou seja, com excesso de nutrientes e falta de oxigénio para a vida das espécies piscícolas que as povoam; (2) águas doces superficiais destinadas à produção de água potável, cujo teor em nitratos possa exceder a concentração estabelecida nas disposições pertinentes da directiva 75/440/CEE, que se encontra transposta para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto, se não forem tomadas medidas de protecção; (3) zonas em que é necessário outro tratamento das águas residuais urbanas mais exigente, tendo em vista a protecção da qualidade das águas do meio receptor, por força das disposições pertinentes de outras directivas comunitárias, como sejam a directiva 78/659/CEE relativa à qualidade das águas doces superficiais que necessitam de ser protegidas ou melhoradas a fim de ficarem aptas para a vida dos peixes, a directiva 79/923/CEE relativa à qualidade das águas do litoral e salobras para fins conquícolas, e a directiva 76/160/CEE relativa à qualidade das águas balneares, todas transpostas para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 236/98.

São zonas menos sensíveis as extensões de águas marinhas onde a descarga de águas residuais não deteriora o ambiente devido à morfologia ou às suas condições hidráulicas específicas, como sejam a grande renovação das águas. As zonas menos sensíveis são conformadas como derrogações aos padrões de exigência da directiva e tratadas como tal, requerendo-se, em certos casos, a aprovação do projecto de tratamento pelo comité comunitário da directiva.

Associado ao conceito de zona sensível está o de bacia sensível, a área da bacia hidrográfica que drena directa ou indirectamente para a zona sensível e na qual as descargas de águas residuais terão de obedecer a um sistema de tratamento mais exigente especificado na directiva.

O seu principal objectivo é assegurar a implementação de soluções integradas envolvendo vários Municípios, visando desse modo (sobretudo quando os investimentos a realizar em alta, dada a complexidade das situações ambientais a resolver, excedam a capacidade técnica, financeira e de gestão dos Municípios envolvidos) a geração de economias de escala, tanto no investimento como na exploração, com o conseqüente reflexo positivo a nível tarifário.

A este objectivo associou-se a adopção de soluções institucionais do tipo empresarial, através da concessão dos sistemas a empresas concessionárias resultantes de uma parceria entre o Estado e os Municípios do espaço geográfico abrangido pelo sistema, no sentido de otimizar os investimentos necessários à implementação dos sistemas e garantir a sua sustentabilidade futura através de uma exploração tecnicamente qualificada e em condições de gerar as receitas necessárias à cobertura de todos os encargos de funcionamento e de renovação das respectivas infra-estruturas.

6.2 O regime do Decreto-Lei n.º 379/93

O Decreto-Lei n.º 379/93 veio definir o regime jurídico de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos. Na linha do disposto no Decreto-Lei n.º 372/93, este diploma determina que:

- São sistemas multimunicipais, os que sirvam (em “alta”) pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, sendo a sua criação precedida de parecer dos municípios territorialmente envolvidos (artigo 1.º, n.º 2); e
- São sistemas municipais, todos os demais não abrangidos pelo número anterior, bem como os sistemas geridos através de associações de municípios (n.º 3), podendo os respectivos Municípios e associações de Municípios, querendo, proceder à sua concessão a entidades públicas ou privadas de natureza empresarial ou a associações de utilizadores.

Este diploma veio criar a obrigatoriedade os utilizadores se ligarem aos sistemas previstos (os municípios para os sistemas multimunicipais, e qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, no caso dos sistemas municipais ou da distribuição directa integrada em sistemas multimunicipais (artigo 2.º).

Ele determina (artigo 3.º) que a exploração e a gestão dos sistemas multimunicipais pode ser directamente efectuada pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade pública de natureza empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social, com entidades privadas. Enquanto durar a concessão, a propriedade dos bens integrados nos sistemas multimunicipais e a ela afectos pertence à concessionária, revertendo para o Estado no termo da concessão (artigo 4.º).

O Decreto-Lei n.º 379/93 cria imediatamente “os seguintes sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água *para consumo dos municípios*”⁷⁰:

⁷⁰ Transcreve-se o n.º 3 do artigo 3.º deste diploma. O sublinhado é nosso e é relevado por razões que se apresentam adiante e que têm a ver com a integração da “baixa” em algumas concessões de sistemas multimunicipais.

- Sotavento Algarvio
- Barlavento Algarvio
- Área da Grande Lisboa
- Norte da Área do Grande Porto
- Sul da Área do Grande Porto

e determina ainda que a criação e a concessão de sistemas multimunicipais é objecto de Decreto-Lei.

Esta relação evidencia os objectivos imediatos da iniciativa legislativa: criar condições para o controlo directo pelo Estado dos investimentos a realizar no abastecimento de água às grandes conurbações do litoral algarvio e do norte e centro do Continente, onde se concentra grande parte da população nacional e onde mais se fazia sentir a rotura dos sistemas existentes pela pressão das grandes migrações internas ocorridas durante a década de 80 do século passado. Era também aí que se poderiam esperar as maiores economias de escala e, portanto, onde os investimentos a realizar *per capita* seriam mais baixos. Ou, dito de outra maneira, onde com os recursos financeiros que iriam estar disponíveis, mais progressos naqueles indicadores de cobertura em infra-estruturas de saneamento, poderiam ser esperados.

No seguimento da aprovação deste diploma foram também aprovados outros diplomas que fixam as bases para as concessões de sistemas municipais e multimunicipais, e foram constituídos numerosos sistemas multimunicipais e concessionados sistemas municipais, tendo-se constituído um sector empresarial público e outro privado no sector.

Não tendo o Estado assumido a gestão directa de nenhum sistema multimunicipal, a solução consagrada pelo Despacho Conjunto A-75/94-XII do Ministro das Finanças e da Ministra do Ambiente, de 26 de Janeiro, que veio a ser depois adoptada, foi a da sua concessão a empresas de capitais públicos comparticipadas a 51% pela IPE – Águas de Portugal, SGPS, e a 49% pelos Municípios envolvidos (com uma ou outra excepção).

Em 1998 realizou-se o referendo nacional sobre a criação das regiões administrativas, conforme previsto na Constituição da República Portuguesa, artigos 255º e 256º. Estava previsto, nos termos da Lei n.º 56/91, de 13 de Agosto, lei-quadro da regiões administrativas, que o Estado transferisse para as regiões a criar as atribuições nos domínios do ambiente, conservação da natureza e recursos hídricos e abastecimento público, assim como a competência para promoverem a construção de infra-estruturas, equipamentos e outros investimentos públicos de nível regional, competindo-lhes estabelecer, nos termos da lei, as taxas e as tarifas a cobrar pelos serviços prestados e fixar os respectivos montantes. Como é sabido, na sequência do mencionado referendo, tais regiões não vieram a ser criadas.

A lei das finanças locais, Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, autoriza os Municípios à cobrança de taxas pela conservação e tratamento de esgotos (alínea I do artigo 19º) e à cobrança de tarifas e preços pelas actividades de exploração de sistemas públicos de distribuição de água, de saneamento de águas residuais e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, e tarifas pela instalação, substituição ou renovação dos ramais domiciliários de ligação aos sistemas públicos de distribuição de água e de drenagem de águas residuais. Essa norma determina, ainda, que as tarifas e os preços a fixar pelos Municípios relativos aos serviços prestados não devem, em princípio, ser inferiores aos

custos directa e indirectamente suportados com o fornecimento dos bens e a prestação dos serviços.

No seguimento do insucesso da criação destas regiões, a Assembleia da República veio a aprovar a Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as Autarquias locais, bem como de delimitação da intervenção da Administração central e da Administração local, concretizando os princípios da descentralização administrativa e da autonomia do poder local.

Esse diploma reafirma as competências dos órgãos municipais em matéria de planeamento, gestão do equipamento e realização de investimentos em matéria de sistemas municipais de abastecimento de água, de drenagem e de tratamento de águas residuais urbanas e de limpeza pública e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos.

Ele inova, no entanto, ao introduzir, pelo n.º 3 do seu artigo 2º, os princípios da cooperação e da parceria na actividade das duas administrações, sem prejuízo das competências próprias, para melhor prossecução do interesse público, pondo termo ao sistema de blocos de competências instituído pela Lei n.º 79/77, de 25 de Outubro, a primeira lei das Autarquias pós 25 de Abril de 1974.

De acordo com o n.º 3 do artigo 8º da mencionada lei, os contratos relativos ao exercício de competências municipais em regime de parceria estabelecerão obrigatoriamente o modo de organização das partes na elaboração dos programas e na gestão dos equipamentos ou dos serviços públicos correspondentes, bem como os recursos financeiros necessários. No entanto, que se conheça, esta figura nunca foi utilizada para a resolução dos problemas de articulação entre os investimentos realizados nos sistemas multimunicipais e municipais e para a sua gestão sistemas, do que tem resultado evidente prejuízo para o interesse nacional.

Em 1998 a Lei n.º 58/98 veio regulamentar a criação pelos Municípios de empresas municipais, intermunicipais e regionais, gozando de personalidade jurídica e dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, cuja criação era já prevista na Lei n.º 79/77, de 25 de Outubro. Estas empresas destinam-se a explorar actividades que prossigam fins de reconhecido interesse público cujo objecto se contenha no âmbito das atribuições das Autarquias. Soluções deste tipo foram adoptadas por algumas Autarquias para a gestão dos serviços municipais de águas e ambiente. Antecipando-se à própria legislação, a Câmara Municipal de Lisboa havia criado, em 1996, ao abrigo da Lei das Autarquias Locais (Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março), a EMARLIS, empresa pública municipal com o objectivo de assegurar uma gestão de natureza empresarial das estações de tratamento de águas residuais de Lisboa e dos sistemas de intersecção a elas ligados.

O crescimento do número de empresas públicas municipais levou o Governo a incluir na lei do orçamento do Estado para 2002 (Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro) uma norma habilitante que o autoriza a legislar no sentido de condicionar a formação destas empresas tendo em vista “evitar a adopção desajustada e sistemática desta forma de organização jurídica” através do reforço dos poderes de superintendência das entidades promotoras e da garantia da sua sustentabilidade económico-financeira⁷¹.

⁷¹ Em Outubro de 2001, segundo dados da Inspeção-Geral de Finanças, existiam já em Portugal 114 empresas públicas municipais e 187 intermunicipais, em diversos sectores de actividade, envolvendo 269 Autarquias.

Estas empresas municipais têm natureza instrumental, sendo consideradas como meras formas organizacionais, de natureza empresarial, de prestação de serviços públicos de conteúdo económico de gestão directa autárquica.

Verificou-se no final deste período o alargamento para o restante território nacional da criação de sistemas multimunicipais de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais e a canalização do respectivo investimento, como já estava a ser feito para os resíduos sólidos.

6.3 De 1999 à actualidade

As experiências positivas com a primeira geração de sistemas multimunicipais, conjugadas com as dificuldades reveladas pelos Municípios na realização atempada e eficaz dos projectos financiados pelo Fundo de Coesão, levaram o então Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território a definir, através do Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais (PEAASAR) 2000-2006, um conjunto de orientações estratégicas no que respeita às intervenções indispensáveis para completar e melhorar a cobertura do País em abastecimento de água e saneamento de águas residuais, visando atingir, com qualidade, níveis de atendimento da população de 95% em água no domicílio e de 90% em drenagem e tratamento de águas residuais.

Da estratégia definida para a consecução desse objectivo de atendimento ressaltam três prioridades:

1. Implementação de soluções integradas de carácter plurimunicipal, correspondendo a sistemas compatíveis com os planos de bacia hidrográfica e envolvendo os dois componentes do ramo urbano do ciclo da água, ou seja, o abastecimento de água e o saneamento de águas residuais;
2. Adopção de soluções institucionais do tipo empresarial, no sentido de otimizar os investimentos necessários à implementação dos sistemas e garantir a sua sustentabilidade futura através de uma exploração tecnicamente qualificada e em condições de gerar as receitas necessárias à cobertura de todos os encargos de funcionamento adequado e de renovação dos equipamentos;
3. Afectação do apoio do Fundo de Coesão a cada sistema de modo a garantir uma tarifa média tanto quanto possível equilibrada e situada num intervalo para os diferentes sistemas (0,40-0,50 Euros/m³ de água fornecida ou de efluente tratado).

Neste contexto, o PEAASAR define que as soluções integradas de carácter plurimunicipal podem assumir a forma de sistema multimunicipal (mediante uma parceria entre o Estado - através da Águas de Portugal, SGPS, S.A. - e os Municípios envolvidos) ou de sistema intermunicipal (com a participação exclusiva dos Municípios envolvidos, concessionado ou não).

Relativamente à implementação dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, cuja constituição é prevista no PEAASAR 2000-2006, foi adoptada a seguinte metodologia:

- Realização pela AdP, na sua qualidade de instrumento operacional do Ministério, com a assistência dos Municípios envolvidos, dos estudos de concepção geral e dos estudos de viabilidade económica e financeira dos diferentes sistemas integrados previstos no PEAASAR (com excepção do Médio Vouga). A intervenção da AdP

nesta fase do processo visou assegurar uma uniformidade de critérios de abordagem das soluções, no sentido de permitir uma afectação equilibrada dos apoios financeiros disponíveis, tendo em vista assegurar níveis tarifários compatíveis com o nível de vida das populações envolvidas. Estes estudos estão concluídos para a totalidade dos sistemas considerados.

- Negociação com as Autarquias envolvidas tendo em vista obter a sua adesão ao sistema multimunicipal.
- Criação do sistema através de Decreto-Lei quando não se verifica uma hostilização por parte das Autarquias.
- Celebração de contrato de concessão entre o Estado, representado pelo Ministro do Ambiente, com uma empresa entretanto constituída com capitais públicos na qual as Autarquias envolvidas participam em posição minoritária.

A implementação do PEAASAR, na sua formulação adaptada após a dinâmica decorrente das negociações com os Municípios, encontra-se em fase terminal no que respeita à criação de sistemas de natureza plurimunicipal.

Apresenta-se na tabela seguinte a estimativa das necessidades de investimento previstas no PEAASAR para o período 2000-2006.

Tabela: Estimativa das necessidades de investimento por região no PEAASAR

Região	Destino	Investimento Planeado 2000-2006 (milhões Euros)	Fundos atribuídos 2000 - 2006 (milhões Euros)	Financiamento necessário 2000 - 2006 (milhões Euros)
Total Nacional	Alta	2 373	1 300	1 073
	Baixa	1 869	775	1 094
	Total	4 242	2 075	2 167

Fonte: PEAASAR 2000-20006, página 58.

Relativamente ao futuro, considerando as estimativas realizadas no âmbito de estudos recentes, serão necessários investimentos de cerca 7 700 milhões de Euros, o que revela bem a magnitude do problema a resolver e o esforço de financiamento que será necessário levar a cabo pelas Águas de Portugal, Municípios e operadores privados, tanto na forma de capital próprio (*equity*) como de capitais alheios (dívida bancária e assimilada).

7. Regulação ambiental e saúde pública

A actividade de todos os operadores do sector obedece a um quadro regulamentar ambiental exigente e complexo. A água, sendo um bem económico, nem por isso deixa de ser um bem ambiental, um componente ambiental natural fundamental, para usar a designação da LBA, e por isso a sua gestão coloca várias questões no âmbito da protecção da saúde pública e do ambiente. Esta observação aplica-se tanto aos serviços de água para consumo público como para os serviços de águas residuais e resíduos sólidos urbanos. A questão da regulação ambiental da actividade das entidades gestoras destes serviços não poderia, por isso, deixar de se colocar, assim como a sua regulamentação adequada. Esta regulamentação é essencialmente tributária do normativo comunitário e consiste da transposição das directivas comunitárias para o sector.

No quadro institucional português são reguladores ambientais, o Instituto da Água (INAG), o Instituto dos Resíduos (INR), o Instituto do Ambiente (IA) e as Direcções Regionais do Ambiente e Ordenamento do Território (DRAOT)⁷². Aos primeiros institutos, de âmbito nacional, compete participar na elaboração das políticas para o sector, assegurar a representação do Estado português no âmbito técnico em instituições comunitárias e internacionais especializadas, regulamentar e planear as actividades e apoiar os organismos de âmbito regional a quem compete fazer a aplicação das políticas e das medidas no terreno, licenciando, fiscalizando e monitorizando.

Em primeiro lugar cabe fazer referência ao Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto, que estabelece as normas de qualidade a que devem obedecer as águas superficiais e subterrâneas destinadas à produção de água para consumo humano. Compete ao regulador ambiental assegurar essa qualidade, controlando as descargas de águas residuais no meio aquático, o que se consegue impondo, através do licenciamento, e fazendo observar, normas de descarga de águas residuais às unidades industriais e aglomerados urbanos a montante dos locais de captação⁷³.

Este diploma fixa ainda as normas de rejeição de águas residuais, que no entanto não são directamente aplicáveis à descarga de águas residuais urbanas uma vez que para estas está disponível legislação específica, o já referido Decreto-Lei n.º 152/97, de 19 de Junho. As normas de descarga do Decreto-Lei n.º 236/98 são, no entanto, de aplicação ao licenciamento das descargas de águas residuais industriais em redes de colectores de águas residuais urbanas⁷⁴ e não podem, por isso, ser ignoradas pelas entidades gestoras

⁷² As DRAOT estão em vias de fusão com as CCR.

⁷³ No presente, as entidades gestoras dos sistemas de água para consumo humano encontram-se numa situação de grande vulnerabilidade, dado que são raras as que se encontram dotadas de título válido de utilização de água para consumo público. Esse título é a concessão de utilização da água, quando se trate de águas dominiais que é a situação mais frequente para os sistemas de média e grande dimensão, nos termos do artigo 25.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro. Por este facto terão dificuldade em fazer valer o seu direito de indemnização em caso de incorrerem em sobrecustos de tratamento derivados da degradação do estado da água na origem.

⁷⁴ A descarga de águas residuais industriais em sistemas de drenagem de águas residuais urbanas está condicionada pela legislação nacional e comunitária. Assim o determina o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 152/97, os artigos 117.º e 195.º a 197.º do Decreto Regulamentar n.º 23/95, de 23 de Agosto e o artigo 66.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 236/98. O conceito fundamental é o de que a descarga de certas substâncias em sistemas de colectores de águas residuais é interdito ou fica condicionada ao tratamento prévio que for necessário para proteger a saúde do pessoal que trabalha nos sistemas de colectores e nas estações de tratamento, garantir que os sistemas, as estações de tratamento e o equipamento conexo não são danificados, que o funcionamento das ETAR e o tratamento das lamas não sejam entravados (certas

a quem cabe exercer essas competências nos termos do respectivo Regulamento de Descargas⁷⁵.

O Decreto-Lei n.º 152/97 é de consideração obrigatória por concedentes e concessionários por duas ordens de razões: por um lado, porque estabelece os níveis de tratamento a que estão sujeitas as águas residuais urbanas em função do estado de qualidade do meio receptor e da dimensão do vários parâmetros e define normas de qualidade para estes efluentes que os sistemas terão que satisfazer, e porque fixa um calendário de realização dos sistemas de recolha e tratamento destes efluentes que deverá ser tomado em conta nos planos de investimentos, quer eles estejam a cargo da concedente quer da concessionária, por outro. Em qualquer caso caberá à concessionária definir oportunamente quais as prioridades e o ritmo de investimento e, assim, decidir sobre o cumprimento daqueles objectivos temporais pelos quais está responsável.

Quanto ao Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro, aprova as normas relativas à qualidade da água destinada ao consumo humano, transpondo para o direito interno a Directiva n.º 98/83/CE. Nele se define quais as normas de qualidade, a frequência de amostragem e os métodos analíticos de referência a adoptar na gestão dos sistemas de abastecimento de água para consumo público e tem, por isso, que ser observado pelas entidades gestoras dos sistemas na sua actividade corrente, competindo-lhes o reporte dos resultados da verificação de conformidade às entidades competentes. Cabe ainda a essas entidades gestoras, independentemente da modalidades de gestão, colaborarem com as autoridades de saúde responsáveis pela vigilância sanitária e solicitarem as derrogações às normas de qualidade quando necessário.

Sobre a matéria da protecção das águas contra a poluição por descargas de águas residuais que é regulada pelo Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 236/98, as entidades gestoras dos sistemas municipais de águas residuais urbanas, independentemente da modalidade de gestão adoptada, só autorizarão a descarga de determinadas substâncias quando sejam observadas as condições reguladas por aquele diploma e pela legislação complementar que ele refere (n.º 7 do artigo 66º), competindo-lhes reportar à Direcção Regional do Ambiente (DRA) territorialmente competente as condições da autorização e os resultados do auto-controlo que lhe correspondem. Essas entidades gestoras observarão elas próprias as condições de descarga no meio receptor que lhes venham a ser impostas na licença emitida pela DRA nos termos do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, e realizarão o auto-controlo e reportarão a esta os respectivos resultados.

A gestão de resíduos em sentido lato, englobando os resíduos urbanos, industriais e hospitalares, merece enquadramento legal, pela primeira vez em Portugal, em 1985.

O Decreto-Lei n.º 488/85, de 25 de Novembro, deu suporte legal às preocupações existentes em matéria de gestão de resíduos, que tinham a ver, por um lado, com a prevenção da produção, e por outro lado com a necessidade de se criar um sistema de

substâncias funcionam como inibidores dos processos químicos e biológicos de tratamento), garantir que as descargas das estações de tratamento não deterioram o ambiente ou não impedem as águas receptoras de cumprir com o disposto noutras directivas comunitárias, nomeadamente nas directivas sobre substâncias perigosas, e garantir que as lamas possam ser eliminadas em segurança e de um modo ecologicamente aceitável. Entre as disposições do direito comunitário aplicáveis e que interditam a descarga de certas substâncias perigosas (da directiva 76/464/CEE e directivas filhas desta directiva) está a proibição da diluição destas águas residuais antes da sua descarga. Ora, na ausência de tratamento prévio à sua descarga em sistemas de colectores, essa diluição teria lugar antes da sua entrada na ETAR, que por sua vez não estará geralmente preparada para um tratamento específico para cada uma destas substâncias.

⁷⁵ Estes Regulamentos de Descarga são exigidos pelo artigo 9º do Decreto-Lei n.º 152/97.

registo obrigatório de resíduos que permitisse um conhecimento concreto e fiável dos quantitativos de resíduos gerados, sua caracterização e destino final, bem como a definição de responsabilidades.

Dez anos volvidos sobre a publicação deste diploma legal, e perante o evidente progresso técnico e científico, tornaram necessário proceder à reestruturação e adequação do quadro normativo vigente. Surgiu, então, o Decreto-Lei n.º 310/95, de 20 de Novembro, que transpõe para a ordem jurídica interna as directivas 91/156/CEE, do Conselho, de 18 de Março, e 91/689/CEE, de 12 de Dezembro, relativas a resíduos e resíduos perigosos, respectivamente, e revoga o Decreto-Lei n.º 488/85.

Este Decreto-Lei n.º 310/95 estabeleceu as regras a que ficaram sujeitas as operações de gestão de resíduos, a saber: recolha, armazenagem, transporte, valorização e eliminação. Reafirmou os objectivos da gestão de resíduos (redução, valorização e eliminação) bem como a obrigatoriedade de registo identificativo por parte de quem efectuar qualquer operação de gestão. Introduziu uma alteração em sede da responsabilidade pela gestão de resíduos, que deixou de ser exclusiva do detentor e passou a ser, em primeira linha, do produtor. Estabeleceu regras quanto ao licenciamento das operações de gestão de resíduos e definiu a elaboração de um Programa Nacional de Gestão de Resíduos. Na sequência deste diploma foi publicada a Portaria n.º 15/96, de 23 de Janeiro, que identifica as operações de eliminação e valorização previstas neste mesmo diploma.

Em face das novas opções políticas adoptadas e da experiência adquirida, as alterações introduzidas pelos diplomas supra referidos mostraram-se insuficientes, entendendo-se que seria necessária alterar o Decreto-Lei n.º 310/95, de 20 de Novembro.

O novo diploma legal, Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro, confirma o princípio da responsabilidade do produtor, introduz um mecanismo autónomo de autorização das operações de gestão e consagra uma nova categoria de resíduos, «outros tipos de resíduos», que permite abranger determinados resíduos não caracterizáveis como urbanos, industriais ou hospitalares. Estabelece também a obrigatoriedade do envio às autoridades competentes, pelos industriais, do registo de resíduos produzidos. A sujeição de todas as operações de gestão de resíduos à autorização do Ministério do Ambiente veio permitir um maior controlo destas operações.

Chama-se a atenção para a importância da Portaria n.º 335/97, de 16 de Maio, que fixou as regras a que se sujeita o transporte interno de resíduos e que constitui um instrumento de controlo e fiscalização do movimento de resíduos, por permitir controlar a fonte, o destino, as quantidades e o tipo de resíduos que circulam no nosso país.

Este quadro não ficaria completo sem uma referência à legislação sobre a defesa do consumidor, nomeadamente a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, onde se inclui o serviço de fornecimento de água, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, e o Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho, que estabelece o regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais previstos na Lei n.º 23/96. Nos termos deste último compete ao IRAR definir o valor e a forma de cálculo das cauções que podem ser exigidas pelos fornecedores dos serviços na sequência de interrupção do serviço decorrente de incumprimento contratual imputável ao consumidor, e definir o plano de reembolso das cauções prestadas pelos consumidores até à data da publicação do diploma.

8. Regulação económica

A regulação é uma forma de intervenção do Estado num determinado sector de actividade económica de mercado imperfeito. O Estado regulador substitui-se ao mercado para induzir as empresas a produzirem aquilo que é desejável e a atingirem resultados óptimos em termos de preços praticados, de quantidades produzidas e de qualidade oferecida.

Na sua Parte II, Organização económica, a CRP incumbe prioritariamente o Estado, no âmbito económico e social (artigo 81º) de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolista e a reprimir o abuso de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral” (alínea *e*), e de “garantir a defesa dos interesse e os direitos dos consumidores” (alínea *h*).

A regulação é, então, um sucedâneo do mercado, visando soluções eficientes, do ponto de vista da afectação de recursos, e a repartição dos benefícios gerados (pelos ganhos de eficiência assim induzidos) entre consumidores e produtores, os quais não ocorrerão sem essa intervenção.

A regulação destina-se a combater o abuso de posição pelas empresas que laboram em regime de monopólio ou oligopólio, tanto mais necessária e importante quanto esse monopólio seja natural e o sector seja de interesse público fundamental. Agindo em situação de mercado as empresas irão produzir tantas unidades de produto quantas consigam até que o custo marginal de produção iguale o preço. Em situação de monopólio irão produzir tantas unidades quantas o mercado possa absorver ao preço que maximiza o seu lucro.

Um monopólio diz-se natural se é mais eficiente ter uma única empresa a fornecer todo o mercado do que duas ou mais empresas a fazê-lo. Os custos de exploração e os preços serão maiores se for introduzida concorrência no sector, dadas as razões, geralmente tecnológicas, em que se funda aquela presunção. São deste tipo as actividades económicas que dependem de redes fixas de distribuição ou comunicação, nomeadamente.

Os serviços de águas e águas residuais urbanas constituem, em todo o mundo, o exemplo mais perfeito de monopólio natural. Os investimentos exigidos para a instalação das redes de distribuição de água potável e para a recolha de águas residuais urbanas são de tal ordem que a sua duplicação só se justifica em circunstâncias muito excepcionais e geralmente quando é necessário proceder à distribuição de dois produtos de diferente qualidade, por exemplo uma água para lavagens, sem garantia de potabilidade, e outra com essa garantia, como sucede em certas regiões onde a água é um bem excepcionalmente escasso e as autoridades optam por distribuir uma água salobra boa para fins menos exigentes do ponto de vista da saúde pública, a par da distribuição de água potável⁷⁶.

⁷⁶ As tentativas havidas em Inglaterra e no País de Gales, de introdução do sistema de “common carriers” (uma rede, ou sistema de redes, explorada por uma entidade e utilizada por vários operadores), tem esbarrado com dificuldades de natureza técnica e jurídica, pois coloca problemas de interoperabilidade e interligação importantes. Para os sistemas distribuição de água para consumo público, este conceito traduz-se na interligação de redes de abastecimento vizinhas existentes e concorrência na zona de fronteira, com a disputa de clientes. No entanto, a partilha de uma rede por vários operadores, que exploram origens de água e estações de tratamento de água distintas, coloca questões de

Na perspectiva da defesa do interesse público através da regulação da actividade das empresas que actuam no sector, os preços que elas são autorizadas a praticar devem assegurar o serviço ao menor custo que garanta simultaneamente uma rentabilidade adequada dos capitais investidos.

A teoria da regulação identifica outras circunstâncias que justificam a intervenção dos poderes públicos num dado mercado. Entre estas estão a eliminação das externalidades, positivas ou negativas. Como já vimos, essa situação ocorrerá com os serviços de águas residuais e resíduos sólidos urbanos na ausência de um regulador ambiental.

O benefício da regulação traduz-se no combate ao abuso de posição monopolista que se traduziria num aumento do preço. Esse combate pode fazer-se pela *regulação da gestão*, ou pela *regulação da estrutura*, conforme a disfuncionalidade do mercado.

A *regulação da gestão* consiste no combate ao abuso do monopólio, condicionando ou agindo sobre as escolhas da gestão das empresas de modo a determinar os preços.

A *regulação da estrutura* consiste na definição de regras de acesso ao mercado e combate ao abuso de posição dominante, de modo a permitir a concorrência, evitando a discriminação entre fornecedores, os quais deverão dispor dos mesmos direitos e possibilidades de acesso às infra-estruturas, quando é o caso.

No caso dos serviços de águas e resíduos, é a regulação da gestão que nos interessa fundamentalmente. A regulação de gestão é complexa, e tanto mais complexa quanto mais complexa seja a actividade específica sujeita à regulação.

Se adoptarmos os critérios de determinação da intensidade da concorrência do CEEP⁷⁷, os serviços urbanos de águas podem classificar-se como de ausência de concorrência, a situação potencialmente mais penalizadora para os consumidores, com uma estrutura industrial de interligação elevada entre as fases, economias de escala importantes, redes específicas e de custo de duplicação elevado (praticamente proibitivo). Quanto às opções de concorrência, são naturalmente monopólios integrados verticalmente e o tipo de regulação admissível é o da regulação da gestão tendo por objectivos a regulação da qualidade e do preço, e a garantia de satisfação das obrigações de serviço estipuladas no contrato ou nos estatutos da empresa.

interoperabilidade, nomeadamente a questão de saber a quem cabe a responsabilidade em caso de problemas de saúde pública com origem na quebra da qualidade da água distribuída, para além de problemas de natureza técnica de difícil solução (de pressão na rede, de caudal injectado, etc.). Para os sistemas de águas residuais urbanas os problemas de natureza técnica são acrescidos, uma vez que as estações de tratamento estão situadas na extremidade de jusante, o que na prática inviabiliza a partilha. A interligação das redes está praticamente excluída pelo facto de estas terem de funcionar graviticamente, o que faz com que só em circunstâncias orográficas muito excepcionais essa hipótese se possa sequer colocar. No caso dos serviços de resíduos sólidos urbanos é possível introduzir a concorrência, não concedendo um exclusivo territorial às empresas, como acontece entre nós.

⁷⁷ “Os Serviços de Interesse Económico Geral na Europa”, Secção Portuguesa do CEEP, Centro Europeu das Empresas de Participação Pública e das Empresas de Interesse Económico Geral, 2002.

9. Quadro legal das concessões

O quadro legal das concessões é aberto pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, que alterou o artigo 4º da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho (entretanto substituída e revogada pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho) e veio permitir o acesso de empresas com capitais privados às actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes urbanos e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, actividades essas até aí reservadas ao sector público. O mesmo diploma criou a distinção entre sistemas multimunicipais, os que servem pelo menos dois municípios e exigem um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, e sistemas municipais, que são todos os outros, admitindo para os primeiros a possibilidade da concessão pelo Estado a empresas de capitais maioritariamente público, e para os segundos a concessão (pelas autarquias) a empresas sem quaisquer restrições quanto à titularidade dos respectivos capitais.

O Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, veio logo a seguir esclarecer as condições a que obedece o regime de exploração e gestão a que ficam sujeitos os sistemas concessionados, independentemente de se tratar de sistemas de águas para consumo humano, de águas residuais urbanas ou de resíduos sólidos urbanos.

Posteriormente os Decretos-Lei n.º 294/94, de 16 de Novembro, e n.º 319/94, de 24 de Dezembro, vieram estabelecer o regime jurídico e aprovar as bases dos contratos das concessões dos sistemas multimunicipais de resíduos sólidos e de águas para consumo humano, respectivamente, e o Decreto-Lei n.º 142/95, de 14 de Junho, veio criar o Sistema Multimunicipal de Saneamento da Costa do Estoril e a SANEST, S.A, e aprovar as bases do respectivo contrato de concessão. O Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, veio mais tarde regular o regime jurídico aplicável aos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes municipais e aprovar as bases dos respectivos contratos, completando o quadro jurídico das concessões de sistemas multimunicipais.

Quanto ao regime jurídico para os sistemas municipais, ele viria a ser regulado pelo Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, que criou o Observatório Nacional dos sistemas multimunicipais e municipais de águas para consumo público, águas residuais e resíduos sólidos urbanos. Para além de fixar a composição e as competências do Observatório, em disposições que viriam a ser revogados pelo Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro, que aprova o Estatuto do IRAR, aquele diploma regulamenta o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais.

Finalmente, o Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro, aprova o Estatuto do IRAR criado pelo Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto, e revoga parcialmente o já referido Decreto-Lei n.º 147/95. As competências do IRAR são exercidas apenas no território do Continente pois, nos termos do artigo 5º do diploma, competirá aos órgãos de Governo próprio das Regiões Autónomas regular e definir a quem compete o exercício destes poderes⁷⁸.

O Decreto-Lei n.º 379/93 que estabelece a concessão do sistema multimunicipal prevê obrigatoriamente:

⁷⁸ O Decreto-Lei n.º 151/2002, de 23 de Maio, veio alterar o Estatuto do IRAR acrescentando-lhe as atribuições correspondentes à autoridade nacional para a qualidade da água para consumo humano nos termos do Decreto-Lei n.º 243/2001.

- O prazo do contrato (deve ser função da natureza do serviço e do volume do investimento a realizar e das condições da sua amortização);
- O investimento a cargo da empresa concessionária;
- A remuneração do investimento (indexado);
- A aprovação, pelo Estado (concedente), das tarifas a cobrar;
- A possibilidade de resgate e de sequestro;
- A reversão para o Estado, findo o prazo da concessão;
- Os poderes do concedente.

No artigo 9º do capítulo III, Sistemas municipais, define o objecto do contrato de concessão:

- A exploração e a gestão dos serviços públicos municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público;
- ... de efluentes, através de redes fixas;
- ... de resíduos sólidos.

Na *exploração e gestão* dos serviços inclui a construção, extensão, reparação, renovação, manutenção de obras e equipamentos, e respectiva melhoria, e omite a concepção (o diploma é omissivo a este respeito no caso dos multimunicipais).

A concessão pode abranger a utilização de obras e equipamentos instalados pelos municípios concedentes.

Para os sistemas municipais o contrato de concessão é atribuído por concurso público (excepto quando a concessionária seja uma associação de utilizadores) e do programa de concurso deve constar (artigo 10º):

- ...
- *A forma jurídica a adoptar pelos concorrentes;*
- *A menção de que as propostas não admitem variantes;*
- *Os requisitos de admissibilidade respeitantes às exigências técnicas, económicas e financeiras mínimas;*
- *O critério de adjudicação, enumerando os factores relevantes ... Entre os quais constem, necessariamente o montante de retribuição a pagar ao município concedente, o regime tarifário, a qualidade do serviço e a segurança da sua prestação.*

A necessidade da regulação de gestão através de um organismo com competências na matéria decorre então:

- Para os sistemas multimunicipais, (1) de modo a garantir a optimização da aplicação dos dinheiros públicos, apreciando as propostas técnicas e desenvolvendo uma actividade de regulação por comparação do desempenho; (2) em defesa dos interesses dos consumidores apreciar periodicamente os projectos de tarifários e vigiar a qualidade do serviço prestado (qualidade do atendimento ao público, prazos razoáveis de reparação de anomalias, garantia da universalidade do serviço, etc.).

- Para os sistemas municipais, cujo contrato regula os aspectos relativos ao sistema tarifário e resulta de concurso em que a proposta de tarifário é precisamente o critério mais importante de adjudicação, (1) para garantia do equilíbrio económico e financeiro da concessão em caso de alteração das circunstâncias contratuais e (2) para defesa do consumidor.

No entanto, não foi criado imediatamente qualquer regulador. Em 1995, pelo Decreto-Lei 147/95, de 21 de Junho, foi criado o Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais de águas e resíduos (e aprovado o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais).

Por despacho do mesmo ano (Despacho 38/MARN/95) foi criada a Comissão de Acompanhamento das Concessões (dos sistemas multimunicipais), prevista nas Bases Gerais, com poderes delegados pelo concedente.

O IRAR, Instituto Regulador de Águas e Resíduos, só viria a ser criado em Agosto de 1997 (artigo 21º do Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto), regulamentado em Novembro de 1998 (Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro) e o seu primeiro Conselho Directivo só viria a ser empossado em Setembro de 1999.

O que sucedeu entretanto? Uma mudança de política? Salvo melhor opinião, houve sobretudo continuidade na política sob outra forma. O concedente dos sistemas multimunicipais visou dois objectivos contraditórios: a resolução do problema da prestação de um serviço de qualidade e a criação de um sector empresarial nacional forte no sector, através da criação da empresa Águas de Portugal, S.A., apostando sobretudo na autoregulação (pela via do capital accionista).

Neste modelo, e no que concerne aos sistemas multimunicipais, ao Ministro do Ambiente competem, presentemente, cinco papéis distintos e largamente contraditórios:

- Concedente dos sistemas, cuja constituição depende de negociações com as autarquias envolvidas;
- Accionista maioritário nas empresas concessionárias dos sistemas multimunicipais;
- Tutela do regulador de gestão, com poderes de superintendência sobre a sua actividade;
- Tutela dos diversos reguladores ambientais, cujas normas as empresas estão obrigadas a observar;
- Tutela do Estado sobre as autarquias (tutela administrativa de legalidade) que são, simultaneamente, parceiros do Estado no capital das empresas e utilizadores dos sistemas.

Desde a formação do último governo, que juntou ao Ambiente as Cidades e o Planeamento, que o mesmo é dizer, a gestão dos fundos comunitários, a posição do Ministro neste quadro foi ainda, se possível, reforçada. Pode dizer-se, sem risco de contradição, que teria sido difícil conceber sistema de empresarialização mais complexo e menos compreensível, o que se tem de entender à luz da complexa trama de garantias mútuas que o Estado e as autarquias mutuamente se oferecem nesta operação.

Ao privilegiar, de entre os cinco papéis referidos, o seu papel accionista, o Estado transformou o instrumento da política, a AdP, no seu objectivo principal e, num primeiro momento, optou pela autoregulação de forma explícita não criando qualquer instituto regulador mas sim um Observatório (1993-95).

Num segundo momento (1996-98) optou pela criação do instituto regulador, do que se arrependeu pouco depois (1999-2002) sendo então seu interesse, ainda que não declarado, a menorização do regulador, razão pela qual os seus pareceres são ignorados ou desvalorizados.

Esta política teve um outro efeito colateral importante (e paradoxal): liquidou no ovo as empresas nacionais nascentes que operavam no sector. Em consequência, quando amanhã se quiser fazer a privatização do capital das empresas, corre-se seriamente o risco de não haver outras interessadas que não as multinacionais do sector.

O Decreto-Lei nº 147/95 de 21 de Junho, que cria o Observatório Nacional dos sistemas multimunicipais e municipais, regula ainda o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais e fixa as respectivas competências, onde se incluem, entre outras:

- Os princípios a que obedece a fixação e a revisão das tarifas (artigo 5^a);
- As condições em que assiste ao concessionário o direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato (quando ocorra uma alteração significativa das condições contratuais de exploração do sistema por determinação do concedente ou por modificação das normas legais e regulamentares em vigor à data da concessão);
- Os critérios de selecção dos concorrentes (obrigatória a consideração da tarifa média, com peso não inferior a 70%);
- Os prazos da concessão (proporcional ao volume de investimentos);
- As relações entre o concessionário e os consumidores e direitos destes.

O Decreto-Lei nº 362/98 de 18 de Novembro, que aprova o Estatuto do Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR) e extingue o Observatório Nacional de Ambiente (e a Comissão de Acompanhamento das Concessões) revoga parcialmente o Decreto-Lei 147/95 de 21 de Junho e

- Aprova o Estatuto do IRAR;
- Reporta ao IRAR a obrigação das concessionárias assegurarem as despesas com o Observatório e a CAC, e as referências que lhes são feitas nos contratos de concessão;
- Extingue o Observatório revogando os artigos do Decreto-Lei 147/95 que lhe respeitam;
- Remete à competência dos órgãos do Governo das Regiões Autónomas a competência para regular e definir a quem compete exercer ai estes poderes.

No tocante à autonomia do IRAR, ela é delimitada nos seguintes termos:

- Nomeação do Conselho Directivo (CD) por resolução do Conselho de Ministros sob proposta do M Ambiente (artigo 9º);
- Superintendência e tutela do Ministro do Ambiente (artigo 1º);
- Regime de exclusividade exigido aos membros do CD (artigo 9º);
- Autonomia administrativa, financeira e património próprio (artigo 1º);
- Recurso tutelar das decisões do presidente e do CD para o M. Ambiente (artigo 15º);

- Plano anual de actividades e orçamento, e relatório de actividades aprovados pelo M Ambiente (artigo 11º); capacidade de auto-sustentação pela cobrança de receitas (artigo 22º).

No que respeita aos concursos de concessão dos sistemas municipais, a actividade do IRAR será importante em relação com os seguintes aspectos:

- Adequada preparação das peças de concurso (caderno de encargos, definição do objecto, condições de elegibilidade);
- Igualdade de condições para todas as empresas no acesso ao mercado e equidade no concurso de concessão (sistemas municipais);
- Redução do risco do negócio, através da sua simples presença em cena e da sua capacidade para intervir em caso de alteração das circunstâncias.

A igualdade de condições no acesso ao mercado e equidade no concurso serão alcançadas através de:

- Recomendações sobre os processos de concurso que reforcem a transparência (exigências colocadas aos concorrentes, critérios de adjudicação tão objectivos quanto possível, etc.);
- Elaboração de normas e regulamentos sobre as concessões e a qualidade dos serviços a prestar, que balizem estes;
- Programas de investimentos a cargo do futuro concessionário claros, critérios de revisão das tarifas, etc.;
- Sensibilização dos autarcas para as questões da qualidade na concessão (condições para a formulação da proposta que não sejam excessivas, do ponto de vista financeiro, não inclusão de exigências e condições irrazoáveis, etc.);

A contribuição na redução do risco do negócio resulta de

- Possibilidade de conciliação futura em caso de emergência de novas condições ou de eventuais conflitos e fomento da arbitragem;
- Elaboração de normas e regulamentos que fixem critérios objectivos de qualidade dos serviços;
- Intervenção em defesa do equilíbrio dos sectores e da sustentabilidade económica dos sistemas, incluindo em processos de falência das entidades sujeitas à supervisão do Instituto;

A tarefa do IRAR não se afigura fácil, não apenas porque os interesses em jogo são muito importantes mas também porque as questões com que se vai confrontar são complexas e não existe ainda entre nós uma experiência de regulação que determine um comportamento ou um caminho seguro.

O próprio modelo de empresarialização é entre nós complexo, com dois tipos de solução a conviver e a competir entre si, competição que não estaria nos projectos do legislador mas se tornou uma realidade por via da disputa em torno dos fundos comunitários.

O sucesso de um dos modelos de empresarialização (o dos sistemas multimunicipais) pode revelar-se fatal para o outro e para o objectivo de resolução dos problemas de abastecimento de água e saneamento de águas residuais e resíduos sólidos para o qual o IRAR deve contribuir com a sua actividade.

O IRAR surge com competências muito amplas que complementam as que já são exercidas por outros organismos, o que poderá revelar-se uma fonte de dificuldades institucionais e de ineficácia do modelo.

O quadro legal das concessões carece de aperfeiçoamentos que melhorem as condições de acesso à actividade por parte das empresas e de concessão por parte das autarquias, nomeadamente no que concerne ao esclarecimento da natureza da retribuição a pagar pela concessionária à concedente e do programa de investimentos a cargo da concessionária

As bases dos contratos das concessões dos sistemas multimunicipais estão definidas nos Decreto-Lei 319/94 (água para consumo humano), Decreto-Lei 162/96 (águas residuais urbanas) e Decreto-Lei 294/94 (resíduos sólidos urbanos). Estas bases obedecem a um padrão comum, com algumas diferenças relevantes nem sempre explicáveis apenas com base na natureza distinta do serviço:

Quanto ao conteúdo, integra a concepção, a construção, a exploração e a gestão de um sistema multimunicipal:

- Captação, tratamento e abastecimento da água;
- Recolha, tratamento e rejeição de efluentes;
- Tratamento de resíduos sólidos urbanos (sem referência à recolha).

Quanto à actividade da concessão compreende,

- A captação de água, o respectivo tratamento e o seu fornecimento;
- A recolha de efluentes canalizados pelos serviços municipais competentes e o respectivo tratamento e rejeição;
- O processamento dos RSU, ou a tal equiparados nos termos da lei, gerados na área dos municípios utilizadores e entregues por quem deva proceder à sua recolha, incluindo a sua valorização energética, a sua reciclagem em termos económicos viáveis e a disponibilização de subprodutos.

A concessionária não pode exercer actividades diferentes daquelas que constituem o objecto da empreitada, no caso das águas e águas residuais, e podem fazê-lo no caso dos RSU desde que sejam consideradas acessórias ou complementares e autorizadas pelo concedente (problema dos RIB).

O objecto da concessão compreende:

- A concepção e construção de uma rede fixa e de todas as instalações necessárias à captação, tratamento e abastecimento de água... aos utilizadores (a concessionária do serviço público... obriga-se a assegurar o regular, contínuo e eficiente abastecimento de água aos municípios utilizadores; para efeito das presentes bases são utilizadores os municípios servidos pelo respectivo sistema multimunicipal – Base III; a concessionária obriga-se a fornecer a cada um dos utilizadores, mediante contrato, a água necessária para alimentar os respectivos sistemas municipais... – Base XXVIII; título da Base XXXIII – Ligação entre o sistema multimunicipal e os sistemas municipais)

Esta disposição fundamental foi desrespeitada frequentemente sob a alegação de que a definição do objecto de cada concessão por decreto-lei prevalece sobre o disposto nestas Bases e com apoiado no disposto no n.º 4 do artigo 2º do Decreto-Lei 379/93.

O n.º 4 do artigo 2º do Decreto-Lei 379/93 diz que “são considerados utilizadores, para efeitos do n.º 2 (é obrigatória a ligação aos sistemas previstos no presente diploma...), os municípios, no caso de sistemas multimunicipais, e qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, no caso de sistemas municipais *ou da distribuição directa integrada em sistemas multimunicipais*”

É nosso entendimento que esta provisão se destinava a cobrir uma situação existente no sistema da Grande Lisboa. Além disso, esta disposição refere-se a *distribuição* e não a *recolha* de efluentes ou RSU. Por outro lado, não se entende que *razões de interesse nacional* poderão justificar o serviço directo aos consumidores finais.

A solução de integração da “baixa” em sistemas Multimunicipais não salvaguarda o conteúdo essencial do domínio de intervenção dos municípios.

A criação de sistemas “em baixa”, devendo estes ser considerados, por determinação da lei, sistemas municipais, não podem ser da responsabilidade do Estado, não podendo este, conseqüentemente, assumir a posição de concedente de um sistema deste tipo.

Tais diplomas legais (os que criam os sistemas e aprovam a sua concessão) apenas o são formalmente, devendo ser considerados, do ponto de vista material, verdadeiros actos administrativos (*em forma legislativa*). Deste modo, tais actos, ao criarem sistemas multimunicipais “em baixa” em contradição com as leis gerais que regulam estas matérias, são ilegais e, portanto, susceptíveis de impugnação contenciosa.

O Estado não pode, deste modo, concessionar um sistema “em baixa”, cuja titularidade não lhe pertence (ver Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, artigo 26º).

Os Decreto-Lei de criação e delimitação de sistemas multimunicipais que funcionem também “em baixa” são *organicamente inconstitucionais*, por serem diplomas legislativos governamentais que afectam, sem credencial parlamentar, a esfera das atribuições municipais, e ainda *materialmente inconstitucionais* por lesarem o núcleo fundamental da autonomia municipal, à luz dos princípios da autonomia do poder local, descentralização e subsidiariedade.

No que concerne à possibilidade, admitida pela Lei n.º 58/98 de os municípios delegarem a gestão destes serviços a empresas municipais de capitais públicos, pode afirmar-se que tais empresas não podem ser empresas de capitais públicos estaduais ou maioritariamente estaduais. As empresas a quem o município pode delegar os seus serviços municipais não podem deixar de ter maioria de capital do município em causa⁷⁹.

⁷⁹ Parecer elaborado sobre esta matéria para o IRAR por Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira.

10. O regime criado pelo Decreto-Lei n.º 103/2003

Em 2001 a Comissão suscitou as seguintes questões concretas relativas ao modelo português, tal como se encontra actualmente configurado:

- (i) Em primeiro lugar, a Comissão considerou que os contratos celebrados entre o Estado Português e as sociedades concessionárias de sistemas multimunicipais não deveriam ser qualificados como verdadeiros "contratos de concessão", antes configurando *contratos públicos de prestação de serviços*, aos quais seria aplicável o regime jurídico estabelecido nas Directivas comunitárias aplicáveis.
- (ii) Em segundo lugar, considerou a Comissão que a outorga dos referidos contratos (de concessão ou contratos públicos de prestação de serviços) deveria ter seguido os procedimentos previstos na Directiva n.º 98/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho, conforme alteração introduzida pela Directiva n.º 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro (a "directiva sectores excluídos").
- (iii) Sustentou ainda a Comissão que, mesmo que se admita que os contratos em causa são contratos de concessão, então, e em qualquer caso, a sua outorga deveria respeitar os princípios da transparência e da não-discriminação, tal como resultam de vários documentos comunitários⁸⁰.
- (iv) Tendo em conta os aspectos *supra* referidos, defendeu a Comissão que o facto de não terem sido seguidos os procedimentos concursais previstos na Directiva n.º 93/38/CEE (ou de não terem sido observados os princípios da transparência e da não discriminação) configura que as restrições incluídas no regime português às actividades económicas de abastecimento de água para consumo público e de recolha e tratamento de efluentes, configura uma violação dos artigos 43.º e seguintes do Tratado (liberdade de estabelecimento), não se verificando a excepção estabelecida pelo artigo 45.º do mesmo Tratado.
- (v) Assim, sustentou a Comissão que o Estado Português havia violado as obrigações decorrentes da Directiva n.º 93/38/CEE e ainda dos artigos 43.º e 55.º do Tratado.

O Estado Português, no exercício do seu direito de resposta, veio prestar alguns esclarecimentos à Comissão.

- (i) De facto, concede o Estado Português que os "contratos de concessão" (concessão de serviços públicos de abastecimento de água e de saneamento básico no quadro de sistemas multimunicipais) *não configuram contratos de concessão, em sentido próprio*, uma vez que as sociedades "concessionárias" de tais sistemas (que são sociedades de capitais maioritariamente públicos sendo aliás esse facto obrigatório nos termos da legislação aplicável) *não apresentam qualquer autonomia de vontade face ao co-contratante* (o Estado concedente, representado pelo Ministro do Ambiente), sendo criadas por Decreto-Lei, o qual,

⁸⁰ Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões, JO C 121, de 29.04.2000, e jurisprudência do Tribunal.

na maior parte das vezes, aprova os respectivos estatutos e procede à concreta atribuição da concessão de serviços públicos em causa⁸¹.

- (ii) Para além do mais, defende o Estado Português que tais estruturas correspondem a uma "montagem *in-house*", no sentido de corresponder a uma opção organizativa interna do próprio Estado, em matérias que apenas a ele (Estado) dizem respeito, escapando ao âmbito do Direito Comunitário e aos poderes de apreciação da Comissão. Ou seja, considera-se que o que está em causa (no caso dos sistemas multimunicipais, ditos "em alta") é a "forma organizativa que o Estado Português considera mais adequada para a prestação dos serviços económicos essenciais em causa", opção essa que se considera legítima face ao artigo 86.º do Tratado⁸².
- (iii) Ou seja, o Estado Português defende que "*o Direito Comunitário não obriga os Estados-membros a privatizar os serviços públicos, ou a entregar a gestão dos serviços públicos em causa a empresas privadas*", sendo que "*aquilo que o Direito Comunitário não admite é que sejam criados regimes de privilégio para empresas do Estado ou outras entidades públicas, que actuem em mercados abertos e concorrenciais, em concorrência com as empresas privadas*".
- (iv) Assim, acaba por concluir o Governo Português que o regime jurídico relativo aos "*sistemas multimunicipais não viola o regime da Directiva n.º 93/38/CEE, nem as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, já que foi adoptado em conformidade com os parágrafos 1 e 2 do artigo 86.º do Tratado*".

Já quanto às condições de adjudicação dos serviços "em baixa" por parte dos Municípios utilizadores dos sistemas multimunicipais, considerou o Governo Português prestar alguns esclarecimentos adicionais à Comissão. De facto a atribuição de concessões municipais (sistemas "em baixa", onde não existe, como é sabido, qualquer restrição ao acesso de capitais privados) é obrigatoriamente precedida de procedimento concursal (artigos 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 379/93). Nestes termos, informa o Governo Português que já foram atribuídas várias concessões a entidades privadas, nacionais e estrangeiras.

Mais, nos termos do regime legal vigente, as sociedades concessionárias dos sistemas multimunicipais têm a obrigação de assegurar, em termos não discriminatórios, o acesso às infra-estruturas por si geridas, aos concessionários (privados) dos serviços "em baixa". Ainda assim, e para esclarecer quaisquer dúvidas porventura existentes, o Governo Português informou a Comissão a sua pretensão de vir a proceder a uma clarificação (por via legislativa) do regime disposto no Decreto-Lei n.º 379/93, esclarecendo que "*o regime dos artigos 10.º e 11.º do DL 379/93 se aplica às concessões dos serviços em baixa por parte dos Municípios utilizadores dos sistemas*

⁸¹ Tal como já foi amplamente referido, o Estado surge simultaneamente como legislador, concedente e accionista, em posição maioritária no capital das sociedades concessionárias por ele próprio criadas.

⁸² Estabelece o parágrafo 2º do artigo 86º do Tratado que "As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral [...] ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras da concorrência na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada [...]."

multimunicipais e que as sociedades que gerem tais sistemas se encontram vinculadas ao princípio de acesso não discriminatório"⁸³.

Tal "clarificação" surgiu com o Decreto-Lei n.º 103/2003, de 23 de Maio, nos termos do qual o Governo admite que *"se revela necessário e conveniente explicitar, em sede de interpretação autêntica, (i) o objectivo da criação dos sistemas multimunicipais, (ii) as missões de interesse público que as respectivas entidades gestoras ficam incumbidas, bem como (iii) a atribuição a estas de direitos especiais ou exclusivos, as situações em que os municípios utilizadores de um sistema multimunicipal ou uma associação de municípios representativa dos municípios utilizadores de um sistema multimunicipal decidem concessionar os sistemas "em baixa" de distribuição de água para consumo público, de recolha de efluentes (...), (iv) a articulação com as infra-estruturas deitadas pelas entidades gestoras de sistemas multimunicipais, (v) a afirmação da necessidade de adopção de instrumentos compatíveis com os princípios gerais de direito comunitário na eventualidade de participação de entidades privadas, em posição obrigatoriamente minoritária no capital social das entidades gestoras dos sistemas multimunicipais, (vi) o princípio de que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais deverão manter como actividade essencial a exploração e a gestão dos mesmos e, finalmente, (vii) os poderes que o Estado pode exercer sobre as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais"*⁸⁴.

O Decreto-Lei n.º 103/2003, vem introduzir um novo artigo (art. 4.º-A) ao Decreto-Lei n.º 379/93. Nos termos do n.º 1, do referido art. 4.º-A, *"a criação de sistemas multimunicipais tem por objectivo garantir a qualidade e a continuidade dos serviços públicos de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes (...)"*.

Ainda nos termos deste regime "clarificado", em sede de *interpretação autêntica*⁸⁵, as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais, estão incumbidas, principalmente, da realização das seguintes missões de interesse público:

- a) Assegurar, nos termos aprovados pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente (de agora em diante abreviadamente designado por "MCOTA"), de forma regular, contínua e eficiente o abastecimento de água e a recolha, tratamento e rejeição de efluentes.
- b) Promover a concepção e assegurar a construção e exploração, nos termos dos projectos aprovados pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente, das infra-estruturas, instalações e equipamentos necessários à captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e à recolha, tratamento e rejeição de efluentes.
- c) Assegurar a reparação e renovação de infra-estruturas e instalações *supra* referidas, de acordo com as evoluções das exigências técnicas e no respeito pelos princípios sanitários aplicáveis.

⁸³ Neste sentido informou o Governo Português a Comissão que se encontrava em preparação um projecto de diploma que altera o Decreto-Lei n.º 379/93, nos termos que vieram a ser consagrados no Decreto-Lei n.º 103/2003, de 23 de Maio.

⁸⁴ *Cfr.* Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 103/2003.

⁸⁵ *i.e.*, esclarecimento, por via legislativa, de um anterior regime ou norma vigentes no sistema jurídico.

- d) Controlar, sob a fiscalização das entidades competentes, os parâmetros sanitários da água distribuída e dos efluentes tratados, bem como dos meios receptores em que estes são rejeitados.

Definido o âmbito das "missões de interesse público" que são atribuídas às sociedade gestoras de sistemas multimunicipais, prossegue o Decreto-Lei n.º 103/2003 estabelecendo (n.º 3 do novo art. 4.º-A) que o Governo poderá, mediante Decreto-Lei, atribuir direitos especiais ou exclusivos a tais entidades.

No que concerne aos sistemas "em baixa" (sistemas cujos utilizadores finais sejam os consumidores individuais), estabelece o diploma legal em referência, que sempre que os municípios utilizadores de um sistema multimunicipal (ou as associações de municípios representativas dos interesses dos municípios utilizadores de um sistema multimunicipal) decidam concessionar os serviços "em baixa", devem para tanto seguir um procedimento de contratação pública.

No que se refere à concreta articulação com as infra-estruturas que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais detêm, gerem ou explorem, tais entidades devem criar as condições de acesso equivalente e não discriminatório a essas mesmas infra-estruturas aos adjudicatários dos procedimentos de contratação pública referidos no parágrafo anterior.

Estabelece-se ainda a possibilidade, para as entidades gestoras de sistemas multimunicipais, de, sob autorização do Ministro das Cidades, Ambiente e Ordenamento do Território, participar nos procedimentos de contratação pública relativos à atribuição de concessões nos sistemas "em baixa".

Reforça-se a ideia que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais têm "*por objecto essencial a exploração e gestão dos sistemas multimunicipais*", estabelecendo-se no entanto uma ligeira abertura à possibilidade de desenvolvimento pelas entidades em causa de "outras actividades", desde que tais actividades sejam consideradas acessórias ou complementares e sejam devidamente autorizadas pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente, desde que a exploração e gestão dos sistemas multimunicipais se mantenha como sua actividade essencial e com contabilidade própria e autónoma.

Por último, esclarece-se que o Ministro tem, relativamente às entidades gestoras em referência, poderes de "fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da mesma".

Em termos muito genéricos, podemos concluir, que o Decreto-Lei n.º 103/2003, vem "publicizar" o regime aplicável às sociedades gestoras dos sistemas multimunicipais - nomeadamente através do reforço da tutela e fiscalização do Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente - acolhendo, por outro lado, os princípios comunitários da *transparência* e *não discriminação*, em conformidade com as orientações de jurisprudência do Tribunal⁸⁶.

⁸⁶ Relembre-se o caso AQUAPOR. Nos termos deste regime "clarificado", o Governo estabelece que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais apenas podem participar nos procedimentos de contratação pública destinados à atribuição de concessões "em baixa", caso sejam devidamente autorizadas pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente.

Por outro lado, as clarificações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 103/2003, ao reforçar o carácter "público" das entidades gestoras de sistemas multimunicipais, vieram "legitimar", por via legislativa, o facto de o regime aplicável a tais entidades ser da exclusiva responsabilidade do Estado Português (no exercício dos seus poderes de auto-organização para a prestação de serviços públicos essenciais).