

As concessionárias dos sistemas multimunicipais (nova figura jurídica no domínio das águas)*

RAQUEL CARVALHO

1. Introdução

O que nos propomos abordar é uma figura jurídica, no domínio do direito do ambiente, que, para além daquela ligação, também representa um exemplo de como pode o tempo (a sua consideração e as suas implicações) interferir no agir administrativo.

O nosso percurso orientou-se então para o estudo e apresentação das concessionárias dos sistemas multimunicipais — sociedades de direito privado — que surgiram recentemente no ordenamento jurídico português, no domínio da captação, tratamento e distribuição de água aos Municípios.

A nossa apresentação passará por explicar o contexto legal em que surgem estas sociedades e seu enquadramento na temática geral do direito ambiental; expor o seu regime, e, por fim, mas não menos importante, apresentar os problemas que a sua criação e existência levantam, nomeadamente, em relação com o enquadramento dogmático que nos foi proposto.

No final, dir-nos-ão se alcançamos o nosso desiderato.

* O texto que apresentamos corresponde, com pequenas alterações, ao relatório apresentado no Seminário de Direito Administrativo, no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, na Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em Maio de 1997.

2. Os pressupostos da análise

2.1. O direito ambiental

Dispõe o artigo 66.^o do texto fundamental que «todos têm direito a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender»¹. Seguidamente, o legislador constituinte estabeleceu directivas de actuação ao Estado no sentido de dar cumprimento ao direito reconhecido no n.^o 1 desse normativo.

De qualquer forma, no ensinamento de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «a Constituição aponta para um conceito, simultaneamente estrutural, funcional e unitário de ambiente...»², estabelecendo uma «articulação entre ambiente e qualidade de vida: o ambiente é um valor em si na medida em que também o é para a

¹ Como ensina J. J. GOMES CANOTILHO, «... o ambiente deixou de ser um bem 'livre' de que os particulares podiam dispor ilimitadamente e de cujo consumo ninguém ficava excluído (o solo, o ar e água como bens públicos livremente consumíveis)», in *A responsabilidade por Danos Ambientais — Aproximação Juspublicista*, Direito do Ambiente, INA, 1994, pp. 400.

O normativo constitucional é reafirmado no n.^o 1 do artigo 2.^o da Lei n.^o 11/87, de 7 de Abril (LBA).

² Foram várias as tentativas para se conceitualizar doutrinariamente o ambiente como bem unitário. E tais tentativas sobrevieram quer do direito privado — através da ligação ao direito de propriedade ou mesmo como direito de personalidade — quer do direito público. Quanto à dimensão «privatística ambiental», vide J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Público do Ambiente (Direito Constitucional e Direito Administrativo)*, Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA de Coimbra, de 1995/1996, pp. 13-16. Mas o conceito de direito ao ambiente há-de perspectivar-se antes segundo uma concepção publicista: «o ambiente é um 'interesse colectivo' e não um novo 'modo de ser da propriedade' ou um 'novo direito da pessoa'. Tal como os bens culturais, o ambiente configura-se como um *bem imaterial de natureza pública*.» J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Público...*, cit., pp. 17. Vide também J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente, Revista de Legislação e Jurisprudência*, 123.^o-124.^o, 1990-91, pp. 291-293 e 325-326. Para INÊS FOLHADELA, o direito ao ambiente é «bem da colectividade de fruição indivisível» (in *O Direito Público das Águas no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, 1994, pp. 10).

Na verdade, o ambiente, enquanto bem jurídico fundamental nas sociedades actuais, ganhou foros de autonomia, e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico consagrou uma disciplina jurídica autónoma e distinta da dos vários factores que, sucinamente, vimos integrar o conceito. Neste sentido, INÊS FOLHADELA, *O Direito Público...*, cit., p. 11.

manutenção da existência e alargamento da felicidade dos seres humanos...»³.

A dimensão antropocêntrica do conceito, aponta-nos claramente para um direito constitucional fundamental⁴ que, segundo os AA. citados «constitui uma relativa originalidade em direito comparado»⁵.

³ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição revista, Coimbra, 1993, pp. 347 e ss.

⁴ A dimensão antropocêntrica é confirmada pelo teor do artigo 5.º da LBA.

J. J. GOMES CANOTILHO realinha a natureza de Direito Fundamental, em termos materiais e formais, do direito ao ambiente in *Procedimento Administrativo...*, cit., p. 8.

Mas o direito ao ambiente previsto no artigo 66.º não é a única disposição de tutela do ambiente. O legislador constituinte elaborou autenticamente uma 'Constituição do Ambiente' (JORGE MIRANDA), uma vez que há mais normaçoão constitucional sobre ambiente: o ambiente é um dos objectivos fundamentais do Estado (cf. artigo 9.º als. d), e), concretizados, nomeadamente, nos artigos 81.º, als. a) e f), e 93.º, n.º 1, al. d) e 2). Da sua «leitura articulada ... se retira a conclusão de que a hipótese do Estado de Direito Ambiental [...] assenta particularmente bem à constelação de dados jurídico-positivos fornecidos pela CRP de 1976», PAULO CASTRO RANGEL, in *Concertação, programação e direito do ambiente*, col. Argumentum, n.º 7, Coimbra, 1994, p. 33.

Também ANTÓNIO LORENA DE SÉVES e JOSÉ TAVARES entendem que Constituição Portuguesa consagra «um direito fundamental ao ambiente. ... um dever fundamental de defender o ambiente, visto como num conjunto de normas-fim e normas-tarefa que apontam para um dever jurídico-constitucional geral de protecção do ambiente a cargo do Estado» (in *Organização administrativa e ambiente. A organização administrativa portuguesa actual no domínio do ambiente*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, Junho, 1994, p. 69). Segundo estes mesmos AA., o direito ao ambiente é «um direito fundamental organizatoriamente dependentes». Já J. J. GOMES CANOTILHO chamara a atenção para a conexão intrínseca entre, nomeadamente, a organização administrativa e a realização dos direitos fundamentais (vide *Tópicos de um curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, BFDUC vol. LXVI, 1990, especialmente pp. 171-189).

Comungamos ainda do entendimento sustentado por PAULO CASTRO RANGEL, quando trata o problema da natureza jurídica do direito ao ambiente. Partindo do pressuposto de o direito ao ambiente ser um direito fundamental, vai mais longe na averiguação da natureza jurídica do mesmo, afirmando que «apesar de incluído no catálogo dos *direitos sociais*, o direito ao ambiente pode, desde logo, numa das suas vertentes, ser configurado como um direito de natureza análoga aos *direitos, liberdades e garantias*... Com efeito, o direito ao ambiente consubstancia-se [...] numa pretensão de conteúdo negativo (exigir do Estado, dos outros cidadãos e pessoas jurídicas a abstenção de comportamentos ecologicamente nocivos), sendo que esta pretensão de sinal negativo se apresenta com «a densidade subjectiva reforçada» e a «determinação constitucional de conteúdo» que conferem a natureza própria de *direito, liberdade e garantia*.» (in *Concertação...*, cit., pp. 24-25.).

⁵ Esta constatação também é feita por OLMEDA in *Revista de Administracion Publica*, n.º 110, Mayo-Agosto, 1986, pp. 113: «Constituições tão avançadas como a italiana, a francesa ou a própria Lei Fundamental de Bona não fazem referência alguma ao meio

A conceitualização de ambiente veio a ser positivada, em Portugal, na ausência de definição ao nível constitucional, na Lei de Bases do Ambiente (LBA), como o «conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem⁶. É um conceito que tem sofrido uma evolução e ampliação, abarcando, entre outras dimensões, a água. E é, a propósito da gestão deste recurso, que vão surgir as sociedades concessionárias *ope legis*.

2.2. A água

A água é um composto químico que existe na Terra, podendo apresentar-se na forma líquida, gasosa ou sólida⁷.

O conceito de água que a LBA consagra, nomeadamente, no artigo 6.º, diz respeito à água independentemente da sua titularidade ou do seu carácter. A sua utilidade para o Homem é por demais evidente, assumindo particular relevância, ao nível da sobrevivência. Daí que a sua importância como recurso natural — e escasso⁸ — seja inestimável.

ambiente.» Olvidou, porém, a nossa Constituição que, desde o texto originário de 1976, consagra o direito ao ambiente... (Dada a data do citado artigo, não poderia OLMEDA ter conhecimento da recente alteração da Constituição alemã.) De facto, uma pequena busca comparatística das Constituições europeias veio a demonstrar que apenas a Constituição Espanhola, para além da nossa, consagra o direito ao ambiente: «Todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de o conservar.» Também a Alemanha contém norma constitucional (após a revisão de 1994) destinada a proteger o ambiente, mas desta feita, através de uma 'norma-fim': «O Estado protege também, assumindo a responsabilidade pelas futuras gerações, as bases naturais da vida, no quadro da ordem constitucional...»

Referindo-se ao direito ao ambiente em Itália, NESPOR, confirmando a ausência de disposição constitucional, informa que este direito tem evoluído graças à jurisprudência e aos contributos do direito internacional e comunitário em particular. Na doutrina italiana discutiu-se bastante o carácter unitário do conceito de ambiente (*vide* M. S. GIANNINI, «Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici», RTDP, ano XXIII (1973), pp. 15-53.

⁶ Artigo 5.º, n.º 2, al. a), da LBA.

⁷ Estabelecido por Lavoisier, no século XVIII, e cuja composição, como é conhecida da generalidade das pessoas, é a de dois átomos de hidrogénio e um átomo de oxigénio, representada pela fórmula H₂O.

⁸ Como afirma MARIA ALEXANDRA ARAGÃO «os recursos naturais deixam de ser considerados *res nullius* ou *res communes* para serem considerados agora *res omnium*, bens de todos», constituindo, por isso, «património comum da Humanidade», existindo uma obrigação de manutenção desses mesmos recursos para as gerações vindouras (in *O Princípio do Poluidor Pagador*, Studia Iuridica, n.º 23, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 30).

O tratamento da água, dado pelo Direito Ambiental, não parte de pressupostos de propriedade das águas ou da sua situação geográfica. A sua abordagem perspectiva-se antes da tutela do meio envolvente, com a amplitude vista atrás, ainda que sucintamente, nomeadamente da «compreensão do *ciclo hidrológico* da água»⁹.

O nosso discurso vai partir do conceito de água em estado líquido. Mas este objecto é, ainda, demasiado vasto, para o que nos propomos. Na verdade, água em estado líquido abarca as águas marítimas, as águas doces e as águas residuais. Para o que aqui nos interessa, utilizaremos o conceito de água para efeitos da sua captação, tratamento, transporte e abastecimento para consumo público.

A utilização racional de um recurso natural requer instrumentos técnicos, científicos, mas também jurídicos. Sendo a água é um bem escasso, a sua racional gestão passa pela consideração de vários factores, como por exemplo, os dos actuais índices populacionais, os das condicionantes económicas e ecológicas.

O Decreto-Lei n.º 74/90, de 7 de Março, contém a disciplina legal da água para efeitos de abastecimento, estabelecendo os «critérios e normas de qualidade com a finalidade de proteger, preservar e melhorar a água em função dos seus principais usos»¹⁰. Interessa-nos, especialmente, o conceito de água para consumo humano, uma vez que nos termos do disposto na alínea a), do n.º 1 do artigo 2.º, aí está incluída a água de abastecimento para consumo humano. Adiante, a Secção III do referido diploma, concretiza a disciplina legal para esta categoria de água, considerando que a água de abastecimento para consumo humano é, nomeadamente, aquela para consumo directo¹¹.

São também estabelecidas as regras de qualidade: «não pode pôr em risco a saúde, ser agradável ao paladar e à vista dos consumidores e não causar a deterioração ou destruição das diferentes partes dos sistemas de abastecimento»¹².

A gestão da água é uma daquelas tarefas designadas por «Daseinvor-

⁹ INÊS FOLHADELA, *O Direito Público...*, cit., p. 21.

¹⁰ Cfr. artigo 1.º do referido diploma. As normas sobre a qualidade da água incluem ainda as regras acerca da poluição e controlo integrado de poluição contidas na Directiva n.º 96/91, uma vez que a sua transposição para o direito interno se terá de realizar até ao ano 1999.

¹¹ Cfr. alínea a), do n.º 1 do artigo 15.º

¹² Cfr. artigo 16.º, n.º 1.

sorge»: «tarefa da «moderna Administração»¹³ e que se liga às novas tarefas cometidas ao Estado, resultantes da transformação da própria concepção do Estado (quanto aos seus fins).

2.3. O sector público

A organização da gestão da água tem de ter em conta a distribuição de competências administrativas e o sistema político-territorial de administração.

Consequentemente, há que equacionar a possibilidade de acesso de privados a determinados sectores de actividade. Para tal, vamos recuar ao início de vigência da actual Lei Fundamental — 1976. O artigo 87.º, n.º 3, da Lei Fundamental impunha ao legislador a determinação do sector público¹⁴. O cumprimento deste imperativo constitucional concretizou-se na Lei n.º 46/77, de 8 de Julho — a Lei de Delimitação dos Sectores. Esta lei vedava, inicialmente, a participação de empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza a um conjunto vasto de actividades, nomeadamente, a captação e distribuição de água ao público. Mas a dinâmica sócio-económica, a breve trecho, veio demonstrar a inadequação de tal restrição, uma vez que eram sectores importantes que careciam das vantagens da iniciativa privada: maior rentabilidade e eficiência, nomeadamente.

Consequentemente, este diploma legal foi sendo sucessivamente alterado, por via de Decretos-Leis Autorizados¹⁵.

¹³ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 86, nota 7.

¹⁴ Também a Constituição Espanhola exige que a reserva do sector público, nomeadamente dos recursos ou serviços essenciais se efectue através de lei (artigo 128.2).

¹⁵ Encontramo-nos perante matéria constante da alínea j), do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição. Na economia da distribuição de competências legislativas desenhada constitucionalmente, tal significa que é matéria da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República. Consequentemente, a intervenção legislativa do Governo — a ser possível — apenas se pode saldar em Decretos-Leis Autorizados: acto legislativo precedido da competente Lei de Autorização e cujo conteúdo se há-de confinar aos limites por esta estabelecidos.

O primeiro diploma legal surgiu em 1983, com o Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de Novembro, precedido da Lei n.º 11/83, de 16 de Agosto, que permitiu ao Governo legislar «no sentido de abrir à actividade de empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza novos sectores...». Veio possibilitar a actividade privada no sector

Data de 1993, a última autorização legislativa¹⁶ para intervenção na matéria, nomeadamente, quanto às actividades de *captação, tratamento e distribuição de água para consumo público*. A intervenção do Governo — através do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais¹⁷ — teve a sua formalização legal no Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro. Esta alteração legislativa impôs — aliás, na linha das anteriores alterações — que o acesso de capitais privados se fizesse através de *concessão* a empresas do sector. Simultaneamente, foram criadas as figuras dos sistemas multimunicipais e municipais¹⁸.

Um outro dado importante é que no Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, nomeadamente no n.º 2 do seu artigo 3.º, imperativamente se estatuiu que a criação dos sistemas multimunicipais seja feita através de decreto-lei. Numa lógica de aceleração, de informalização, o poder legislativo criou especialmente para o efeito, através de mecanismos legislativos, sociedades, futuras concessionárias, furtando a Administração Pública à regra de procurar no mercado, através de concurso público, o seu co-contratante. E esta forma de actuar, coloca-nos, desde já, um problema ligado aos princípios constitucionais que devem reger a

bancário e das Seguradoras.

Tendo «vindo a subsistir a impossibilidade legal de empresas privadas intervirem em numerosas actividades, o que constituía grave limitação quer ao esforço da capacidade competitiva do País no quadro de um mercado europeu sem barreiras...», entendeu-se ser tempo de abrir «à iniciativa privada ... novos sectores de actividade» de modo a «contribuir para a prossecução, com êxito, dos objectivos de desenvolvimento económico e modernização do País, em que o Governo está particularmente empenhado». Com a Lei n.º 10/88, de 29 de Setembro, o Governo foi autorizado a intervir, novamente, nesta matéria, nomeadamente nos sectores da refinação do petróleo, petroquímica de base e siderurgia, gás e energia eléctrica para consumo público, serviços de telecomunicações, transportes, o que se veio a concretizar no Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro.

Em 1991, a Lei n.º 28/91, de 17 de Julho, veio possibilitar nova intervenção legislativa governamental, concretizada no Decreto-Lei n.º 339/91, de 10 de Setembro.

¹⁶ Através da Lei n.º 58/93, de 6 de Agosto.

¹⁷ O Governo, através do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais, é o «órgão nacional responsável pela política de ambiente...» [artigo 3.º, al. d) LBA]. Isto mesmo é reafirmado no artigo 37.º da LBA.

¹⁸ O citado Decreto-Lei n.º 74/90, de 7 de Março, classifica, no seu artigo 17.º, n.º 1 os sistemas de abastecimento de água para consumo público, atendendo ao seu modo de gestão, em públicos, semipúblicos e particulares. O sistema público caracteriza-se por se encontrar «sob a responsabilidade de uma entidade distribuidora, autarquia ou empresa concessionária» (n.º 2 do artigo 17.º).

actividade da Administração: o Estado actual pauta-se pela prevalência do princípio do Estado Democrático, que se pode analisar em vários «subprincípios concretizadores»¹⁹, um dos quais o princípio da protecção da confiança. O cidadão há-de ver protegidas as legítimas expectativas de que a actuação do poder se faça mediante os pressupostos legais estabelecidos ou, como escreve J. J. GOMES CANOTILHO, o cidadão há-de exigir «leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da *previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos*»²⁰.

Neste caso, o facto de os diplomas legais conterem actos administrativos de adjudicação, que, normalmente só são praticados após percorridas as necessárias fases do procedimento administrativo de escolha do co-contratante da Administração, legalmente prescritos, colocou em crise o modelo prescrito de actuação. De que modo se tutela, então, a confiança depositada no modelo legal instituído? A resposta a esta angústia será tentada aquando da análise do concreto processo legal.

2.4. Os sistemas multimunicipais e municipais

O diploma que rege a matéria dos sistemas multimunicipais e municipais é o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, publicado na sequência da alteração da Lei de Delimitação dos Sectores²¹ (que permitiu

¹⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Manual de Direito Constitucional*, 6.ª edição revista, Coimbra, 1993, pp. 371, B-IV.

²⁰ In *Manual...*, cit., p. 372.

²¹ Mas as alterações à Lei de Delimitação dos Sectores, nomeadamente, quanto à captação, tratamento e transporte de água para consumo público, são, para o Presidente do IPE — Águas de Portugal, MÁRIO LINO CORREIA, ainda insuficientes: «Na realidade [...] só ficou contemplada, para além da gestão directa pelo Estado (nos sistemas intermunicipais) ou pelos municípios (nos sistemas municipais), uma única forma de gestão delegada com eventual intervenção do sector privado — a concessão — e mesmo esta aplicável apenas à gestão da totalidade de cada sistema», declarações feitas ao *Expresso*, n.º 1269, de 22 de Fevereiro de 1997, no Dossier «Os negócios da Água». O que, comparativamente com outros países europeus, como a Espanha — como adiante se verá —, é manifestamente insuficiente.

O diploma em questão abrange ainda os efluentes e os resíduos sólidos. Já existem os diplomas legais que vieram concretizar essas criações. Assim: o Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro, veio consagrar o «regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes» (artigo 1.º, n.º 1); o Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de Novembro, veio consagrar «o regime jurídico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos» (artigo 1.º, n.º 1).

o acesso de capitais privados às actividades de captação, tratamento e distribuição da água para consumo público).

O referido diploma veio criar os sistemas multimunicipais, que se relacionam com o montante de distribuição de água — sistema em «alta» — e os sistemas municipais.

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.»²² Define, em seguida, *a contrario*, o que sejam os sistemas municipais, incluindo aqueles geridos por associações de municípios²³.

Nos sistemas multimunicipais, a exploração do sistema pode ser feita directamente pelo Estado ou então em regime de concessão, por «entidade pública de natureza empresarial ou empresa que resulte da associação de entidade pública, em *posição obrigatoriamente maioritária no capital social*, com entidades privadas» (artigo 3.º, n.º 1 — destacado nosso). Ao invés, nos sistemas municipais, a gestão directa é feita pelos Municípios ou associação de municípios, podendo, porém, ser feita de forma indirecta através de concessão, não se exigindo agora a natureza, maioritária, pública das empresas concessionárias (artigo 6.º).

Para os sistemas multimunicipais, a 'adjudicação' da concessão far-se-á por decreto-lei (artigo 3.º, n.º 2), sendo condição de existência da concessão a outorga do respectivo contrato entre o Estado e a futura concessionária. Isto é, aparentemente, existe a natureza contratual da concessão; o co-contratante, a concessionária, essa nasce legislativamente.

No que diz respeito aos sistemas municipais, o diploma é peremptório ao afirmar que o «contrato de concessão é precedido de concurso público, excepto quando a concessionária seja uma associação de utilizadores reconhecida como de utilidade pública» (artigo 10.º, n.º 1).

Os princípios que regem ambos os sistemas são, nomeadamente, os *princípios da eficiência* e o *da prevalência da gestão empresarial*.

Deste breve apontamento, podemos concluir, desde já, o seguinte:

a) os sistemas multimunicipais são sistemas de 2.º nível — daí a necessidade de se afirmar que os seus utilizadores são os Municípios e não os municípios²⁴. As empresas concessionárias têm como missão cap-

²² Artigo 1.º, n.º 2.

²³ Que, por definição, englobam mais do que um Município.

²⁴ Os Municípios têm a obrigação de fazer a ligação ao sistema entretanto criado.

tar, tratar e transportar a água até aos reservatórios municipais — a distribuição domiciliária cabe aos Municípios;

b) o *modus operandi* do legislador é também diferente: mais célere quanto aos sistemas multimunicipais, «abdicando» do procedimento pré-contratual, criando a concessionária por acto legislativo. Para os sistemas municipais, os Municípios têm de levar, em regra, a cabo o procedimento administrativo conducente à celebração de um contrato de concessão, quando a opção seja a gestão indirecta.

3. O serviço público de captação, tratamento e abastecimento de água potável

3.1. O conceito de serviço público²⁵

A noção de serviço público está estritamente ligada à actuação administrativa e a sua evolução acompanhou a evolução da concepção do Estado (e, conseqüentemente, do tipo de administração). Do Estado Liberal passa-se para o Estado Providência e a «noção de Serviço Público vem dar conteúdo às velhas ideologias liberais, complementado a ideia de liberdade com a de prestação»²⁶.

A articulação entre os sistemas far-se-á segundo contratos de fornecimento que deverão ser celebrados aquando da outorga do contrato de concessão.

²⁵ Sobre o conceito de serviço público na doutrina administrativa portuguesa, vide MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª edição, tomo II, pp. 1067-1089, para além dos contributos de PEDRO GONÇALVES, *Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1991, pp.17 e ss. (nomeadamente, sobre a evolução do conceito de serviço público nos variados ordenamentos jurídicos). PEDRO GONÇALVES aponta como «componentes essenciais» do conceito de serviço público a «relação necessária entre uma actividade e uma pessoa pública e um sentido finalístico (interesse geral que norteia a actividade)».

Um dos critérios descritos por J. M. SÉRVULO CORREIA para se qualificar um determinado contrato celebrado entre entidade pública e um particular, como sendo administrativo, é, precisamente, o do serviço público. Tributário, de facto, da doutrina e investigação francesas. (in *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 359-362).

Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, pp. 88-91.

²⁶ A. J. VILLAGÓMEZ CEBRIAN, in *La noción de servicio público: presupuestos doctrinales y configuración constitucional*, *Actualidad Administrativa* n.º 42/13, 19 de Noviembre, 1995, p. 737.

A doutrina administrativista francesa muito se dedicou à definição do que fosse o serviço público²⁷. Segundo A. J. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, «Duguit, Jéze e os representantes da escola francesa do serviço público, construíram as suas teorias sobre a ideia de esta interdependência social que é a base sociológica do serviço público. A implementação massiva de serviços públicos nos Estados democráticos, e o correlativo incremento dos requisitos públicos, coincidiram com políticas financeiras de redistribuição de rendimentos nas quais está subjacente esta ideia de solidariedade social»²⁸. Esta corrente doutrinal foi recebida pela generalidade dos países de cultura francesa.

Com a passagem para o Estado Providência, esta noção de serviço público necessariamente teve de sofrer alterações. E essas alterações saldaram-se, nomeadamente, na alteração dos instrumentos jurídicos utilizados, começando a observar-se o fenómeno da privatização do direito administrativo ou da fuga da Administração, do seu ambiente jurídico característico²⁹.

3.2. As soluções do direito comparado

O universo de soluções pensáveis para a prossecução deste interesse público de captação, tratamento e abastecimento de água, é directamente proporcional aos sistemas existentes. A existência de Municípios é de extrema importância, sejam quais forem os modelos estatais de organização — Estados centralizados, Estados Regionais ou Estados Federais. Assim «em todas as partes do mundo, as entidades locais têm um papel importante na distribuição e abastecimento de água às populações e no tratamento de águas...»³⁰.

²⁷ «No Direito administrativo francês o conceito de serviço público (converteu-se) na coluna vertebral do sistema» (F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio publico en derecho español*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 135, Sep/Dic., 1994, pp. 9).

A jurisprudência francesa elaborou e a doutrina sistematizou, a propósito do conceito de serviço público, três princípios básicos: a regra da continuidade do serviço, a regra da adaptação constante e a regra da primazia do serviço público face aos interesses dos particulares.

²⁸ In *La noción de servicio publico...*, cit., p. 737.

²⁹ *Apud* A. J. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, in *La noción de servicio publico...*, cit., p. 743.

³⁰ R. MARTÍN MATEO, *Administracion de los recursos hidricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 124, Enero-Abril, 1994, p. 18.

A regra nos ordenamentos jurídicos europeus é a de que esta actividade está, maioritariamente, cometida aos Municípios³¹. Claro que, actualmente, em Portugal a análise desta questão não pode olvidar que a actividade foi cindida em duas grandes actividades: os sistemas em alta (para cuja exploração foram criadas as sociedades de que temos vindo a falar) e os sistemas de abastecimento propriamente dito às populações, que continua a ser levado a cabo pelos Municípios. E isto é um pressuposto de análise que deve estar sempre presente.

O ordenamento jurídico espanhol atribui a competência quanto à água, genericamente, aos Municípios. Foi possível apurar que existem fórmulas organizacionais, nomeadamente, «consórcios» integrados pelos Municípios ou outras entidades locais para o abastecimento de água a populações, «revestindo as características de um monopólio natural»³². Quanto às formas de atribuição da gestão da água neste domínio, faz-se a distin-

³¹ GARCIA DE ENTERRÍA tentou demonstrar o surgimento histórico da municipalização de serviços, nomeadamente no que diz respeito a esta matéria. A concentração urbana, decorrente da revolução industrial determinou o surgimento da necessidade, no domínio do saneamento urbano, que o Estado — abstencionista até então — não soube enfrentar. Inicialmente, os privados é que se perfilaram como competentes. O direito administrativo desenvolveu, então, um mecanismo para fazer face a estes novos desafios — a concessão. Permite-se a titularidade da Administração e o uso dos meios técnicos — mais eficazes — dos privados. Manifestamente urbana a necessidade, o Município vai gradualmente apropriar-se dessa competência. Em primeiro lugar, assume-se como o concessionário. Numa segunda etapa, assume a gestão directa do serviço colectivo de natureza urbana, iniciando-se «o fenómeno da *municipalização* que vem a implicar, numa primeira aproximação, uma ruptura com o tradicional princípio do concessionário interposto, natural destinatário dos serviços económicos locais» (PABLO MENÉNDEZ, *Una Interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales (especial referencia a abastecimento de aguas y suministro de gas, Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 89, Enero-Marzo, 1996, p. 51). Em Espanha, a consagração definitiva da municipalização de serviços ocorreu no Estatuto Municipal de 1924, tendo-se seguido mais diplomas que confirmaram esta tendência, até hoje na Ley de Regimen Local de 1955. No fundo, a municipalização significou uma «ampliação da competência local [...]. O objectivo que se pretende atingir é o de subtrair ao Estado serviços de inequívoco carácter local que, durante o século XIX, tinham sido qualificados como serviços públicos do Estado com base num Direito Administrativo de estrutura estatocêntrica» (in *Una Interpretación...*, cit., p. 51). GARCIA DE ENTERRÍA entende, porém, que este fenómeno não obriga o Município à gestão directa do serviço, podendo escolher essa ou outra forma de gestão.

³² R. MARTIN MATEO, *Administración de los recursos...*, cit., p. 28.

ção entre gestão directa e indirecta. A gestão directa seria aquela efectuada por sociedade de direito privado, mas de capitais totalmente públicos³³; a gestão indirecta seria aquela efectuada por sociedade de economia mista, com participação pública³⁴. As primeiras não necessitavam de vínculo contratual para a adjudicação do serviço público; já quanto às segundas, porque existia um sócio privado, exigia-se um procedimento de adjudicação. Segundo SALA ARQUER «a empresa mista está muito mais próxima da concessão, do que da sociedade municipal»³⁵. Chama, no entanto, a atenção para que não se conclua que tais empresas são beneficiárias de uma concessão de serviço público. A concessão será uma terceira figura: esta é um contrato entre o Estado e um particular, com direitos e obrigações recíprocas. A empresa mista resulta de um outro contrato — o de sociedade — que é também um instrumento apto a gerir um serviço público³⁶. O que se pretende é «conseguir que a *iniciativa privada traga ajuda financeira, experiência industrial e eficácia*

³³ Normalmente, o capital destas sociedades pertence exclusivamente à entidade local que a cria, sendo, portanto, sociedades unipessoais, tipos societários permitidos no ordenamento jurídico espanhol. O ente local pode escolher a forma societária, sendo ele o único sócio fundador. A sociedade municipal tem de ser constituída por escritura pública, nos termos das disposições do Texto refundido das normas vigentes em matéria de regime local.

As sociedades de que temos vindo a falar são distintas: têm mais do que um sócio fundador e não são da iniciativa local, mas surgem por via legislativa, apesar do seu capital ser exclusivamente público.

³⁴ Estão previstas no artigo 85.4 e) da Lei reguladora das Bases do regime local, como «aquelas cujo capital social só parcialmente pertence à entidade local». A sua constituição, organização e funcionamento desenrola-se sob a tutela do direito comercial, sendo que, na sua actividade, terão de observar algumas regras de direito administrativo. O que é determinante é que a Administração participe na gestão.

³⁵ In *La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la Nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 90, Abril-Junio, 1996, p. 237.

³⁶ O mesmo autor reconhece, porém, que ambos os instrumentos têm semelhanças, nomeadamente, ao nível económico: «a) Porque ambas são, economicamente falando, um capital privado adiantado que se põe à disposição da comunidade. b) Porque ambas têm carácter temporal, e para isso um regime de reversão obrigatória e gratuita, no fim do prazo. c) porque, conseqüentemente, ambas exigem um regime de amortização financeira ou de capital ao longo dos anos de gestão [...]. d) finalmente, porque ambas têm direito ao equilíbrio financeiro na gestão do serviço, incluindo um 'normal benefício industrial' — para o concessionário [...] — ou o 'benefício mínimo que se determinar' para o capital privado da empresa mista...», in *La empresa mixta como modo...*, cit., p. 237.

de gestão a um serviço público, sem que a Administração perca por isso posição na direcção e gestão do serviço³⁷». Está excluída do regime jurídico instituído, nomeadamente, a gestão do serviço público efectuada mediante a criação de entidades de Direito público destinadas a esse fim³⁸.

Já em França há «complexos importantes como a *Compagnie General des Eaux* [...] certamente, sumamente eficazes enquanto serviços privados de abastecimento de águas, movidas pelo lucro, constituindo autênticos *holdings* que agrupam sociedades de serviços para municípios ou áreas concretas, concessionárias dos respectivos entes locais»³⁹. Os municípios podem explorar directamente ou criar associações de municípios para o efeito, ou ainda conceder a exploração à iniciativa privada, dispondo, para tal de vários instrumentos contratuais.

Na Inglaterra e País de Gales, deram-se os maiores avanços no sentido da privatização deste sector. O *Water Act* de 1989 veio permitir este avanço, pois o objectivo era melhorar o nível das prestações. E tal melhoria passava, entre outros factores pelo financeiro. Entendeu-se que, se o sector fosse aberto à intervenção privada, seria mais fácil obter financiamento. Para além disso, a gestão privada asseguraria, por estar a salvo das pressões políticas, melhor serviço, a melhor preço aos utentes. Também seria mais fácil conseguir mão de obra qualificada. Anteriormente, a gestão dos serviços de águas era feito pelas «*Water Authorities*». Na Escócia, porém, o sector está ainda sob a égide dos Municípios.

Na Alemanha, Bélgica, Grécia e Itália o modelo de gestão é, predominantemente, de natureza municipal: quer isoladamente, quer em associação de municípios ou empresas municipais, algumas até de direito privado (na Grécia). Na Bélgica, essas organizações são, nomeadamente empresas intermunicipais ou companhias regionais, totalmente públicas. Em Itália, cabe aos Municípios a maior fatia no abastecimento (83,2%), sendo bastante menor o peso das empresas municipais (1,1%), empresas públi-

³⁷ F. SOSA WAGNER, referindo-se às sociedades anónimas municipais, afirma: «Com a utilização da forma privada, o ente local consegue excepcionar o regime público e subtrair-se à rigidez assim como às regras da contratação pública [...] e de selecção de pessoal...», in *La gestion de los servicios publicos locales*, segunda edición, Civitas, 1995, p. 69. Apesar das diferenças apontadas *supra*, as sociedades portuguesas, pelo menos, surgiram com os mesmos objectivos com que surgem as sociedades municipais.

³⁸ Cfr. artigo 155. da *Ley de Contratos de las Administraciones Publicas*.

³⁹ R. MARTIN MATEO, *Administracion de los recursos...*, cit., p. 29.

cas (4%) e empresas privadas (1,4%), a operar no sector⁴⁰.

Na Holanda, coexistem duas modalidades de gestão: uma é a gestão pública directa, e a outra, a chamada gestão delegada, em sociedades anónimas de capitais públicos, sociedades privadas, fundações, etc.

A tónica dominante, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, parece ser a de o serviço de abastecimento, directa ou indirectamente, ser levado a cabo através de empresas criadas para esse efeito — pelos Municípios ou entes estatais. E o ordenamento português não fugiu a esta tendência. Embora cá o sistema esteja cindido: o abastecimento aos Municípios e o abastecimento aos municípios, constituem dois sistemas juridicamente distintos.

Claro que há vantagens e desvantagens nesta «privatização»⁴¹. As vantagens situam-se ao nível da eficácia e da eficiência das prestações.

Apesar desta tendência, o sector de abastecimento de água mantém-se — e deseja-se que se mantenha — uma importante dimensão pública: o controlo público da actividade, dada a importância da concretização do acesso universal a este bem. Não nos esqueçamos que o fito comum das entidades privadas é o lucro. Se esta vertente não fosse controlada, poderiam surgir problemas para os utilizadores⁴².

3.3. A solução portuguesa — experiência inovadora?

3.3.1. As concessionárias dos sistemas multimunicipais: a divisão territorial do país

O Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, estabeleceu o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de «captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público» (artigo 1.º, n.º 1).

⁴⁰ São dados de 1994, citados no Dossier de «Os negócios da Água», in *Expresso* n.º 1269, de 22 de Fevereiro de 1997.

⁴¹ Adiante se verá que, pelo menos, no nosso ordenamento jurídico, não se pode falar propriamente em privatização em sentido estrito.

⁴² Nomeadamente, será desejável a possibilidade de controlo financeiro pelo Tribunal de Contas. Adiante se exporá, sucintamente, esta problemática a propósito do ordenamento jurídico português.

O ordenamento jurídico português conhece legislação protectora de utilizadores de serviços públicos — cfr. Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, artigo 1.º, n.º 2, al. a). Claro que esta lei tem como destinatários os municípios, que não são, como já vimos, os destinatários directos do serviço público explorado por estas sociedades.

No preâmbulo do diploma, dá-se conta que os sistemas multimunicipais foram criados (cfr. artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro) «em resultado de processos de colaboração com os municípios abrangidos, que incluiriam a negociação da respectiva participação como *sócios fundadores, nas empresas futuras concessionárias*» (destacado nosso).

No que concerne à problemática da água, o sistema inclui «a concepção, a construção, a extensão, a reparação, a renovação, a manutenção de obras e equipamentos e respectiva melhoria» — artigo 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro⁴³.

Ainda segundo o preâmbulo, «as actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público têm a natureza de serviço público — cfr. também artigo 2.º, n.º 1 — constituindo um exclusivo (monopólio)⁴⁴. Paralelamente, as concessionárias têm um único objecto social: só podem exercer a actividade que motivou a sua criação. É esta opção do legislador destina-se a «garantir a eficácia na prossecução deste objecto...»⁴⁵.

⁴³ Estas actividades parecem exceder o que se possa entender por concessão de serviço público. De facto, ao incluir, no serviço concessionado, a construção das próprias infra-estruturas destinadas a possibilitar o serviço, se tal for necessário, o contrato parece, assim e nesse caso, tomar a forma de um contrato de concessão de obras públicas. Este tipo de contrato é designado por PEDRO GONÇALVES como sendo uma espécie de «administração de infra-estrutura (Infrastrukturverwaltung)» (in *Concessão...*, cit., p. 87). Mas este mesmo A., apresentando a sua concepção de concessão de serviço público, aí inclui a «execução de obras e instalações necessárias», como um dos requisitos da típica concessão (in *Concessão...*, cit., p. 126). Para uma breve distinção entre a concessão de serviço público e de obra pública, dada a proximidade conceitual, vide PEDRO GONÇALVES, *Concessão...*, cit., p. 135.

⁴⁴ Para PEDRO GONÇALVES, quando são privados que vêm exercer actividades eminentemente públicas, «é frequente considerar-se a exigência de assunção monopolista pública da actividade, pelo que a admissibilidade da participação de privados nas tarefas de serviço público apenas poderia ter lugar através da concessão, que, do mesmo modo, ficaria ligada àquele elemento de monopólio», in *Concessão...*, cit., p. 27.

Segundo ANÍBAL DURÃES DOS SANTOS, a indústria da água é composta por «monopólios naturais separados geograficamente», sendo que monopólio natural é aquele que a «função custo da empresa é subaditiva. [...] é mais eficiente ter uma única empresa a fornecer todo o mercado ...» sendo certo que a introdução de concorrência aumentará os custos para os consumidores (in *A Regulação Económica de Monopólios Naturais*, in *Revista Indústria da Água*, n.º 17, 1995). Claro que o conceito de monopólio natural é de natureza económica.

⁴⁵ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro. O legislador preocupou-se também em garantir a protecção do consumidor. Daí que tenha criado o

Este diploma é a linha avançada da criação destes sistemas, uma vez que «o passo seguinte é a concretização deste quadro legal em relação a cada um dos sistemas multimunicipais através da criação dos sistemas, caso tal ainda não tenha ocorrido, da constituição das empresas às quais será atribuída a concessão»⁴⁶.

Deste regime está excluído o sistema multimunicipal da área da Grande Lisboa.

São quatro os sistemas multimunicipais já criados pelo Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, pelo n.º 3 do artigo 3.º:

a) Sistema do Sotavento Algarvio, cuja sociedade foi constituída pelo Decreto-Lei n.º 130/95, de 5 de Junho de 1995;

b) Sistema do Barlavento Algarvio, cuja sociedade foi constituída pelo Decreto-Lei n.º 136/95, de 12 de Junho de 1995;

c) Sistema do Grande Porto Norte (Cávado), cuja sociedade foi constituída pelo Decreto-Lei n.º 102/95, de 19 de Maio de 1995; e

d) Sistema do Grande Porto Sul (Douro e Paiva), cuja sociedade foi constituída pelo Decreto-Lei n.º 116/95, de 29 de Maio de 1995.

As concretizações dos vários sistemas são idênticas: definição do âmbito territorial de actuação do sistema, definição dos utilizadores, constituição da sociedade concessionária, aprovação dos respectivos Estatutos, definição dos accionistas obrigatórios e em que proporção do capital social⁴⁷, «adjudicação» — acto administrativo sob a forma de

«Observatório nacional dos sistemas multimunicipais e municipais», com vista a «assegurar a efectiva protecção dos consumidores» (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho). E, nas competências, deste Observatório, cabe, nomeadamente, recolher «todas as informações relativas à qualidade do serviço prestado e à qualidade da água distribuída» [alínea d). n.º 1 do artigo 3.º]. Cabe às concessionárias suportar os encargos do funcionamento deste organismo.

Mas o controlo público manifesta-se ainda pela existência do Instituto da Água, organismo sob a tutela do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais, ao qual incumbe «prosseguir as políticas nacionais no domínio dos recursos hídricos e do saneamento básico». (Decreto-Lei n.º 187/93, de 24 de Maio, e Decreto-Lei n.º 191/93, de 24 de Maio.)

⁴⁶ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro. Depois, em cada diploma se «adjudica» a concessão a cada sociedade criada nesse mesmo diploma — cfr. artigos 6.º de cada diploma enunciado.

⁴⁷ Normalmente, 49%, nas mãos dos Municípios associados e 51% do Estado, geridos pelo IPE — Águas de Portugal, SGPS, SA (cfr. artigos 5.º dos sucessivos diplomas de constituição das sociedades). A IPE — Águas de Portugal é uma sub-*holding* do IPE — Investimentos e Participações Empresariais, S.A., detida por esta na totalidade.

acto legislativo —, conteúdo e objecto da concessão e convocação da assembleia de accionistas.

3.3.2. As semelhanças com o direito privado

As concessionárias são sociedades comerciais, com capitais totalmente públicos⁴⁸, regendo-se a vida societária organizativa pelo direito privado e, mais concretamente, pelo direito comercial⁴⁹. O direito público regerá, contudo, a prossecução do objecto social.

A simplificação verificou-se, não só ao nível da escolha do co-contratante da Administração, mas também ao nível da constituição da própria pessoa jurídica concessionária. Assim, ao invés do que impõe a lei comercial, os estatutos destas sociedades comerciais não foram reduzidos a escritura pública, o registo comercial foi feito officiosamente, sem custos, sendo publicados na I Série do *Diário da República*⁵⁰.

Do regime privado, retiram ainda o «*know how*» de gerir, com eficácia, eficiência e racionalidade, um recurso escasso: a água.

3.3.3. Os contratos de concessão de serviço público

No caso que estamos a estudar, a concessão do serviço público⁵¹ necessita de um contrato de concessão. Quer a forma contratual, quer a forma autoritária são admissíveis por lei e como refere MARCELLO CAETANO «nuns casos a transferência (de poderes) é precedida de demoradas

⁴⁸ As sociedades são constituídas, inicialmente, com capitais totalmente públicos, cujas acções são, na sua totalidade da classe A. De qualquer forma, sempre o capital social se há-de manter maioritariamente público, contendo os Estatutos normas de protecção do capital público, nomeadamente ao nível de restrições à transmissão de acções da classe A (cfr. artigos 4.º, n.º 2, 5.º, n.º 3 e 6, e 8.º dos vários diplomas de constituição das sociedades).

⁴⁹ Os estatutos destas sociedades obedecem a todos os requisitos exigidos pela lei comercial: objecto, capital social, denominação, sede, órgãos sociais, sendo também a lei comercial que regula as alterações dos estatutos (cfr. artigo 4.º, n.º 3, dos diplomas constitutivos das sociedades).

⁵⁰ Cfr. artigos 7.º, n.º 1, 18.º e 167.º do Código das Sociedades Comerciais. Igual disposição contém, por exemplo, os Estatutos da RTP, que a transformaram em sociedade anónima — cfr. a Lei n.º 21/92, de 14 de Agosto, nomeadamente o artigo 11.º, n.º 1.

⁵¹ Para a inserção do instituto da concessão no âmbito dos vários ramos do direito administrativo, vide PEDRO GONÇALVES, *Concessão...*, cit., pp. 116-126.

negociações tendentes a precisar os termos em que há-de dar-se, e toma a forma de acordo de vontades... estamos então em presença dum nítido *contrato*. [...] Mas encontramos também casos em que a vontade da Administração se manifesta singularmente, operando a transferência por mera graça, sem intervenção constitutiva do concessionário... [...] Há aqui um *acto administrativo unilateral*...»⁵².

Na teoria do direito administrativo, porém, além da figura do contrato administrativo de concessão, existe também a figura do acto administrativo de concessão, esse sim com maior tradição neste âmbito do direito. ROGÉRIO SOARES expõe a classificação dos actos administrativos quanto à tipologia de efeitos produzidos, entende que o acto administrativo de concessão se integra na categoria dos actos que transmitem poderes ou direitos. Aponta a concessão de distribuição de água como uma concessão translativa — aquela através da qual a Administração «transmite a um particular poderes de uso especial sobre bens públicos [...] ou o *investe na situação de titular dum serviço público* [...]» (destacado nosso)⁵³.

Tradicionalmente, a Administração Pública actuava de forma autoritária, sendo a convenção, o acordo, um elemento espúrio no agir administrativo. Todavia, a evolução das sociedades e o acréscimo de tarefas

⁵² In *Estudos de Direito Administrativo*, Edições Ática, 46. Lisboa, 1974, pp. 97-98 e também *Manual...*, II, cit., p. 1105. Claro que no caso que estamos a analisar, não houve propriamente «demoradas negociações»: o procedimento de escolha do co-contratante foi agilizado, pretendendo-se exactamente, entre outras coisas, poupar o tempo dessas negociações. Embora a constituição das sociedades tenha sido precedida de consulta aos Municípios.

Também J. M. SÉRVULO CORREIA, referindo-se aos efeitos produzidos por determinado tipo de contratos, entende que a concessão é um dos exemplos em que os respectivos efeitos podem ser alcançados quer através da forma contratual, quer através de acto administrativo (in *Legalidade e Autonomia...*, cit., p. 428). Cfr., a este propósito, o artigo 185.º, n.º 3, al. a) do Código do Procedimento Administrativo, que disciplina o regime de invalidade dos contratos administrativos.

⁵³ In *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78, p. 108. A par das concessões translativas, ROGÉRIO SOARES refere também a existência de concessões constitutivas. Estas seriam exemplos de actos administrativos «pelos quais a Administração cria e transmite direitos cuja disposição lhe está reservada» e traduzir-se-iam naqueles actos «pelos quais a autoridade confere a um particular a possibilidade de utilizar em proveito próprio, com compressão dos direitos da Administração, bens pertencentes ao elenco dos bens dominiais», in *Direito Administrativo*, cit., pp. 109-110.

cometidas ao poder administrativo determinou um repensar dos instrumentos a utilizar para fazer face às novas exigências: «a realização do interesse público de forma concertada e muito mais dinâmica»⁵⁴. Começa, então, a ganhar terreno a figura do contrato de direito público⁵⁵.

A figura do contrato de concessão de serviço público terá surgido no domínio do serviço de consumo: água, gás e electricidade.

Segundo Laubadère, a concessão de serviço público é a convenção pela qual uma pessoa colectiva de direito público — concedente — encarrega uma empresa privada — a concessionária — de fazer funcionar o serviço público por sua conta e risco, pagando-se através de taxas cobradas aos utentes⁵⁶.

⁵⁴ JOSÉ MANUEL DA S. S. BOTELHO, AMÉRICO J. PIRES ESTEVES, JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo, Anotado-Comentado-Jurisprudência*, 3.ª Edição, Coimbra, 1996, p. 775.

⁵⁵ Actualmente, o Código do Procedimento Administrativo elenca, no n.º 2 do seu artigo 178.º vários tipos contratuais administrativos, sem prejuízo da cláusula geral contida no n.º 1. Põe fim à querela doutrinária acerca da taxatividade do elenco dos contratos administrativos, a propósito das disposições contidas no artigo 815.º do Código Administrativo e artigo 9.º, n.º 2 do ETAF.

Acerca do surgimento histórico do contrato de direito público, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, cit., pp. 42-46.

⁵⁶ In *Traité des Contrats Administratives*, Tomo 1, 2.ª Edição, LGDJ, 1983.

Sobre a noção de concessão de serviço público vide também MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, cit., pp. 1099-1101.

São várias as possibilidades de definição de concessão. Segundo E. SOSA WAGNER, através da concessão transfere-se «para uma pessoa física ou jurídica a gestão de um serviço, assumindo esta o risco económico da actividade concedida» (*apud*. FERNÁNDEZ GONZALEZ, *La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el contrato de gestión de servicios públicos en la Administración Local*, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 268, Oct.-Dic., 1995, nota 17, p. 880.). Já para ALBI, a concessão de um serviço público é «um modo de gestão, de natureza contratual, em virtude do qual uma pessoa estranha ao concedente traz os meios financeiros indispensáveis para a implantação de uma actividade da competência da Administração Pública, realiza as obras e instalações necessárias para tal fim, e presta ao público o correspondente serviço durante o período de tempo estipulado, submetendo-se aos regulamentos gerais estabelecidos pela própria Administração e recebendo dos utentes uma contraprestação económica que permita amortizar o seu investimento inicial e cobrir os gastos de conservação e exploração, com o conseqüente benefício industrial, revertendo gratuitamente para a Administração, no fim do contrato, todos os bens materiais afectos ao serviço» (*apud*. *La Ley de contratos...*, cit., nota 17, pp. 880).

MARCELLO CAETANO afirma que «em qualquer serviço público e qualquer que seja a forma do seu desempenho — administração directa ou concessão — existem tarifas», in *Estudios de Direito...*, cit., p. 108. Na verdade, uma das características distin-

No caso em análise, a concessão tem a ver com a *captação, tratamento e distribuição para consumo público, incluindo o transporte*⁵⁷.

Mas ao serem criados os sistemas multimunicipais, trata-se o problema do abastecimento em relação aos Municípios e não em relação aos municípios — a estes a distribuição será feita através do sistema municipal. Verifica-se uma possibilidade legal de divisão do serviço público⁵⁸.

Conforme se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, «consagra-se um quadro legal de carácter geral contendo os princípios informadores do regime...» e o serviço público será desenvolvido «com base num contrato de concessão celebrado entre o Estado e a empresa concessionária».

Em anexo a este diploma, estão estipuladas as bases do contrato de concessão, aí se encontrando o regime público da actividade desenvolvida por esta sociedade de direito privado.

E quais são as coordenadas de direito público?

São as típicas de um contrato administrativo — regime público dos contratos administrativos — e as específicas decorrentes da concreta actividade levada a cabo.

Assim, e muito sucintamente, são típicas do regime público de qualquer contrato administrativo, as relativas aos poderes previstos no artigo 180.º do Código do Procedimento Administrativo⁵⁹.

tivas do serviço público é, precisamente, a existência de tarifas — nas palavras de JÉZE, «um elemento essencial do contrato» (*apud* MARCELLO CAETANO, in *Estudos de Direito...*, cit., pp. 109). A tarifa realiza duas importantes funções: remunera o concessionário e é elemento da organização do serviço público (sistema de preço a pagar pelos utentes do serviço).

⁵⁷ Cfr. artigos 4.º, n.º 1 al. a) do Decreto-Lei n.º 372/93; 1.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 379/93; 164.º, n.º 1 do Código Administrativo.

⁵⁸ Certa é a necessidade de articulação entre os sistemas municipais e multimunicipais, uma vez que continua nas mãos dos Municípios a distribuição domiciliária da água. Daí que se imponha a celebração de contratos de fornecimento entre estas sociedades e os Municípios. Mas esta preferência legal não impede que estes últimos possam «transmitir» «a respectiva posição contratual aos concessionários dos seus sistemas municipais...» (cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro e artigo 5.º, n.º 3). Os diplomas de constituição das sociedades impõem a celebração simultânea dos contratos de fornecimento com os Municípios utilizadores (cfr. artigo 8.º, n.º 3).

⁵⁹ Quanto ao regime público e a título de informação geral *vide* MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, cit., pp. 615-640; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, 1989, pp. 457-467; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/

Desde logo, se afirma o poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações «com o objectivo de assegurar a adequação da concessão às exigências de política ambiental e da regularidade e continuidade do serviço público». Decorrentemente, «o concedente reserva-se o direito de alterar as condições da sua exploração, nos termos da lei e das presentes bases»⁶⁰ (destacado nosso). Conseqüentemente, há direito ao reequilíbrio financeiro por parte da concessionária⁶¹. Durante a 'vida contratual', o concedente pode exercer poderes de autorização⁶², acompanhamento⁶³, fiscalização⁶⁴ e direcção. A possibilidade de sanções contratuais, nomeadamente de multas contratuais⁶⁵ também está prevista.

Quanto às características típicas do contrato de concessão de serviço público⁶⁶, também elas são de fácil demonstração. Assim, há regras da modificação e extinção da concessão⁶⁷. Quanto ao desenvolvimento da

PACHECO AMORIM, Código do Procedimento Administrativo, 2.ª Edição, Actualizada, Revista e Aumentada, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 821-829; JOSÉ MANUEL DA S. S. BOTELHO/AMÉRICO ESTEVES/CÂNDIDO PINHO, Código do Procedimento..., cit., pp. 797-802; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, Direito Administrativo, Lisboa, 1982, pp. 689-721.

⁶⁰ Cfr. n.º 3 da Base III. O poder de modificação unilateral tem como limite o «princípio da intangibilidade do objecto».

⁶¹ Cfr. n.º 4 da Base III, contendo o n.º 5 da mesma base os critérios possíveis a utilizar para esse reequilíbrio.

⁶² Por exemplo, a celebração ou modificação dos contratos de fornecimento, aquisição ou venda de bens de valor superior a 50 000 000\$00 estão sujeitos a autorização (cfr. Base XXIII). *Vide* também o controlo exercido pelo Ministro do Ambiente relativamente aos regulamentos de exploração e serviço previsto na Base XXXII.

⁶³ *Vide*, por exemplo, a obrigação de enviar um relatório sobre o andamento das obras de construção (Base XIX, n.º 3), a existência de comissão de acompanhamento, cujos custos são da responsabilidade da concessionária [cf. Bases XXIV e XIV, n.º 2 al. e)].

⁶⁴ Cfr. Bases XXIII, XXIV e XXV.

⁶⁵ Cfr. Cap. VII — Sanções (a sua aplicação funda-se no incumprimento objectivo). Por exemplo, o incumprimento do contrato de concessão pode implicar uma violação da segurança do sistema ou da sanidade pública.

⁶⁶ Previstas, genericamente, no artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro.

Acerca da teorização dos caracteres distintivos do contrato de concessão, *vide* (sem prejuízo de posteriores indicações bibliográficas) MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, pp. 1109-1143; id., *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1.ª Reimp., Almedina, Coimbra, 1996, pp. 240 e ss.

⁶⁷ Cfr. Cap. VIII — modificação e extinção da concessão, sem prejuízo do poder de rescisão unilateral prevista genericamente para os contratos administrativos.

actividade, o concessionário terá de cumprir, nomeadamente, a legislação sobre as características da água⁶⁸, tendo também a obrigação de fornecimento⁶⁹.

Mas para poder levar a cabo a sua actividade, também está previsto a atribuição de um conjunto de poderes que vão desde a faculdade de utilização do domínio público do Estado ou dos municípios utilizados, à possibilidade de constituir servidões e ao poder de expropriar⁷⁰.

Quanto aos bens afectos à concessão, prevê-se a sua reversão (com obrigação de manutenção a cargo da concessionária), no fim do prazo, para o Estado, sem direito a qualquer indemnização⁷¹, com excepção daquela que for devida, em virtude de modernização do sistema, *não prevista* no contrato de concessão (cfr. Base IX, n.º 3).

Em relação ao problema do financiamento da concessionária, prevê-se a fixação de tarifas mas de «forma a assegurar a protecção dos interesses dos utilizadores, a gestão eficiente do sistema, o equilíbrio económico-financeiro da concessão e as condições necessárias para a *qualidade do serviço* durante e após o termo da concessão»⁷².

A concessão está estabelecida pelo prazo de 30 anos⁷³. Estão previstas formas de modificação da concessão quer através da possibilidade de «trespasse» da concessão⁷⁴, quer através da possibilidade de subconces-

⁶⁸ Cfr. Base V e Base II, n.º 2, als. a) e c). Esta legislação passa, nomeadamente, pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 74/90, de 7 de Maio («estabelece critérios e normas de qualidade com a finalidade de proteger, preservar e melhorar a água em função dos seus principais usos» — artigo 1.º) e Decreto-Lei n.º 207/94, de 6 de Agosto.

⁶⁹ Cfr. Cap. VI — Relações com os utilizadores.

⁷⁰ Cfr. Bases XVII e XVIII.

⁷¹ Cfr. n.ºs 1-2 da Base IX, além da definição dos bens e meios afectos à concessão (cf. Base VIII).

⁷² Cfr. n.º 1 da Base XIV. É uma das formas de financiamento [cfr. Base XIII, n.º 2 al. c)], sem prejuízo de financiamentos comunitários.

⁷³ A função do prazo é a de ser o período de tempo necessário «para a amortização, em condições normais de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para pôr o serviço a funcionar» (MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, cit., pp. 1117-1118). No caso presente, as bases do contrato prevêem um intervalo temporal (10 a 50 anos) e cada diploma constitutivo de cada sociedade prevê, em concreto, 30 anos (cfr. artigos 6.º de cada diploma).

⁷⁴ Há, de facto, um estabelecimento da concessão, previsto na Base VII. O «trespasse» está previsto na Base XXXIX, mas sujeito à aprovação do Ministério.

⁷⁵ Significa que o concedente continua a exploração do serviço à custa do concessionário.

são, sujeita a autorização (cfr. Base XL), bem como o resgate, com direito a indemnização (cfr. Base XLIV). Está expressamente prevista, como sanção contratual, o sequestro⁷⁵.

3.3.4. A fiscalização do Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas é um órgão jurisdicional específico, cuja especial actividade se traduz na fiscalização da legalidade das despesas públicas⁷⁶. A Lei ordinária veio concretizar as competências deste Tribunal. Rege, actualmente, a actividade do Tribunal de Contas a Lei n.º 98/1997, de 26 de Agosto.

Até 1996, as entidades sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas não incluíam as sociedades concessionárias de que aqui estamos a tratar. E, repare-se, que o Tribunal de Contas desenvolve a sua actividade fiscalizadora no âmbito da actividade administrativa, no que concerne ao controlo das despesas. E não se pode escamotear que a actividade desenvolvida pelas concessionárias de águas é uma actividade administrativa. A concessionária, como se viu, desenvolve uma actividade que a Administração Pública, através dos seus órgãos e entidades instituídas tradicionalmente, não quer levar a cabo.

Se são certas e consideráveis as razões de agilização e empresarialização comerciais de certas actividades que são cometidas à Administração Pública, também não deixam de o ser as razões que levam o poder político a querer que a dimensão financeira de tais actividades seja controlada⁷⁷. E estas sociedades, por falta de previsão legal, levando, embora, a cabo uma actividade tipicamente administrativa, encontravam-se fora do círculo controlador do Tribunal de Contas⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. artigo 219.º da Constituição. Além da competência marcadamente financeira, o Tribunal tem ainda a competência para apreciar a legalidade das despesas.

⁷⁷ O Tribunal de Contas, pronunciando-se acerca de situação semelhante, a propósito do regime jurídico do Centro Cultural de Belém, afirmou no Acórdão n.º 61/91 (DR, II, n.º 134, de 14-6-91) que a constituição da sociedade que gere o CCB «é uma maneira de cobrir com as formas próprias da autonomia privada uma gestão exclusivamente incidente sobre dinheiros públicos, o que, embora a pretexto de desburocratização e celeridade, traduz, na realidade, uma violação do princípio fundamental do Direito Financeiro...». (*apud*. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, cit., p. 72).

⁷⁸ O Tribunal de Contas pode levar a cabo a sua actividade fiscalizadora através de dois grandes instrumentos: a fiscalização prévia e a fiscalização sucessiva. A fiscali-

No domínio da Lei anterior que disciplinava as competências do Tribunal de Contas, já PINHEIRO FARINHA, apresentando o Tribunal de Contas Português no II Encontro Internacional de Sevilha, criticava a legislação portuguesa por não incluir no âmbito subjectivo do controlo do Tribunal as empresas públicas⁷⁹.

O artigo 2.º da referida Lei é disso mesmo testemunho, ao incluir neste alargamento, nomeadamente, *as empresas concessionárias de serviços públicos* [alínea f)].

Repare-se, também, que o referido alargamento subjectivo tem uma limitação — quiçá compreensível: estas entidades estão sujeitas ao controlo do Tribunal de Contas, *mas ao controlo sucessivo*. Isto é, o mecanismo do *visto* continua a não ter aplicação⁸⁰.

zação prévia tem por fim «verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa estão conformes com as leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria» (artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto), definindo-se, nos artigos seguintes, quais, em concreto, os actos jurídicos e aqueles que estarão isentos de fiscalização prévia.

A fiscalização sucessiva reporta-se, no essencial, à apreciação das contas (artigo 50.º), elencando-se, no artigo 51.º as entidades obrigadas a prestarem contas.

Também as sociedades anónimas municipais, existentes no ordenamento jurídico espanhol, têm controlo financeiro, levado a cabo pelo próprio ente local, nomeadamente, mas estando submetidas «ao controlo financeiro e de eficácia a que se referem os artigos 201 e 202 da Ley de Haciendas Locales...», para além da «remissão ao Tribunal de Contas», das contas anuais, F. SOSA WAGNER, *La gestion...*, cit., p. 71.

⁷⁹ In *Posição do Tribunal de Contas na Estrutura do Estado Português*, Tribunal de Contas, Boletim Trimestral, n.º 25, Março de 1986.

⁸⁰ A nosso ver, tal solução legal é compreensível. Senão vejamos: o visto prévio é um acto do Tribunal de Contas, cuja recusa «produz a ineficácia do acto (sujeito à apreciação), decisão que, só pelo próprio Tribunal (...), poderá ser alterada.» (PINHEIRO FARINHA, *Posição do Tribunal ...*, cit., p. 12), o que poderia ter custos empresariais consideráveis, numa situação de recusa. Não nos podemos olvidar dos objectivos com que estas sociedades nasceram: agilizar, tornar mais eficazes e racionais certas prestações administrativas. Se a sua actividade estivesse sujeita à fiscalização preventiva, iria sofrer, com certeza, atrasos incompatíveis com a sua forma empresarial de actuar. Além disso, é preciso não esquecer que, estas sociedades desenvolvem uma actividade administrativa, mas são formas organizacionais distintas e diferentes das organizações administrativas institucionalizadas e às quais o visto prévio se adequa.

Cfr. artigo 47.º, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

4. A tensão entre a necessidade de eficiência e a «rigidez jurídica»

4.1. A substituição do procedimento administrativo de contratação pelo procedimento legislativo — a aceleração procedimental para a adequação à dinâmica económica

A regra para a concessão de serviço público é a celebração de um contrato administrativo, precedido do competente procedimento pré-contratual de escolha do co-contratante.

Aliás, e a mero título de informação histórica, foi precisamente o que aconteceu na cidade do Porto, já no século XIX. Segundo informações colhidas junto do S.M.A.S.⁸¹, «a partir de 1855, surgem várias companhias candidatas ao projecto e execução de obras de captação, elevação, transporte e distribuição, sendo em 22 de Março de 1882 assinado o contrato com a 'Compagnie Générale des Eaux pour l'Étranger' o qual é aprovado por Carta de Lei, em 27 de Julho do mesmo ano». Já no século passado se sentiu a necessidade de empresarializar esta activida-

⁸¹ Em Portugal, o concreto abastecimento de água às populações é da competência dos Municípios — aliás como no resto da Europa, como vimos — cfr. artigo 2.º, n.º 1 al. c) do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março. No Porto, o abastecimento e distribuição de água potável está cometida a Serviços Municipalizados, sendo uma actividade que remonta a várias centenas de anos. O mais antigo registo histórico data de 1392. Há mais de seis séculos que a cidade do Porto possui fontes e chafarizes, para uso público.

Os primeiros grandes mananciais de abastecimento de água à Cidade Invicta remontam ao reinado de D. Sebastião — são os mananciais de Paranhos e Salgueiros. Era a partir desses mananciais que as referidas fontes e chafarizes eram alimentados, e isto sem prejuízo dos abastecedores domiciliários — os aguadeiros.

Em 1882, foi celebrado um contrato com a «Compagnie Generale des Eaux à L'Étranger», válido por 99 anos. O abastecimento regular à cidade iniciou-se em Janeiro de 1887. Era uma verdadeira concessão e foi resgatada em 1927. É este também (e consequentemente) o ano de criação dos Serviços Municipalizados de Águas e Saneamento do Porto (SMAS).

Até à criação da Sociedade de Águas do Douro e Paiva, SA, eram os SMAS que tinham a missão de captação, elevação e distribuição de água ao público. Embora em fase de arranque, ainda, caberá a esta nova sociedade as actividades de captação, elevação e distribuição de água até aos reservatórios dos S.M.A.S.. Estes manterão, por enquanto, a distribuição domiciliária da água às populações, devendo, nos termos do Decreto-Lei n.º 116/95, ser outorgados os necessários contratos de fornecimento contínuo. Acerca da municipalização, em termos doutrinários, vide MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, cit., pp. 1095-1096; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. I, 2.ª Edição, Coimbra, p. 500.

Historicamente, o sistema de saneamento e abastecimento de água está ligado ao

de de abastecimento de água.

O que constitui, de alguma forma, inovação é a substituição do procedimento de concessão. Como vimos, entre a Administração Pública e estas sociedades existe um contrato administrativo de concessão. O que parece não existir é o *modus operandi* tradicional que culmina na outorga do referido contrato. M. S. GIANNINI refere-se a duas tendências actuais da actuação administrativa, sendo que uma delas é precisamente «a simplificação do procedimento da contratação pública»⁸².

No caso em apreço, parece ter-se verificado «uma atribuição legislativa directa da concessão a um sujeito... (uma) *decisão organizatória de nível legislativo sem participação do nível administrativo*»⁸³. O acervo factual da análise não ficaria, porém, completo sem que precisássemos, pelo menos, dois pontos. O primeiro prende-se com o facto de as sociedades de que temos vindo a falar, só ficarem investidas na veste de concessionárias após a celebração concreta do contrato de concessão. Pelo que, em rigor, a concessão não é atribuída imediatamente a nível legislativo⁸⁴. O segundo é consequência da anterior observação: há, por isso, uma intervenção administrativa.

O «poder público» optou, no caso dos sistemas multimunicipais, por agilizar ao máximo, a escolha do co-contratante para a respectiva exploração. Imperiosas necessidades de poupar tempo — necessário para se poderem cumprir as formalidades impostas no procedimento de escolha dos co-contratantes — determinaram que, para os chamados sistemas em alta⁸⁵, tal escolha se fizesse *ab initio*: através do poder legislativo do Governo, *foi criado* cada um dos parceiros contratuais.

Municipalismo. A Grande Lisboa é uma excepção nesta matéria. Inicialmente, era a Companhia das Águas de Lisboa, criada em 1868 a entidade responsável pelo abastecimento de água. A partir de 1991, passou a ser a Empresa Portuguesa de Águas Livres, sociedade anónima. O abastecimento é feito até aos reservatórios municipais e a mais vinte e dois Municípios confinantes.

⁸² *Diritto Amministrativo*, vol. II, p. 779 (apud MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, cit., p. 45)

⁸³ PEDRO GONÇALVES, in *Concessão...* cit., p. 157.

⁸⁴ Para PEDRO GONÇALVES, porém, o facto de ter de ser outorgado o contrato significa a aceitação da adjudicação, traduzindo-se numa mera formalização.

⁸⁵ Mas esta é uma prerrogativa do poder administrativo central. A Administração Autónoma — *maxime* os Municípios —, para a prossecução das suas finalidades, nomeadamente, quanto ao abastecimento de água às populações, ou o faz directamente ou então, para concessionar o serviço público há-de seguir os moldes habituais de conceder, designadamente, o contratual.

Desta forma, foi possível agilizar o procedimento de escolha do parceiro contratual da Administração, adequando-se a acção às mais prementes necessidades da actual actividade administrativa: agir com celeridade⁸⁶.

O instrumento jurídico escolhido para prosseguir este desiderato demonstra um outro: as sociedades comerciais, criadas à imagem das do direito privado, são mais aptas a prosseguir determinada actividade, buscando a eficácia e a eficiência no desenrolar de tal actividade. Não têm as «peias» jurídicas e burocráticas que as formas organizacionais administrativas existentes têm⁸⁷.

E eis que nos surge um outro objectivo: o «poder público» entende que estas sociedades, nascidas assim e sob esta forma, levarão a cabo a tarefa pública de forma mais eficiente e eficaz, uma vez que aplicarão os instrumentos económico-empresariais privados. E dessa aplicação esperam-se os resultados que a actividade privada traz: eficiência de gestão de recursos escassos e satisfação das necessidades.

4.2. O princípio da eficiência

O Estado Liberal deu origem a um direito administrativo que se caracterizava pela «existência de um poder público monopolizado pelo

⁸⁶ E, a título meramente demonstrativo, veja-se o tempo poupado pela Administração Central, tendo como referência o procedimento contratual estabelecido para a concessão do serviço municipal. Assim, nos termos das disposições contidas no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, a Administração Pública, neste caso o Município, está obrigado à abertura de concurso público, em regra (artigo 10.º, n.º 1), sendo que é obrigatória a concessão de, pelo menos, 30 dias para prestação de esclarecimentos adicionais e de 90 dias para a recepção das propostas [cfr. alínea c), do n.º 2 do artigo 10.º], sendo que as propostas devem ser mantidas válidas pelo período, pelo menos, de um ano [cfr. alínea i), do n.º 2 do artigo 10.º]. Para a avaliação das propostas, estão estabelecidos, pelo menos, 90 dias, sendo que o diploma impõe, no n.º 2 do artigo 18.º, a abertura dos concursos públicos, quando as situações actualmente existentes não tenham sido precedidas de concurso público, no prazo máximo de 180 dias. Esquemáticamente, eis o tempo que iria demorar a adjudicação: 180 dias a partir de 5 de novembro de 1993 (data da entrada em vigor do referido diploma) – 90 dias para apresentar as propostas – recepção das propostas (válidas por um ano) – acto público do concurso – 90 dias para a avaliação das propostas – comunicação da intenção de adjudicar – eventuais audiências dos interessados – comunicação e efectiva adjudicação – comunicação da minuta contratual – celebração, por escritura pública do contrato de concessão ... A conclusão é óbvia ...

⁸⁷ Nomeadamente, a sujeição ao controlo financeiro e legal do Tribunal de Contas, como se deu conta *supra* do verdadeiro alcance desta isenção, especialmente com as recentes alterações à disciplina legal do referido Tribunal.

Estado, como poder contraposto à sociedade; por um interesse público diferenciado do interesse privado...»⁸⁸.

A evolução da concepção do Estado acarreta a evolução do ordenamento jurídico, incluindo, obviamente, o direito administrativo. O interesse público diversifica-se e o nascimento de grupos de interesses implica, não só o seu reconhecimento, mas também a sua protecção pelo Estado⁸⁹.

Mas esta diversificação não significa uma «estatização» das novas exigências. O Estado «sai do casulo das suas formas de organização clássicas e (abre-se) a uma articulação concreta e organizativamente diferenciada com as forças sociais; [...] o Estado *regressa à comunicação e à negociação com a sociedade*, para, nesta nova área, exercer um *governo por discussão, negociação e compromisso*»⁹⁰. Como o modelo autoritário falira, emerge o modelo de actuação consensual, de «prestação e mediação social»⁹¹ como forma preferencial de actuação. Ganham cada vez mais relevo e importância as dimensões de eficácia e eficiência. Quanto a nós, porém, esta nova necessidade não exclui a vinculação ao princípio da legalidade.

A fragmentação organizativa é — através de fenómenos, não só de descentralização política, mas também e sobretudo administrativa⁹² — um dos instrumentos jurídicos para melhor tutelar tais interesses. Ateua-se, em consequência, «o instrumento clássico de actuação das organizações administrativas: a ordem hierárquica»⁹³.

Esta profunda alteração implica, como afirma LUIS ORTEGA, «uma progressiva transferência da actuação das Administrações públicas para organizações de origem pública, mas constituídas e submetidas ao regime de Direito privado»⁹⁴. E isto é assim, porque o poder se apercebeu da melhor adequação destas formas organizacionais para a prossecução de

⁸⁸ LUIS ORTEGA, *El reto dogmático do princípio da eficácia*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 133, 1994, p. 8.

⁸⁹ Esta evolução é também visível na própria evolução constitucional dos Estados, nomeadamente quanto a objectivos que lhe são cometidos e ao alargamento dos Direitos Fundamentais ao domínio dos chamados Direitos Sociais.

⁹⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *A Hipótese Neocorporativa*, Obra Dispersa, Vol. II, Scientia Iurídica, Braga, 1993, p. 457.

⁹¹ LUIS ORTEGA, in *El reto...*, cit., p. 11.

⁹² Sem olvidar também um outro fenómeno, de diversa natureza, como seja o da desconcentração administrativa.

⁹³ LUIS ORTEGA, in *El reto...*, cit., p. 10.

⁹⁴ In *El reto...*, cit., pp.12.

determinados interesses que, embora públicos — precisamente por isso, na nossa opinião — se desejam eficazes e produtivos.

Segundo PEDRO GONÇALVES «a combinação de elementos jurídico-públicos e privados joga um papel decisivo nas relações de prestação»⁹⁵, como é o caso do serviço público. E referindo-se à dimensão organizativa, sustenta, na linha daquilo que já defendia BAPTISTA MACHADO: «a possibilidade de utilização do direito privado em vez do direito administrativo, (implica uma) liberdade de escolha de formas para o desempenho das funções administrativas nesta área, *embora sempre se proponha a fixação de um momento público no desenvolvimento da actividade...*». Como nem sempre é possível atingir os objectivos de eficiência e racionalidade através dos modelos organizacionais instituídos, «recorre-se a novos modelos organizativos mais maleáveis e dinâmicos»⁹⁶.

Dada a complexidade de interesses que se alinham para serem satisfeitos pelo poder, é inegável que «o jogo das regras de mercado é o melhor instrumento para a consecução dos seus (do Estado) objectivos programáticos em relação a determinados sectores de actividade» e que, conseqüentemente, o poder «submeta as suas próprias organizações às regras do Direito privado»⁹⁷.

O reconhecimento desta realidade implica reconhecer também que a determinação do interesse público será muito mais segura através de um critério material — objectivos económico-sociais — e já não exclusivamente através de um critério subjectivo.

Claro que esta interpenetração coloca problemas, nomeadamente, o de se enquadrar juridicamente a utilização de mecanismos «mistos» de actuação.

No ordenamento jurídico português, no âmbito de matérias ambientalmente relevantes, surgiram as sociedades de que temos vindo a falar como instrumento jurídico organizacional que pretende fazer face às novas exigências. Pretende-se a aplicação das técnicas de gestão privada à prossecução de um interesse público que é, simultaneamente, o seu objecto social.

⁹⁵ In *Concessão...*, cit., pp. 30, nota 97.

⁹⁶ In *Concessão...*, cit., pp. 30-31.

⁹⁷ LUIS ORTEGA, in *El reto...*, cit., p. 13.

4.3. A formação das sociedades e os problemas que coloca

Há uma questão no culminar deste sistema evolutivo, que se nos coloca insistentemente: será legítima esta forma de actuar? Não se estará a violar a livre concorrência no acesso à prossecução de actividades susceptíveis de concessão? Haverá legitimidade na angústia, ou estará ela mal elucidada?

Muito sucintamente, e porque não é este o âmbito da nossa exposição, o ordenamento jurídico português consagra, já a nível constitucional⁹⁸, o «princípio da concorrência como valor objectivo ou constelação de valores objectivos»⁹⁹. Mas o nosso ordenamento jurídico, especialmente nos domínios económicos, não pode ainda olvidar a força e omnipresença do direito comunitário, uma vez que Portugal é membro de pleno direito da União Europeia. Esta «nova organização internacional»¹⁰⁰ emana normas jurídicas com prevalência sobre muitas normas jurídicas de direito interno. A começar pelas normas dos Tratados, seguindo-se, especialmente, as imposições decorrentes das Directivas Comunitárias¹⁰¹.

No domínio dos procedimentos contratuais, decorre das disposições do Tratados da União que não pode ser recusada a participação de con-

⁹⁸ Cfr. p.f., artigos 81.º, n.º 1 als. e), f), j) e 102.º, al. c) da Constituição. Pode, por isso, falar-se, na existência de uma «Constituição Económica». Sobre este conceito, vide MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico — a ordem económica portuguesa*, 3.ª Edição revista e actualizada, Coimbra, 1994, pp. 113-136 e bibliografia aí citada.

⁹⁹ MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico...*, cit., p. 227. Sobre o direito português e comunitário da concorrência, vide MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico...*, cit., pp. 227-324.

¹⁰⁰ Utilizamos esta expressão, de forma acrítica, embora estejamos conscientes da importância e importância da questão da natureza jurídica da União Europeia.

¹⁰¹ As normas contidas nas Directivas Comunitárias apenas se impõem aos Estados e não directamente aos cidadãos. Das Directivas decorre a obrigação para cada Estado em converter as suas orientações em direito interno. As directivas têm como objectivo coordenar nos diferentes Estados-membros os diferentes regimes jurídicos. Segundo MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, «não havendo legislação nacional adoptada em vista da transposição da directiva (e tendo já decorrido o prazo fixado para a respectiva transposição) a disciplina desta constante só terá virtualidade para vincular internamente se os preceitos em causa forem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisos, hipótese em que serão dotados de efeito directo» (in *Código do Procedimento...*, cit. p. 859). Consideram ainda que a Directiva 93/36/CEE é vinculante, embora a Directiva 93/38/CEE, relativa à água, só o será após transposição.

correntes de outros Estados-membros, nem podem ser formuladas condições que impeçam ou dificultem objectivamente a participação de concorrentes de outros Estados-membros.

No domínio que aqui nos interessa — os contratos de concessão de serviços públicos, especialmente no fornecimento de água —, existem duas Directivas relevantes: a Directiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de Junho de 1992 e a Directiva 93/38/CEE do Conselho de 14 de Junho de 1993¹⁰². A primeira directiva tem em conta o tipo de entidade que celebra um contrato e não a natureza jurídica do contrato celebrado. Quer isto significar que a actividade contratual privada de entes públicos fica também sujeita a esta Directiva. Mas nesta Directiva não se inclui a concessão de serviços. A segunda a Directiva tem como destinatários as entidades que exerçam directamente a exploração de redes de serviço ao público e, no caso concreto da água, que aqui nos interessa, a alimentação dessas redes, disciplinando o regime de contratação. Prevê-se, no entanto, a derrogação acordada para Portugal até 1 de Janeiro de 1998. Relativamente aos contratos que o concessionário celebre com terceiros, será de aplicar esta Directiva. Há ainda a Directiva 93/36/CEE, da mesma data da segunda Directiva referida, que diz respeito à coordenação dos processos de celebração de contratos públicos de fornecimento relativos, nomeadamente, ao sector da água.

Sem averiguar mais, poderíamos, desde já, afirmar que as sociedades concessionárias de águas, que aqui tratamos, estão numa situação de monopólio da actividade de captação, elevação, tratamento e transporte de água, nas respectivas áreas territoriais, uma vez que são as únicas sociedades a operar aí.

E haverá justificação para esta situação? Não estaremos perante um caso de violação das regras da concorrência?

A solução passará por averiguar uma de duas possíveis soluções, uma vez que os diplomas que criaram estas sociedades não foram alvo de contestação quanto à sua legalidade. As possíveis soluções só podem ser, a nosso ver, as seguintes: ou se trata de um caso de «monopólio autorizado» ou então constitui uma «nova» forma de se organizar a Administração Pública, fora das formas organizacionais tradicionais, precisamente para fazer face às novas exigências de racionalidade de ges-

¹⁰² Publicadas, respectivamente, no JOCE n.º L 209 de 24.7.92 e no JOCE n.º L 199 de 9.8.93.

tão de recursos, com eficiência e celeridade, não se colocando, nesta hipótese, a questão da concorrência.

Para efeitos de aplicação das regras comunitárias, estas sociedades, porque são detidas na totalidade por entes públicos, são consideradas como empresas públicas¹⁰³. O artigo 90.º, n.º 2 do Tratado de Roma contém uma derrogação à regra geral da submissão destas empresas às regras de concorrência, na medida em que se dediquem à «gestão de um serviço de interesse económico geral». Para MANUEL AFONSO VAZ «trata-se, com efeito, de uma noção extremamente lata, que extravasa a de serviço público económico ou, ainda, a de serviço público com carácter industrial ou comercial»¹⁰⁴. A jurisprudência comunitária sobre a matéria tem considerado que determinada empresa será tida como pública se tiver sido «legalmente empossada» numa actividade de serviço público «por um acto de poder público». Parece ser exactamente esta a situação das sociedades de que temos estado a tratar: gerem um serviço público, são dominadas pelo poder público — propriedade do capital social — e foram investidas nessa gestão por um acto de poder público. Acresce que, tanto quanto é do nosso conhecimento — muito limitado, é certo — não existe nenhuma Directiva Comunitária que imponha a liberalização total do sector à iniciativa privada. A Directiva 93/38/CEE atrás referida tem o seu âmbito de aplicação, nomeadamente, quanto aos fornecimentos de água ao público [cfr. artigo 2.º, n.º 2 al. a), ponto i] para a relação das sociedades em questão com os Municípios.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram que o Estado pode gerir indirectamente meios de produção, ainda que através «de entidades criadas especialmente para o efeito, e que tanto podem revestir a forma de *empresa pública*, em sentido próprio, ..., como assumir formas equiparadas às sociedades comerciais comuns, sendo o seu capital pertencente a uma ou mais entidades públicas (*sociedades de capitais públicos*)»¹⁰⁵. Claro que sempre se terá de poder afirmar que quer a propriedade — inegável —, quer a gestão, são públicas¹⁰⁶.

¹⁰³ Segundo uma Directiva da Comissão, de 25 de Junho de 1980 (n.º 80/723), uma empresa pública é toda aquela empresa «sobre a qual os poderes públicos podem exercer directamente ou indirectamente, uma influência dominante com base na propriedade, na participação financeira ou nas regras que a regem». E o domínio presume-se, nomeadamente, quando os poderes públicos detenham a maioria do capital.

¹⁰⁴ In *Direito Económico...*, cit., p. 310.

¹⁰⁵ In *Constituição da República...*, cit., p. 404.

¹⁰⁶ Segundo ABREU SIMÕES, estas sociedades são um «modelo institucional *sui ge-*

É inegável que a forma organizacional «Estado» (incluindo todas as formas tradicionais de organização da Administração Pública) está hoje em causa. E a existência de sociedades deste tipo é um dos sinais de que o problema da organização é um problema central do Direito Administrativo, sendo uma das suas manifestações o «recurso indiscriminado e acritico a formas proporcionadas pelo mundo jurídico-privado, como expediente imediato para a adaptação da gestão pública às necessidades actuais»¹⁰⁷. Na opinião de L. PAREJO ALFONSO, este facto determinou uma despreocupação com a «substantividade do mundo do público e, especificamente, do administrativo»¹⁰⁸ e traduziu-se numa degradação, nomeadamente, do princípio da legalidade e prossecução do interesse público, bem como da organização administrativa, com a sua excessiva fragmentação.

Repare-se que estas sociedades têm na sua génese, entes administrativos de base territorial: o Estado e os Municípios. Serão fenómenos de descentralização ou de desconcentração administrativa¹⁰⁹? Apesar de terem o seu raio de actuação definido em termos territoriais, estas sociedades não correspondem, a nosso ver, a um exemplo de descentralização. Além de se desenharem como pessoas colectivas de direito priva-

neris. inovador e adaptável às exigências do futuro, dando conformação material aos princípios normativos enunciados para a gestão e exploração dos sistemas multimunicipais ... traduzindo uma *fórmula de parceria* entre o Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (a entidade concedente) e os Municípios (os utilizadores, simultaneamente, co-responsáveis pela *performance* da entidade concessionária)». Com estas sociedades pretende-se garantir a «salvaguarda de uma presença nacional significativa na gestão de um serviço estratégico que, independentemente da natureza da entidade concessionária encarregue da sua exploração, é e será sempre um serviço público, sob responsabilidade pública e de interesse colectivo» (in *Os sistemas multimunicipais: um modelo inovador de gestão*, in *Revista Indústria da Água*, n.º 16, 1995, pp. 40-41).

¹⁰⁷ L. PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración — Tres estudios*, Colección Estudios, Serie Administración General, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995. p. 20.

¹⁰⁸ In *Eficacia...*, cit., p. 25.

¹⁰⁹ Sobre os conceitos de descentralização e desconcentração administrativa, vide MARCELLO CAETANO, *Direito...*, (vol. I) cit., pp. 248-262; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, pp. 579-730; JOÃO CAUPERS, *Direito Administrativo*, Aequitas, Editorial Notícias, 1996, pp. 93-96; id., *A Administração periférica do Estado*, Aequitas, Editorial Notícias, 1994, 229-282; PAULO OTERO, *O poder de substituição em direito administrativo*, vol. I-II, Lisboa, 1995, pp. 91-95 (vol. I) e pp. 673-859 (vol. II).

do, não fazem parte do conjunto de entes administrativos possíveis em termos constitucionais nem têm os seus órgãos eleitos. Também não se reconduzem ao fenómeno da desconcentração administrativa, na medida em que dispõem de personalidade jurídica, assumindo-se, consequentemente, como um ente jurídico distinto daqueles que o criaram.

Em boa verdade, e sem entrar mais profundamente na análise desta problemática — ainda que reconheçamos a sua extrema importância e interesse —, parecem ser mais o resultado da operância do mecanismo da descentralização institucional, ou preferencialmente, para FREITAS DO AMARAL, do mecanismo da devolução de poderes.

A questão da capacidade e liberdade da Administração de criar novas formas organizacionais e de lhes determinar o regime jurídico de actuação tem sido debatida na doutrina alemã. Tem sido defendido que a norma atributiva de competência para levar a cabo o exercício das competências exclui a liberdade de eleição de formas organizacionais para a prossecução da actividade administrativa. E ainda que o recurso aos instrumentos de direito privado seja possível, como é em muitas circunstâncias, ainda aí não pode a Administração libertar-se das suas vinculações públicas últimas. O princípio da legalidade é a quadratura inultrapassável de toda a actuação administrativa.

No caso que estamos a expor, o problema não se coloca nestes moldes, uma vez que estas sociedades são criadas pelo Governo, não na sua veste de órgão superior da Administração Pública, mas como órgão com poderes legislativos próprios. Jurídico-constitucionalmente, são órgãos distintos a actuar. Mas é visível a «promiscuidade» organizacional e, consequentemente, o aproveitamento recíproco das diferentes competências do mesmo órgão «Governo».

PEDRO GONÇALVES, referindo-se à utilização da concessão, através do recurso a entidades privadas ou a entidades públicas, analisa um caso típico de «despublicização de algumas das empresas que exploravam actividades de serviço público»¹¹⁰; a RTP. Ainda que o nosso estudo não parta desta premissa — pois aqui, não se trata propriamente de despublicização de entidade, mas de criação *ex novo* de entidades privadas¹¹¹

¹¹⁰ In *Concessão...*, cit., pp. 113.

¹¹¹ Buscando o método seguido para a concessão do gás natural — procedimento ambientalmente relevante também — verificamos que também não há identidade. No caso do gás, o legislador gizou um *modus operandi* contratual. O Decreto-Lei n.º 33/

— ainda assim têm cabimento, em jeito de conclusão parcial, as suas considerações. Concordamos com ele quando afirma:

«Não se trata de uma concessão entre entes públicos, embora haja, sem dúvida, uma profunda semelhança entre este caso (a despublicização da RTP) e aqueles em que os destinatários da concessão têm aquela natureza (pública), o que se revela pelo facto de o concessionário estar determinado por lei. Isto significa que se está a utilizar este instituto (a concessão) como um meio de organização intra-administrativa e não como forma de fazer com que privados colaborem no desempenho das tarefas administrativas. O Estado não abdica, relativamente a certos serviços, de os assegurar por si ou por interposta entidade que por si é dominada, portanto sem uma participação directa de privados, que ficam logo excluídos quando a concessão da actividade de que é titular é directamente atribuída a *uma empresa em forma privada mas com domínio público*. Estamos por isso num domínio de pura política administrativa, definida, em forma acabada pelo legislador, de *desconcentração de actividades e serviços, com intenções de eficiência e desburocratização que conduzem a que os destinatários desta política sejam empresas privadas, mas dominadas internamente pelos poderes públicos*, o que aproxima a situação daquela em que o concessionário possui estrutura pública» (destacado nosso)¹¹².

4.4. O Princípio do Estado de Direito e as suas decorrências — o reverso da eficiência?

A adopção deste mecanismo — as sociedades de direito privado — para a prossecução de finalidades públicas poderia ser um dos sintomas daquilo que a doutrina denomina de «fuga para o direito priva-

/91, de 16 de Janeiro (que rege esta matéria) submete a atribuição da concessão do gás a concurso público — com excepção do sistema de Lisboa — contendo o artigo 3.º do referido diploma a autorização para o Ministro da Indústria e Energia «determinar a abertura de concursos públicos para a adjudicação» (tal concurso é regulado pelo Decreto-Lei n.º 32/91, de 16 de Janeiro, com o regulamento definido no Decreto-Lei n.º 284/90, de 18 de Setembro). O procedimento de adjudicação, quanto aos sistemas multimunicipais de água, é diferente: «a criação e a concessão de sistemas multimunicipais são objecto de *decreto-lei*» (artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro).

¹¹² In *Concessão...*, cit., pp. 114.

do»¹¹³. As acrescidas tarefas¹¹⁴ cometidas à Administração impuseram o recurso a «novas» formas de actuação: «... esta actuação intervencionista do Estado nem sempre é exequível através da organização burocrática tradicional da Administração Pública, pelo que esta precisa de recorrer a *novos modelos de organização* (destacado nosso) e de actuação mais flexíveis e dinâmicos.»¹¹⁵ O facto de a «Administração crescentemente encomenda(r) a realização de tarefas a entes públicos criados *ad hoc* — a quem dota de um regime jurídico especial, caracterizado por permitir uma incursão importante no direito privado — ou então, actua(r) através de sociedades comerciais que comodamente controla»¹¹⁶, com a justificação de que, assim, consegue maior racionalidade de gestão de recursos, pode significar que a Administração se está a «subtrair aos procedimentos e princípios que hão-de reger a actuação pública».¹¹⁷ Segundo Borrajo, citado por Silvia del Saz, a utilização deste tipo de entes instrumentais apenas conduzirá à elaboração de um Direito privado adequado às Administrações Públicas, mas não afectará irremediavelmente, os princípios constitucionais básicos e regime administrativo básico da actuação da Administração Pública.

SALA ARQUER, referindo-se às possíveis limitações à utilização deste tipo de instrumentos jurídico-privados, afirma: «o limite à criação de sociedades comerciais em que parece se estão a converter os grandes serviços públicos prestados pela a Administração em regime de gestão directa [...] deve situar-se na possibilidade de que exista uma actuação

¹¹³ Veja-se de um modo mais aprofundado, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, cit. Também para SILVIA DEL SAZ, a criação de «entes públicos que suportam a sua actividade de direito privado» é o primeiro sintoma da fuga do Direito Administrativo por parte da Administração Pública (in *La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, Enero-Abril, 1994, p. 63).

¹¹⁴ Estas acrescidas tarefas são o resultado de uma alteração na concepção do próprio Estado: «... está em causa ... o fenómeno de passagem «da Administração autoritária» à Administração soberana consensual (BULL). Assim, ao lado da actuação tipicamente soberana, que autoriza ou impõe unilateralmente, apareceu essa nova figura dogmática da actuação 'soberana consensual', MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *A fuga...*, cit., pp. 44.

¹¹⁵ MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *A fuga...*, cit., p. 39.

¹¹⁶ J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración pública al derecho administrativo*, *Revista de Administración Pública*, n.º 136, Enero-Abril, 1995, pp. 202-203.

¹¹⁷ SILVIA DEL SAZ, in *La huida...*, cit., p. 74.

submetida a uma real e efectiva competência, já que o recurso à forma societária ou a submissão de maior parte da sua actividade ao Direito privado não está justificado quando as aludidas empresas desenvolvem a sua actividade em regime de monopólio ou quase monopólio»¹¹⁸.

Ainda que se reconheça, sem grande esforço — e reconhece-se — que o direito administrativo tradicional demonstra actualmente uma falta de resposta às necessidades que se vão perfilando, não nos podemos esquecer que, como afirma P. WEIL, «o Direito Administrativo [...] está orientado para a realização quotidiana de um autêntico milagre: tornar compatível o poder com a liberdade, o interesse público com o interesse privado e assegurar a convergência de tão dispares exigências a um ponto de equilíbrio»¹¹⁹. E este precário equilíbrio poderá perder-se se a Administração começar a recorrer aos instrumentos de direito privado, uma vez que nesse âmbito não se encontram as garantias de direito administrativo. E o perigo reside na tentação, como já se referiu, de recorrer ao Direito privado para se subtrair às vinculações públicas.

Segundo LAGUNA DE PAZ, as 'empresas económicas' «quando intervem sob fórmulas jurídico-privadas — são Administração pública em sentido material e como tal actuam»¹²⁰. O regime jurídico aplicável a estes casos será o «Direito privado administrativo»¹²¹: a sua «peculiaridade radica no facto de se manter dentro do mundo jurídico-privado de um conjunto de vinculações e responsabilidades públicas que acompanham a actuação da administração, restringindo a sua autonomia»¹²².

O recurso a instrumentos privados é bastante vantajoso. A começar, desde logo, quanto às novas formas organizacionais, pela facilidade de

¹¹⁸ *Apud*, SILVIA DEL SAZ, in *La huida...*, cit., p. 82.

¹¹⁹ *Apud* *La renuncia de la Administración pública...*, cit., p. 204.

¹²⁰ In *La renuncia de la Administración pública...*, cit., pp. 209.

¹²¹ J. M. SÉRVULO CORREIA referindo-se ao «Direito Privado da Administração (Verwaltungsprivatrecht), chama a atenção para o facto de que, ainda assim, «a administração está sujeita a princípios constitucionais da actividade administrativa, como os da igualdade, da proporcionalidade e da liberdade, e a outras vinculações de direito público, como as que resultam das regras de competência.», in *Legalidade e Autonomia ...*, cit., pp. 389, nota 99.

Também MARIA JOÃO ESTORNINHO, expõe o conceito de «Direito Privado administrativo», justificando o seu surgimento na «necessidade frequente de a actividade administrativa ser executada sob formas jurídico-privadas, devido à escassez de meios de direito público existentes para os efeitos pretendidos» (in *Requiem pelo...*, cit., p.176).

¹²² J. C. LAGUNA DE PAZ, in *La renuncia...*, cit., p. 209.

constituição/dissolução e alteração destas sociedades. Depois, é também mais visível o distanciamento político destas novas formas organizacionais, por comparação com as tradicionais organizações administrativas. Mas as vantagens de maior peso são, provavelmente, a possibilidade de actuar nos moldes do direito privado — mais transparentes, desburocratizados e céleres — e a efectiva sujeição às regras da economia de mercado.

Claro que, quanto à utilização de novas formas societárias, haverá que averiguar, como PAREJO ALFONSO, se há ou não competência para se auto-organizar. SILVIA DEL SAZ afirma a existência, no ordenamento jurídico-constitucional espanhol, de uma «reserva de Direito Administrativo»¹²³. E a existência desta reserva impediria que a Administração Pública se convertesse numa pessoa jurídica de direito privado. Na nossa Constituição, também estão estabelecidos princípios fundamentais de organização e actividade da Administração (cfr. artigos 266.º e 267.º): princípio da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade¹²⁴. E segundo J. J. GOMES CANOTILLIO e VITAL MOREIRA, «o recurso às formas de direito privado por parte da Administração também *não a isenta da observância dos princípios constitucionais...*» (destacado nosso)¹²⁵.

Todavia, as sociedades que estamos a analisar são uma criação do poder legislativo do Governo e não resultam de uma actividade de direito administrativo.

¹²³ Na verdade, a Constituição espanhola consagra princípios conaturais ao regime jurídico-administrativo: princípio da legalidade, proibição do arbítrio, objectividade, mérito, capacidade, imparcialidade, igualdade e sujeição a procedimentos pré-estabelecidos na sua actuação (cfr. arts. 9.3, 23, 103, 14 e 23, 105.3).

¹²⁴ Sobre esta temática vide A. BARBOSA DE MELO, *As formas de concertação social*, BFDUC, Vol. LIX, 1983; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A imparcialidade da Administração como princípio constitucional*, Coimbra, 1975; id., *A ordem jurídica administrativa*, in *Contencioso administrativo*, Braga, 1986; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Os princípios constitucionais da Administração pública*, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. III, Lisboa; ID, *Legalidade...*, cit., nomeadamente, pp. 174-178; JORGE MIRANDA, *A Administração pública nas constituições portuguesa*, O Direito, 120.º (1978), III-IV; ROGÉRIO SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, BFDUC, LVII (1981); DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A evolução do direito administrativo nos últimos dez anos*, in *Contencioso administrativo*, Braga, 1986; id., *Direitos fundamentais dos administrados*, in JORGE MIRANDA (org.) *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986; ALMENO DE SÁ, *Administração do Estado, administração local e princípio da igualdade no âmbito do estatuto do funcionário*, Coimbra, 1988; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, cit., pp. 167 e ss.

¹²⁵ In *Constituição da República...*, cit., p. 921.

De qualquer forma, também neste caso, o recurso ao direito privado ou às formas/instrumentos de índole privada acarreta desvantagens. Não se pode olvidar, nomeadamente, que as «garantias e os controlos de Direito privado estão pensados para a defesa dos accionistas, dos consumidores, dos utentes, dos concorrentes e inclusive de trabalhadores, mas não servem para defender o interesse público»¹²⁶.

Apesar desta migração crescente para o direito privado, a actuação administrativa mantém um domínio irredutível de império do direito público. E esse império passa pela vigência dos principais princípios públicos, tão caros aos administrativistas: o princípio da prossecução do interesse público, o princípio da legalidade, a sujeição à jurisdição administrativa, a sujeição — eventual — ao controlo do Tribunal de Contas.

E as concessionárias estão obrigadas, desde logo, a observar esses princípios. Quanto ao controle público, ele manifesta-se logo, e num primeiro momento, pela titularidade do capital social por parte do Estado (ainda que através do IPE — Águas de Portugal). Além disso, é também de salientar o controle exercido pelo Observatório e pelo Instituto da Água. Em termos financeiros, existe previsão legal da sujeição das Contas destas sociedades ao controle sucessivo do Tribunal de Contas — eventual, é certo.

A actividade desenvolvida por estas sociedades terá sempre e necessariamente o horizonte do interesse público, aí se justificando, nomeadamente, a obrigação de respeitar as regras ambientais relativas às características da água — cfr. Base V do contrato de concessão.

De qualquer forma, sempre se deverá reconhecer que não será, propriamente o regime exposto que é inovador. No fundo, qualquer concessionária, ainda que escolhida pelos meios tradicionais, também se sujeitaria a tais regras — com a excepção do controle do Tribunal de Contas, que apenas recentemente foi instituído.

O que é «inovador» é a forma como cada uma destas sociedades é criada e se transforma em concessionária: criação *ex lege*, sob a forma privada de sociedade comercial e adjudicação legal, ainda que sujeita à formalização contratual. Claro que este processo de formação não é totalmente obscuro: a lógica de aceleração teve a contrapartida da negociação com os Municípios envolvidos (quanto às concretas sociedades

¹²⁶ SILVIA DEL SAZ, *La huida del derecho administrativo...*, cit., p. 84.

criadas) e a audiência da Associação Nacional de Municípios Portugueses (quanto à criação dos sistemas).

Respondendo à nossa questão, não haverá, a nosso ver, incompatibilidade em conjugar as necessidades 'recentes' de agilizar a actividade administrativa e de a tornar mais eficiente, com a vigência plena do princípio do Estado de Direito, com as garantias consequentes. Eventualmente, exigir-se-á, nomeadamente aos juristas, que se esforcem por harmonizar necessidades novas com aspirações antigas. É o desafio que nos coloca a inexorável realidade.

5. Conclusões

De certa maneira, ao longo da exposição fomos dando conta das poucas e parciais conclusões que os factos, problemas e soluções possíveis nos indicavam. De qualquer forma, por questão de método, a exposição ficaria incompleta se não se sistematizassem as possíveis conclusões.

Assim,

1.^a O ordenamento jurídico português contém, uma verdadeira «Constituição do Ambiente», não só através da consagração de um direito fundamental ao ambiente, mas também através da consagração de normas-fim;

2.^a Sendo, portanto, possível falar-se, em Portugal, na existência de um Estado de Direito Ambiental;

3.^a O direito ao ambiente foi alvo de desenvolvimentos legislativos a nível de legislação ordinária;

4.^a Uma das dimensões ambientais relevantes e protegidas é a *água*, e a *água para abastecimento público*;

5.^a Nesta área, após alterações legislativas no domínio da Lei de Delimitação dos Sectores, surgiu um instrumento jurídico novo: os sistemas multimunicipais de captação, tratamento, abastecimento de água;

6.^a Constituindo um serviço público, adjudicado em concessão, a sociedades de direito privado, criadas legislativa e especialmente para o efeito;

7.^a Adjudicação essa ditada por necessidades de acelerar o processo de escolha de parceiro contratual;

8.^a De trazer para o exercício de funções públicas, os «bens» da

gestão privada: celeridade, eficiência, eficácia e empresarialização;

9.^a O que revela um *modus operandi* novo no agir administrativo: no domínio ambientalmente relevante das águas, a tradicional concessão de serviço público não surge por privatização de empresas públicas a operar no sector, mas é atribuída a sociedades que nascem já sob a forma privada;

10.^a O que significa uma evolução na forma de atribuição de concessões de serviços públicos;

11.^a Estas concessionárias são sociedades de direito privado, actuando em domínios público-ambientais e nessa medida, regendo-se pelo direito público ambiental;

12.^a Este procedimento contratual levanta pertinentes questões, nomeadamente quanto à possibilidade de se estar a violar as regras de concorrência; e

13.^a Quanto à utilização, sem restrições, de mecanismos de direito privado, reconduzindo-se àquela que começa a ser uma *vexata questio* do direito administrativo — a fuga para o direito privado, com todos os problemas que, com isso, se suscitam;

14.^a O que levou a algumas alterações legislativas, nomeadamente, no âmbito da fiscalização do Tribunal de Contas;

15.^a Esta breve análise permitiu-nos equacionar o problema da tensão que se instala entre a necessidade de eficiência e celeridade, de informalização na prossecução do interesse público e as exigências do Estado de Direito: a protecção da confiança, o controlo dos pressupostos de acção e o princípio da legalidade;

16.^a Apesar dos pesares é ainda bastante visível o controlo público: as sociedades surgem constituídas por capitais totalmente públicos;

17.^a Com predominância da presença do Estado, cujo capital é gerido pelo IPE — Águas de Portugal, SGPS, SA, havendo controlo público, nomeadamente pela possibilidade de intervenção do Instituto da Água e do Observatório;

18.^a Mas a ligação à organização administrativa logo se manifesta na criação dos sistemas e sociedades, que esteve a cargo do Governo, através do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais, dando razão a J. J. GOMES CANOTILHO, quando este sublinha a íntima relação da organização administrativa na realização dos direitos fundamentais, neste caso no direito ao ambiente.

19.^a O domínio público está também presente no concreto regime contratual da concessão, com os poderes do concedente e as obri-

gações do concessionários, nomeadamente, a de dar cumprimento às directivas da política ambiental nesta matéria,

20.^a Nomeadamente, quanto às regras de tratamento e qualidade da água que irão fornecer aos Municípios;

21.^a Na actual «sociedade de risco» é compreensível a busca de novas formas de actuar, que se adequem às novas exigências, mas não se pode deixar de controlar essas novas formas de actuar, para assegurar, a final, o Princípio do Estado de Direito (e Ambiental).

Bibliografia

ALFONSO, LUCIANO PAREJO, *Eficacia y Administracion — Tres estudios*, Col. Estudios, Serie Administracion General, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995;

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *A evolução do direito administrativo nos últimos dez anos*, Contencioso Administrativo, Braga, 1986;

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Direitos Fundamentais dos administrados*, JORGE MIRANDA (org.) *Nos dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986;

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Direito Administrativo*, Vol. I e Vol. III (1989);

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Reimp., Coimbra, 1987;

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *A imparcialidade da Administração como princípio constitucional*, Coimbra, 1975;

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *A ordem jurídica administrativa*, Contencioso Administrativo, Braga, 1986;

ARAGÃO, MARIA ALEXANDRA, *O Princípio do Poluidor Pagador*, Studia Iuridica, n.º 23, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1997;

BOTELHO, JOSÉ MANUEL DA S. S./AMÉRICO ESTEVES/CÂNDIDO PINHO, *Código do Procedimento Administrativo*, Anotado-Comentado-Jurisprudência, 3.^a Edição, 1996;

CAETANO, MARCELLO, *Estudos de Direito Administrativo*, Edições Ática, 46, Lisboa, 1974;

CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.^a Edição, tomo II e 10.^a Edição, tomo I;

CAETANO, MARCELLO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 1.^a Reimp., Almedina, Coimbra, 1996;

CANOTILHO, J. J. GOMES, *A responsabilidade por Danos Ambientais — Aproximação Juspublicista*, Direito do Ambiente, INA, 1994;

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 123.º-124.º, 1990-91;

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Tópicos de um curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, BFDUC, vol. LXXVI, 1990;

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Público do Ambiente (Direito Constitucional e Direito Administrativo)*, Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA de Coimbra, 1995/1996;

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Manual de Direito Constitucional*, 6.ª Edição revista, Coimbra, 1993;

CANOTILHO, J. J. GOMES/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição revista, Coimbra, 1993;

CANOTILHO, J. J. GOMES/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991;

CAUPERS, JOÃO, *Direito Administrativo*, Aequitas, Editorial Notícias, 1996;

CAUPERS, JOÃO, *A Administração periférica do Estado*, Aequitas, Editorial Notícias, 1994;

CEBRIÁN, A. J. VLLAGÓMEZ, *La noción de servicio público: presupuestos doctrinales y configuración constitucional*, Actualidad Administrativa, n.º 42/13, 19 Noviembre, 1995;

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987;

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, *Os princípios constitucionais da Administração Pública*, Estudos sobre a Constituição, vol. III, Lisboa;

Dossier «Os negócios da água», Expresso n.º 1269, de 22 de Fevereiro de 1997;

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990;

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *A fuga para o direito privado*, Almedina, Coimbra, 1996;

FALLA, F. GARRIDO, *El concepto de servicio público en derecho español*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 135, Sept./Dic., 1994;

FOLHADELA, INÊS, *O Direito Público das Águas no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, 1994;

FARINHA, PINHEIRO, *Posição do Tribunal de Contas na Estrutura do Estado Português*, Tribunal de Contas, Boletim Trimestral, n.º 25, Março de 1986;

GONÇALVES, PEDRO, *Concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1991;

GONZALEZ, FERNÁNDEZ, *La Ley de Contratos de las Administraciones Publicas y el contrato de gestion de servicios publicos en la administracion Local*, Revista de Estudios de la Administracion Local y Autonómica, n.º 268, Oct./Dic., 1995;

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *A Hipótese Neocorporativa*, Obra Dispersa, Vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993;

MATEO, RAMON MARTIN, *Administracion de los recursos hidricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras*, in *Revista de Administracion Publica* n.º 124, Enero-Abril, 1994;

MELO, A. BARBOSA DE, *As formas de concertação social*, BFDUC, Vol. LIX, 1983;

MENÉNDEZ, PABLO, *Una interpretacion renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales (especial referencia a abastecimento de aguas e suministro de gas)*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 89, Enero-Marzo, 1996;

- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 2.^a Edição, Coimbra 1993;
- MIRANDA, JORGE, *A Administração pública nas constituições portuguesas*, in *O Direito*, 120.^o, (1978), III-IV;
- MÜNCH, INGO VON, *A Protecção do Meio Ambiente na Constituição*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 1, Junho, 1994;
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/PEDRO GONÇALVES/PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.^a Edição, Actualizada, revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 1997;
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, *Direito Administrativo*, Lisboa, 1982;
- OLMEDA, ALBERTO PALOMAR, *La proteccion del medio ambiente en materia de aguas*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 110, Mayo-Agosto, 1986;
- OTERO, PAULO, *O poder de substituição em direito administrativo*, vol. I-II, Lisboa, 1995;
- ORTEGA, LUIS, *El reto dogmatico do principio da eficacia*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 133, 1994;
- PAZ, JOSÉ CARLOS LAGUNA DE, *La renuncia de la Administracion publica al derecho administrativo*, *Revista de Administracion Publica*, n.º 136, Enero-Abril, 1995;
- PIQUERAS, FRANCISCO DELGADO, *El regimen del agua y la proteccion de los humedades en Italia*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 129, Sept./Dic., 1992;
- RANGEL, PAULO CASTRO, *Concertação, programação e direito do ambiente*, Col. Argumentum, n.º 7, Coimbra, 1994;
- SÁ, ALMENO DE, *Administração do Estado, administração local e princípio da igualdade no âmbito do estatuto do funcionário*, Coimbra, 1988;
- SANTOS, ANÍBAL DURÃES, *A Regulação Económica de Monopólios Naturais*, in *Revista Indústria da Água*, n.º 17, 1995;
- SALA ARQUER, *La empresa mixta como módo de gestion de los servicios publicos en la Nueva Ley de Contratos de las Administraciones Publicas*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 90, Abril-Junio, 1996;
- SAZ, SILVIA DEL, *La huida del derecho administrativo: ultimas manifestaciones. Aplausos y criticas*, *Revista de Administracion Publica* n.º 133, Enero-Abril, 1994;
- SÉVES, ANTÓNIO LORENA/JOSÉ TAVARES, *Organização administrativa e ambiente. A organização administrativa portuguesa actual no domínio do ambiente*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 1, Junho, 1994;
- SIMÕES, JORGE ABREU, *Os sistemas multimunicipais: um modelo inovador de gestão*, in *Revista Indústria da Água*, n.º 16, 1995;
- SOARES, ROGÉRIO E., *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas de Direito de Coimbra, 1977/78;
- SOARES, ROGÉRIO E., *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, BFDUC, Vol. LVII (1981);
- VAZ, MANUEL AFONSO, *Direito Económico — a ordem económica portuguesa*, 3.^a Edição revista e actualizada, Coimbra, 1994;
- VAZ, MANUEL AFONSO, *Lei e Reserva da Lei*, Porto, 1992;
- WAGNER, FRANCISCO SOSA, *La gestion de los servicios publicos*, 2.^a edición, Civitas, 1995.

