



CEDIPRE ONLINE | 24

**LITÍGIOS ENTRE AS CONCESSIONÁRIAS DO SERVIÇO PÚBLICO
DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E OS CONSUMIDORES**
Questão da Jurisdição Competente

Joana Catarina Neto dos Anjos

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
SETEMBRO | 2014

CEDIPRE ONLINE | 24

**LITÍGIOS ENTRE AS CONCESSIONÁRIAS DO SERVIÇO PÚBLICO
DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E OS CONSUMIDORES**
Questão da Jurisdição Competente

Joana Catarina Neto dos Anjos



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
SETEMBRO | 2014

TÍTULO	Litígios Entre as Concessionárias do Serviço Público de Abastecimento de Água e os Consumidores – Questão da Jurisdição Competente
AUTOR(ES)	Joana Catarina Neto dos Anjos
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-545 COIMBRA PORTUGAL Tel. Fax: +351 239 836 309 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	Litígios Entre as Concessionárias do Serviço Público de Abastecimento de Água e os Consumidores – Questão da Jurisdição Competente, Publicações CEDIPRE Online - 24, http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, setembro de 2014
	COIMBRA SETEMBRO 2014

ÍNDICE

Resumo Abstract	7
Abreviaturas	8
1. Nota Introdutória	9
2. Análise Jurisprudencial.....	10
3. Concessão de Serviço de Abastecimento de Água.....	13
3.1.O exercício privado de actividades públicas	13
3.2. A concessão de serviços públicos.....	17
3.3. A posição do utente do serviço público.....	21
4. Da Obrigação Pecuniária em Questão.....	27
4.1. Os Preços municipais	27
4.2. O Preço do serviço concessionado	30
5. Delimitação da Competência Jurisdicional.....	34
5.1. O processo de execução fiscal	36
5.2. A competência dos tribunais judiciais em face do direito constituído	37
6. Síntese Conclusiva.....	40
Bibliografia	43

ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEE – Comunidade Económica Europeia

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CPPT – Código de Processo e Procedimento Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

ERSAR - Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

LDC – Lei de Defesa do Consumidor

LFL – Lei das Finanças Locais

LGT – Lei Geral Tributária

RGTAL - Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCA – Tribunal Central Administrativo

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

LITÍGIOS ENTRE AS CONCESSIONÁRIAS DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E OS CONSUMIDORES

Questão da Jurisdição Competente

Joana Catarina Neto dos Anjos

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas

Menção em Direito Administrativo

RESUMO:

O presente artigo visa fundamentalmente o estudo de uma questão que recentemente tem sido colocada no Tribunal de Conflitos: a de saber se a acção para cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal será da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal ou dos tribunais judiciais. Com este propósito, pretende-se oferecer uma visão global sobre o regime jurídico da concessão de serviços públicos, a natureza das relações jurídicas subjacentes a este tipo de contrato, particularmente a que se estabelece entre concessionário e utente, e o tipo de contra-prestação devida pelo utilizador do serviço. Concluiremos com uma ponderação sobre a competência jurisdicional para a resolução deste tipo de litígios e com a análise da admissibilidade ou não da acção de execução fiscal para a obtenção da cobrança coerciva de dívidas resultantes do contrato de fornecimento de serviço público essencial.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público; Contrato de concessão; Estatuto do utente; Preço do serviço; Competência jurisdicional.

ABSTRACT: This paper mainly aims to study an issue that has recently been raised in the Court of Conflicts: whether the action on the recovery of a claim for water supplied to the municipal utility company service will be the responsibility of the courts administrative and fiscal jurisdiction or judicial courts. For this purpose, it is intended to provide an overview of the legal regime of public service concession, the nature of the underlying legal relationship to this type of contract, particularly one that is established between dealer and user, and the type of benefit that will be owed by the service user. We will conclude with a consideration of the jurisdiction for the resolution of these disputes and the analysis of the admissibility of filing tax enforcement action to obtain the enforced collection of debts resulting from the provision of essential public service contract.

KEYWORDS: Public service; Concession contract; Legal status of the user; Service price; Jurisdiction.

1. Nota Introdutória

O presente artigo, lavrado no âmbito da disciplina anual de Direito Administrativo II do 1º ano do Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra¹, visa fundamentalmente o estudo de uma questão que tem vindo a ser colocada ao nível do Tribunal de Conflitos: a de saber se a acção judicial para cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal é da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal (mais concretamente, dos tribunais tributários) ou dos tribunais da jurisdição comum.

Começando pela exposição dos contornos do problema enunciado perante esse Tribunal – onde chegou a dar azo a duas decisões antagónicas no espaço de uma semana – e terminando com uma ponderação sobre a competência para a resolução de litígios relativos ao cumprimento coercivo de dívidas resultantes do contrato de fornecimento de serviço público essencial, o presente estudo pretende oferecer uma visão global sobre a natureza das relações jurídicas subjacentes ao contrato de concessão de serviços – por um lado, a relação entre a entidade titular e a empresa concessionária e, por outro, a relação entre a empresa concessionária e o consumidor – e o modo como essa visão influi na resposta à questão de saber qual a jurisdição competente para a resolução deste tipo de litígios. Para além disso, é nosso objectivo analisar o regime jurídico dos serviços de captação, tratamento e abastecimento de água, examinando, de modo mais detalhado, os problemas que se têm colocado ao nível da fixação de preços.

Dedicaremos, assim, este trabalho a um problema específico, inerente aos contractos de concessão de serviços públicos: o problema da jurisdição competente para a resolução do litígio. No entanto, esta temática implica, naturalmente, o aprofundamento do regime jurídico deste tipo de contratos e a sua compreensão no actual contexto legislativo. É inquestionável que a questão da competência dos tribunais, enquanto verdadeiro pressuposto processual, se reveste da maior importância, pelo que se torna essencial, por motivos de certeza e de segurança jurídica, clarificar qual a jurisdição competente para conhecer destes litígios.

Mais do que repetir a fundamentação já avançada nos acórdãos do Tribunal de Conflitos, o nosso objectivo é examinar e aprofundar a argumentação que serviu de fundamento a esses acórdãos, defender a nossa posição face ao enquadramento legal em que os contratos de concessão se inserem actualmente e questionar a bondade da solução encontrada por esse Tribunal, quer do ponto de vista do direito constituído quer do direito a constituir.

¹ Leccionada pelo Exmo. Senhor Doutor Pedro Costa Gonçalves.

2. Análise Jurisprudencial

Antes de mais, há que explicar os moldes em que a questão da competência jurisdicional dos tribunais tem sido suscitada ao nível do Tribunal de Conflitos².

Em todos os processos estavam em causa acções judiciais para cumprimento de obrigações pecuniárias decorrentes do fornecimento de água por parte de empresa concessionária, tendo em conta que o particular/consumidor não pagara as quantias facturadas. E o entendimento do Tribunal de Conflitos tem sido predominantemente no sentido de que a competência para o conhecimento destes litígios é dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, mais propriamente dos tribunais tributários.

Ou seja, ainda que esta não seja uma solução evidente e inquestionável, atendendo, nomeadamente, às especificidades do regime jurídico dos contratos de concessão de serviços públicos³, ainda assim a competência tem sido atribuída, sem grandes dúvidas pelo Tribunal de Conflitos⁴, à jurisdição administrativa e fiscal, conforme decorre da leitura dos 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).

Os mencionados arestos respeitam, todos eles, a acções intentadas por sociedade anónima de direito privado concessionária do serviço público de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público do Município de Fafe, iniciadas junto do Balcão Nacional de Injunções e distribuídas, posteriormente, como acções especiais para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato de fornecimento de água, e nas quais a autora pedia a condenação dos réus a pagar o serviço de fornecimento e o consumo de água.

Mediante o conflito negativo de jurisdição gerado entre o 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Fafe e os Tribunais Administrativos e Fiscais, pronunciou-se o Tribunal de Conflitos no sentido de que é da competência dos tribunais tributários *“o conhecimento de acção em que uma empresa concessionária do serviço público municipal de abastecimento de água pretende cobrar «preço fixo» e consumos por um contador «totalizador» que precede os contadores das fracções e das partes comuns de um condomínio, por estarem em causa tarifas, taxas ou encargos como exigências impostas autoritariamente*

² O Tribunal de Conflitos, enquanto tribunal *ad hoc*, é criado para a resolução de conflitos de jurisdição, nos termos do art. 116.º, n.º 1 e 3, do CPC e art. 42.º, n.º1, do CPA, ainda que não resolva todos os conflitos de jurisdição. Cf., a este propósito, CURA, António Vieira, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 205 e ss.

³ Como veremos, aliás, mais adiante.

⁴ Das decisões enunciadas, apenas o proc. n.º 038/13 (acórdão de 18/12/2013) apresenta um voto de vencido, curiosamente da Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs que, enquanto relatora do acórdão de 21 de Janeiro de 2014 (proc. n.º 044/13), considerou, como veremos, que as acções para cumprimento de dívida resultante de contrato de fornecimento de serviço seriam da competência dos tribunais judiciais.

*em contrapartida do serviço público prestado, relação jurídica que é regulada por normas de direito publico tributário*⁵.

No entanto, em 21 de Janeiro de 2014 (proc. n.º 044/13) o mesmo Tribunal assumiu posição distinta: por acórdão relatado pela Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs, concluiu o Tribunal de Conflitos 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”* – seja este serviço prestado directamente pelo Município, através de um serviço municipal ou municipalizado, ou indirectamente através da criação de uma empresa municipal ou da celebração de um contrato de concessão de serviço público com um particular - e, por isso, *“a apreciação dos litígios sobre o incumprimento destes contratos não cabe aos tribunais da jurisdição administrativa”*. A competência só passaria, assim, para o âmbito dos tribunais tributários se *“o objecto do litígio se centrar ou pelo menos envolver a discussão da legalidade do preço ou das tarifas, podendo para esse efeito o interessado socorrer-se, quer do disposto no art. 49º n.º 1, alínea a), ponto i), do ETAF – que abrange os actos de liquidação de receitas fiscais estaduais, regionais ou locais e parafiscais, quer da alínea e), ponto i), quando se refere à declaração de ilegalidade de normas administrativas de âmbito regional ou local, emitidas em matéria fiscal”*.

Ora, esta decisão – que atribuiu competência aos tribunais da jurisdição comum, embora com um voto de vencido⁶ – opõe-se às restantes decisões proferidas pelo Tribunal de Conflitos relativas a esta matéria. Como foi salientado nesse voto de vencido, *“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”*, processos em que existe total identidade da causa de pedir e do pedido, ou seja, idênticos critérios de aferição da competência material dos tribunais⁷.

Entendeu, assim, este Tribunal, que não só a apreciação dos litígios sobre o incumprimento destes contratos não cabe aos tribunais da jurisdição administrativa, como não é de admitir a possibilidade de execução coerciva, por parte de empresa concessionária e através do processo de execução fiscal, das dívidas derivadas do incumprimento desses contratos⁸.

⁵ Tal como consta dos sumários dos acórdãos de 25 de Junho de 2013 (proc. n.º 033/13), de 26 de Setembro de 2013 (proc. n.º 030/13) e de 5 de Novembro de 2013 (proc. n.º 039/13).

⁶ Voto vencido do Senhor Juiz Conselheiro Alberto Augusto Andrade de Oliveira.

⁷ Em todos estes processos a autora é uma sociedade anónima de direito privado concessionária do serviço público de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público do Município de Fafe, e os pedidos respeitam à falta de pagamento de facturas de consumo de água.

⁸ O mencionado acórdão do Tribunal de Conflitos distingue duas situações: por um lado, aquelas em que o serviço de abastecimento de água é prestado directamente por entidades públicas (Município ou empresa municipal), já que estas entidades podem emitir certidão da dívida, que constitui título executivo para efeitos de cobrança coerciva nos tribunais tributários, através de processo de execução fiscal (arts. 148.º, n.º 2, al. a) e 162.º, al. c), do CPPT); e aquelas em que o serviço é prestado por entidade privada, cujas notas de cobrança, por não serem abrangidas pelo regime do CPPT, se encontram desprovidas de força executiva. Esta última situação é precisamente aquela que nos propomos analisar.

Apesar de tal posição nos parecer a mais acertada, ainda assim o Tribunal de Conflitos evidenciou, daí a muito pouco tempo, que as incertezas permaneciam. Com efeito, surpreendentemente, por acórdão de 29 de Janeiro de 2014 (proc. n.º 045/13), ou seja, sete dias volvidos desde a decisão no proc. n.º 044/13, este Tribunal voltou a negar a competência dos tribunais da jurisdição comum para a resolução de litígios respeitantes à cobrança, por parte de empresa concessionária, de dívida relativa ao serviço de abastecimento de água. Esta decisão, que contou com três votos de vencido⁹, baseou-se na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Conflitos, segundo a qual *“este tribunal tem vindo a decidir diversos casos de contornos essencialmente iguais aos do presente”* e em todos eles *“foram julgados competentes os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e dentro destes os tribunais tributários”*, não se vislumbrando *“razão para alterar aquele posicionamento”*.

Segundo entendimento preconizado pelo Tribunal, *“a empresa concessionária do serviço de fornecimento de água aos municípios prossegue fins de interesse público, estando, para tanto, munida dos necessários poderes de autoridade”* pelo que, *“subjacente à questão em controvérsia, está uma relação jurídica administrativa”*. Assim, a acção cairia no âmbito dos litígios a que alude o art. 1.º, n.º 1, do ETAF, sendo competentes para a sua apreciação os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal. Em termos argumentativos, afirma-se que o concessionário, obtida a necessária aprovação pelo concedente, detém o poder de fixar, liquidar e cobrar taxas aos utentes, poderes que lhe são atribuídos pelo art. 13.º, n.º 2, do DL n.º 379/93, de 5 de Novembro, ou seja, conferidos por normas de direito administrativo. Para além disso, *“trata-se de matéria que cai na previsão da alínea d) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF, cabendo na esfera de competência dos tribunais administrativos e fiscais por estarmos perante um litígio que tem por objecto a fiscalização da legalidade das normas e demais actos jurídicos praticados por sujeitos privados, designadamente concessionários, e que advenham do exercício de poderes administrativos, assim se afastando esse conhecimento da esfera de competência dos tribunais judiciais”*.

A questão ficou, assim, aparentemente pacificada, com a competência reconhecida aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

É certo que recentemente a problemática foi novamente levantada, nomeadamente no conflito resolvido em 15 de Maio de 2014 (proc. n.º 031/13)¹⁰, mas nele considerou-se que, *“não obstante a questão ser em tudo idêntica à julgada pelo Tribunal de Conflitos no Conflito n.º 44/13, de 21/1/2014”*, existia já jurisprudência firmada em sentido contrário, julgando-se, por isso, que os tribunais competentes seriam os da jurisdição administrativa e fiscal, através dos tribunais tributários.

⁹ Dos Senhores Juizes Conselheiros José Augusto Fernandes do Vale, Gregório Eduardo Simões da Silva Jesus e Gabriel Martim dos Anjos Catarino

¹⁰ Curiosamente, esta última decisão tem como relatora a Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maças, que afirma que *“para evitar divergências nesta matéria, limitar-nos-emos a reproduzir o Acórdão n.º 1/14, de 27/3/2014, que segue a jurisprudência uniforme nesta matéria”*. Justifica, portanto, esta mudança de posição com a necessidade de evitar divergências, ainda que subscrevesse a posição defendida no conflito n.º 044/13, 21 de Janeiro.

Neste enquadramento jurisprudencial, e pese embora seja de louvar o consenso obtido – tendo em conta a suprema importância da uniformidade da jurisprudência, sobretudo em face da segurança e da estabilidade das relações jurídicas a que o direito deve ambicionar e que encontra consagração no art. 9.º, n.º 3, do CC¹¹, não podemos deixar de expressar as nossas dúvidas sobre a bondade da posição final adoptada por este Tribunal.

E essas dúvidas resultam do facto de tendermos a considerar, por um lado, que a natureza da relação jurídica que se estabelece entre a empresa concessionária e o utente do serviço é de natureza privada, na medida em que é uma relação de consumo que não é atingida por uma regulação de direito público¹², e, por outro lado, que a contraprestação que o utente paga à empresa concessionária constitui o *preço do serviço*, que não tem natureza tributária e que não pode, por isso, ser cobrada através de processo de execução fiscal (nem sequer o concessionário estaria munido de título executivo necessário para o efeito).

Deste modo, e sempre com o devido respeito por contrária opinião, ousamos discordar do entendimento perfilhado pelo Tribunal de Conflitos. Partindo dos contornos do problema tal como ele tem surgido nessa instância decisória, ou seja, das principais dúvidas que assomam nas suas diversas decisões, é objectivo do presente estudo caracterizar a natureza jurídica da concessão de serviços públicos (no que toca, nomeadamente, ao serviço público de abastecimento de água às populações), compreender o tipo de relação que se estabelece entre o ente concedente e o ente concessionário e entre este e o utente do serviço, e estudar o tipo de contraprestação pecuniária devida pelo utilizador do serviço público à entidade responsável pela sua gestão.

Sem nunca perder de vista as questões que pretendemos tratar, esperamos conseguir retirar deste artigo conclusões suficientes para sustentar a atribuição da competência para a resolução destes litígios à jurisdição dos tribunais comuns.

3. Concessão de Serviço de Abastecimento de Água

3.1.O exercício privado de actividades públicas

Vivemos actualmente na fase do Estado Regulador: a liberalização e privatização dos anos 80 e 90 do século XX, que implicou uma clara ruptura com o modelo de Estado de serviço público¹³, criou uma nova responsabilidade pública. O Estado deixou de ter

¹¹ A este propósito não podemos deixar de citar Alberto dos REIS (*Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, pág. 688) quando afirma, “*Que adianta a lei ser igual para todos se for aplicada de modo diferente a casos análogos? Antes a jurisprudência errada, mas uniforme, do que a jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; perante a jurisprudência incerta, ninguém está seguro do seu direito*”.

¹² A atribuição de competência à jurisdição administrativa e fiscal assenta no pressuposto de que o contrato celebrado entre a Autora e o consumidor é uma relação jurídico-administrativa na modalidade de contrato administrativo. *Vide*, a este propósito, a fundamentação do conflito n.º 031/13.

¹³ Como escreve João Nuno Calvão da SILVA (*Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 29 e ss e 40 e ss.) “*o séc. XX assiste a um incremento estadual na vida*

o encargo de prestar serviços essenciais, característica marcante da Administração do século passado¹⁴, passando a assumir o dever de disciplinar ou de regular o modo como os agentes no mercado prestam esses mesmos serviços¹⁵. Assistiu-se a um crescente recurso a formas jurídico-privadas de organização e actuação administrativas e a uma progressiva desintervenção estatal.

Assim, para além da tradicional dicotomia entre actividades públicas (reservadas e exercidas pela Administração) e actividades privadas (exercidas pelos particulares), passou a existir a possibilidade de intervenção dos particulares no sector das actividades públicas nos casos em que a lei confere à Administração o poder de delegar ou conceder o respectivo exercício¹⁶.

Como explica Rodrigo Gouveia, ao lado da noção de serviço público surge, portanto, a noção de serviço de interesse geral: enquanto que a primeira se caracteriza por ser uma “*tarefa administrativa de prestação*”, ou seja, “*uma actividade de que a administração é titular e por cujo exercício é responsável (responsabilidade de execução)*”¹⁷, já a segunda não é uma tarefa por cujo exercício seja responsável Administração, podendo antes ser prestada por entidades privadas¹⁸. Nesta medida, os serviços públicos passam a respeitar a serviços de interesse geral executados pelo Estado ou pelos poderes públicos, incluídos, portanto, na categoria mais vasta de serviços de interesse geral.

económica e social. De um Estado mínimo passamos a uma actuação estatal nos mais diversos domínios: economia, cultura, previdência, enfim, em todas as áreas da vida em sociedade”. A Administração Pública deixa, pois, de ser tida como “*potencial agressora dos direitos subjectivos dos cidadãos*” passando a ser considerada como “*instrumento de realização das mais variadas tarefas do Estado Social emergente*”. No entanto, por volta dos anos 70 do séc. XX assiste-se a uma reestruturação da Administração Pública e a uma mudança do modelo de Estado: surge o designado Estado Regulador. Assim, em Portugal, e apesar da forte onda de nacionalizações que ocorreu depois do 25 de Abril de 1974, as mudanças políticas após o período revolucionário e a entrada de Portugal na CEE, conduziram ao restabelecimento dos princípios da economia de mercado e foi-se procedendo a uma gradual (re)privatização da maioria das empresas públicas. Cf., GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 11.

¹⁴ Rogério SOARES (*O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1981, págs. 176) designa esta Administração intervencionista como uma Administração constitutiva ou conformadora: o Estado “*animado de uma ideia de justiça social*” transforma-se numa “*máquina dispensadora de bem-estar*”.

¹⁵ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, in *Estudos de regulação pública* (org. de Vital Moreira), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, págs. 180 e ss. Ainda que não tenha substituído o Estado Social e de Serviço Público, que cresceu ao longo do séc. XIX, o que é certo é que o Estado Regulador veio ocupar “*algumas das áreas correspondentes a antigos serviços públicos económicos*”: houve um efectivo recuo do Estado mas apenas no domínio do fornecimento de serviços públicos económicos, ou seja, ao nível das actividades de carácter económico e lucrativo. Neste sentido também, GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pág. 30.

¹⁶ GONÇALVES, Pedro, *Controlo público prévio de actividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa*, in *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios*, Salamanca: Ratio Legis, 2013, pág. 86.

¹⁷ GONÇALVES, Pedro, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, Coimbra: Almedina, 1999, pág. 36.

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 21. Como o autor explica, é precisamente pelo facto de se considerar que a Administração Pública deixou de ser responsável pela execução destes serviços que surgiu o conceito de serviço de interesse geral, com o intuito de preencher o “*vazio conceptual*” deixado.

Ora, do que se pretende tratar no presente estudo é precisamente do regime de *concessão de serviços públicos*, ou, mais propriamente, do regime jurídico vigente para os serviços de interesse geral quando existe um contrato de concessão a uma entidade privada¹⁹. E será no campo dos serviços públicos de carácter económico que a concessão de serviços públicos assume o seu espaço de aplicação preferencial: o serviço público é atribuído a uma entidade privada do sector privado (dominada por pessoas de direito privado), sendo estabelecida uma relação de colaboração entre a Administração Pública (titular do serviço) e o gestor do serviço.

Deste modo, considerando a vantagem de possibilitar ao Estado a prestação de serviços essenciais sem recurso a financiamento público e sem os riscos inerentes ao empreendimento, procedeu-se à delegação de serviços públicos comerciais e industriais a empresas privadas, por meio de concessão. Mediante este contrato, o particular executa o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco, submetendo-se, contudo, à fiscalização e ao controlo por parte da Administração Pública e à intervenção desta em alguns aspectos da sua actividade²⁰. O Estado (ou as autarquias locais) mantém a titularidade do serviço mas não se envolve na sua gestão efectiva²¹.

Um destes serviços de interesse geral – também definidos como *serviços de interesse económico geral* – que se manteve na titularidade do Estado é, precisamente, a prestação do serviço de abastecimento público de água às populações^{22 23}. Por contra-posição aos *serviços públicos de carácter administrativo* – relativos às funções soberanas do Estado – o serviço de abastecimento de água surge no contexto dos *serviços públicos*

¹⁹ Ainda que o conceito de serviço público seja controverso e existam dúvidas quanto a esta terminologia, iremos tratar do regime da concessão com referência a este conceito. Para mais desenvolvimentos sobre essa questão, vide GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 25 e ss.

²⁰ Cf., FILHO, José Soares, *Serviço Público: conceito, privatização*, in *Revista Jus et Fides*, n.º 1, ano 2, 2002, pág. 115.

²¹ GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *op. cit.*, pág. 183.

²² Esta actividade insere-se na categoria mais vasta de *serviço de saneamento básico*, que compreende a prestação do serviço de abastecimento público de água às populações, o saneamento das águas residuais urbanas e os resíduos urbanos. No entanto, e atendendo à finalidade do presente artigo, apenas nos iremos deter no serviço de captação, tratamento e abastecimento de água. É de notar que estes “*serviços de interesse económico geral*” incluem as actividades de abastecimento de água, saneamento de águas residuais, bem como resíduos urbanos, tal como foi expressamente consagrado com a Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, que alterou e republicou a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho. Até à entrada em vigor deste diploma, apenas eram considerados serviços públicos essenciais o serviço de fornecimento de água, o serviço de fornecimento de energia eléctrica e o serviço de fornecimento de gás. Com esta alteração legislativa, passaram a ser igualmente considerados o serviço de recolha e tratamento de águas residuais bem como o serviço de gestão de resíduos sólidos urbanos (cf., as als. f) e g) do art. 1.º n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho).

²³ E assume a natureza de serviço da titularidade e responsabilidade estatal ou municipal por ser um serviço essencial ao bem-estar dos cidadãos, à saúde pública, às actividades económicas e à protecção do ambiente. Deverá, portanto, obedecer ao princípio da universalidade de acesso, ao princípio da continuidade e qualidade do serviço bem como ao princípio da eficiência e equidade de preços. Cf., a este propósito, MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos de Abastecimento de Água, Saneamento e Águas Residuais Urbanas e Resíduos Urbanos*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009, pág. 508.

de natureza económica e social ²⁴: visa a satisfação de necessidades colectivas individualizáveis de cariz económico, podendo ser prestado pela própria Administração Pública (de modo directo ou indirecto) ou por entidades privadas, nomeadamente no âmbito de concessões²⁵. Tal como se encontra vertido no art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho²⁶, “a presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente”, sendo o serviço de fornecimento de água previsto no n.º 2, alínea a), como um dos “serviços públicos abrangidos” ²⁷.

Ainda que entre 1976 a 1993 esta actividade tenha estado fora da alçada da actividade económica privada, sendo, portanto, reservada ao sector público, e que só em 1993 tenha havido uma abertura ao sector privado²⁸, o que é certo é que actualmente, e conforme consta do DL n.º 372/93, de 29 de Outubro, é permitida a concessão do serviço por parte do Estado (no caso de sistemas multimunicipais) a empresas que “resultem

²⁴ Como explica Bilac PINTO (*Regulamentação Efectiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 2ª ed., actualizada por Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 72), o conceito de serviços públicos é, actualmente, uma das mais nucleares e controversas noções do Direito Público, uma vez que se torna necessária deslindar se devem ser considerados como tal apenas os serviços públicos de titularidade estatal ou se a sua noção deve abranger também as actividades privadas que, pela sua importância, estão igualmente sujeitas a uma rígida e constante conformação do poder público. Também já em 1997, Laurent RICHER (*Service Public et Intérêt Prive*, Archives de Philosophie du Droit, Paris: Editions Sirey-Diffusion Dalloz, Tomo 41, 1997, pág. 293) afirmava que “o grande influxo da política e das ideologias sobre a noção de serviço público é uma das causas da sua aparente crise”.

²⁵ SILVA, João Nuno Calvão da, *op. cit.*, pág. 212.

²⁶ Com a última alteração legislativa da Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

²⁷ O DL n.º 194/2009, de 20 de Agosto (com as recentes alterações da Lei n.º 12/2014, de 6 de Março), veio entretanto explicitar o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos.

²⁸ Atendendo à importância deste sector, até à entrada em vigor do DL n.º 372/93, de 29 de Outubro e do DL n.º 379/93, de 6 de Novembro, o abastecimento público e a salubridade pública constituíam atribuições das câmaras municipais – tal como expressamente consagrado nos arts. 47.º e 49.º do Código Administrativo de 1940, respectivamente – ficando, pois, fora da actividade económica privada e reservadas ao sector público. Com a CRP de 1976, as leis das atribuições das autarquias locais mantiveram os serviços públicos de água e saneamento essencialmente municipais tendo, entretanto, a Lei n.º 46/77, de 8 de Julho (Lei de Delimitação dos Sectores) vedado de um modo absoluto a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza o acesso à actividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de saneamento básico (art. 4.º, als. c) e d)) - diploma entretanto revogado pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, relativa ao acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas. Só em 1993, e devido à necessária reforma estrutural do sector público decorrente da adesão de Portugal à CEE em 1986, se procedeu à flexibilização dos meios de gestão dos recursos financeiros disponíveis, com o objectivo de aumentar a cobertura dos serviços e a melhorar a sua qualidade e eficiência (como explica Raquel CARVALHO, *As concessonárias dos Sistemas Multimunicipais*, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997, pág. 226, a restrição imposta pela Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, veio a mostrar-se inadequada, já que aqueles eram “sectores importantes que careciam das vantagens da iniciativa privada: maior rentabilidade e eficiência, nomeadamente”). Assim, e em primeiro lugar, o DL n.º 372/93, de 29 de Outubro, veio consagrar a necessidade de promover uma verdadeira indústria da água e do tratamento de resíduos sólidos que possibilitasse o aumento do grau de empresarialização no sector, incluindo capitais privados, e que permitisse a aceleração do ritmo de investimento e, posteriormente, o DL n.º 379/93, de 5 de Novembro, veio estipular o regime legal de gestão e exploração de serviços que tenham por objecto as actividades de captação, tratamento, e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de afluentes e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos (cf. art. 1.º). Para mais desenvolvimentos sobre a evolução legal do sector do saneamento básico, vide MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos...*, pág. 511 e ss.

da associação de entidades do sector público, designadamente autarquias locais, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social da nova sociedade, com outras entidades privadas”, e a concessão por parte do Município (no caso de sistemas municipais) a entidades inteiramente privadas^{29 30}.

Conforme ensinam Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira, estas alterações legislativas procederam à distinção entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais de serviço de saneamento básico, nos termos do art. 4.º, n.º 2, do DL n.º 372/93³¹. Nesta medida, *“aquilo que até aí tinha sido um serviço de âmbito local, da órbita municipal, ganhou também uma vertente nacional, da órbita do Estado”*³²; passando-se, assim, de um modelo exclusivamente local para um modelo misto público e local no que respeita à titularidade do serviço público.

Actualmente, e de acordo com a legislação nacional, a responsabilidade pelo provisionamento dos serviços de águas será, assim, de natureza pública, constituindo atribuição dos Municípios ou do Estado, nos termos da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, do DL n.º 92/2013, de 11 de Julho, e do DL n.º 194/2009, de 20 de Agosto, mas pode ser prestado por privados com base num contrato de concessão.

3.2. A concessão de serviços públicos

Será, assim, no âmbito dos serviços de consumo que encontramos a figura do contrato de concessão de serviço público. Nas palavras de André de Laubadère, este contrato traduz-se na convenção pela qual uma pessoa colectiva de direito público (o concedente) encarrega uma empresa privada (a concessionária) de fazer funcionar o serviço público por sua conta e risco, fazendo-se pagar através das taxas cobradas aos

²⁹ Estaremos, assim, perante sistemas multimunicipais se servirem *“pelo menos dois Municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional”*. Já no caso dos sistemas municipais, estes serão definidos *a contrario*, pertencendo a sua titularidade, individualmente ou em associação, aos Municípios. Para mais desenvolvimentos sobre a figura das concessionárias dos sistemas multimunicipais, *vide*, CARVALHO, Raquel, *op. cit.*

³⁰ Nos termos do art. 1.º, al. a), da Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas (alterada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho), as actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso de sistemas multimunicipais e municipais, continuam vedadas a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, salvo quando concessionadas.

³¹ Os sistemas multimunicipais constituem os designados sistemas em *“alta”* enquanto os sistemas municipais representam os sistemas em *“baixa”*: nos primeiros, o Estado assume papel fundamental, enquanto que nos segundos esse papel é desempenhado pelos Municípios. O sistema em *“alta”* traduz, no caso da água, as actividades de captação, elevação, tratamento e adução, e o sistema em *“baixa”* compreende apenas a distribuição pública de água. A diferença entre os dois sistemas assumirá relevo aquando da determinação dos utentes ou utilizadores do serviço. No entanto, a designação que aqui adoptamos é de sistemas municipais e sistemas multimunicipais.

³² *Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos*, in *Estudos de Regulação Pública*, org. de Vital Moreira, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 25.

utentes^{33 34}.

Pois bem, os serviços de distribuição de água, bem como de energia eléctrica ou de gás, entre outros, são *serviços públicos de carácter industrial ou comercial*, tal como já os definia Marcello Caetano³⁵, que se encontram, por via de regra³⁶, na titularidade das entidades colectivas locais de base territorial. O Estado não renuncia, portanto, à sua responsabilidade relativamente a estes serviços. É certo que estas actividades passam a ser exercidas segundo a lógica de mercado, mas será sempre o Estado a disciplinar a actuação dos agentes do mercado e a supervisionar e a fiscalizar o cumprimento dessas regras³⁷, dado que o serviço não sai da sua titularidade³⁸. A gestão do serviço pode, assim, para além de pública (directa ou indirecta) passar a ser privada^{39 40}.

Nesta medida, o serviço de saneamento básico pode ser assegurado por organizações de direito público (integradas na Administração Pública), com uma gestão directa se o serviço for prestado pela entidade titular (Estado ou Municípios) através dos seus

³³ *Traité des contrats administratifs*, vol. I, 2.^a ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, pág. 100 e ss.

³⁴ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *op. cit.*, pág. 226.

³⁵ *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., reimpressão, Livraria Almeida, 1980, pág. 1069 e ss. São serviços que criam utilidades que correspondem à satisfação de necessidades individuais, podendo ser alvo de facturação detalhada e que são, por isso, usualmente financiadas por um preço (tarifa) paga pelos utentes do serviço.

³⁶ Na Europa, em regra, o modelo de gestão dos serviços de saneamento básico é o público-local, com grande peso dos sistemas municipais; no entanto, e como vimos já, a titularidade do serviço pode estar na esfera do Estado, no caso dos sistemas multimunicipais, pelo que o modelo actual deverá ser tido como modelo público misto. *Vide*, a este propósito, MOREIRA, Vital e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *op. cit.*, pág. 28.

³⁷ Como escreve Maria João ESTORNINHO (*Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?*, in *Direito e Justiça*, volume especial (VI Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo), 2005, pág. 22), ao nível das concessões, “o Estado assume sobretudo tarefas de garantia e de controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, por uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização”.

³⁸ Como explica Pedro GONÇALVES (*Controlo público prévio...*, pág. 86 e 87), o que existe aqui não é “um controlo público de actividades privadas; presente está antes um fenómeno de “exercício privado de actividades públicas”. Este último fenómeno pertence a uma província (sector público) oposta àquela em que se desenvolve o controlo público de actividades privadas (sector privado)”.

³⁹ No entanto, a propriedade do serviço permanece pública. Com efeito, e com excepção do modelo consagrado em Inglaterra e no País de Gales, onde a propriedade do serviço é privada, nos restantes países da União Europeia a propriedade é pública. Sobre a privatização da indústria da água em Inglaterra em 1986, em virtude dos enormes investimentos exigidos para cumprir os standards de qualidade, *vide* GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge, Harvard University Press, London, 2003, pág. 224 e ss.

⁴⁰ Tradicionalmente, e como explicam Vital MOREIRA e Fernanda Paula OLIVEIRA (*op. cit.*, pág. 31 e ss.) “distingua-se entre a “régie directa”, em que é a própria entidade pública que presta o serviço público, e a concessão, em que a entidade pública confia a uma entidade privada, mediante contrato administrativo, por tempo determinado, a tarefa de estabelecer e explorar o serviço público, fazendo-se remunerar pelas tarifas pagas pelos utentes, nos termos acordados, revertendo o serviço para a entidade pública no termo da concessão”. No entanto, actualmente existem diversos modos de gestão pública indirecta, em que as “entidades públicas titulares do serviço público delegam a sua prestação a organismos públicos instrumentais (administração indirecta), nomeadamente a empresas públicas, de regime público ou de direito privado. Do mesmo modo, diversificaram-se também as formas de delegação de serviços públicos a entidades privadas, para além da clássica figura típica da concessão”.

próprios meios, ou com uma gestão indirecta se a entidade titular atribuir a gestão a uma organização pública com personalidade jurídica, como sucede no caso de serviços públicos geridos por empresas públicas ou por empresas públicas municipais⁴¹. Já no âmbito da gestão privada, a gestão do serviço público é feita por organizações de direito privado – que podem ser organizações privadas do sector público ou organizações privadas do sector privado – através de contrato de concessão de serviço público⁴², que constitui o instrumento privilegiado de administração delegada dos serviços públicos^{43 44}.

A concessão de serviços públicos surge, portanto, no “quadro dos novos papéis do contrato como meio de realização das tarefas públicas”⁴⁵, distanciando-se das tradicionais concessões liberais do séc. XIX^{46 47}. Através da técnica concessória, o concessio-

⁴¹ Cf., a este propósito, GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 38 e 39. Contrariamente, Fernanda MAÇÃS (*Serviços Públicos...*, pág. 524) inclui na gestão pública directa a “criação de entes públicos menores (pessoas colectivas de direito público de natureza institucional ou empresarial) aos quais são devolvidos os poderes para gerir o serviço, sob o controlo mais ou menos intenso do titular do serviço”. Neste sentido também se pronuncia Marcello CAETANO (*op. cit.*, pág. 1093 e ss). No entanto, parece-nos que faz mais sentido incluir a gestão por pessoa colectiva pública especialmente criada para o efeito no âmbito da gestão pública indirecta.

⁴² Com o DL n.º 319/94, de 24 de Dezembro (com a última alteração legislativa do DL n.º 195/2009, de 20 de Agosto), estabeleceu-se, assim, o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público (art. 1.º, n.º 1), onde foi consagrado o “quadro legal de carácter geral” que contém “os princípios gerais informadores do regime jurídico de construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, criados ou a criar quando atribuídos por concessão a empresa pública ou a sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos” (cf. Preâmbulo do DL n.º 319/94, de 24 de Dezembro).

⁴³ A gestão privada de serviços públicos, contrariamente ao que sucede no âmbito da gestão pública, será sempre indirecta, o que bem se compreende considerando que a entidade privada nunca é titular originária do serviço público.

⁴⁴ Ainda que, no serviço concessionado, se possa incluir a construção das próprias infra-estruturas destinadas a possibilitar o serviço, estaremos, de igual modo, perante um contrato de concessão de serviço público e não um contrato de concessão de obras públicas. Esta é a noção apresentada por Pedro GONÇALVES (*Concessão...*, pág. 126), que inclui a “execução de obras e instalações necessárias” na concessão de serviço público. Por seu turno, Diogo Freitas do AMARAL e Lino TORRAL (*Concessão de Serviços Públicos Municipais: conceito de “tarifa média” e definição de um limite máximo à evolução do seu valor*, in *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: pareceres*, Coimbra: Almedina, 2002, pág. 300) entendem que a concessão da exploração e gestão de sistema de distribuição de água e de drenagem das águas residuais será um contrato administrativo misto: estão reunidos num só contrato elementos de dois contratos administrativos nominados e típicos, a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos.

⁴⁵ ESTORNINHO, Maria João, *op. cit.*, pág. 21.

⁴⁶ Tradicionalmente, e como bem salientava João de Magalhães COLAÇO (*Concessões de Serviços Públicos – sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914, pág. 13), “não era usada a expressão concessões de exploração de serviço público: o que sempre se estudou foram as concessões de obras públicas”.

⁴⁷ Embora existissem concessões desde, pelo menos, o século XVIII, o que é certo é que a descoberta da concessão de serviço público como um contrato *sui generis*, isto é, como um contrato que possui um regime jurídico diferente dos contratos *civis* em geral e, basicamente, do contrato anteriormente conhecido de obra pública, é historicamente recente, datado das primeiras décadas do séc. XX. Esta descoberta foi obra do Conselho de Estado Francês, com o célebre caso *Gaz de Bourdeaux*, de 1916, já que até então eram tidas como de natureza privada as relações jurídicas estabelecidas entre concessionário e poder concedente. Tal como era feito pelo Conselho de Estado Francês, a partir da identificação de um determinado contrato como sendo de concessão de serviço público, ou seja, a partir da constatação das suas características essenciais, seria, a partir dele, construído o regime jurídico aplicável. Esta concepção

nário adquire um novo direito – o direito de gerir em seu próprio nome, e não em nome da Administração, um determinado serviço público por um determinado prazo⁴⁸. A posição do concessionário será uma posição jurídica derivada, já que o titular do serviço público lhe cede uma parcela dos direitos e poderes inerentes à titularidade do serviço público^{49 50}.

No que toca à natureza jurídica da concessão de serviços públicos, e segundo posição perfilhada por Pedro Gonçalves, esta será um “*acto jurídico de direito público (não de direito privado), em princípio, de natureza contratual (não unilateral), cujas cláusulas têm uma eficácia parcial ou também regulamentar*”⁵¹. Ou seja, é um acto que corresponde a uma forma de actuação típica e exclusiva do direito estatutário da Administração Pública, passível de assumir natureza de acto ou contrato administrativo e que inclui cláusulas com eficácia contratual mas também geral ou regulamentar. Surgem, assim, ao lado das cláusulas contratuais (que regulam o estatuto contratual do concedente e do concessionário), as disposições dotadas de eficácia *praeter-contratual*, geralmente relativas à organização, gestão e funcionamento do serviço público, que asseguram ao utente o direito à prestação perante o concessionário^{52 53}.

Deste modo, e sabendo que o contrato de concessão de serviço público é um contrato administrativo com cláusulas dotadas de eficácia regulamentar⁵⁴, o concessionário ficará não só obrigado à prestação do serviço pela via contratual como, também, pela via das disposições contratuais dotadas de eficácia normativa⁵⁵. Como explica aque-

vingou igualmente entre nós. Cf., a este propósito, PEREZ, Marcos Augusto, *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Editora Fórum, 2006 pág. 58 e 59.

⁴⁸ Por força da concessão, a esfera jurídica do concessionário é alargada, e ele passa a poder fazer algo (exercer uma actividade pública ou usar um bem público para fins privados) que até então lhe estava vedado.

⁴⁹ GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *op. cit.*, pág. 248. Como explicam os autores, o direito que o concessionário adquire é um direito novo na sua esfera jurídica mas não é criado *ex novo*. É um direito transferido da esfera jurídica originária (a do concedente) para a esfera jurídica do concessionário. E nem sequer são todos os direitos e poderes que são transferidos para o concessionário, este passa apenas a deter o direito à gestão do serviço público e os poderes necessários a essa gestão (exploração e execução) mas o ente público conserva a titularidade do serviço e, por conseguinte, os poderes de controlo e fiscalização da actuação do concessionário

⁵⁰ A concessão de distribuição de água, tal como caracterizada por Rogério SOARES (*op. cit.*, pág. 108), apresenta-se como uma concessão translativa, já que a Administração “*transmite a um particular poderes de uso especial sobre bens públicos (...) ou o investe na situação de titular dum serviço público*”.

⁵¹ *A concessão...*, pág. 193.

⁵² Desta feita, e apesar de a concessão de serviços se encontrar definida no n.º 2 do art. 407.º do CCP, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, como “*o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público*”, ainda assim a concessão não poderá ser tida como um mero contrato.

⁵³ A concessão distancia-se, assim, da autorização: enquanto que a concessão surge como um acto jurídico que atribui ao particular a faculdade de exercer uma actividade pública, já a autorização surge como um acto jurídico que permite ao particular desenvolver uma actividade privada. Neste sentido, *vide* GONÇALVES, Pedro, *Controlo público prévio...*, pág. 87.

⁵⁴ *Vide supra* o nosso ponto 3.1.

⁵⁵ A este propósito, *vide*, GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 193 e ss. e 315.

le autor, o concessionário terá deveres contratuais perante a Administração concedente e deveres regulamentares perante terceiros: *“desde que os terceiros sejam titulares de um direito às prestações em que o serviço público se traduz (estão aqui em causa os utentes), a satisfação desse direito cabe ao concessionário, por força de uma disposição com eficácia regulamentar a que isso o obriga”*⁵⁶.

Compreendido o modo como o contrato de concessão de serviços públicos é atualmente utilizado no ordenamento jurídico português, designadamente no que toca ao serviço de fornecimento de água, torna-se agora necessário, face ao caso específico que nos ocupa, analisar a natureza da relação jurídica que se estabelece entre a empresa concessionária e o utente do serviço público⁵⁷.

3.3. A posição do utente do serviço público

“A finalidade e utilidade das discussões sobre a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre os utentes e os concessionários de serviços públicos está em chegar ao encontro de um regime jurídico que seja efectivamente válido na prática em relação ao direito dos usuários”.

Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y los concessionários*, pág. 1.

A concessão de serviços públicos, como tivemos oportunidade de analisar, não pode ser explicada se não for considerada a relação trilateral que tem subjacente: por um lado, a relação que se estabelece entre a Administração Pública e o concessionário e, por outro, a relação entre o concessionário e o utente ou beneficiário do serviço⁵⁸. Uma das especialidades – e dificuldades – de compreensão do regime da concessão de serviços públicos reside precisamente no facto de existir esta *“personagem que não intervém na atribuição dessa posição jurídica, mas que é a razão de ser dela: o utente, utilizador ou cliente do serviço público”*⁵⁹.

Cumpr, então, analisar o estatuto do utente e o tipo de relação que ele estabelece com o concessionário de serviço público.

As primeiras teorias doutrinárias sobre o serviço público surgiram em França, com a Escola de Bordeaux, que explicavam a posição jurídica dos usuários dos serviços públicos a partir de uma perspectiva de direito público, por contraposição às relações contratuais

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 202 e 203.

⁵⁷ Não nos iremos deter sobre a relação entre concedente e concessionário do serviço público, já que o nosso propósito é tratar da relação estabelecida entre utente e concessionário; no entanto, cumpre fazer referência ao facto de esta relação ser *“regulada por normas jurídico-públicas de direito administrativo”* (GONÇALVES, Pedro, e MARTINS, Licínio Lopes, *op. cit.*, pág. 261) e, portanto, submetida à jurisdição administrativa e fiscal.

⁵⁸ A doutrina chega mesma a caracterizar a concessão como um *“rapporto trilaterale fra amministrazione, concessionário e utenti del servizio”*. Vide, a este respeito, FRACCHIA, Fabrizio, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milão, 1995, *apud* GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 130.

⁵⁹ GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 314.

próprias do direito privado. Os utentes dos serviços públicos seriam, assim, diferenciados relativamente aos clientes dos serviços privados⁶⁰. Só com a posterior construção (já nos anos 20 do século passado), por parte da jurisprudência francesa, de uma categoria de serviços públicos de carácter industrial ou comercial, cujo regime era fixado por regras de direito privado, é que se tornou possível reconhecer estes contratos como verdadeiros contratos de direito privado. Passou, assim, a existir uma dualidade de regimes, estudada e aprofundada pela doutrina, para os chamados serviços administrativos (regulados pelo direito público) e para os serviços público de carácter industrial ou comercial (regulados pelas regras do direito privado)⁶¹.

Actualmente, apesar de a questão não ser de todo pacífica⁶², é entendimento maioritário da doutrina que a posição do utente de um serviço público concessionado é de direito privado⁶³. Mesmo no ordenamento jurídico italiano, onde era comum considerar-se que a posição do utilizador do serviço era regulada pelo direito público⁶⁴, também a doutrina se encaminha actualmente para considerar de natureza privada as relações

⁶⁰ A Revolução Francesa submeteu os serviços públicos ao Direito, de modo que estes passaram a ser considerados a própria razão de ser do Estado. Essa concepção foi adoptada pela Escola Francesa do Serviço Público, de Bordeaux, constituída por juristas como Gaston Jèze, Léon Duguit e Rolland, Bonnard, que concebiam o serviço público como actividade administrativa e, por conseguinte, vinculada ao Poder Público. Contudo, esta Escola, que acabou por exercer influencia sobre outras, como a Espanhola, incorreu no exagero de explicar todo o Direito Administrativo pelas regras próprias dos serviços públicos. Essa posição doutrinária chocou-se com as primeiras concessões feitas no século XIX, o que levou ao seu reexame, já que se identificava o serviço público com a actividade estatal. A este propósito, cf., FILHO, José Soares, *op. cit.*, pág. 101, e FARRANDO, Ismael, *La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos*, in *Los servicios públicos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994, pág. 23.

⁶¹ Vide, a este respeito, MACHO, Luis Miguel, *Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 142, 1997, pág. 573 e ss.

⁶² Ainda assim, existem autores que consideram que esta relação entre utente e concessionário deverá ser regulada por regras de direito público. Esta posição é perfilhada nomeadamente por Pedro ESCRIBANO COLLADO (*El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 82, 1997, pág. 151) que entende que a situação jurídica do utente do serviço público tem a sua origem e regime jurídico no Direito Público, ainda que possam ser utilizadas normas de direito privado para regular aspectos concretos do serviço.

⁶³ Neste sentido, vide Eduardo García de ENTERRÍA (*La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 17, 1955), que afirma precisamente que as relações entre utente e empresa concessionária são “*inequívocamente privadas*”.

⁶⁴ Em Itália, apesar de a construção unitária da posição jurídica dos utentes do serviço público ter partido de uma perspectiva jurídico-pública muito semelhante à tese da Escola Francesa do serviço público, ainda assim o critério que permitiu distinguir a natureza pública ou privada da posição dos utentes do serviço acabou por ser distinto. O que sucedeu na prática foi que o regime de direito público seria aplicado aos serviços que tivessem sido assumidos primeiramente pelo poder público e que seriam geridos de modo directo pela Administração, enquanto que nos serviços mais recentes geridos, ainda que temporariamente, por concessionários privados valeriam já as regras do direito privado no que toca ao estatuto do utente do serviço. Renato ALESSI (*Le prestazioni amministrative rese ai privati – teoria generale*, Milão, 1946, pág. 249 e ss.) chegava a defender que apenas os serviços prestados por entes públicos económicos que sujeitassem a sua actividade ao direito privado podiam estabelecer relações de carácter jurídico-privado com os utentes do serviço. A experiência italiana demonstra precisamente as dificuldades de compreensão da natureza da relação jurídica que se estabelece entre o utente e o concessionário do serviço público. Depois de décadas de reorganização da gestão dos serviços públicos é que, finalmente, se começou a prestar uma atenção específica ao aperfeiçoamento e actualização do regime jurídico aplicável aos utentes do serviço.

de prestação de serviços públicos⁶⁵.

Vejam, então, quem são estes utentes e o tratamento legal que actualmente lhes é concedido.

No que respeita ao serviço de fornecimento de água, nos termos do art. 2.º, n.º 4, do DL n.º 379/93, de 5 de Novembro – cuja formulação se manteve com a entrada em vigor do DL n.º 92/2013, de 11 de Julho⁶⁶, que revogou aquele diploma – são “*considerados utilizadores (...) os municípios, no caso de sistemas multimunicipais, e qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, no caso de sistemas municipais ou da distribuição directa integrada em sistemas multimunicipais*”. Nestes termos, no caso dos sistemas multimunicipais, os utentes são, por via de regra⁶⁷, os Municípios, enquanto nos sistemas municipais os utentes são qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada.

Todavia, o que aqui nos interessa, face às particularidades dos casos em estudo, são as relações que se estabelecem entre os concessionários do serviço público (mediante concessão do Município) e os utentes do serviço enquanto consumidores finais.

No sentido de compreender a posição que este utente assume actualmente entre nós, torna-se necessário analisar o modo como ele se encontra tutelado na legislação nacional: por um lado, na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho⁶⁸, que estabeleceu o regime legal aplicável à defesa dos consumidores (LDC), e, por outro, na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que, como vimos, classificou os serviços de fornecimento de água como serviços públicos essenciais, nos termos do art. 1.º, n.º 2, al. a).

Tal como prevê o art. 2.º, n.º 1, da LDC, “*considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, sendo incluídos no âmbito desta lei “*os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas (...) e por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos*” (art. 2.º, n.º 2)⁶⁹.

⁶⁵ GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 318, nota de rodapé n.º 474, e MACHO, Luis Miguel, *op. cit.*, pág. 571 e ss.

⁶⁶ Diploma que define o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos.

⁶⁷ Dizemos por via de regra porque a norma acarreta dúvidas em relação à “*distribuição directa integrada em sistemas multimunicipais*”, já que aí se prevê que também poderão ser pessoas singulares utentes do serviço. Neste âmbito, coloca-se, desde logo, a questão de saber se a abertura à distribuição directa seria compatível com a natureza grossista dos sistemas multimunicipais, como salientam Vital MOREIRA e Fernanda Paula OLIVEIRA (*op. cit.*, pág. 47 e ss.). Para os autores, a possibilidade de um sistema multimunicipal poder servir directamente pessoas singulares ou colectivas, públicas ou privadas, deveria ser compreendida de um modo excepcional, ou seja, os utilizadores não municipais teriam de ser utilizadores que justificassem o seu relacionamento directo com os sistemas em “*alta*” criados pelo Estado (por exemplo, utilizadores de grandes indústrias ou grandes explorações agro-industriais).

⁶⁸ Com as últimas modificações legislativas da Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

⁶⁹ Também em Espanha a Lei Nacional de Defesa do Consumidor especifica no seu art. 1.º a tutela

Por seu turno, a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, consagra as “regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente”, esclarecendo que o serviço de fornecimento de água é um dos “serviços públicos abrangidos”⁷⁰. O facto de esta última lei não identificar o utente com o consumidor – já que o diploma não quis restringir o seu âmbito de aplicação ao conceito de consumidor final constante da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho – poderia significar, em última análise, a aplicação deste regime às autarquias locais quando estas se assumissem, simultaneamente, como utentes e prestadoras do serviço (no caso dos sistemas multimunicipais). No entanto, sabendo que o objectivo do diploma foi diminuir o crescente desequilíbrio criado pela falta de poder negocial dos consumidores, deve entender-se, como aliás o faz Fernanda Maças, que o que a Lei n.º 24/96 pretendeu foi tutelar a relação entre o prestador e o utente que visa satisfazer as suas próprias necessidades, profissionais ou domésticas, excluindo-se, assim, os Municípios⁷¹.

Concordamos, pois, com Carlos Ferreira de Almeida quando advoga que, estando em causa contratos de concessão pela Administração Pública ou contratos de fornecimento à Administração, a lei eliminou todos os vestígios de poderes autoritários do fornecedor, substituindo-os por regras de protecção do utente e criou regras de organização, funcionamento e actuação concorrencial que se apresentam incompatíveis com a integração na actividade administrativa⁷². Para além disso, e como explica o autor, a

dos consumidores de serviços de natureza pública, prevendo nos arts. 27.º a 31.º os direitos específicos destes utentes. Vide, a este propósito, ECHEVESTI, Carlos Alberto, *El servicio público. Los derechos del usuario. La motorización por la vía del amparo ya la reciente ley de protección al consumidor*, in *Derecho del Consumidor*, editorial júris, n.º 4, 1994, pág. 26 e ss.

⁷⁰ Lei n.º 23/96 criou mecanismos destinados proteger o utente de serviços públicos essenciais, que se caracterizam por estabelecer uma disciplina regulatória assente em garantir, designadamente, o direito de participação das organizações representativas dos utentes (art. 2º), o dever de informação, recaindo sobre o prestador o dever de informar, de forma clara e conveniente, a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e a prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem (art. 4º); o cumprimento das regras sobre a suspensão do serviço, estatuidando-se, designadamente que o mesmo não pode ser suspenso sem pré-aviso adequado (art. 5º); a sujeição da prestação do serviço a padrões de qualidade (art. 7º); a proibição da imposição e cobrança de consumos mínimos (art. 8º, n.º 1), entre outros.

⁷¹ Concordamos inteiramente com Fernanda MAÇÃS, (*São os Municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 4, 2008), quando defende que os Municípios, quando utilizadores do serviço, não são tutelados por esta lei. Com efeito, o problema deste conceito amplo de utente da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, tal como explica a autora, coloca-se sobretudo no âmbito das relações entre as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de águas e resíduos com os Municípios utilizadores em “alta”, já que nestes sistemas multimunicipais, os utilizadores do serviço seriam os próprios Municípios que, por sua vez, são também fornecedores/distribuidores desse mesmo serviço. Nestas situações os Municípios utilizadores não podem ser qualificados como utentes para efeitos da Lei n.º 23/96, ainda que ligados à concessionária do sistema multimunicipal por um contrato de fornecimento, já que não se verifica a tal fragilidade que caracteriza a relação entre consumidor e fornecedor do serviço que está presente na relação entre utente e prestador de serviço essencial. Nem a esta leitura obstam as recentes alterações à Lei n.º 23/96, operadas pelas Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro e Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro. Esta posição foi entretanto assumida na jurisprudência, nomeadamente no acórdão do TCA Sul de 19 de Janeiro de 2012, onde se considerou que “o DL 23/96 de 26/07 não é aplicável ao fornecimento de água a uma autarquia por parte de um concessionário”.

⁷² *Serviços Públicos, Contratos Privados*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002, pág. 122 e 123. O autor exclui, assim, deste regime de direito privado, tal como nos parece adequado, os contratos de prestação de serviços pela Administração.

natureza administrativa destes contratos não é compatível com o princípio da neutralidade que, admitindo embora a natureza pública de alguns fornecedores, não pode coexistir com certos princípios da actividade administrativa, tais como a tutela e o recurso hierárquico.

Temos, assim, que o utente do serviço público de fornecimento de água – desde que não seja o próprio Município - deverá ser considerado consumidor, e que a relação entre prestador e utente do serviço será uma relação de consumo.

Contudo, ainda que inseridas no âmbito dos contratos de consumo, torna-se necessária tomar em consideração que estas relações concessionário/utente não podem ser tidas como relações de *puro* direito privado. Na verdade, muitas das disposições que fixam as regras de prestação dos serviços aos utentes (e que podem assumir natureza legal ou regulamentar) são de direito público⁷³.

Parece-nos, portanto, que as relações entre utente do serviço e concessionário assumem uma natureza mista. Repetindo as palavras de Ismael Farrando, estamos perante *“uma relação jurídica de carácter misto (contratual-regulamentar); de uma parte tem uma clara natureza pública, já que está totalmente submetida à regulamentação pública do serviço, e nesses aspectos está sob a vigilância e protecção da Administração (...), por outra parte, se entra nesta situação regulamentar mediante um contrato entre duas partes – ambas privadas –, que, como tal, tem natureza civil, e assim deve ser entendido em todos os aspectos que não afectarem a situação regulamentar (...)”*⁷⁴.

A prestação dos serviços públicos, especificamente quando concessionados, fica, assim, regida em parte por um estatuto de regulamentação pública; mas só se penetra na incidência desse estatuto mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços entre dois particulares (utente e concessionário), que será de natureza civil em todos os aspectos que não contrariem a situação estatutária⁷⁵.

Neste contexto, não podemos deixar de concordar com a posição vertida no mencionado voto de vencido lavrado no acórdão prolatado no conflito n.º 045/13, onde se pode ler que *“por decorrência do preceituado nos arts. 212.º, n.º 3, da CRP e 1.º, n.º 1, do ETAF, essencial para se determinar a competência dos tribunais administrativos é a existência de uma relação jurídica administrativa”*, o que não se verificava no caso

⁷³ Cf., GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 318. Nas palavras de Sandie HILLON (*De L’Usager au Consommateur: une évolution de l’ouverture du service public à la concurrence?*, in *Concurrence et Services Publics: enjeux et perspectives*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2002, pág. 293 e 294) *“concorrência e consumerismo são dois factores de melhora da produtividade e da eficiência dos serviços públicos, mas eles também podem ser factores de desequilíbrio, de descontinuidade e de desigualdade”*.

⁷⁴ *Op. cit.*, pág. 35 e 36.

⁷⁵ Neste sentido também se pronuncia Roberto DROMI (*Derecho Telefónico*, Buenos Aires: ed. Ciudad Argentina, 1998, pág. 59), que entende que *“o usuário (ou cliente ou consumidor) se encontra unido à prestadora do serviço por um contrato (...). Deste modo, a relação jurídica que mantém com a empresa que gere o serviço é contratual. Todavia, a necessidade ou o interesse público que deve ser satisfeito através do serviço público justificam que o seu regime jurídico (marco regulatório, ordenação e organização, fiscalização e regime sancionatório) seja estabelecido pelo Estado. Na relação jurídica contratual que se produz entre os usuários ou clientes e as empresas prestadoras privadas, o regime jurídico apresenta características mistas, correspondendo à aplicação do Direito Privado, sem prejuízo dos aspectos de Direito Administrativo, e do marco regulatório especial que rege justamente por se tratar de serviço público”*

dos autos. É certo que é prosseguida uma finalidade pública, mas “a relação jurídica ajuizada não tem natureza administrativa, porquanto nenhum dos respectivos sujeitos tem a natureza de entidade pública” e, para além disso, a entidade concessionária, com o desenvolvimento de concessionada actividade de fornecimento de água, “não visa – ao contrário do que ocorre com o município concedente que o tem a seu cargo – a satisfação do correspondente interesse público, antes persegue o que caracteriza a sua natureza de sociedade comercial – anónima, no caso –: a obtenção de lucros que dividirá entre os seus accionistas (...), não tendo, pois, como móbil da respectiva actuação a satisfação do mencionado interesse público, ainda que este acabe por ser concretizado através daquela”.

Por conseguinte, a inserção destes litígios no âmbito da jurisdição administrativa e fiscal só poderia ser feita com recurso à alínea f) do art. 4.º, n.º 1, do ETAF, onde se determina que compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objecto “contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspectos específicos do respectivo regime substantivo”⁷⁶.

Concordamos, no entanto, com a Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs – Relatora do processo - quando afirma que, apesar de os contratos de fornecimento de água serem densamente regulados, as regras legais que visam proteger o utente, nomeadamente, como vimos, as previstas na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, não são normas de direito público⁷⁷. Existe efectivamente regulação, mas ela baseia-se na “protecção do consumidor no contexto de uma relação de consumo de um serviço público essencial”: o contrato é regulado mas no âmbito do direito privado⁷⁸. Razão por que seriam competentes os tribunais judiciais⁷⁹, que possuem uma jurisdição residual, determinada de forma negativa, e que compreende “todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais” (art. 211.º n.º 1 da CRP).

Perante esta linha argumentativa, seríamos obrigados a sufragar o entendimento de que os tribunais competentes seriam os tribunais comuns, tendo em conta que nos termos do art. 202.º da CRP e do art. 1.º do ETAF, os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em

⁷⁶ Em virtude de o contrato entre utente e concessionário não estar expressamente submetido a um regime substantivo de direito público, não será subsumido no texto desta alínea que atribui competência aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objecto “contratos em que pelo menos uma das partes seja uma entidade pública ou um concessionário que actue no âmbito da concessão e que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público”.

⁷⁷ Como vimos *supra* (nota de rodapé n.º 71), a resposta será diferente no caso dos sistemas multimunicipais, já que aí os utilizadores do serviço serão os próprios Municípios que, por sua vez, são também fornecedores do mesmo serviço.

⁷⁸ Não trataremos, contudo, da regulação dos serviços de interesse geral, por se desviar do núcleo essencial do presente estudo.

⁷⁹ Rodrigo GOUVEIA (*op. cit.*, pág. 31 e 32), apesar de não aprofundar a questão, chega a defender, com base na supremacia que se verifica na relação entre os profissionais do sector e os consumidores, que os litígios resultantes destes contratos de consumo se devem afastar dos meios judiciais comuns. O autor defende, pois, que seria fundamental estabelecer uma resolução alternativa de conflitos, que não implicasse custos elevados e que fosse levada a cabo mediante processos e procedimentos simples e céleres.

nome do povo nos *litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*.

Todavia, sabido que os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são competentes para cobrar todas as dívidas tributárias (que compreendem *impostos, taxas* e demais *contribuições financeiras a favor de entidades públicas*, em conformidade com o disposto no art. 3.º da LGT), torna-se crucial saber se nos casos em análise a obrigação pecuniária em dívida reveste natureza tributária (por ter, designadamente, natureza de taxa), pois que se assim for torna-se indubitável, face ao disposto no art. 162.º do CPPT, que a sua cobrança deve ser feita através de processo de execução fiscal, da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, mais propriamente dos tribunais tributários (art. 148.º do CPPT).

4. Da Obrigação Pecuniária em Questão

Considerada que foi a natureza das relações jurídicas subjacentes ao contrato de concessão de serviços públicos, mormente a relação entre utente e concessionário, cumpre tratar agora de questão conexa e de relevo fundamental: a obrigação de pagamento da quantia pecuniária por parte do utente do serviço.

Como bem se compreende da análise jurisprudencial enunciada e dos contornos que a questão assumiu ao nível do Tribunal de Conflitos, atribuir competência aos tribunais judiciais ou aos tribunais tributários relativamente a litígios que envolvam a falta de pagamento do serviço prestado pelo concessionário (*in casu*, concessionário de serviço público de abastecimento de água) implica saber se esta obrigação pecuniária tem a natureza de *taxa* ou, antes, a natureza de um *preço*.

Comecemos, então, por analisar o regime dos preços municipais.

4.1. Os Preços municipais

Como é sabido, a figura dos tributos tem sido objecto de uma divisão dicotómica, que os divide em tributos unilaterais ou impostos e tributos bilaterais ou taxas: os impostos “*obedecem ao exigente princípio da legalidade fiscal e a sua medida tem por base o princípio da capacidade contributiva*”, enquanto as taxas se bastam com a “*reserva à lei parlamentar (ou decreto-lei parlamentarmente autorizado) do seu regime geral e a sua medida assenta no princípio da proporcionalidade taxa/prestação estadual proporcionada ou taxas/custos específicos causados à respectiva comunidade*”⁸⁰. Contudo, existem outras figuras tributárias, como os *preços municipais*, cuja dificuldade de compreensão – e distinção relativamente ao regime das *taxas* – se coloca precisamente no âmbito dos serviços públicos prestados a nível local⁸¹.

⁸⁰ Deixamos, assim, de lado uma visão tripartida ou ternária, que inclui as contribuições ou tributos especiais ao lado dos impostos e das taxas. Vide, a este propósito, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, pág. 20 e ss.

⁸¹ Conforme explica Sérgio VASQUES (*Regime das Taxas Locais: introdução e comentário*, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 13), “*ao longo do século vinte, enquanto os impostos, assentes no princípio*

Com efeito, a actividade de exploração de sistemas municipais ou intermunicipais de abastecimento público de água é um dos sectores a que respeitam os preços e demais instrumentos de remuneração a cobrar pelos Municípios, tal como dispõe o art. 21.º n.º 3 al. a) da Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro, que estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais. Estes preços serão, pois, “*relativos aos serviços prestados e aos bens fornecidos em gestão directa pelas unidades orgânicas municipais, pelos serviços municipalizados e por empresas locais*”, não devendo “*ser inferiores aos custos directa e indirectamente suportados com a prestação desses serviços e com o fornecimento desses bens*”, tal como consta da letra da lei⁸².

Ora, a LFL de 1998, (Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto) referia-se nos seus arts. 19.º e 20.º, a *taxas e tarifas e preços*, respectivamente. No entanto, tanto num caso como no outro, o que estavam em causa eram taxas consideradas em sentido lato, tal como preconizava Casalta Nabais⁸³, já que partiam do mesmo pressuposto de facto: a prestação concreta de um serviço público. Assim sendo, quer as *taxas* quer as *tarifas e preços* se integravam na categoria geral de taxa, concebida como tributo bilateral⁸⁴. E este entendimento não se alterou com a entrada em vigor da LFL de 2007 (Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro), pese embora a letra da lei.

Na verdade, e ainda que a nova LFL tenha suprimido qualquer referência à expressão *tarifas*⁸⁵, referindo-se tão só a *taxas dos Municípios e preços*, nos termos dos arts. 15.º e 16.º, o certo é que ainda assim estes *preços* não perderam a sua natureza jurídico-tributária, sendo incluídos na categoria mais abrangente de *taxas lato sensu*⁸⁶.

da capacidade contributiva, dominaram os sistemas fiscais modernos, as finanças locais mostraram-se uma das poucas áreas em que a ciência económica e financeira reconhecia utilidade às taxas, assentes no princípio da equivalência, pela grande proximidade das autarquias junto às populações, agarradas muito de perto às suas preocupações e conhecedoras do custo e valor das prestações que lhe dirigem. Esta associação das taxas às finanças locais não perdeu actualidade com o terminar do século vinte, bem pelo contrário, veio a ganhá-la por força da tendência recente de transferir poderes tributários da administração central para as comunidades territoriais infra-estaduais, construindo-se assim sistemas tributários marcados pelos princípios da descentralização e da subsidiariedade”.

⁸² No entanto, este requisito de que não se deve cobrir todo o custo de produção com o produto da taxa é de “*duvidosa aceitabilidade*”, como já Almeida GARRET (*Economia e Finanças Públicas*, Lições Policopiadas, 1988/1989, pág. 29 e ss) entendia. Na opinião do autor, o quantitativo da taxa “*não é um elemento essencial do conceito, desde que verificadas as outras duas características*”.

⁸³ *O regime das finanças locais em Portugal*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 80, 2004, pág. 37 e 38. As *taxas* seriam tidas como *taxas stricto sensu* enquanto que as *tarifas e preços* estariam englobadas pelo conceito de taxa em sentido amplo.

⁸⁴ Nas palavras de Teixeira RIBEIRO (*Noção jurídica de taxa*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n.º 3727, 1985, pág. 294), “*a taxa pode ser alternativamente definida ou como a quantia coactivamente paga pela utilização individualizada de bens semipúblicos, ou como o preço autoritariamente fixado de tal utilização*”.

⁸⁵ Questão bem mais complexa prende-se com a natureza jurídica das *tarifas*, que tanto se podem reconduzir a um tipo especial de *taxas*, como defende José Casalta NABAIS, como podem ser tidas como normas regulamentares que fixam preços e *taxas* e que regem a sua aplicação, tal como preconiza Alberto XAVIER (*Manual de Direito Fiscal*, vol. I, Lisboa, 1985, pág. 59). As *tarifas* podem ser ainda caracterizadas como a quantia fixada por lei ou pela Administração que o utente paga pelo serviço; neste sentido, pode ter a natureza de taxa ou de preço. Esta é a posição de FERNÁNDEZ, Martín, *Tasas y precios publicos en el derecho español*, Madrid: Marcial Pons, 1995, pág. 216.

⁸⁶ O novo diploma apenas operou, neste domínio, uma alteração nominal, já que estes *preços* não

Estes preços distinguem-se, assim, das taxas *stricto sensu* por não terem de ser estabelecidas por Assembleia Municipal, podendo ser fixadas pela Câmara Municipal, e por não deverem ser inferiores ao custo directa e indirectamente suportados com a prestação dos serviços e com o fornecimento dos bens que os originam^{87 88}.

Neste contexto, bem se compreende que tanto as taxas *stricto sensu* como os preços poderão ser cobrados de um modo coercivo pelo Município por via do processo de execução fiscal. Se ninguém questiona esse facto relativamente às *taxas*, já que a lei expressamente o admite, também as dúvidas que eventualmente persistam em relação aos *preços* devem ser dissipadas.

O art. 15.º al. c) da Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro, que estabeleceu o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais, repetindo o que constava do art. 11.º da LFL de 2007, determina precisamente que “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”. Assim, e sabendo que as *taxas* (consideradas em sentido estrito) são indiscutivelmente tributos dos Municípios, então, e nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 148.º do CPPT, poderá ser instaurado processo de execução fiscal com vista à cobrança coerciva destas receitas municipais⁸⁹.

Já no que toca aos *preços municipais*, mesmo que a resposta não seja tão evidente, ainda assim, e conforme afirma Casalta Nabais, deverá valer um “regime jurídico-legal idêntico ao das *taxas stricto sensu*, se bem que dotado de algumas particularidades”⁹⁰.

perdem a sua qualidade de *preços autoritariamente fixados*, não deixando de ser tratados como tributos, tal como já o eram em face da legislação anterior. Para mais desenvolvimentos, *vide* MAGALHÃES, António Malheiro de, *O regime jurídico dos preços municipais*, Coimbra: Almedina, 2012, pág. 33 e ss.

⁸⁷ Nas palavras de José Casalta NABAIS (*Direito...* pág. 31 e 31), estes preços são “*taxas (economicamente) equivalentes*”.

⁸⁸ Esta nomenclatura manteve-se com a entrada em vigor da Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro, que procedeu á revogação da Lei n.º 2/2007. Esta nova lei continua a distinguir apenas as *taxas dos Municípios* (no seu art. 20.º) dos *preços* (art. 21.º).

⁸⁹ Ainda que o art. 148.º, no seu n.º 1, do CPPT preveja que “o processo de execução fiscal abranje a cobrança coerciva das seguintes dívidas: a) Tributos, incluindo impostos aduaneiros, especiais e extra-fiscais, *taxas*, demais contribuições financeiras a favor do Estado, adicionais cumulativamente cobrados, juros e outros encargos legais (...)” e no seu n.º 2, al. a), se refira apenas à cobrança coerciva de “*outras dívidas ao Estado e a outras pessoas colectivas de direito público que devam ser pagas por força de acto administrativo*”, é entendimento pacífico na doutrina que aqui deverão ser incluídas as *taxas* devidas aos Municípios. Conforme advoga António Malheiro de MAGALHÃES (*op. cit.*, pág. 49 e 59), apesar de a letra da lei apenas se referir a *taxas* e demais contribuições financeiras a favor do Estado, omitindo qualquer alusão às *taxas* e demais contribuições financeiras a favor de pessoas colectivas públicas (onde se incluiriam os Municípios), “*não faria sentido que o legislador consagrasse a possibilidade de tais dívidas virem a ser coercivamente cobradas em sede de execução fiscal (...) e tivesse a intenção de excluir do mesmo meio processual a cobrança de dívidas tributárias aos Municípios, resultantes de *taxas* e demais contribuições financeiras a seu favor*”. Também este sentido, *vide* Nuno de Oliveira GARCIA (*Contencioso de Taxas: Liquidação, audição e fundamentação*, Coimbra: Almedina, 2011, pág. 35 e ss.), que explica que não tendo sido ainda aprovado o Regime Geral das *Taxas*, “*as normas da LGT devem aplicar-se – e têm mesmo que se aplicar, na ausência de normas especiais – às *taxas* e contribuições*”.

⁹⁰ *A autonomia financeira das autarquias locais*, Coimbra: Almedina, 2007, pág. 53.

Deste modo, e concordando com o entendimento perfilhado por António Malheiro de Magalhães, se estes preços são incluídos na categoria de taxas *stricto sensu*, ou seja, se se considera que possuem uma natureza jurídico-tributária, então não se vislumbra qualquer impedimento a que lhe sejam aplicado idêntico regime jurídico legal, nomeadamente ao nível da execução fiscal⁹¹. Nas palavras de Marcello Caetano, o “*preço pago pelas prestações fornecidas por serviços públicos geridos directamente por pessoas colectivas de direito público têm a natureza jurídica de taxas e nessa qualidade está sujeito ao regime de cobrança de receitas fiscais*”⁹².

No entanto, se a questão nos parece relativamente simples de solucionar quando está em causa uma *taxa* ou um *preço* a ser cobrado pelo Município prestador do serviço – na medida em que concordamos com a inclusão destes dois conceitos na categoria geral de taxas em sentido amplo – já quando o serviço é prestado por empresa concessionária o problema assume outros contornos.

4.2. O Preço do serviço concessionado

Os serviços de interesse geral – enquanto serviços essenciais à vida, saúde, e participação social dos cidadãos – para além de deverem ser prestados segundo os princípios da igualdade e adaptabilidade, devem ainda cumprir o princípio da universalidade: devem ser prestados a todos os cidadãos e mediante preço razoável⁹³. Este preço, que visa assegurar o financiamento da actividade, assume importância significativa quer para os fornecedores do serviço (por poder implicar o desenvolvimento de uma actividade não rentável), quer para os consumidores enquanto “*elo final da cadeia de consumo*”⁹⁴.

Como ensina Pedro Gonçalves, ainda que tradicionalmente a doutrina entendesse que as quantias a pagar pela prestação do serviço público revestiam a natureza de *taxas*, ou seja, seriam encargos ou contrapartidas de natureza fiscal ou tributária, actualmente deve considerar-se que, a menos que a lei disponha inequivocamente de outro modo, a contrapartida a pagar ao concessionário tem a natureza de um *preço*⁹⁵. O preço que o utente paga ao concessionário será, portanto, uma prestação pecuniária pela contraprestação de bens (e serviços) públicos, que dá lugar a uma relação de compra e venda⁹⁶.

⁹¹ Naturalmente que a questão assume uma maior complexidade do que aquela que aqui lhe pretendemos dar, já que se torna necessário compreender o regime consagrado na RGTA, bem como o Regime Jurídico das Autarquias Locais. No entanto, por se situar fora do núcleo da questão aqui a tratar, não será desenvolvida. No entanto, sobre o assunto, *vide* MAGALHÃES, António Malheiro de, *op. cit.*, pág. 51 e ss.

⁹² *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 1990, pág. 1067 a 1069.

⁹³ Estes princípios decorrem do princípio geral da boa fé previsto no art. 3.º da Lei n.º 23/96, que estipula que “*o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço (...)*”.

⁹⁴ GOUVEIA, Rodrigo, *op. cit.*, pág. 34 e 35.

⁹⁵ *A Concessão...*, pág. 319 e 320. Nas palavras do autor, “*a contrapartida não tem natureza tributária quando está em causa o pagamento do serviço prestado ou do fornecimento efectuado pelo concessionário, isto é, quando está em causa a relação de prestação do serviço público*”.

⁹⁶ Neste sentido, MAGALHÃES, António Malheiro de, *op. cit.*, pág. 9.

Como tivemos oportunidade de analisar, a gradual privatização organizatória e formal das actividades de produção, gestão e prestação de serviços públicos essenciais, nomeadamente ao nível da Administração Pública Municipal, fez com que os serviços públicos pudessem passar a ser prestados por uma entidade pública ou por uma pessoa privada, “*em função do regime legal entendido (politicamente) como o mais adequado*”⁹⁷. Nessa medida, e como também vimos *supra*, o que passa a existir entre o concessionário e o utente do serviço público é uma relação de direito privado, baseada num contrato de direito privado.

Assim, e contrariamente ao que se passa a nível de preços municipais, onde a contraprestação assume natureza tributária, que permite o recurso imediato ao processo de execução fiscal, já nos serviços que passaram para a gestão privada (designadamente por via da concessão) a perda da natureza tributária da obrigação pecuniária em cobrança passou a inviabilizar, em caso de incumprimento pelo utente, o recurso ao processo de execução fiscal⁹⁸.

A quantia que o utente paga ao concessionário deixa, assim, de ser considerada como *taxa*, ou seja, como uma “*prestação devida como retribuição de serviços individualmente prestados, da utilização de bens do domínio público ou da remoção de limites jurídicos à actividade dos particulares*”, como definida por Teixeira Ribeiro⁹⁹, para ser considerada um *preço*.

No entanto, este preço não terá necessariamente que se formar segundo as regras de mercado. Com efeito, por via de regra, o preço é determinado pelo concessionário segundo critérios pré-estabelecidos por via administrativa, que podem constar de um regulamento autónomo de contrato (a tarifa) ou do próprio contrato de concessão; contudo, o preço poderá ser igualmente fixado por convenção administrativa multilateral ou até pela entidade reguladora¹⁰⁰.

Abre-se, assim, a possibilidade de uma regulação ao nível das tarifas e dos preços, que será, sem dúvida, “*um dos mais importantes mecanismos de regulação dos mercados*”¹⁰¹. Apresentando-se como uma das questões centrais da política industrial, a regulação económica permanece em primeiro plano no debate económico, político e até social em muitas regiões e países e relativamente a múltiplos sectores e mercados, visando corrigir falhas no seu funcionamento, nomeadamente ao nível das infra estruturas de rede¹⁰².

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 70.

⁹⁸ Cf., GONÇALVES, Pedro, *O utente do serviço público de telecomunicações*, Coimbra, 1995, pág. 28.

⁹⁹ *Op. cit.*, pág. 291.

¹⁰⁰ Cf., a este propósito, GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pág. 320 e 321.

¹⁰¹ GOUVEIA, Rodrigo, *op. cit.*, pág. 43.

¹⁰² MARTINS, Maria Rita Vieira, *Regulação económica no sector das águas: promoção da concorrência e sustentabilidade tarifária*, Dissertação apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007, pág. 79. A autora explica que “*a regulação sectorial específica (...) define-se como o estabelecimento e a instituição de um conjunto de regras adequadas ao funcionamento equilibrado de um dado sector. A regulação económica das indústrias cuja actividade assenta em infra estruturas de rede, como a electricidade, o gás, a água e o saneamento, as telecomunicações, entre outros, tem sido objecto de preocupação crescente nas últimas décadas, sobretudo com o advento das privatizações*”.

No que respeita concretamente ao serviço de fornecimento de água às populações, a ERSAR é competente para “a) 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; b) 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; c) 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; d) 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; e) Garantir a facturação detalhada pelas entidades prestadoras dos serviços, num quadro de identificação decomposta das várias parcelas que compõe o valor final da factura, visando a desagregação, perante o utilizador final, das diferentes componentes dos custos respeitantes às actividades de águas, saneamento, gestão de resíduos e outros” (art. 5.º, n.º 3, da Lei 10/2014, de 6 de Março, que aprovou os novos Estatutos da ERSAR)^{103 104}.

¹⁰³ O DL n.º 92/2013, de 11 de Julho, que define o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, prevê de modo expresse no seu art. 8.º, al. b), que “o decreto-lei que estabelece a concessão deve prever obrigatoriamente (...) b) a aprovação das tarifas a cobrar pela entidade legalmente competente”.

¹⁰⁴ É normal que a entidade reguladora faça algum tipo de controlo de preços, que pode ser feito de duas formas distintas. A solução mais simples consiste em impor um regime de “*método do preço de custo acrescido*” (cost-plus pricing), também designada “*rate-of-return regulation*” Neste regime, o regulador fixa preços para aquela indústria de maneira a que esse preço cubra o custo de produção do serviço e inclua ainda uma taxa de retorno de capital capaz de manter os investidores interessados em substituir ou expandir os activos daquela empresa. Contudo, este método está sujeito a duas críticas: desde logo, a empresa não terá qualquer tipo de incentivo a operar de modo eficiente, já que está consciente de que vai conseguir recuperar um eventual aumento de custos, com o subsequente aumento do preço do serviço; e, por outro lado, a empresa poderá ser incentivada a um sobre investimento em bens de capital, ou seja, a inflacionar o custo dos activos ou então a fazer despesas desnecessárias e extravagantes em equipamentos, já que quanto mais investirem, maiores serão os lucros de retorno. Uma solução mais equilibrada é a do preço máximo (“*price capping*”), ainda que não por tempo indefinido. A autoridade reguladora fixa os preços dos produtos para um determinado período de tempo (normalmente 3 a 5 anos), permitindo à empresa beneficiar de alguma poupança ao nível dos custos de produção que conseguisse fazer nesse período, sendo, no entanto, o preço recalculado em intervalos de tempo regulares de modo colocar novamente os preços em consonância com os custos subjacentes. A grande diferença em relação à “*rate-of-return regulation*” é que enquanto nesta o regulador permite que a empresa recupere todos os custos históricos que teve, naquela o regulador faz uma projecção para o futuro dos custos de produção daquela empresa e fixa preços gerais que permitem cobrir esses custos expectáveis. Se a empresa regulada for capaz de aumentar a sua eficiência e reduzir os custos para além daquilo que era esperado, os seus lucros aumentarão; se for menos eficiente que o esperado, as receitas diminuirão. A racionalidade subjacente ao “*price capping*” é, pois, de incentivo à redução de custos. Para mais desenvolvimentos sobre a questão, BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, e LODGE, Martin, *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012, pág. 476-491. Também sobre a regulação de preços, cf. CONFRARIA, João, *Regulação e concorrência: desafios do século XXI*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011, pág. 97 e ss.

Estes poderes da autoridade reguladora resultam igualmente do disposto no art. 21.º da Lei 2/2007, de 15 de Janeiro, onde se determina que *“o regulamento tarifário aplicável à prestação pelos Municípios das actividades mencionadas nas alíneas a) a c) do n.º 3 observa o estabelecido no artigo 82.º da Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, e no regulamento tarifário aprovado pela entidade reguladora dos sectores de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos”* (n.º 5), cabendo à *“entidade reguladora dos sectores de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos: a) emitir recomendações sobre a aplicação do disposto no regulamento tarifário do regulador, bem como nos n.ºs 1, 4, 5 e 7; b) emitir recomendações sobre a aplicação dos critérios estabelecidos nos estatutos da referida entidade reguladora e nos artigos 20.º a 23.º do Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de Junho; c) informar, nos casos de gestão directa municipal, de serviço municipalizado, ou de empresa local, a assembleia municipal e a entidade competente da tutela inspectiva de qualquer violação dos preceitos referidos nas alíneas anteriores”* (n.º 6)¹⁰⁵. Também nos termos do art. 8.º, al. b), do DL n.º 92/2013, de 11 de Julho, que revogou o DL n.º 379/93, de 5 de Novembro, se prevê que *“o decreto-lei que estabelece a concessão deve prever obrigatoriamente: b) A aprovação das tarifas a cobrar pela entidade legalmente competente”*.

Destarte, e conforme defendem Pedro Gonçalves e Licínio Lopes, do mesmo modo que não se pode advogar a natureza de taxa nas situações em que vigore um princípio de liberdade tarifária do concessionário, ao abrigo do qual este possa fixar unilateralmente os preços dos serviços, também quando estes são fixados por via administrativa ou por deliberação de autoridade reguladora a quantia a pagar pelo serviço prestado pelos utentes tem a natureza de um *preço*. Só assim não será quando a lei disponha em contrário: *“e mesmo neste caso deve exigir-se uma disposição expressa e inequívoca, uma vez que não raras vezes as qualificações legislativas se encontram desprovidas de rigor técnico”*¹⁰⁶.

Assim, e voltando à questão em análise, não poderíamos estar mais de acordo com António Malheiro de Magalhães quando afirma que *“o processo de execução fiscal será, pois, o meio jurisdicional específico que a lei contempla e que, em princípio, coloca tão só ao dispor do Estado e de outras pessoas colectivas de direito público para procederem à cobrança coerciva de tributos, bem como de outras dívidas, nos casos em que a lei assim expressamente dispuser (art. 148.º do CPPT)”*¹⁰⁷.

Este entendimento, que vai contra o que foi preconizado pelo Tribunal de Conflitos, parece-nos sem dúvida o mais acertado. A empresa concessionária não deixa de ser uma entidade privada, mesmo que desenvolva uma actividade materialmente administrativa, como é a prestação de um serviço público essencial aos utentes. E ainda que tal

¹⁰⁵ Nos termos do n.º 7 deste art. 21.º, sem prejuízo do poder de actuação da entidade reguladora em caso de desconformidade, nos termos de diploma próprio, as tarifas municipais são sujeitas a parecer daquela, que ateste a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, pág. 293 e 294.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, pág. 70 e 71.

prestação esteja sob responsabilidade, garantia ou regulação por parte da Administração Pública (em sentido organizatório), está excluída, de um modo geral, do âmbito de aplicação do processo de execução fiscal, ficando a credora concessionária obrigada a recorrer aos meios jurisdicionais comuns para obter a cobrança das dívidas resultantes do incumprimento da obrigação de pagamento de preço por parte dos utentes¹⁰⁸, por tal se impor perante as regras de pluralidade de jurisdições no nosso ordenamento jurídico e que de seguida analisaremos.

5. Delimitação da Competência Jurisdicional

“The presence of the government as a party to the contract may influence the courts, but the fact that the entire economy depends on the integrity of the contract law system provides a potentially powerful countervailing pressure”

José Gómez-Ibáñez, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge, Harvard University Press, London, 2003, pág. 29

A opção pela pluralidade de jurisdições no nosso ordenamento jurídico é demonstrada, desde logo, ao nível da CRP, que no seu art. 219.º prevê várias categorias de tribunais. A jurisdição, enquanto *“função do Estado desempenhada pelos tribunais mediante o exercício do poder decisório de declarar o direito e de o impor coercivamente para fins de composição de litígios de pretensão insatisfeita”*¹⁰⁹, encontra-se repartida entre os diferentes tribunais segundo as regras gerais de competência, nomeadamente entre a jurisdição cível e criminal e a jurisdição administrativa e fiscal. Enquanto os tribunais judiciais são *“os tribunais comuns em matéria cível e criminal”* (art. 211.º, n.º1 da CRP), já os tribunais administrativos e fiscais, nos termos do disposto no art. 212.º, n.º 3 da CRP, terão competência para *“o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objectivo dirimir litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”*^{110 111}.

Ora, conforme escreve José Gómez-Ibáñez, ainda que a presença de um ente pú-

¹⁰⁸ Conforme se pode ler do voto de vencido do conflito n.º 045/13: *“os particulares que contratam com a concessionária o fornecimento da água canalizada mais não visam, então, que a satisfação da sua correspondente e particular necessidade elementar, no quadro exclusivo da contratação contida no âmbito do direito privado, que não no público. Por isso devendo pagar à A. o “preço” (e não a “taxa”) que traduz a contrapartida contratual e sinalagmática do fornecimento da água, preço aquele aceite por ambos os sujeitos contratuais, em situação de pura paridade negocial, descontado o monopólio de que beneficia a concessionária, no exercício da respectiva actividade”*.

¹⁰⁹ CORREIA, Sérvulo, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa: Lex, 2002, pág. 212.

¹¹⁰ Segundo formulação de Vieira de ANDRADE (*A justiça administrativa: lições*, 13ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, pág. 79), a relação jurídico-administrativa será aquela em que *“um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, actuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido”*.

¹¹¹ A disposição do art. 212.º da CRP é, pois, uma cláusula geral através da qual se define o âmbito material do exercício da função jurisdicional do Estado através da ordem jurisdicional administrativa. Neste sentido, CORREIA, Sérvulo, *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa: Lex, 2002, pág. 212.

blico possa influenciar a atribuição da competência judicial para a resolução dos litígios envolvendo um contrato de concessão, não se pode descuidar que estamos perante um contrato de direito privado, celebrando entre a empresa concessionária e o utente¹¹². E o facto de a concessão de serviços públicos incluir disposições de carácter regulamentar e de a relação que se estabelece entre concessionário e utente não ser de puro direito privado, não obsta a que os litígios emergentes de dívidas por fornecimento de água sejam da competência dos tribunais comuns.

Concordamos, assim, inteiramente com Juan Carlos Cassagne quando advoga que *“em princípio, a relação entre um concessionário privado de serviços públicos e o usuário se rege pelo Direito Privado, sem prejuízo de caber ao Direito Administrativo tudo que for concernente à regulamentação do serviço”*¹¹³.

Nesta medida, sendo o credor uma entidade privada, desprovida de título executivo, que pretende obter a cobrança coerciva do preço devido pelo utente e que consta de uma factura, a competência será dos tribunais da jurisdição comum. A competência apenas será dos tribunais tributários quando *“o objecto do litígio se centrar ou pelo menos envolver a discussão da legalidade do “preço” ou das “tarifas”, podendo para esse efeito o interessado socorrer-se, quer do disposto no art. 49º nº 1, alínea a), ponto i), do ETAF – que abrange os actos de liquidação de receitas fiscais estaduais, regionais ou locais e parafiscais ...”, quer da alínea e), ponto i), quando se refere à declaração de ilegalidade de normas administrativas de âmbito regional ou local, emitidas em matéria fiscal”*. Caso contrário, *“a execução coerciva de dívidas por incumprimento dos contratos de fornecimento em causa seguem regimes diferentes consoante a natureza pública ou privada do fornecedor do serviço (concessionário), uma vez que, em relação a estes últimos, no caso de incumprimento do utente, a nota de cobrança emitida estando desprovida de força executiva, não constitui um título, nos termos e para os efeitos do processo de execução fiscal”*¹¹⁴.

E perfilhamos este entendimento pelas razões já acima enunciadas: por um lado, porque para além da relação essencialmente privada, está em causa um preço e não uma taxa; por outro lado, porque inexistente título executivo suficiente para a instauração de processo de execução fiscal.

Vejamos este último ponto.

¹¹² Nas palavras do autor, *“o contrato de concessão mantém um claro compromisso com os contratos comerciais e com as influências do poder de mercado, enquanto que elimina as dificuldades de negociação com pequenos consumidores”*.

¹¹³ *La Intervención Administrativa*, 2ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 55 e 56.

¹¹⁴ Conforme se pode ler do sumário da decisão do Tribunal de Conflitos de 21 de Janeiro de 2014, proc. n.º 044/13.

5.1. O processo de execução fiscal

A execução fiscal, prevista nos arts. 148.º e ss do CPPT, tem por objectivo primordial *“a cobrança dos créditos tributários, de qualquer natureza, estando estruturado em termos mais simples do que o processo de execução comum, com o objectivo de se conseguir uma maior celeridade de cobrança de créditos, recomendada pelas finalidades de interesse público das receitas que através dele são cobradas. Este mesmo artigo indica-nos os tipos de dívidas que são cobradas através do processo de execução fiscal”*¹¹⁵. No entanto, não é suficiente para a promoção da execução fiscal que a dívida em questão corresponda a uma das elencadas no art. 148.º do CPPT: para a instauração de um processo executivo é necessária a existência de um título executivo, ou seja, é necessária a *“existência, ab initio, de um comprovativo de que a dívida subjacente existe, e que existe em termos legais, porque em princípio não se discutirão os aspectos atinentes à legalidade da dívida exequenda durante o processo”*¹¹⁶.

Deste modo, só mediante um dos títulos executivos previstos no art. 162.º do CPPT¹¹⁷ poderá dar-se início a processo de execução fiscal com o objectivo de proceder à cobrança coerciva de *“a) Tributos, incluindo impostos aduaneiros, especiais e extrafiscais, taxas, demais contribuições financeiras a favor do Estado, adicionais cumulativamente cobrados, juros e outros encargos legais; b) Coimas e outras sanções pecuniárias fixadas em decisões, sentenças ou acórdãos relativos a contra-ordenações tributárias, salvo quando aplicadas pelos tribunais comuns; ou c) Coimas e outras sanções pecuniárias decorrentes da responsabilidade civil determinada nos termos do Regime Geral das Infrações Tributárias”*, conforme dispõe o art. 148.º do CPPT.

Ora, nos casos aqui em análise, a entidade credora, tendo natureza privada, emitiu factura relativa ao preço e encargos pelo serviço de fornecimento e de consumo de água pelo utente, mas não pode emitir certidão que constitua título executivo para efeitos de execução fiscal, nem sequer se encontra prevista no ETAF a competência da jurisdição administrativa e fiscal para a resolução deste tipo de litígios.

A dívida decorrente de fornecimento de serviço de água distancia-se, assim, do regime das prestações pecuniárias devidas ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviária (créditos por taxas de portagem e coimas de natureza não tributária), simplesmente porque, para esse específico caso, o legislador veio expressamente consagrar a possibilidade de essa entidade obter a cobrança coerciva desses créditos através do processo de execução fiscal – cf. Art. 17.º-A da Lei n.º 25/2006, de 30 de Junho, aditado pela

¹¹⁵ SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário, anotado e comentado*, 5ª Edição, Áreas Editora, 2007, pág. 20.

¹¹⁶ ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 3ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 313.

¹¹⁷ E que poderá ser: a) certidão extraída do título de cobrança relativa a tributos e outras receitas do Estado; b) certidão de decisão exequível proferida em processo de aplicação das coimas; c) certidão do acto administrativo que determina a dívida a ser paga; ou, ainda, d) qualquer outro título a que, por lei especial, seja atribuída força executiva.

Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

Como se deixou esclarecido no acórdão do STA de 27 de Fevereiro de 2013 (proc. n.º 01242/12), a cobrança de créditos de natureza não tributária, como é o caso das prestações pecuniárias devidas ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, IP., através de processo de execução fiscal depende de haver fundamento legal expresso, o que acontece por força do estabelecido no art. 17.º-A da Lei n.º 25/2006, de 30 de Junho, segundo o qual compete *“ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P., adoptar as medidas necessárias para que, quando ocorra o não pagamento em conformidade com o disposto no artigo 16.º, haja lugar à execução do crédito composto pela taxa de portagem, coima e custos administrativos, a qual segue, com as necessárias adaptações, os termos dos artigos 148º e seguintes do Código do Procedimento e de Processo Tributário”,* (n.º 1), sendo que *“as entidades referidas no n.º 1 do artigo 11.º da presente lei preparam e remetem, para emissão, o título executivo ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I. P., que exerce as funções de órgão de execução a quem compete promover a cobrança coerciva dos créditos referidos no número anterior”* (n.º 2).

5.2. A competência dos tribunais judiciais em face do direito constituído

Tomando em consideração todo o exposto, estamos em condições de concluir que a competência para a resolução deste tipo de litígios será, em nossa opinião, dos tribunais judiciais.

Com efeito, na esteira de autores como Fernando Garrida Falla, entendemos que ainda que a Administração Pública exerça efectivo poder regulamentar sobre o funcionamento e utilização do serviço pelos utentes, *“essa regulamentação será tanto mais intensa, e abarcará tanto mais aspectos da posição do administrado em relação ao serviço, quanto mais este serviço tenha um carácter administrativo (que não seja industrial ou comercial) e seja gerido directamente pela Administração”*. Pelo contrário, *“as questões não previstas nessa regulamentação administrativa podem e devem ser resolvidas, se da sua natureza não se deduzir o contrário, mediante a aplicação dos critérios contratuálistas”*¹¹⁸.

Nestes termos, inexistindo fundamento legal que permita a instauração de processo de execução fiscal – por a jurisdição administrativa e fiscal não ter para tal competência, nos termos do art. 4.º, n.º 1 do ETAF, nem a entidade concessionária (privada) dispor de um dos títulos executivos previstos no art. 162.º do CPPT – terão de ser considerados competentes os tribunais judiciais. Só assim não será se estiver em causa a resolução de litígios que envolvam a discussão da legalidade do preço fixado ou das disposições que o regulam¹¹⁹, já que aí a questão assume natureza administrativa, ou se a

¹¹⁸ *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, 1992, pág. 382.

¹¹⁹ Tal como consta do acórdão do Tribunal de Conflitos de 21 de Janeiro de 2014 (proc. n.º 044/13), *“pretendendo-se discutir a ilegalidade dos “preços” ou tarifas em causa o meio mais adequado seria precisamente o pedido de declaração de ilegalidade do regulamento municipal (...) que contém e regula as tarifas, ou o pedido de anulação da deliberação da câmara que o aprova”*.

dívida for cobrada pelo Município¹²⁰ ou por empresa municipal¹²¹, pois aí a competência será dos tribunais administrativos e fiscais.

Esta solução apresenta-se, aliás, em consonância com o direito francês onde, desde o célebre acórdão do Tribunal de Conflitos de 1921 (*Société commerciale de l'Ouest africain*), a distinção se faz entre serviços públicos administrativos, onde terá aplicação o direito público, e os serviços públicos de natureza comercial ou industrial, onde se incluem, como vimos, as actividades de saneamento básico. Nos temos aí decididos, a qualificação de industrial e comercial determinará, em princípio, a competência dos tribunais judiciais para a resolução dos litígios emergentes. Não será assim, por exemplo, se esse serviço for gerido por uma pessoa colectiva de direito público, já que o contrato pode ter natureza administrativa^{122 123}.

Entre nós esta posição tem vindo a ser igualmente seguida ao nível da jurisprudência dos tribunais comuns, nomeadamente nos acórdãos do TRP de 7 de Novembro de 2013, 6 de Fevereiro de 2014 e de 29 de Maio de 2014, onde se considerou que o “contrato do serviço público de fornecimento de água é um contrato de direito privado”, não tendo “cariz publicista a convenção pela qual uma entidade, pública ou privada, acorda em prestar a um utente, mediante determinada contrapartida, serviço – público – de fornecimento de água”, pelo que “é da competência dos tribunais comuns preparar

¹²⁰ Se a dívida tiver por base contratos de prestação de serviços celebrados pelo Município, seja com um particular, seja, por maioria de razão, com um concessionário de serviço público ou de exploração de bens do domínio público, são sempre contratos de direito administrativo, como claramente são definidos nos arts. 1.º, n.º 6, 278.º e 450.º do CCP. Foi este o entendimento preconizado no acórdão do TRG de 23 de Janeiro de 2014, onde se entendeu que, nestas situações, “estamos, assim, claramente, no domínio de relações de duas entidades que prosseguem interesses públicos relevantes e que nessa qualidade assumiram direitos e obrigações recíprocos” e que, por isso, “as relações entre si estabelecidas são relações administrativas e a resolução dos respectivos conflitos compete, claramente, aos tribunais da jurisdição administrativa, e jamais aos tribunais judiciais”. Também no acórdão do TRC, datado de 16 de Setembro de 2008, se considerou que “envolvendo a questão a dirimir uma situação de responsabilidade civil extra-contratual conectada com uma relação jurídica de direito privado relativa a um contrato de fornecimento de água, em que a fornecedora é uma autarquia, são materialmente competentes para tal conhecimento os Tribunais Administrativos”.

¹²¹ Foi precisamente entendimento do STA, no acórdão proferido a 10 de Abril de 2013, que “no domínio de vigência da Lei das Finanças Locais de 2007 (Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro) e do DL n.º 194/2009, de 20 de Agosto, cabe na competência dos tribunais tributários a apreciação de litígios emergentes da cobrança coerciva de dívidas a uma empresa municipal provenientes de abastecimento público de águas, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, uma vez que, o termo “preços” utilizado naquela Lei equivale ao conceito de “tarifas” usado nas anteriores Leis de Finanças Locais e a que a doutrina e jurisprudência reconheciam a natureza de taxas, pelo que podem tais dívidas ser coercivamente cobradas em processo de execução fiscal”. Sobre o regime das empresas municipais, vide GONÇALVES, Pedro, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007.

¹²² Vide, a este propósito, *Tribunal des conflits - 22 janvier 1921 - Société commerciale de l'Ouest africain*, Les décisions les plus importantes du Conseil d'État, disponível online em: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/tribunal-des-conflits-22-janvier-1921-.html>>, CARBAJO, Joel, *Droit des services publics*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1997, pág. 14 e 68, e ainda CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 3.ª ed., Paris: Dalloz, 1992, pág. 271.

¹²³ Sobre a problemática da delimitação do âmbito de jurisdição administrativa em relação às empresas públicas, RAIMUNDO, Miguel Assis, *As empresas públicas nos tribunais administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da administração pública*, Coimbra: Almedina, 2007.

*e julgar uma acção declarativa instaurada por uma empresa privada gestora do serviço público de fornecimento de água e saneamento com vista a obter o pagamento do valor das facturas desse serviço prestado a um particular*¹²⁴. Também em decisões do TRG tem vindo a ser decidido, nos acórdãos de 23 de Outubro de 2012, de 19 de Fevereiro de 2013 e de 23 de Maio de 2014, que “os tribunais judiciais são competentes, em razão da matéria, para julgarem as acções em que uma sociedade, concessionária do abastecimento de água em certo concelho, reclama, daquele com quem contratou fornecer-lhe água, o pagamento relativo aos fornecimentos que alega ter realizado”.

Contudo, e ainda que esta seja a leitura a privilegiar em face do direito constituído, julgamos que a questão deveria ser repensada em termos *de iure condendo*, atribuindo-se legalmente a competência aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

Desde logo, porque exigir às entidades concessionárias que dêem início a processos junto dos tribunais comuns para obter a cobrança dos seus créditos (ainda que inicialmente junto do Balcão Nacional de Injunções) se revela pernicioso para a eficiência e eficácia do sistema judicial, já que estão em causa acções de baixa densidade mas muito numerosas, que têm crescentemente ocupado os tribunais numa actividade de mero reconhecimento e cobrança de dívidas por parte destes grandes utilizadores. O que significa que os tribunais comuns estão actualmente colocados ao serviço de empresas concessionárias que negociam com milhares de consumidores e os tribunais correm o risco de se converter em órgãos que são meras extensões dessas empresas, com a consequente perda de capacidade de resposta, em prazo razoável, para os demais litígios.

Deste modo, e sabido que o processo de execução fiscal tem uma estrutura mais simples e célere que o processo de execução comum, sendo tramitado no Serviço de Finanças (art. 150.º do CPPT), obter-se-ia uma maior eficiência na cobrança destes créditos. O que, conjugado com uma alteração a nível dos fundamentos legais de oposição à execução fiscal, isto é, com uma alteração legislativa do art. 204.º do CPPT de molde a permitir ao devedor/executado a utilização do meio processual da oposição para reagir contra a legalidade da obrigação pecuniária que constitui a dívida exequenda, tornaria o processo mais justo e eficiente.

Para além disso, reconhecer por via legal a competência regra dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal para a resolução de litígios respeitantes a créditos de empresa privada concessionária de serviço público e reconhecer a cobrança desses créditos mediante processo de execução fiscal, permitiria que fossem os tribunais tributários a conhecer e decidir todas as questões conexas com as obrigações pecuniárias facturadas, particularmente quando o objecto do litígio envolva a discussão da legalidade do preço ou das tarifas fixadas para a prestação daquele serviço público.

Acresce que, sendo os tribunais tributários os competentes para resolver os litígios que envolvam a relação entre o Município e o consumidor final (ou entre a entidade gestora do sistema multimunicipal e o Município) e para conhecer e decidir questões relativas à legalidade dos preços (fixados, como vimos, mediante critérios pré-estabele-

¹²⁴ Conforme se pode retirar da leitura dos acórdãos mencionados.

cidos por via administrativa, por convenção administrativa multilateral ou pela entidade reguladora), teriam, do mesmo modo, competência para proceder à cobrança coerciva dos créditos da empresa privada concessionária do serviço de fornecimento de água¹²⁵ e para apreciar todos os fundamentos que ao executado fosse lícito aduzir como defesa num processo de declaração, tendo em consideração a natureza extrajudicial do título executivo em questão.

Em suma, e com o devido respeito por contrária opinião, parece-nos que a lei deveria resolver, de forma expressa e definitiva, a questão, e que o deveria fazer no sentido de dotar a Administração Tributária e os Tribunais Tributários de competência para proceder à cobrança coerciva de dívidas resultantes de contratos de fornecimento de água a concessionários, à semelhança, aliás, do que estabeleceu para os créditos do Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P., compostos por taxas de portagem, coimas e custos administrativos, de natureza não tributária.

6. Síntese Conclusiva

O presente artigo, que teve como mote as recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Conflitos – mais concretamente, as proferidas nos processos n.ºs 044/13, 045/13 e 031/13 – relativas à cobrança de dívidas por parte de empresas concessionárias do serviço de abastecimento de água, visou sobretudo compreender que jurisdição deverá ser considerada competente para conhecer destes litígios.

Neste sentido, foi nosso propósito encontrar resposta para o problema em três patamares distintos: i) caracterizando a relação entre utente/consumidor final e em-

¹²⁵ Considerando os litígios *supra* analisados que mereceram decisão por parte do Tribunal de Conflitos, como vimos o que estava em causa eram pedidos de cobrança coerciva de dívidas de fornecimento de água, por parte de empresa concessionária, devidas por consumidores finais. É certo que, no proc. n.º 038/13, foram suscitadas outras questões pelo réu, nomeadamente a “nulidade da cláusula contratual que impõe uma taxa de disponibilidade pelo contador totalizador” e o “abuso de direito que consubstancia a cobrança dessa taxa, por desproporcionada ao serviço prestado e representar uma dupla tributação, face ao pagamento por cada condómino de uma taxa por cada contador individual”; no entanto, e tal como consta da decisão do proc. n.º 045/13, “a apreciação da competência dum tribunal tem de resolver-se face aos termos em que a acção é proposta, aferindo-se portanto pelo “quid disputatum”, ou seja pelo pedido do Autor e respectiva causa de pedir, sendo irrelevantes as qualificações jurídicas alegadas pelas partes ou qualquer juízo de prognose que possa fazer-se quanto à viabilidade ou inviabilidade da pretensão formulada pelo Autor”. Assim, e ainda que outras questões se coloquem, será a partir da forma como a causa se mostra estruturada na petição inicial que será atribuída competência para a resolução dos litígios aos tribunais judiciais. Foi também neste sentido que se firmou jurisprudência, podendo ler-se no acórdão do STJ de 14/5/2009 que “a competência material do tribunal afere-se pelos termos em que a acção é proposta e pela forma como se estrutura o pedido e os respectivos fundamentos. Daí que para se determinar a competência material do tribunal haja apenas que atender aos factos articulados pelo autor na petição inicial e à pretensão jurídica por ele apresentada, ou seja à causa de pedir invocada e aos pedidos formulados”. Conforme explicar Miguel Assis RAIMUNDO (*op. cit.*, pág. 157), também este Tribunal de Conflitos tem vindo a sustentar a tese segundo a qual *thema decidendum* para aferir da jurisdição competente para julgar as matérias é constituído pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na acção, sem vinculação, contudo, às qualificações jurídicas efectuadas pelo autor. Neste sentido, cf. as decisões do Tribunal de Conflitos de 5 de Maio de 2004 (proc. 0374), de 13 de Maio de 2003 (proc. n.º 011/02) e de 8 de Julho de 2003 (proc. n.º 01/03), disponíveis em www.dgsi.pt.

presa concessionária como uma relação de direito privado, ii) analisando a contraprestação devida pelo utilizador do serviço como um verdadeiro preço, evidenciando o seu carácter não tributário e, por fim, iii) demonstrando a impossibilidade de instauração de processo de execução fiscal por parte da empresa concessionária.

Com efeito, se tradicionalmente a relação que se estabelecia entre o prestador e o utente do serviço era tida como uma relação de subordinação de direito público – baseada na supremacia da organização prestadora do serviço, na exclusão da vontade do utente na definição do conteúdo do negócio e na natureza fiscal ou tributária da contraprestação¹²⁶ – actualmente o novo estatuto do utente levou a uma nova compreensão desta relação, com consequências, naturalmente, ao nível da contraprestação devida pelo serviço prestado, que perdeu a sua natureza tributária.

Este estudo pretendeu, pois, compreender em que contexto se desenvolve presentemente a concessão de serviço público de fornecimento de água e de que modo se deve perspectivar a relação de consumo que lhe está subjacente. E fê-lo com o objectivo de dar resposta a uma questão muito concreta: a de saber se, no âmbito deste tipo de contrato, a obrigação pecuniária devida ao concessionário pelo utente do serviço, enquanto consumidor final, pode originar um processo de execução fiscal. Naturalmente que as respostas seriam diferentes, como vimos, se estivéssemos perante sistemas multimunicipais de abastecimento de água, se estivéssemos perante a discussão da legalidade do preço ou da taxa devida, ou, ainda, se estivéssemos perante uma entidade pública como credora; no entanto, *in casu*, tratava-se de cobrança de dívida por parte de empresa concessionária privada de serviço público a consumidor final.

E perante tudo o que deixámos exposto, concluímos que a relação que se estabelece entre a empresa concessionária e o utente do serviço público é uma relação de direito privado, mais concretamente uma relação de consumo tal como é tutelada pela Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e que a quantia que é devida pelo serviço prestado reveste a natureza de preço e não pode, por isso, ser cobrada através de processo de execução fiscal.

Assumimos, portanto, uma posição consonante com a adoptada pela doutrina maioritária mas que, contudo, diverge da posição postulada pelo Tribunal de Conflitos.

Como tivemos oportunidade de explicar, ainda que a relação entre prestador e utente não seja uma relação de direito privado pura, já que existem diversos aspectos que podem ser regulador por normas de direito público, ainda assim, e segundo o contexto legal actual em que se admite o processo de execução fiscal, não será de admitir que esta entidade privada consiga obter a cobrança coerciva da dívida junto dos tribunais tributários. Por um lado, porque não dispõe de título executivo e, por outro, porque o contrato que é celebrado entre o concessionário e o utente não se subsume no art. 4.º, n.º 1, al. f) do ETAF, que define o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal.

Da nossa parte, e atentos os argumentos invocados, colhe o nosso aplauso a decisão do Tribunal de Conflitos proferida em 21 de Janeiro de 2014, no proc. n.º 044/13,

¹²⁶ GONÇALVES, Pedro, *O utente...*, pág. 4 e ss.

que, com objectividade e rigor conceptual, teve a ousadia de contrariar a posição normalmente sufragada e de admitir a competência dos tribunais judiciais para o conhecimento destes litígios.

E apesar de essa posição não ter vingado, por contrariar a jurisprudência firmada do Tribunal de Conflitos, parece-nos que deveria ser cuidadosamente analisada e ponderada, já que isso conduziria, certamente, a uma reapreciação dos fundamentos que têm levado o Tribunal de Conflitos a atribuir a competência aos tribunais tributários.

É certo que as razões de segurança e certeza jurídica que serviram de justificação para a resolução do conflito n.º 031/13 não podem ser negadas perante a importância da segurança jurídica que encontra consagração no art. 9.º, n.º 3, do CC – ao impor ao julgador o dever de considerar todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito – e que impõe aos juízes um esforço no sentido de procurar a uniformidade possível, por não haver nada pior que uma jurisprudência flutuante, instável e inconstante. Todavia, essas razões não podem impedir que se continue a reflectir e a buscar novos e decisivos argumentos jurídicos para o aperfeiçoamento e a renovação da jurisprudência e para a sua adaptação às novas exigências da sociedade.

Como salientámos, a posição acolhida no proc. n.º 044/13 é a que sufragamos, tendo em atenção o direito constituído. Parece-nos, contudo, que em termos de *iure condendo* o legislador devia clarificar a questão, tomando em consideração o enquadramento jurídico dos contratos de concessão para fornecimento de serviço público de água e optar por conceder, de um modo expresso, competência aos tribunais tributários para a resolução deste tipo de litígios.

Em suma, foi nossa pretensão oferecer uma visão geral sobre questão que tantas dúvidas tem suscitado e questionar a jurisprudência que se formou sobre a matéria ao nível do Tribunal de Conflitos, jurisprudência que, segundo nos apercebemos, não tem sido, sequer, seguida pelos tribunais comuns, como se pode constatar pela leitura dos acórdãos dos Tribunais da Relação que deixámos enunciados.

Bibliografia

- ALESSI, Renato, *Le prestazioni amministrative rese ai privati – teoria generale*, Milão, 1946
- ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Serviços Públicos, Contratos Privados*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002
- AMARAL, Diogo Freitas do, e TORRAL, Lino, *Concessão de Serviços Públicos Municipais: conceito de “tarifa média” e definição de um limite máximo à evolução do seu valor*, in *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: pareceres*, Coimbra: Almedina, 2002
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa: lições*, 13ª ed., Coimbra: Almedina, 2014
- ARAGÃO, Alexandre Santos, *Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC*, in *Revista Eletrónica de Direito Administrativo Económico*, n.º 15, 2008
- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, e LODGE, Martin, *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012
- BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y los concesionarios*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 1, disponível online em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/6.pdf>>
- CAETANO, Marcello, *Estudos de Direito Administrativo*, n.º 46, Lisboa: Edições Ática, 1974
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.ª ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1980
- CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 3.ª ed., Paris: Dalloz, 1992
- CARBAJO, Joel, *Droit des services publics*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1997
- CARVALHO, Raquel, *As concessionárias dos Sistemas Multimunicipais*, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997
- CASSAGNE, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, 2ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994
- COLAÇO, João de Magalhães, *Concessões de Serviços Públicos – sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914
- CONFRARIA, João, *Regulação e concorrência: desafios do século XXI*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011
- CORREIA, Sérvulo, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa: Lex, 2002
- CURA, António Vieira, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- DROMI, Roberto, *Derecho Telefónico*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998
- ECHEVESTI, Carlos Alberto, *El servicio público. Los derechos del usuario. La motorización por la vía del amparo ya la reciente ley de protección al consumidor*, in *Derecho del Consumidor*, editorial júris, n.º 4, 1994
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 82, 1997

- ESTORNINHO, Maria João, *Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?*, in *Direito e Justiça*, volume especial (VI Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo), 2005
- FALLA, Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, 1992
- FARRANDO, Ismael, *La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos*, in *Los servicios públicos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994
- FERNÁNDEZ, Martín, *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Madrid: Marcial Pons, 1995
- FILHO, José Soares, *Serviço Público: conceito, privatização*, in *Revista Jus et Fides*, n.º 1, ano 2, 2002
- FRANCE, *Tribunal des conflits - 22 janvier 1921 - Société commerciale de l'Ouest africain*, Les décisions les plus importantes du Conseil d'État, disponível online em: <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/tribunal-des-conflits-22-janvier-1921-.html>
- GARCIA, Nuno de Oliveira, *Contencioso de Taxas: Liquidação, audição e fundamentação*, Coimbra: Almedina, 2011
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La actividade industrial y mercantil de los municipios*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 17, 1955
- GARRET, Almeida, *Economia e Finanças Públicas*, Lições Policopiadas, 1988/1989
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge, Harvard University Press, London, 2003
- GONÇALVES, Pedro, *O utente do serviço público de telecomunicações*, Coimbra, 1995
- GONÇALVES, Pedro, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, Coimbra: Almedina, 1999
- GONÇALVES, Pedro, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007
- GONÇALVES, Pedro, *Controlo público prévio de actividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa*, in *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusion sobre consumidores y usuários*, Salamanca: Ratio Legis, 2013
- GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, in *Estudos de regulação pública* (organização de Vital Moreira), Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- HILLON, Sandie, *De L'Usager au Consommateur: une évolution de l'ouverture du servisse public à la concurrence?*, in *Concurrence et Services Publics: enjeux et perspectives*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2002
- LAUBADÈRE, André de, *Traité des contrats administratifs*, vol. I, 2.ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983
- MAÇÃS, Fernanda, *São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 4, 2008
- MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos de Abastecimento de Água, Saneamento e Águas Residuais Urbanas e Resíduos Urbanos*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009
- MACHO, Luis Miguel, *Nuevas tendências en la tutela de los usuários de los servicios públicos en Italia*, in *Revista de Administración Publica*, n.º 142, 1997

- MOREIRA, Vital e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos*, in *Estudos de Regulação Pública*, org. de Vital Moreira, Coimbra : Coimbra Editora, 2004
- MARTINS, Maria Rita Vieira, *Regulação económica no sector das águas: promoção da concorrência e sustentabilidade tarifária*, Dissertação apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007, disponível online em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/2499/1/tese4.pdf>>
- NABAIS, José Casalta, *Tarifas e Questões Fiscais: competência dos tribunais tributários*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 5, Novembro/Dezembro de 1997
- NABAIS, José Casalta, *O regime das finanças locais em Portugal*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, n.º 80, 2004
- NABAIS, José Casalta, *A autonomia financeira das autarquias locais*, Coimbra: Almedina, 2007
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010
- PEREZ, Marcos Augusto, *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Editora Fórum, 2006
- PINTO, Bilac, *Regulamentação Efectiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 2ª ed., actualizada por Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro: Forense, 2002
- RAIMUNDO, Miguel Assis, *As empresas públicas nos tribunais administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da administração pública*, Coimbra: Almedina, 2007
- REIS, Alberto dos, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora
- RIBEIRO, Teixeira, *Noção jurídica de taxa*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n.º 3727, 1985
- RICHER, Laurent, *Service Public et Intérêt Prive*, Archives de Philosophie du Droit, Paris: Editions Sirey-Diffusion Dalloz, Tomo 41, 1997
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 3ª Edição, Coimbra:Coimbra Editora, 2009
- SILVA, João Nuno Calvão, *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008
- SOARES, Rogério, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78
- SOARES, Rogério, *O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1981
- SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário, anotado e comentado*, 5ª Edição, Áreas Editora, 2007
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, vol. I, Lisboa, 1985



• U •



C •

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA