



OBSERVATÓRIO DE  
TAXAS & CONTRIBUIÇÕES



**AINDA A DISTINÇÃO ENTRE TAXAS E PREÇOS ...  
A PROPÓSITO DA INTERNALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS LOCAIS**

---

**SUZANA TAVARES DA SILVA**

[www.cedipre.fd.uc.pt/observatorio](http://www.cedipre.fd.uc.pt/observatorio)

# ESCRITOS BREVES 2

## **AINDA A DISTINÇÃO ENTRE TAXAS E PREÇOS A PROPÓSITO DA INTERNALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS LOCAIS**

**SUZANA TAVARES DA SILVA**



OBSERVATÓRIO DE TAXAS E CONTRIBUIÇÕES  
CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JANEIRO | 2019

TÍTULO

Ainda a Distinção entre Taxas e Preços a Propósito da Internalização dos Serviços Públicos Locais

AUTOR(ES)

Suzana Tavares da Silva

COMPOSIÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

EDIÇÃO

OBSERVATÓRIO DE TAXAS E CONTRIBUIÇÕES  
CEDIPRE - Centro de Estudos de Direito Público e Regulação  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL  
Tel.: +351 239 836 309 | E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR ESTE ESTUDO

Ainda a Distinção entre Taxas e Preços a Propósito da Internalização dos Serviços Públicos Locais - Escritos Breves 2,  
<http://www.cedipre.fd.uc.pt/observatorio>, Coimbra, janeiro de 2019

COIMBRA

JANEIRO | 2019



## AINDA A DISTINÇÃO ENTRE TAXAS E PREÇOS A PROPÓSITO DA INTERNALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS LOCAIS

SUZANA TAVARES DA SILVA

---

*Sumário:* Introdução 1. A natureza jurídica das contraprestações pagas pelos utentes dos serviços públicos locais segundo a doutrina tradicional. 2. A natureza jurídica das contraprestações pagas pelos utentes dos serviços públicos locais segundo uma proposta de recompreensão dogmática no quadro da europeização. 2.1. O carácter industrial ou comercial do serviço e o exercício de *ius imperii*. 2.2. Regime jurídico da concorrência e dos auxílios de estado. 2.3. O critério da *marketization* do serviço. 2.4. A relevância actual da distinção. 2.4.1. A determinação da jurisdição competente para resolver litígios relativos ao fornecimento dos serviços. 2.4.2. A estrutura tarifária à luz da regulação económica e a proibição de dupla tributação. Conclusão

## Introdução

A internalização dos serviços públicos não contende apenas com a sua forma de gestão, podendo ter também influência nos modos de financiamento desses serviços. Este é, de resto, um tema especialmente difícil entre nós na actual conjuntura, quer pela incerteza que existe no recorte dogmático das categorias tributárias pela jurisprudência<sup>1</sup>, quer pelas dificuldades que a regulação económica enfrenta no domínio da sua efectivação no âmbito local<sup>2</sup>, quer ainda pela preocupação permanente em não desrespeitar as regras europeias em matéria de auxílios de estado proibidos. Qual a natureza jurídica das contraprestações de serviços públicos locais, bem como os limites do poder legislativo e do poder regulamentar local nesta matéria são os dois principais tópicos sobre os quais nos propomos reflectir.

### 1. A natureza jurídica das contraprestações pagas pelos utentes dos serviços públicos locais segundo a doutrina tradicional

Na fase prévia à integração de Portugal na União Europeia e à passagem do modelo de Estado (e municípios) prestador(es) de serviços para um regime de *regulação pública da prestação dos serviços de interesse económico geral*<sup>3</sup>, seja essa prestação assegurada por entidades públicas, seja por entidades privadas, já existia entre nós uma divergência

---

<sup>1</sup> Neste breve estudo vamos ocupar-nos apenas das dificuldades na relação entre as categorias económico-financeiras dos preços (preços de mercado e preços regulados, categoria onde incluiremos as tarifas) e das categorias tributárias das taxas. Porém, cumpre não esquecer que mesmo no âmbito das categorias tributárias existem hoje dificuldades. Após um período de “grande permissividade” da jurisprudência constitucional quanto à “amplitude” das taxas — de que são especialmente representativos os acórdãos n.º 177/2010 (taxa de publicidade) e n.º 581/2012 e n.º 316/2014 (taxas dos postos de combustíveis inteiramente localizados em terrenos privados), sobre o tema *v.* Suzana TAVARES DA SILVA, «Uma jurisprudência constitucional que «interfere permanentemente» com a arrumação dogmática das categorias tributárias», Anotação do Acórdão do TC n.º 581/2012, de 5 de Dezembro, *Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL N.º 0, Out./Dez., 2013, pp. 87-115 — assiste-se agora a uma “redução desse âmbito”, reconduzido esta categoria tributária aos seus “limites normais” — *v.*, por todos, acórdão do TC n.º 33/2018 [taxa municipal por «armazenamento de produtos de petróleo (depósitos subterrâneos) município de Oeiras].

<sup>2</sup> Referimo-nos, essencialmente, às dificuldades na conformação normativa dos poderes da ER-SAR (entidade reguladora da água e dos resíduos, cujo surgimento entre nós veremos mais à frente no texto) relativamente ao modo como os município exercem as suas atribuições em matéria de prestação de serviços de abastecimento de água às populações, saneamento e recolha de resíduos sólidos urbanos.

<sup>3</sup> Sobre a emergência do *Estado Regulador v. Vital MOREIRA, Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997; Pedro COSTA GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005 e o nosso, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*.



doutrinária quanto à *qualificação jurídico-financeira* das contraprestações devidas pelos utentes dos serviços públicos locais (em especial de água e saneamento e de transportes colectivos municipais).

Divergência centrada, fundamentalmente, no que a doutrina denominava como “*fronteira difícil*” entre as *taxas* e os *preços*<sup>4</sup>.

Recuperamos, a este propósito, a lição de Alberto Xavier sobre a distinção entre *taxas* e *preços*<sup>5</sup>, onde o autor afirmava que esta é uma das distinções mais difíceis do direito financeiro e que tem como pressuposto saber quando é que a contraprestação se reporta a um *serviço que por essência pertence à titularidade do Estado* (ainda que essa pertença se fundamente em escolhas políticas), caso em que a contraprestação é uma *taxa* (um valor fixado administrativamente por não existir outra forma de proceder à sua fixação, uma vez que o Estado entendeu subtrair esses serviços ao mercado), assumindo o respectivo pagamento a natureza de cumprimento de uma *obrigação legal*. Já no caso de se tratar de um *serviço que por essência não pertence à titularidade do Estado* (ainda que as entidades administrativas possam ser prestadoras do mesmo), estaremos perante um *preço*, ou seja, um valor que pode ser fixado por regras próprias de mercado ou mesmo com recurso a elementos de autoridade (entenda-se, hoje, tecnicidade regulatória), como sucede nas *tarifas dos serviços públicos* (que o autor qualifica como *preços públicos*), caso em que o respectivo pagamento assume a natureza de *obrigação contratual*.

Não era porém esta a posição adoptada pela jurisprudência, sobretudo na qualificação dogmática das *tarifas*. Os tribunais entendiam que a tarifa era “um preço autoritariamente estabelecido pela utilização individual de bens semipúblicos<sup>6</sup> — tendo a sua

---

<sup>4</sup> Uma fronteira difícil porque o facto gerador é, em regra, um acto de vontade — a celebração de um contrato de fornecimento de serviços de água e saneamento ou a compra de um título de transporte — e não um efeito decorrente de um preceito legal. Assim, se atentássemos apenas no critério da fonte da obrigação tenderíamos a qualificar estas contraprestações como preços. Sobre as posições tradicionais da doutrina nacional *v.* Joaquim TEIXEIRA RIBEIRO, anotação ao Ac. do STA de 2 de Maio de 1996, *Revista de Legislação e Jurisprudência* Ano 129, pp. 296ss; António SOUSA FRANCO, *Lições de Finanças Públicas*, polic. 1971/72; Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, 1974; Aníbal de ALMEIDA, «Sobre a Natureza Jurídica das ‘Taxas pela Realização de Infraestruturas Urbanísticas’» *Estudos de Direito Tributário*, Coimbra, 2002.

<sup>5</sup> Cf. Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, 1974, pp. 53-55.

<sup>6</sup> A jurisprudência seguia a concepção proposta por Teixeira Ribeiro, para quem a contraprestação devida pelos utentes destes serviços públicos municipais — que eram denominados como *serviços ou bens semipúblicos*, ou seja, serviços que além de satisfazerem necessidades colectivas satisfaziam também necessidades individuais, pelo que podiam ser categorizados técnica e financeiramente como semipúblicos — devia ser qualificada como uma tarifa, pelo facto de o valor a pagar não poder ser inferior ao custo do serviço prestado (*in Lições de Finanças Públicas*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 1991, pp. 208-213). Para o mesmo autor, as *taxas*, tal como as *tarifas*, eram *preços autoritariamente fixados*, mas no segundo caso (nas tarifas) impunha-se uma *equivalência económica* entre o serviço prestado e o valor pago, enquanto que na taxa essa *equivalência* podia ser *meramente*

contrapartida numa actividade dos municípios (do Estado ou de outros entes públicos) especialmente dirigida ao obrigado ao pagamento”<sup>7</sup>. Para a jurisprudência, as tarifas eram apenas uma *modalidade especial de taxas*<sup>8</sup>.

O mesmo entendimento tem sido sufragado pelo Tribunal Constitucional, desde o acórdão n.º 76/88, quando aí se afirmou o seguinte: “[a] tarifa, no campo das finanças locais, não se delinea como uma figura em absoluto nova, ou seja, como uma espécie de *tertium genus* entre a taxa e o imposto, apresentando-se, de facto, e sob todos os aspectos, como uma simples taxa, embora taxa *sui generis* cuja especial configuração lhe advém apenas da particular natureza dos serviços a que se encontra ligada, sendo que a tarifa, se ao nível da lei ordinária pode ter significação própria, não releva, porém, numa perspectiva constitucional, como categoria tributária autónoma, pelo que, nesta óptica, ela constitui apenas uma modalidade especial de taxa e nada mais”<sup>9</sup>.

Em suma, para a jurisprudência portuguesa<sup>10</sup> a *tarifa* era qualificada como uma *modalidade especial de taxa*, que se caracterizava por não dever ser inferior ao preço? do serviço prestado.

---

*jurídica*, sem prejuízo, contudo, de ter de verificar-se, também nas taxas, uma relação de proporcionalidade entre o montante pago e a contraprestação auferida (*in* «Noção jurídica de taxa», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117 (1985), pp. 293).

<sup>7</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 10 de Abril de 2013, Processo n.º 15/12 e, no mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de Junho de 2015, Processo n.º 045/14.

<sup>8</sup> Neste sentido pode ler-se no acórdão do STA, de 9 de Outubro de 2002: “[I]ndependente da natureza jurídica da denominada tarifa de conservação de esgotos torna-se irrelevante ... determinar se estamos perante uma tarifa ou taxa pois que merecerá o mesmo tratamento jurídico quer se trate de uma ou outra realidade já que a mencionada isenção de impostos, contribuições, taxas ou licenças do Estado ou corpos administrativos, seja de que natureza forem, sempre englobará ... a quantia liquidada ... ainda que a mesma fosse de qualificar como tarifa”; e no acórdão do STA, de 6 de Outubro de 2004 (processo n.º 0703/04): “Cremos assim que a quantia reclamada, impropriamente designada como tarifa [o acórdão reportava-se à tarifa de conservação de esgotos], é uma verdadeira taxa. Veremos de seguida que a tarifa é apenas uma modalidade especial de taxa”.

<sup>9</sup> E desde então este entendimento foi sendo reiterado, quer pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (*v.* acórdão n.º 1139/96), quer pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (*v.* Acórdão de 9 de Outubro de 1996, Processo n.º 019322; Acórdão de 15 de Junho de 2000, Processo n.º 024153; Acórdão de 22 de Maio de 2002, Processo n.º 026472; e Acórdão de 31 de Março de 2004, Processo n.º 01921/03).

<sup>10</sup> Uma posição que é também adoptado pela Provedoria de Justiça, no parecer de 27 de Setembro de 2010, sobre “Prescrição das dívidas às Autarquias Locais, por taxas de fornecimento de água, de recolha e tratamento de águas residuais e de serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos”, no qual se pode ler o seguinte: “[o]s serviços de fornecimento de água, de recolha e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos são serviços públicos essenciais, prestados pelas Autarquias Locais, por Empresas Públicas Municipais ou por Empresas Concessionárias, cujas receitas são da titularidade dos Municípios (...) tais receitas, independentemente do nome que lhes seja atribuído - taxas, tarifas ou preços - são receitas de natureza tributária”.



Importa, porém, lembrar que durante este período não só não existia mercado nestes sectores (seja na aceção de concorrência entre operadores, seja aceção de organização e gestão para a eficiência<sup>11</sup>), como também a sua prestação estava vedada à iniciativa privada por efeito da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho (a denominada lei de delimitação dos sectores)<sup>12</sup>.

Assim, durante a vigência daquele *modelo obrigatório de organização administrativa pública dos serviços locais* — que durou até 1988 em relação aos transportes colectivos urbanos de passageiros nos principais centros populacionais<sup>13</sup>, e até 1993 em relação às actividades de captação, tratamento e rejeição de efluentes e recolha e tratamento de resíduos sólidos<sup>14</sup> — compreendia-se que o enquadramento jurídico da contraprestação paga pelos utentes destes serviços se reconduzisse, maioritariamente, à categoria jurídica das *taxas pela utilização de um serviço público*.

Na verdade, tratava-se de (co)financiar um bem público (ou semipúblico, como preferiam designar a doutrina e a jurisprudência) — os serviços locais — que estava

---

<sup>11</sup> Actualmente, como veremos, nas *tarifas* fixadas em sectores regulados abertos à iniciativa privada, mesmo que o valor da contraprestação a pagar seja fixado pelas entidades públicas, o mesmo não pode afastar-se de critérios de mercado, ou seja, há-de orientar-se para os custos (incluindo custos ambientais e de interesse geral) e assentar em critérios de sustentabilidade financeira dos serviços e/ou das actividades — veja-se o caso das tarifas eléctricas, que incorporam os “os custos decorrentes de medidas de política energética, ambiental ou de interesse económico geral” (parcela II da tarifa de uso global do sistema — artigo 66.º do regulamento tarifário do sector eléctrico), os quais são repercutidos pelo operador da rede de transporte, pela via tarifária, até ao consumidor final do serviço. Um valor que não é qualificado como tributo pela jurisprudência.

<sup>12</sup> O artigo 4.º da Lei n.º 46/77 vedava a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas: *i*) produção, transporte e distribuição da energia eléctrica para consumo público; *ii*) produção e distribuição de gás para consumo público, através de redes fixas, desde que ligadas à respectiva produção; *iii*) captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas; *iv*) saneamento básico; *v*) comunicações por via postal, telefónica e telegráfica; *vi*) transportes regulares aéreos e ferroviários; *vii*) transportes públicos colectivos urbanos de passageiros, nos principais centros populacionais, excepto em automóveis ligeiros; e *viii*) exploração de portos marítimos e aeroportos.

<sup>13</sup> A abertura à iniciativa privada dos serviços de transportes colectivos urbanos de passageiros nos principais centros populacionais (com exclusão do transporte individual em táxi, que nunca foi vedado) passou a ser possível com a aprovação do Decreto-Lei n.º 339/91, de 10 de Setembro, aprovado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 110/88, de 29 de Setembro, que alterou o artigo 4.º da Lei n.º 46/77.

<sup>14</sup> O Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, altera a Lei n.º 46/77, de 8 de Julho (lei de delimitação de sectores) no que se refere ao acesso pelas entidades privadas ou outras entidades da mesma natureza, às actividades económicas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de resíduos sólidos, e de telecomunicações e o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, permite o acesso de capitais privados às actividades económicas de captação, tratamento e rejeição de efluentes e recolha e tratamento de resíduos sólidos.

administrativamente organizado como um serviço público administrativo de natureza económico-social, pretendendo levar a todos os cidadãos um bem de interesse público, que estes deviam financiar a partir de um dever de contribuição para os encargos públicos, fosse através dos impostos que o Estado — por via orçamental ou do endividamento público — destinava ao pagamento da construção das infra-estruturas, fosse através das contrapartidas directamente exigidas aos beneficiários dos serviços: as taxas.

É a partir do fim da década de 90 (e do início do século XXI), com a emergência de um novo léxico no domínio dos serviços público — a introdução entre nós, por via do direito europeu, dos conceitos de Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG) e de Serviços de Interesse Geral (SIG) —, que a doutrina financeira e tributária começa a sentir mais *dificuldades na justificação da natureza tributária* destas contraprestações, sobretudo com a modificação também da sua designação nos diplomas reguladores das finanças locais<sup>15</sup>.

Assim, e apesar de no actual regime jurídico financeiro das autarquias locais a contraprestação por estes serviços integrar a categoria de *preços*, a doutrina tradicional insiste em reconduzi-las à categoria das “taxas em sentido amplo”<sup>16</sup>.

Acontece, porém, que esta proposta é baseada, essencialmente, no que a doutrina financeira e tributária identifica com os *critérios materiais* do “*regime económico* em que é realizada a prestação” e da “*indispensabilidade* que essa prestação reveste para o particular”<sup>17</sup>. Assim, deveriam continua a qualificar-se como *taxas* todas as contraprestações dos serviços oferecidos em regime fora do mercado e em que o interessado estaria “*coagido ao seu consumo*”, a que acresceria ainda a circunstância de esses serviços serem essenciais para assegurar uma existência condigna. Apesar de reconhecer a utilidade destes critérios, Sérgio Vasques não esconde que os mesmos não conduzem a resultados inequívocos e que por isso podem não ser muitas vezes adequados<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> A evolução em termos legais pode resumir-se de acordo com o seguinte: *i)* na Lei n.º 1/79, de 2 de Janeiro, a contraprestação dos serviços públicos locais integrava o leque de receitas municipais (artigo 3.º/c), mas não o das taxas, que aparecia reservado para a contraprestação por serviços administrativos (13.º/1*i*); no Decreto-Lei n.º 98/84, de 29 de Março, a contraprestação pelos serviços municipais passou para a categoria de tarifas e preços (artigo 9.º); na Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro, mantem-se a qualificação como tarifas e preços (artigo 12.º); o mesmo sucedendo na Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto (artigo 20.º); e, no regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais, aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro, surgem na categoria de preços (artigo 21.º).

<sup>16</sup> Neste sentido *v.* António MALHEIRO DE MAGALHÃES, *O Regime Jurídico dos Preços Municipais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 46.

<sup>17</sup> Para uma referência histórica a esta proposta e o que nos parece ser uma concordância com os critérios da essência pública da tarefa e a sua oferta “fora do mercado” *v.*, por todos, Sérgio VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 209 e nota 341.

<sup>18</sup> O autor avança os exemplos das propinas do ensino superior público, que, sendo um serviço hoje prestado em concorrência com os privados, nas suas palavras, “custa qualificar como preços”. De resto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem reiteradamente qualificado



Em suma, diremos que estes critérios tradicionais para a distinção entre *taxas* e *preços* — quer o critério formal da fonte da obrigação, quer os critérios materiais do regime económico da prestação e da natureza essencial do serviço — são hoje muito insuficientes e incertos<sup>19</sup>.

Poderíamos pensar que esta distinção tenderia também a ser pouco relevante e que, por essa razão, a insistência na busca de um critério distintivo entre as categorias seria apenas um exercício especulativo de dogmática jurídica sem relevância prática. Mas a verdade é que não é assim, pois a natureza jurídico-tributária ou não das contrapresta-

---

as *propinas do ensino superior como taxas* [v. acórdãos do STA, de 20 de Novembro de 1997 (proc. 041867); de 5 de Fevereiro de 2009 (proc. 0727/08); 19 de Novembro de 2014 (proc. 0221/14); 6 de Maio de 2015 (proc. 0143/15)], embora nunca tenha enfrentado a questão de estarmos perante um serviço social que é hoje prestado pelo Estado em regime de concorrência em mercado. Por isso, concordamos com Nuno de OLIVEIRA GARCIA na sua anotação ao acórdão do STA de 22 de Abril de 2015 (proc. 01957/13) quanto à existência de alguma ambiguidade na tese dos diversos votos de vencido que o acompanham — v. «Sobre as incertezas da natureza das propinas e suas consequências nas garantias dos contribuintes», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 8, N.º 2, pp 183ss. — mas divergimos do seu entendimento quanto à circunstância de o problema se circunscrever apenas a uma leitura equivocada da relação bilateral tributária. O problema, neste caso — o das propinas universitárias — reside na circunstância de as próprias instituições de ensino superior terem administrado (e criado regras para a administração) as propinas como preços, limitando-se a apelar à natureza tributária no momento da cobrança coerciva. De resto, esta questão é hoje mais complexa, pois se em favor da tese das propinas como tributos se podia invocar a sua fixação de forma legal e uniforme, hoje esta característica é posta em causa pela propina do estudante internacional, o que indicia que estamos, afinal, apenas perante um preço que, no caso do estudante nacional, é subsidiado pelo orçamento do Estado e pelos orçamentos de receitas próprias das Universidades que começam a adquirir maior expressão.

<sup>19</sup> Esta é também a conclusão a que chegaram doutrina e jurisprudência em Espanha. Cf., por todos, Mónica SASTRE BECEIRO, «Precios y Tarifas del agua en España», *Precio y Tarifas en sectores regulados* (Gaspar Ariño Org.), Comares, Granada, 2001, pp. 155ss; FRANCISCO SOSA WAGNER, *La Gestión de los Servicios Público Locales*, 7.ª ed., Thomson, Madrid, 2008, pp. 389ss; e César GARCÍA NOVOA, *El concepto de Tributo*. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 277-284.

García Novoa destaca que a categoria do preço público surgiu como tentativa de acomodar no sistema financeiro espanhol os valores cobrados pelo Estado e outras entidades públicas no contexto da passagem para o Estado Social, em que se reconhecia que a taxa não era uma categoria adequada, uma vez que não estávamos perante obrigações *ex lege* e sim perante obrigações pecuniárias de natureza contratual (contraprestação de serviços públicos), mas que o valor exigido também não era correspondente com o custo do serviço, pois o preço público era em regra mais baixo. Mas o autor reconhece que todas estas categorias que se afastam das categorias tributárias são difíceis de acomodar juridicamente, como sucedeu também neste caso.

O Supremo Tribunal de Espanha recentemente reiterou que as tarifas da água são preços públicos e acrescentou que estas tarifas além de estarem orientadas para os custos (*principio tarifário da cobertura de custos*) podem ainda ser “graduadas” de forma progressiva, agravando economicamente os custos de consumo de água a partir de certos montantes, em consonância com uma orientação para o uso racional da água — v. STS 1570/2014.

ções pagas pelos serviços locais são determinantes para o respectivo regime legal de prescrição, de cobrança coerciva e de fixação da jurisdição competente para dirimir litígios, como veremos mais adiante. Importa, portanto, insistir na discussão deste problema.

### 2. A natureza jurídica das contraprestações pagas pelos utentes dos serviços públicos locais segundo uma proposta de recompreensão dogmática no quadro da europeização

Um dos critérios que deve ter-se hoje como determinante para a qualificação jurídica das contraprestações dos serviços locais como tributos ou contraprestações de natureza económica é precisamente o “ambiente de mercado” em que os mesmos estão organizados e aos quais devemos reconduzir o seu objecto, por contraposição a serviços de natureza administrativa<sup>20</sup>.

Quando nos referimos a “ambiente de mercado” (passagem dos serviços à economia de mercado) não estamos a fazer depender a qualificação da contraprestação do serviço como *preço* da existência ou não de concorrência entre operadores ou prestadores do serviço. Hoje existem mercados em áreas onde tradicionalmente só existiam monopólios públicos (os denominados monopólios naturais) e nos quais a concorrência é, necessariamente, limitada, mas isso não significa que não estejamos perante mercados (teoria dos *mercados contestáveis*)<sup>21</sup>. A reorganização destes sectores segundo a nova teoria económica e de gestão, permite ajustá-los a parâmetros de mercado, eliminando as barreiras de entrada, e a critérios de eficiência no funcionamento (a relação óptima entre custo e benefício), enquanto, simultaneamente, assegura os princípios tradicionais do serviço público (universalidade, continuidade, acessibilidade e qualidade), agora denominados obrigações de serviço público.

Neste novo contexto jurídico-económico e administrativo, um dos critérios que pensamos ser determinante para a qualificação de uma contraprestação de um serviço como *preço* é a organização daquele segundo as regras da *marketization*<sup>22</sup>, ou seja, que,

<sup>20</sup> No mesmo sentido *v.* a doutrina italiana Pasquale Russo, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 21 a 24.

<sup>21</sup> A *teoria dos mercados contestáveis*, introduzida na literatura económica por Baumol, diz-nos que devemos qualificar como mercado aquilo onde potencialmente pode existir concorrência e não apenas aquilo onde existe concorrência real. Daqui resulta que mesmo um sector onde exista um único operador pode ser qualificado como mercado se a organização desse sector corresponder a regras segundo as quais as “barreiras de entrada” (designadamente os custos não amortizáveis, as assimetrias informativas, o acesso às infra-estruturas) são eliminadas ou substancialmente atenuadas. Sobre a teoria económica dos *mercados contestáveis v.*, entre nós, por todos, Fernando ARAÚJO, *Introdução à Economia*, Almedina, Coimbra, 3.<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 359ss.

<sup>22</sup> Optamos por não traduzir o conceito, pois não encontramos na língua portuguesa um conceito que, em nosso entender, consiga transmitir o sentido correcto do termo. Não se trata de *mercadização*, no sentido de operacionalizar um processo de mercado (cadeias logísticas), nem de



independentemente de privatização (total, funcional ou formal), o serviço tenha passado a estar organizado e gerido segundo regras de mercado, orientado, portanto, para critérios como a cobertura integral de custos operacionais, a reserva de investimento para a actualização tecnológica, a separação entre actividades competitivas e actividades não competitivas<sup>23</sup>.

A *marketization* é, neste sentido, a passagem da organização e gestão de um serviço para uma lógica de economia de mercado, independentemente de privatização. Isto é, independentemente de o serviço ser prestado por privados ou por entidades públicas, em regime de concorrência ou em regime de exclusivo. A *marketization* não se confunde com a privatização nem com a prestação da actividade em regime de concorrência efectiva. Deste fenómeno de reorganização da gestão dos serviços (segundo as directrizes do *new public management*) resulta também a transmutação dos cidadãos-administrados em utentes-clientes dos serviços<sup>24</sup>.

Trata-se não só de uma expressão que é originária das reformas britânicas do serviço público na década de 90, mas também, em nosso entender, de uma consequência directa da integração europeia e do modo como o direito europeu regula estes serviços<sup>25</sup>. De resto, se consultarmos a literatura comparada sobre a remunicipalização dos serviços públicos, podemos ver que a reentrada em cena da gestão pelos municípios e pelas empresas municipais nos últimos anos não significou (nem pode significar) um regresso ao passado pré-*marketisation*, pois isso não é possível à luz do quadro regulatório europeu<sup>26</sup>.

---

*marquetização* no sentido de transformar em bem consumível algo deveria ser tratado como um valor social. Trata-se apenas de designar os monopólios tradicionais que passam a estar organizados segundo as regras de gestão de mercado.

<sup>23</sup> Sobre a *marketization* e os serviços públicos *v.* Ole Helby PETERSEN e Ulf HJELMAR, «Marketization of welfare services in Scandinavia: A review of Swedish and Danish experiences», *Scandinavian Journal of Public Administration*, n. 17, 2014, pp. 3-20;

<sup>24</sup> Mark FREEDLAND, «The Marketization of Public Services» in Colin Crouch, Klaus Eder e Damian Tambini (Ed.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford University Press, 2001, pp. 90ss.

<sup>25</sup> Na economia deste trabalho não nos é possível referir de forma pormenorizada o modo como o direito europeu — os tratados, o direito derivado (regulamentos e directivas) e o *soft law*, em especial as comunicações da comunicação — trata os serviços públicos de natureza económica e os serviços públicos de natureza social. Este é, de resto, um tema já amplamente estudado entre nós, que pode consultar-se em João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Estado e Mercado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008; José Rui NUNES DE ALMEIDA, *Transparência e proporcionalidade no financiamento dos Serviços de Interesse Geral*, Vida Económica, Porto, 2014. O que queremos sobretudo destacar é o facto de a própria integração europeia, ou seja, a integração no mercado único europeu e a necessidade de cumprir as suas regras já consubstanciar uma inevitável *marketization* destes serviços - neste sentido *v.* Amandine CRESPIY, «European Integration as Marketization», *Welfare Markets in Europe. The Democratic Challenge of European Integration*, Palgrave-Macmillan, 2016, pp. 33-70.

<sup>26</sup> Neste sentido *v.* Frank BÖNKER, Jens LIBBE e Hellmut WOLLMANN, «Remunicipalisation Revisited: Long-Term Trends in the Provision of Local Public Services in Germany» in Hellmut

*Marketisation* é um conceito polissémico, que serve também para designar a organização do serviço de modo *responsivo*, ou seja, provendo aos utentes o que eles querem e não o que quer o prestador, sendo esta uma das marcas essenciais na ruptura com o modelo tradicional de serviço público administrativo<sup>27</sup>. Nesta acepção a ênfase é colocada na forma de suprir as “falhas do serviço público”, ou seja, aquilo que os utentes consideravam não estar a ser assegurado, quer quanto à resposta esperada, quer quanto à qualidade exigida. Por essa razão, a reforma do modo de organização da gestão é necessariamente complementada com uma avaliação por indicadores.

O nosso objectivo, neste breve escrito, não é, contudo, tratar especificamente a nova gestão e organização das *utilities locais*, mas tão só convocar os elementos essenciais deste novo modo de organização e gestão para apontar alguns subsídios normativos e teóricos que devem constituir as novas bases jurídico-dogmáticas em que há-de repou-sar, hoje, a qualificação da contraprestação dos serviços municipais.

### 2.1. O carácter industrial ou comercial do serviço e o exercício de *ius imperii*

Um dos novos subsídios normativos para aquela qualificação deve ser, precisamente, a diferença entre as actividades administrativas de *realização do interesse público* e as actividades que visam satisfazer de um modo específico *necessidades de interesse geral com carácter industrial ou comercial*, bem como entre os actos de *organismos de direito público* que se caracterizam pelo *exercício de ius imperii* e os que não se caracterizam por aquele exercício de *ius imperii*.

Esta é uma diferença que podemos encontrar no regime jurídico do IVA, segundo o qual — por razões de concorrência no mercado (ainda que se trate de um mercado potencial e não actual) — certas actividades que tradicionalmente eram reconduzidas ao conceito de serviço público estão subordinadas a IVA<sup>28</sup>.

Assim, estão sujeitas a IVA as actividades que, embora visem satisfazer necessidades de interesse geral<sup>29</sup>, apresentem carácter industrial ou comercial — onde se insere o fornecimento de água à população ou as cantinas escolares, mas já não as propinas, por se considerar que o ensino não tem carácter industrial ou comercial — bem como aquelas que sendo exercidas por organismos de direito público não se caracterizam pelo exercício de *ius imperii* ou (mesmo que essa característica se verifique) quando da situação de não sujeição resulte uma distorção da concorrência — como é o caso dos serviços de cremação, mas já não a fiscalização sanitária, ou mesmo, no contexto do fornecimento de água às populações, da obrigação de pagamento pela ligação à rede.

Wollmann, Ivan Koprivic, Gérard Marcou, *Public and Social Services in Europe. From public and Municipal to Private Sector Provision*, Palgrave-Macmillan, 2016, pp. 71ss (82).

<sup>27</sup> Para uma visão global do conceito *v.* Colin CROUCH, «Marketization» in Matthew Flinders, Andrew Gamble, Colin Hay e Michael Kenny (Ed.), *The Oxford Handbook of British Politics*, Oxford University Press, 2015.

<sup>28</sup> *Cfr.* artigos art. 13.º/1§3.º da Directiva IVA e o art. 2.º/3 do CIVA.

<sup>29</sup> Sobre a isenção das actividades de interesse geral *v.* artigo 132.º da Directiva IVA.



Se adoptarmos este critério, o fornecimento de água tem de considerar-se um *preço*, assim como os serviços de cremação, mas já devem qualificar-se como *taxas* as propinas nas universidades públicas sempre que o seu valor seja fixado fora dos critérios normais de mercado, a fiscalização sanitária e o pagamento pela disponibilidade do serviço de água em consequência da obrigação de ligação à rede<sup>30</sup>.

## 2.2. Regime jurídico da concorrência e dos auxílios de estado

Outro subsídio importante para esta tentativa de recompreensão do recorte dogmático das categorias tributárias e económicas é o *regime jurídico da concorrência e dos auxílios de estado*, que implica distinguir entre os *serviços de interesse geral* (desprovidos de natureza económica, como é o caso da saúde ou da assistência social) e os *serviços de interesse económico geral*, que embora sejam também de relevante interesse social e estejam igualmente ligados ao cumprimento de uma missão que impõe o cumprimento de obrigações de serviço público, distinguem-se dos anteriores por terem *natureza económica*, o que os subordina às regras da concorrência e ao regime jurídico dos auxílios estatais<sup>31</sup>.

Com base nestes pressupostos devemos distinguir entre: *i*) a prestação de um serviço de mercado por uma entidade pública ou um organismo de direito público em regime de concorrência (*ex.* serviços de turismo prestados por uma empresa municipal); *ii*) a prestação de um serviço de interesse económico geral em regime de concorrência (*ex.* linhas ou carreiras no âmbito do serviço de transportes urbanos); *iii*) a prestação em regime de exclusivo de um serviço de interesse económico geral<sup>32</sup>, subordinado à regulação económica, ou seja, um serviço que está organizado e gerido sob regras de mercado (*marketization*), mas que, por opção política do Estado, quando tal seja possível<sup>33</sup>, se encontre subtraído à concorrência em mercado, subordinando-se apenas à regulação económica que recria as exigências do mercado (*eficiência*)<sup>34</sup>; *iv*) a prestação de um serviço de interesse geral sob um modelo de organização administrativa burocrática, como sucede, em regra, nas matérias de apoio às situações de vulnerabilidade individual ou social (*ex.* assistência social); e *v*) a prestação de um serviço público administrativo, sem

<sup>30</sup> No sentido de as contraprestações pela obrigação de ligação à rede de esgotos constituem taxas e, como tal, não estão subordinadas ao regime da prescrição das dívidas respeitantes aos serviços públicos essenciais, previsto na Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, *v.* acórdão do STA de 13 de Dezembro de 2017 (proc. 0653/16).

<sup>31</sup> *Cfr.* artigos 93.º, 106.º e 107.º do TFUE.

<sup>32</sup> Cujas gestões podem ser directas, por delegação em entidades empresariais públicas ou mediante concessão a privados.

<sup>33</sup> Não o é nos serviços de dimensão europeia: telecomunicações, energia e transportes; mas é nos serviços locais de água e resíduos.

<sup>34</sup> É o que sucede em Portugal no sector do abastecimento de água às populações, em que importa lembrar a tradição, pré-constitucional, da exploração pelos municípios dos serviços públicos de abastecimento de água e saneamento.

Na Base IX da Lei n.º 1940, de 3 de Abril de 1936 (Lei que promulgou as bases da organização admi-

nistrativa), já se consagrava a possibilidade de as Câmaras Municipais poderem explorar, sob a forma industrial (mediante a criação de serviços municipalizados) e por sua conta e risco, serviços públicos de interesse local, que visassem a satisfação de necessidades colectivas da população do concelho e a que a iniciativa privada não proviesse de modo completo — vedava-se naquela época a possibilidade de que estes serviços (os municipais) visassem a concorrência com a indústria particular.

Em complemento, o Código Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27.424, de 31 de Dezembro de 1936, incluía no âmbito de atribuições das Câmaras Municipais a administração dos serviços de abastecimento público (artigo 44.º, 3.º), os quais integravam a construção e conservação de redes de distribuição pública de água para consumo domiciliário (artigo 47.º, 2.º).

Mais tarde, já após a entrada em vigor da Constituição de 1976, o Decreto-Lei n.º 77/84, de 8 de Março, que procedeu à delimitação material dos investimentos entre o poder local e o poder central, previa como competência dos municípios a realização de investimentos públicos em matéria de saneamento básico, o que englobava os sistemas municipais de abastecimento de água, de esgotos e de lixos e limpeza pública (artigo 8.º/b).

Em 1999, com a aprovação da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, relativa à Transferência de Atribuições e Competências para as Autarquias Locais, reiterou-se a solução de que faziam parte do âmbito de atribuições e competências dos órgãos municipais os sistemas municipais de abastecimento de água, os sistemas municipais de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas e os sistemas municipais de limpeza pública e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos (artigos 26.º/1).

E a natureza municipal destes serviços viria a ser novamente reafirmada no contexto da recente reforma legislativa do poder local, que deu origem ao novo Regime Jurídico das Autarquias Locais (Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro), com a introdução de algumas alterações. Assim, passa a prever-se que a articulação das actuações entre os municípios e os serviços da administração central, na área das redes de abastecimento público, infra-estruturas de saneamento básico, tratamento de águas residuais e resíduos urbanos, é uma competência das áreas metropolitanas (artigo 67.º/2/a) e das comunidades intermunicipais (artigo 81.º/2/a), bem como, no artigo 33.º/1e), estabelece-se que é da competência da Câmara Municipal “fixar os preços da prestação de serviços ao público pelos serviços municipais ou municipalizados, sem prejuízo, quando for caso disso, das competências legais das entidades reguladoras”.

Já em matéria de *formas de gestão do serviço de abastecimento de água às populações*, podemos destacar que a lei admitida a gestão directa do serviço (através de serviços municipais ou municipalizados), a empresarialização (constituição de empresas locais ou parcerias municipais-estaduais), a exploração por associações de utentes e a concessão. Esta última modalidade foi consagrada apenas em 1993, com a aprovação do já mencionado Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, que alterou a lei de delimitação dos sectores (Lei n.º 46/77, de 8 de Julho) e permitiu a concessão destes serviços. Em 1998, seria ainda prevista a possibilidade de delegação destes serviços em entidades do sector empresarial local, com eventual participação privada (Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto). Todas estas modalidades de gestão do serviço foram acolhidas no Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, que no artigo 7.º, estipulava que a entidade gestora dos serviços municipais seria definida pela entidade titular (no caso, o município), de acordo com um dos seguintes modelos de gestão: *i)* prestação directa do serviço; *ii)* delegação do serviço em empresa constituída em parceria com o Estado; *iii)* delegação do serviço em empresa do sector empresarial local; e *iv)* concessão do serviço.

Um dos objectivos estruturais deste regime jurídico era a harmonização das regras da gestão e prestação do serviço, independentemente do respectivo modo de gestão. A articulação entre os poderes do município (entidade titular e/ou gestora), os poderes da entidade reguladora e os poderes das entidades gestoras encontra-se prevista, em geral, no artigo 11.º daquele diploma, onde se reconhecia à entidade reguladora um conjunto de poderes, maioritariamente de aconselhamento, de consulta e de supervisão.



qualquer relação com o mercado ou com carácter de autoridade ou ligado a poderes de autoridade (*ex.* protecção civil e serviços prestados nos cemitérios, como a inumação e exumação de cadáveres).

Nos dois primeiros casos, a contraprestação deve qualificar-se como um *preço*, pois estamos perante serviços oferecidos em concorrência real em que o respectivo valor é fixado, *directamente*, segundo as regras do mercado<sup>35</sup>, sem prejuízo da possibilidade de, no segundo caso, a empresa prestadora do serviço poder receber compensações financeiras destinadas a suportar os custos com a obrigação de serviço público. Na terceira hipótese, temos um *preço regulado*, o que significa que o valor fixado não é determinado segundo um critério de mercado real, mas antes de mercado regulado, podendo também aqui admitir-se a concorrência de compensações a título de financiamento de obrigações de serviço público. Na quarta hipótese estamos perante *taxas*, uma vez que os serviços prestados não têm natureza económica, pelo que não suscitam problemas no plano do direito da concorrência. E, por último, temos um regime de taxas por actividades administrativas típicas.

### 2.3. O critério da *marketization* do serviço

Em suma, da conjugação destas duas propostas resulta uma tendencial distinção entre *preços* (de mercado ou regulados, os últimos também denominados na dogmática do direito público económico como *tarifas*) para as categorias económicas e *taxas* para as categorias tributárias com base na organização ou não do serviço-base segundo regras de economia mercado, o que nos leva a um resultado distinto daquele que tem sido proposto pela teoria financeira e tributária tradicional. Assim, segundo o nosso entendimento, devem ser reconduzidos à primeira categoria — dos *preços* — não apenas as contraprestações por serviços prestados em regime de concorrência real e actual, mas também as dos serviços que são prestados em regime de exclusivo sob as regras da regulação económica que os subordinam a directrizes de eficiência e, nessa medida, a regras de mercado potencial.

Devem ainda incluir-se na categoria de preços as contraprestações por serviços não económicos (não organizados segundo as regras de mercado) ou mesmo aqueles que são decorrentes de serviços de autoridade, sempre que esses serviços possam ter concorrência no mercado.

O critério que aqui propomos soluciona também a questão da “*indispensabilidade do serviço*” — que era apontada como um critério para a identificação das taxas. Com efeito, do que se trata hoje é da *essencialidade do serviço*, traduzida, em termos de direito público da economia, na admissibilidade de auxílios de estado, o que se “traduz”

---

<sup>35</sup> Neste contexto surge a questão de saber em que medida as entidades administrativas — em especial os municípios — poderão prestar serviços de mercado em concorrência com os privados em regime de subfinanciamento. Seria o caso, por exemplo, de um município construir uma infra-estrutura desportiva ou cultural e passar a oferecer em mercado (em concorrência com agentes económicos privados já existentes) espectáculos musicais ou aulas de natação a preços muito inferiores aos custos, porque subsidiados pelo orçamento municipal, e sem qualquer recondução a uma missão de serviço público.

em termos financeiros e tributários, na admissibilidade de preços “abaixo do valor de custo do serviço”, o qual é depois complementarmente financiado com transferências orçamentais (receita de impostos) ou outros apoios públicos (é o caso das tarifas de transportes).

Apesar de convencidos quanto à bondade do critério apresentando como tese, não ignoramos, contudo, que no plano dos serviços municipais a complexidade é maior e que é essencial uma análise casuística.

Com efeito, estamos perante serviços que migram de um contexto de prestação em regime de serviço público (“burocratizado” ou organizado em modo administrativo), já em regra orientado para a cobertura integral dos custos, para um regime de serviços de interesse económico geral (no caso do sector da água e dos resíduos, também subordinado, em Portugal, a um tipo especial de regulação económica independente<sup>36</sup>),

---

<sup>36</sup> A primeira expressão de regulação heterónoma destes sectores resulta do Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, que criou o *observatório nacional dos sistemas multimunicipais e municipais* de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos. Tratou-se de uma primeira resposta à necessidade de “supervisionar” os sistemas multimunicipais e municipais após a abertura da respectiva gestão ao sector privado.

Em 1997, o aumento da complexidade do sector justificou a substituição do observatório por uma *entidade reguladora*, com atribuições ampliadas em matéria de promoção da qualidade na concepção, execução, gestão e exploração dos referidos sistemas multimunicipais e municipais: o Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR) — artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto. O IRAR constituiu-se como Instituto Público e os respectivos estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro, assumindo funções reguladoras especialmente direccionadas para a defesa dos direitos dos consumidores e a garantia da sustentabilidade económica dos sistemas.

Em 2004, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2004, de 16 de Junho, considera que a consolidação da regulação é fundamental ao desenvolvimento do sector em referência. Neste seguimento, o artigo 11.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, diploma que aprova o regime jurídico do sector empresarial local, subordina as entidades do sector empresarial local aos poderes de regulação da respectiva entidade reguladora e o n.º 6, do artigo 16.º da antes mencionada Lei n.º 2/2007 (Lei das Finanças Locais), consagra o poder de regulação e supervisão tarifária do IRAR em relação aos preços praticados na prestação dos serviços de abastecimento público de água, saneamento de águas residuais e recolha de resíduos sólidos, explorados em regime de gestão directa municipal, de serviço municipalizado ou de empresa municipal ou intermunicipal.

Mais tarde, em 2009, o legislador entendeu ser oportuno *rever os poderes da entidade encarregada da regulação* e, nesse contexto, surge o Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro, que aprova os estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P. (ERSAR, I. P.), a qual mantém, contudo, a forma jurídica de instituto público. Com a aprovação, em 2013, da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto — Lei-Quadro das Entidades Reguladoras — tornou-se necessário modificar uma vez mais o estatuto jurídico da ERSAR, I. P. Assim, a Lei n.º 10/2014, de 6 de Março, aprovou os novos estatutos da ERSAR — Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, a qual é hoje uma *entidade administrativa independente* (não sujeita aos poderes de superintendência



ou tutela governamental), que se rege pelas normas e pelos princípios de direito interno e europeu em matéria de autoridades independentes com poderes de regulação sectorial económica.

De acordo com o disposto nas alíneas *b)*, *c)* e *d)* do n.º 3 e na alínea *a)* do n.º 4 do artigo 5.º dos Estatutos da ERSAR, incluem-se no leque de atribuições de regulação comportamental daquela entidade, os poderes de: *i)* regulamentar, avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis; *ii)* emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento; *iii)* emitir, nas situações e termos previstos na lei, instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor; *iv)* fiscalizar o cumprimento pelas entidades titulares e gestoras das disposições legais, regulamentares e contratuais aplicáveis, nomeadamente nas fases de criação, concurso, contratualização, alteração contratual, reconfiguração e extinção, garantindo o interesse público e a legalidade. Um dos principais poderes da ERSAR enquanto autoridade reguladora do sector — o qual, de resto, já tinha consagração legal anterior — é o poder regulador tarifário.

Como resulta do disposto no artigo 5.º dos actuais Estatutos da ERSAR, aprovados pela Lei n.º 10/2014, compete a esta entidade: *i)* fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, assim como supervisionar outros aspectos económico-financeiros das entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis; *ii)* regulamentar, avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis; e *iii)* emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento.

Quer isto significar, em outras palavras, que a ERSAR, enquanto entidade reguladora dos sistemas municipais e intermunicipais (aqueles em que os municípios são os titulares da actividade), tem poderes para regulamentar a fixação das tarifas, ou seja, estipular as regras e os princípios a que os municípios têm de obedecer na fixação do respectivo tarifário, bem como para, posteriormente, avaliar, auditar e fiscalizar o modo como os municípios aplicam o respectivo regulamento e, ainda, para sancioná-los em caso de incumprimento.

No âmbito do poder regulamentar da ERSAR, destaca-se a aprovação da Recomendação n.º 1/2009 (“Recomendação Tarifária”), respeitante à Formação de Tarifários Aplicáveis aos Utilizadores Finais dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água para Consumo Humano, de Saneamento de Águas Residuais Urbanas e de Gestão de Resíduos Urbanos, na qual são formuladas diversas orientações económico-financeiras nesta matéria. A referida Recomendação Tarifária foi aprovada em 2009, pelo IRAR, e “validada” pela ERSAR, ao “subscrever a sua vigência” até à aprovação do respectivo Regulamento Tarifário para a formação dos preços nos serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano e de saneamento de águas residuais urbanas.

Em 2014, é aditado ao Decreto-Lei n.º 194/2009 o artigo 11.º-A (regulação económica), segundo o qual a “definição das tarifas dos serviços municipais obedece às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela entidade reguladora para os serviços em alta e para os serviços aos utilizadores finais, sendo sujeitas a actualizações anuais que entram em vigor a 1 de Janeiro de cada ano” e “a entidade reguladora emite parecer sobre as actualizações tarifárias dos serviços geridos por contrato, com vista à monitorização do seu cumprimento, podendo emitir instruções vinculativas

onde a prestação se processa segundo regras empresariais (*marketization*), mas o direito europeu (diferentemente do que sucede nos SIEG estaduais) permite às entidades titulares do serviço não só *liberdade na escolha do modelo de gestão* (directa, delegada, concessionada e em regime de parceria público-público ou meramente privado), como ainda alguma *liberdade de escolha na fixação do modelo de financiamento*. O sector mais impressionante desta dificuldade é, sem dúvida, o dos resíduos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia é, de resto, clara nesta matéria, como pode ler-se no acórdão Futura Immobiliare: “[C]omo salientou justificadamente a Comissão, no estágio actual do direito comunitário, não existe qualquer regulamentação adoptada com fundamento no artigo 175.º-CE que imponha aos Estados-Membros um método preciso quanto ao financiamento do custo da eliminação dos resíduos urbanos, de modo que esse financiamento pode, à escolha do Estado-Membro em causa, ser indiferentemente assegurado através de um imposto, de uma taxa ou de qualquer outra modalidade”<sup>37-38</sup>.

### 2.4. A relevância actual da distinção

A distinção entre as categorias jurídicas económicas e tributárias é relevante para responder a questões pragmáticas, como a recente jurisprudência do STA vem mostrando.

#### 2.4.1. A determinação da jurisdição competente para resolver litígios relativos ao fornecimento dos serviços

Veja-se, em primeiro lugar, a questão de poder ou não exigir-se o pagamento das prestações pecuniárias em dívida (facturas respeitantes ao fornecimento do serviço)

---

em caso de incumprimento, nos termos previstos no regulamento tarifário”.

<sup>37</sup> Cfr. acórdãos Futura Immobiliare, Proc. C-254/08, §48 e VG Čistoča d.o.o., Proc. C-335/16 §26.

<sup>38</sup> A Directiva Resíduos (Directiva n.º 2008/98/CE) consagra como directrizes regulatórias: o *princípio da responsabilidade pela gestão dos fluxos de resíduos* (os produtores de resíduos e, em certos casos, os produtores dos produtos têm de gerir o fluxo do resíduo, o que significa que há uma «privatização» de um serviço de interesse geral) cabendo ao município a gestão dos resíduos urbanos cuja produção diária não exceda 1100 l por produtor, neste caso é o *município que presta o serviço de interesse geral*, podendo financiá-lo através de uma contribuição, uma taxa ou um preço, sendo certo que o valor a exigir aos utentes se baseia no *princípio do utilizador-pagador*.

Na transposição para o direito nacional deste regime jurídico o legislador optou por um modelo de financiamento complexo, que é depois regulamentado pela entidade reguladora do sector — a ERSAR. A ERSAR recomenda a aplicação dos 3T’s na recuperação dos custos totais do sector: *i) T1 — Tarifas*, que são preços regulados pagos pelos utentes (com a natureza jurídica de preços); *ii) T2 — Transferências financeiras* do Orçamento do Estado ou do Orçamento Comunitário na amortização de infra-estruturas; *iii) T3 — Taxa ou Contribuição ou Imposto* para financiamento complementar ou modulação de comportamentos (tributos fiscais e extrafiscais).



através do *processo de execução fiscal* e a *determinação da jurisdição competente* para resolver os litígios que emergem da prestação destes serviços municipais. Estamos perante uma relação jurídica de consumo, uma relação jurídico-administrativa ou uma relação jurídico-tributária?

A questão surgiu nos tribunais a propósito da qualificação das facturas cobradas aos utentes dos serviços pelas empresas concessionárias do serviço municipal de abastecimento de água e de saneamento. Com efeito, a posição do Supremo Tribunal Administrativo sobre a qualificação dos contratos de fornecimento de água entre empresas concessionárias e particulares, assim como dos montantes pagos pelos utentes a título de facturação do serviço, suscitou ampla controvérsia.

Inicialmente, o entendimento do STA era no sentido de que a competência para o conhecimento de acções judiciais de incumprimento de obrigações pecuniárias decorrentes do fornecimento de água por parte de uma empresa concessionária pertencia aos tribunais de jurisdição administrativa e fiscal, nomeadamente aos tribunais tributários<sup>39</sup>.

Contudo, esta posição jurisprudencial alterou-se no Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 21 de Janeiro de 2014 (Proc. n.º 044/13). Pode ler-se nessa decisão que “o contrato de fornecimento de água ao domicílio que liga o prestador do serviço e o consumidor/utilizador final não é atingido por uma regulação de direito público (...). Assim sendo, a apreciação dos litígios sobre o incumprimento destes contratos não cabe aos tribunais da jurisdição administrativa”. O que significa que esta decisão contrariava o que havia sido decidido anteriormente no Tribunal de Conflitos<sup>40</sup>. Segundo este aresto de 2014, é a jurisdição comum e não a jurisdição tributária a competente para dirimir os litígios referentes ao não pagamento atempado das facturas de fornecimento de água e saneamento por uma empresa concessionária.

Para além desta questão da competência, o Tribunal de Conflitos, no referido acórdão de 21 de Janeiro de 2014, faz ainda referência à possibilidade de cobrança coerciva, através do processo de execução fiscal, dos montantes em dívida. E sobre este aspecto apresenta duas hipóteses. Por um lado, se o serviço de abastecimento de águas for prestado

---

<sup>39</sup> Neste sentido encontramos os Acórdãos de 25 de Junho de 2013 (Proc. n.º 033/13), de 26 de Setembro de 2013 (Proc. n.º 030/13), de 5 de Novembro de 2013 (Proc. n.º 039/13), de 18 de Dezembro de 2013 (Proc. n.º 038/13) e de 18 de Dezembro de 2013 (Proc. n.º 053/13). Estas decisões respeitam, maioritariamente, a injunções intentadas no Balcão Nacional de Injunções por uma sociedade comercial, concessionária da exploração do sistema de captação, tratamento e distribuição de água no município de Fafe, motivadas pelo incumprimento das obrigações pecuniárias emergentes do contrato de fornecimento de água celebrado entre aquela empresa e os utentes do serviço. Em todos os casos, o Tribunal pronunciou-se pela competência dos tribunais tributários no julgamento daqueles litígios.

<sup>40</sup> A este propósito pode ler-se no voto de vencido que a acompanha: “[V]otei vencido pois a solução a que se chegou é contrária à que tem sido adoptada neste Tribunal dos Conflitos, como se pode ver pelos acórdãos de 25/06/2013, Processo n.º 033/13; 26.9.2013, Processo n.º 030/13; 05/11/2013, Processo n.º 039/13; 18/12/2013, processos n.º 038/13 e n.º 053/13”.

por entidades públicas, como é o caso de um município ou de uma empresa municipal, tais entidades podem emitir certidão das dívidas, que são títulos executivos para efeitos de cobrança coerciva nos tribunais, num processo de execução fiscal. Por outro lado, se o serviço for prestado por uma entidade privada, como uma concessionária, as notas de cobrança emitidas não apresentam força executiva, o que significa que não podem lançar mão do processo de execução fiscal. E quando estamos perante uma concessionária sem competência para emitir títulos executivos, é normal que a mesma recorra ao mecanismo da injunção, a tramitar nos tribunais comuns.

Porém, a jurisprudência modificaria, uma vez mais, o seu sentido. O Acórdão de 29 de Janeiro de 2014 (Proc. n.º 045/13) veio novamente declarar os tribunais tributários competentes em matéria de resolução de litígios respeitantes à cobrança, por parte de uma empresa concessionária, de uma dívida relativa ao serviço de abastecimento de água. Posteriormente, o acórdão de 15 de Maio de 2014 (Proc. n.º 031/13) julgou também a jurisdição administrativa e fiscal competente para o julgamento destes litígios.

Em suma, a jurisprudência acabaria por se firmar (numa posição que se mantém até hoje<sup>41</sup>) no sentido de a competência para a resolução de litígios relativos ao não pagamento das facturas da água emitidas por uma empresa concessionária do serviço pertencer à jurisdição administrativa e fiscal e não à jurisdição comum. Trata-se, porém, de uma solução que nos parece desrazoável, pois a cobrança coerciva, em processo de execução fiscal, de quantias em dívida relativas a contratos de fornecimento de água e saneamento celebrados entre os utentes e o concessionário do serviço, e a recondução à competência dos tribunais tributários dos litígios que possam emergir destes processos, exigiria a presença de um elemento de *publicatio* nesta relação jurídica, que não existe<sup>42</sup>.

Mas, em bom rigor, também não acompanhamos a aparente *posição dual* que o Tribunal de Conflitos, de 21 de Janeiro de 2014, parecia defender, no sentido de que, mesmo estando nós perante contratos de consumo e não perante contratos administrativos nos casos em que a prestação do serviço de fornecimento de água e saneamento tem lugar através de um regime de gestão directa (município ou serviço municipalizado) ou de gestão delegada (empresa municipal), a contraprestação devida pela utilização do serviço terá a natureza de uma *taxa lato sensu*, a qual pode ser cobrada em processo de execução fiscal, porque o município ou a empresa municipal dispõem de poder para emitir um título executivo<sup>43</sup>; já quando o modelo de exploração seja a gestão conc-

<sup>41</sup> Toda esta controvérsia motivou, porém, a proposta de revisão do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, mais concretamente o artigo 4.º, no sentido de passar a *excluir expressamente desta jurisdição os “litígios emergentes das relações de consumo relativas à prestação de serviços públicos essenciais, incluindo a respectiva cobrança coerciva”* — cf. Proposta de Lei n.º 167/XIII.

<sup>42</sup> Este argumento foi, de resto, decisivo no acórdão do Tribunal de Conflitos, de 21 de Janeiro de 2014, em que foi relatora a Conselheira Fernanda Maças.

<sup>43</sup> Em sentido contrário, sufragando a tese deste aresto *v.*, entre nós, Joana NETO ANJOS, *O contrato de concessão de serviço municipal de água : o preço do serviço numa perspectiva de direito regulatório e de resolução judicial de litígios*, Dissertação de Mestrado, FDUC, 2015.



sionada, estaremos perante uma contraprestação com a natureza jurídica de um *preço privado*, que não pode ser exigido em processo de execução fiscal, tendo, por isso, de ser cobrado através do processo de injunção ou da acção cível<sup>44</sup>.

É nossa opinião que em qualquer dos casos estaremos sempre, como resulta do anteriormente exposto, perante um *contrato de consumo*<sup>45</sup>, regulado pelo direito privado. O facto de este *contrato de consumo* beneficiar de algumas regras especiais de protecção dos consumidores, pela razão de estar em causa a prestação de um *serviço essencial* (SIEG), abrangido pela Lei n.º 23/96, não altera a sua natureza de contrato de direito privado. Assim, qualquer que seja o modelo de gestão — directa, delegada ou concessionada — estaremos perante *contratos de direito privado* e a contraprestação devida por esses serviços há-de qualificar-se como um *preço regulado*, o que significa que o município não pode proceder à cobrança coerciva desses valores<sup>46</sup>.

#### 2.4.2. A estrutura tarifária e a proibição de dupla tributação

Como segundo exemplo da relevância da distinção entre preços e taxas podemos apontar a recente desarmonia hermenêutica na interpretação da decomposição de uma estrutura tarifária.

<sup>44</sup> No acórdão afirma-se expressamente que: «como ficou consignado no Acórdão do Pleno da Secção do Contencioso Tributário n.º 015/12, de 10/04/2013, “o processo de execução fiscal continua a ser o meio próprio para cobrança coerciva de dívidas por abastecimento de água e saneamento, quando o serviço for prestado pelo Município ou por empresa municipal”. Quando se tratar de uma entidade privada, neste caso, de uma concessionária, como estas não estão abrangidas pelo regime do CPPT, as notas de cobrança encontram-se desprovidas de força executiva não podendo, desta forma, lançar mão do processo de execução fiscal».

<sup>45</sup> Neste sentido *v.* Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, «Serviços Públicos, Contratos Privados», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, volume II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 122/123.

<sup>46</sup> Não basta afirmar, como se diz no aresto em apreço, que o facto de o município dispor de poder tributário próprio e de poder para constituir títulos executivos é suficiente para que possa emitir certidões de dívida com valor de título executivo e proceder à respectiva cobrança em sede de execução fiscal. Como resulta de forma expressa do disposto na alínea *c*) do artigo 15.º do regime financeiro das autarquias locais (aprovado pela Lei n.º 73/2013) — “Os municípios dispõem de poderes tributários relativamente a impostos e outros tributos a cuja receita tenham direito, nomeadamente possibilidade de cobrança coerciva de impostos e outros tributos a cuja receita tenham direito, nos termos a definir por diploma próprio” —, conjugado com o n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro, que aprovou o Código do Procedimento e do Processo Tributário — “as competências atribuídas no código aprovado pelo presente decreto-lei a órgãos periféricos locais serão exercidas, nos termos da lei, em caso de tributos administrados por autarquias locais, pela respectiva autarquia” —, os municípios não dispõem de poder para cobrar coercivamente dívidas de natureza não tributária a não ser que um diploma especial expressamente o afirme. No mesmo sentido *v.* Jorge LOPES DE SOUSA, *Código de Procedimento e de Processo Tributário Anotado*, 6.ª edição, Áreas Editora, 2011, pp. 34.

A questão surge a propósito do acórdão do STA, de 27 de Junho de 2018 (proc. 765/17), relativo à liquidação pela empresa municipal “Águas da Covilhã” de uma factura do serviço de recolha de águas residuais. Na referida factura indicava-se um valor a título de *tarifa fixa de disponibilidade de saneamento*, correspondente à remuneração da entidade gestora por custos fixos incorridos na construção, conservação e manutenção dos sistemas necessários para a prestação de serviços (artigo 36.º do Regulamento Municipal), e outro a título de *tarifa variável de saneamento*, indexada ao volume de água utilizado, e destinada a remunerar a drenagem do esgoto e o devido tratamento (com a designação dada pelo Regulamento Municipal no artigos 37.º e 38.º), correspondendo ambas ao que em regra se denomina como *taxa de saneamento*.

A questão foi suscitada perante o Tribunal Administrativo e Fiscal de Castelo Branco, entre outros fundamentos para a ilegalidade, como se de uma *dupla tributação económica* se tratasse, ou seja, dois tributos a incidir sobre o mesmo facto tributário, o que, no caso das taxas, é fundamento de ilegalidade da liquidação por inexistência de contrapartida em um dos casos<sup>47</sup>.

O acto de liquidação viria a ser anulado pela primeira instância, em 2013, por considerar que tinham sido liquidados dois tributos (tarifas-taxas) sem a existência de um estudo económico-financeiro para cada um deles, como seria exigido pelo Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais. O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 19 de Dezembro de 2017 (proc. 22/14.4BECTB), não acolheu aquele fundamento, mas manteve a anulação do acto de liquidação. Embora tenha admitido que as duas tarifas pudessem corresponder a um “desdobramento do valor” do serviço — afastando assim a existência de uma dupla tributação económica e a “tese” da inexistência de um estudo económico-financeiro que sustentasse um deles —, considerou, porém, que existia uma ilegalidade das normas regulamentares municipais instituidoras dos tributos por a lei não prever a possibilidade daquele desdobramento.

O STA acabaria por anular o acórdão do TCA-Sul com fundamento na existência de um erro de julgamento, na medida em que a “lei habilitante”, no entendimento do STA, admitia aquele “desdobramento” em duas componentes da tarifa de saneamento (uma fixa, a tarifa de disponibilidade, e outra variável, a tarifa de saneamento).

Neste caso concordamos com a solução a que o STA chega no caso concreto, embora nos pareça que o tribunal não é claro quanto à qualificação da contraprestação (da tarifa de saneamento), pois chega a afirmar que estamos perante preços, mas utiliza o instrumentário normativo dos tributos.

Em suma, a questão essencial que subjaz à decisão prende-se com o *princípio da*

<sup>47</sup> Cf., por todos, acórdão do STA de 2 de Maio de 2012 (proc. 0693/11) “A dupla tributação é, em geral, admitida, em matéria de impostos, quando o mesmo facto tributário se insere em mais que uma norma de incidência objectiva, mas não o é em matéria de taxas devidas pela ocupação de bens de domínio público, pois sendo aquelas a contrapartida do benefício obtido, não se pode justificar um duplo pagamento pelo mesmo benefício”.



*aditividade tarifária*, que é típico do sistema de regulação económica. Este princípio proíbe a adopção de uma política de *pricing* na fixação do preço dos serviços (*i.e.* a possibilidade de existirem subsídios cruzados entre actividades ou escalões de utentes) e, por isso, exige, em regra, a decomposição da liquidação dos preços por segmentos de actividades para controlo da regulação dos custos<sup>48</sup>. Estamos perante regras e princípios económicos, típicos dos preços, e não perante questões tributárias.

Mas a complexidade e a falta de clareza neste caso não decorre exclusivamente da decisão judicial em apreço, sendo também visível, em nosso entender, na própria actuação das entidades reguladoras. Com efeito, não deixa de ser relevante sublinhar que enquanto no sector eléctrico a lei exige a facturação discriminada das parcelas e consagra expressamente o *princípio da aditividade tarifária* (*v.* artigo 61.º/1d) do Decreto-Lei n.º 29/2006), a ERSAR indica aos municípios a estrutura de custos do saneamento a adoptar para efeitos de cálculo da tarifa final, mas *recomenda* que a respectiva facturação não seja detalhada (*v.* pp. 12 da Recomendação IRAR n.º 01/2009), uma instrução que surge ao arrepio das mais recentes orientações em matéria de transparência e responsividade dos serviços públicos, bem como das boas práticas para a literacia económica dos utentes dos serviços essenciais.

## Conclusão

A *mutação* dos serviços públicos locais em *serviços de interesse económico geral* é uma transformação profunda que excede, em muito, aspectos apenas relacionados com a titularidade desse serviços ou mesmo com as opções políticas quanto à escolha do melhor modelo de gestão.

---

<sup>48</sup> Sobre o tema *v.* Dieter Bös, *Pricing and Price Regulation. An Economic Theory for Public Enterprises and Public Utilities*, North-Holland — Elsevier, Amsterdam, 1994.

