



**CEDIPRE ONLINE | 37**

**PRINCIPAIS MODALIDADES DE ORGANIZAÇÃO INTERMUNICIPAL  
E MODELOS DE GESTÃO DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS  
DE ABASTECIMENTO PÚBLICO DE ÁGUA  
E DE SANEAMENTO DE ÁGUAS RESIDUAIS  
DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DO OESTE SUL**

---

**Ana Pereira de Sousa**

**CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
NOVEMBRO | 2019**

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

 [/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)

**PRINCIPAIS MODALIDADES DE ORGANIZAÇÃO INTERMUNICIPAL  
E MODELOS DE GESTÃO DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS  
DE ABASTECIMENTO PÚBLICO DE ÁGUA  
E DE SANEAMENTO DE ÁGUAS RESIDUAIS  
DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DO OESTE SUL**

**Ana Pereira de Sousa**



TÍTULO	Principais modalidades de organização intermunicipal e modelos de gestão dos serviços municipais de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais dos municípios da região do Oeste Sul
AUTOR(ES)	Ana Pereira de Sousa
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA   PORTUGAL Tel.: +351 916 205 574 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	Principais modalidades de organização intermunicipal e modelos de gestão dos serviços municipais de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais dos municípios da região do Oeste Sul, Publicações CEDIPRE Online — 37, <a href="http://www.cedipre.fd.uc.pt">http://www.cedipre.fd.uc.pt</a> , Coimbra, novembro de 2019

## SUMÁRIO

Introdução .....	1
Parte I	
A associação: modalidades propostas.....	3
Parte II	
os modelos de gestão delineados .....	9
I – Razão de ordem.....	9
II – Entrada no tema: as empresas locais .....	10
II.1 – A empresa local de capitais integralmente públicos de natureza intermunicipal (Modelo I) .....	11
1. Natureza e regime jurídico .....	11
2. Procedimento administrativo para a sua constituição.....	15
3. Caracteres.....	18
3.1 Objecto social, gestão e princípios orientadores .....	18
3.2. Implicações estatutárias e parassociais .....	20
3.3 Relações.....	21
3.3.1 Entre os municípios-sócios e a empresa.....	21
3.3.2 Contratuais .....	22
3.3.3 A especial relação de supremacia .....	23
3.3.4. Com o pessoal .....	24
3.3.5 Financeiras .....	25
3.3.6. Relações externas.....	26
3.3.7 De fiscalização .....	26
4. Vantagens.....	26
5. Desvantagens .....	28
III. A empresa local de natureza intermunicipal posteriormente integrada com participação privada minoritária de 49% (Modelo II) .....	29

1. Premissa prévia e natureza .....	29
2. Remissão. Especificidades .....	30
3. Vantagens.....	33
4. Desvantagens .....	34
IV. A parceria pública-pública (Modelo III).....	34
1. Noção e natureza .....	34
2. Regime jurídico.....	35
3. Procedimento administrativo para a sua constituição.....	35
4. Caracteres.....	37
4.1 Objectivos e principiologia .....	37
4.2. Relações contratuais.....	37
4.3. A entidade gestora.....	38
4.4 Exercício de poderes públicos de autoridade e fiscalização pela ERSAR.....	38
4.5 Relações com o pessoal.....	39
5. Vantagens.....	39
6. Desvantagens .....	39
V. A concessão (inter)municipal a privados (Modelo IV) .....	40
1. Noção e natureza jurídica .....	40
2. Regime jurídico: traços gerais .....	42
3. Procedimento de atribuição da concessão .....	43
3.1 A decisão de conceder.....	43
3.2 Procedimento de adjudicação.....	44
3.3 A celebração do contrato de concessão.....	45
4. Caracteres.....	46
4.1 A relação de concessão: enquadramento liminar .....	46
4.2 Situação jurídico-contratual da Administração concedente.....	46
4.3 Situação jurídico-contratual do concessionário.....	48
4.4. Relações .....	50
4.4.1 Entre o concessionário e o pessoal afecto à gestão do serviço concedido .....	50
4.4.2 Entre o concessionário e os utentes do serviço público .....	50
4.5 A responsabilidade do concessionário perante terceiros.....	51
5. Vantagens.....	52
6. Riscos/desvantagens.....	53
Síntese conclusiva .....	56

## Introdução

O presente trabalho visa, por um lado, estudar as principais formas de associação que os municípios da zona Oeste podem adoptar de molde a poderem gerir em conjunto o serviço de abastecimento público de água e saneamento de águas residuais e, por outro lado e tendo esta premissa presente, apontar os principais traços dos modelos de gestão que a lei coloca ao seu dispor para o efeito, mormente as mais-valias e putativos riscos que lhe vão acoplados.

Trata-se de uma análise *telegráfica*, que é o que se pretende, apesar de serem muitas e distintas as problemáticas que se podem suscitar num domínio tão fértil e complexo como é aquele em que nos movemos<sup>1</sup>, não fora estar em causa um serviço público essencial<sup>2</sup> ou, melhor ainda, o produto água para consumo humano<sup>3-4</sup>.

---

<sup>1</sup> V., a propósito, Vital Moreira, *Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral* in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra, Coimbra Editora, Cedipre, 2004, pp. 561 e ss.

<sup>2</sup> Cfr. o art. 1.º, n.ºs 1 e 2, al. a), da Lei n.º 23/96, de 26.07, na sua redacção actual.

<sup>3</sup> Como refere Joana Neto dos Anjos, *o sector das águas constitui, do ponto de vista da estrutura do mercado, um caso típico de indústria de rede, quer ao nível da actividade “em alta”, quer ao nível da actividade “em baixa”, traduzindo a gestão destas infra-estruturas situações de monopólio natural, tendência de concentração económica esta que exige que a Administração assuma um papel de árbitro, para mais quando no sector da água se mostra difícil introduzir concorrência no mercado. Estes serviços, refere a Autora, são insubstituíveis, já que o abastecimento de água não tem alternativa viável, e são serviços com produtos heterogéneos, na medida em que as propriedades da água variam no tempo e no espaço. Para além disso, do ponto de vista de estrutura do mercado, apresentam potenciais economias de escala, já que os custos unitários de produção são decrescentes para quantidades crescentes de procura, ainda que apenas até determinada dimensão (a partir da qual existem deseconomias); apresentam potenciais economias de gama, dado que os custos unitários de produção tendem a decrescer com a diversificação de actividades com características similares; e ainda potenciais economias de processo, atenta a adequação do nível de integração vertical dos serviços, cfr. A. cit., *O Contrato de Concessão de Serviço Municipal de Água – O Preço do Serviço numa Perspectiva de Direito Regulatório e de Resolução Judicial de Litígios*, Coimbra, 2015, FDUC, pp. 15-16.*

<sup>4</sup> Falando-se mesmo de *Direito Administrativo da Água*. V., sobre a sua evolução, Joana Mendes, *Direito Administrativo da Água* in *Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. II*, coord. de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 12 e ss.; cfr., também a este respeito, Vital Moreira/Fernanda Paula Oliveira, *Concessão de Sistemas Multimunicipais e Municipais de Abastecimento de Água, de Recolha de Efluentes e*

E é assim que, delineadas as modalidades de aglutinação municipal (Parte I), iremos proceder à radiografia da prestação deste serviço pela Administração através da delegação da sua gestão a terceiros, privados incluídos<sup>5</sup> (Parte II).

Neste enquadramento, e tomando como fio-de-prumo os modelos de gestão no âmbito do saneamento básico que nos foram confiados, iniciaremos o nosso excursão pela gestão pública delegada *tout court* (modelo 1 e que implica que um município ou uma associação pública de autarquias locais criem uma empresa de capitais municipais, ou de capitais destes com outras entidades públicas, e deleguem nessa empresa de capitais públicos a gestão do sistema); num segundo momento, será a gestão delegada *mista* que nos prenderá a atenção (modelo 2 e que é semelhante ao anterior, com a diferença primordial em que quem explora o sistema é uma entidade mista), sendo que, num terceiro e quarto momentos nos ocuparemos de uma putativa parceria pública-pública, bem como a gestão por uma entidade privada (modelos 3 e 4).

Deste leque de opções destacaremos, entre o mais, as características que os enformam, o seu procedimento de formação e respectivas especificidades, procurando realçar os possíveis benefícios que deles se podem retirar em contrapeso com as desvantagens em abstracto susceptíveis de serem desveladas, finalizando-se este trabalho com a formulação de uma síntese conclusiva (Conclusões) sobre as questões susceptíveis de nortear a ponderação que deverá entretecer a escolha *gestionária*.

Assim:

---

*de Resíduos Sólidos* in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra, Coimbra Editora, Cedi-pre, 2004, pp. 12 e ss.

<sup>5</sup> Cenário exigente este último, desde logo em termos de *supervisão* regulatória, que tem como mote, naturalmente, a defesa do interesse público alicerçada na protecção dos interesses dos utilizadores e, portanto, de todos nós.

## PARTE I

### A ASSOCIAÇÃO: MODALIDADES PROPOSTAS

Relevando o estudo levado a efeito por Poças Martins, a associação de sistemas municipais de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais da região do Oeste Sul revela-se uma medida claramente susceptível de promover a melhoria do sector em apreço<sup>6</sup>. Entende, assim, este Autor que a mesma “permite a obtenção de ganhos relacionados com a existência de economias de escala ao nível dos sistemas de informação; as tarifas são estandardizadas, os orçamentos optimizados e as contas normalizadas, sendo que a capacidade financeira das entidades que resultam de agregações é maior do que a das entidades que geriam os sistemas antes da agregação, existindo também uma maior facilidade em aceder a fundos comunitários” – uma solução, portanto, “que melhora a sustentabilidade dos serviços, contribuindo para a melhoria da sua qualidade e a um custo mais reduzido”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. o Anexo I.

<sup>7</sup> Cfr. *Idem, ibidem*. Concordantemente, mas em geral, António Cândido de Oliveira/Elisabete Quintas/Luís Nunes/Maria José Castanheira Neves/Nuno Nunes/Rui Cunha Marques/Sandra Miranda Ferreira (*Estudo sobre a Integração e Partilha de Serviços entre Municípios – Um Contributo da Sociedade Civil* in [http://www.portalautarquico.pt/static-img/2015-09/2015-09-29104841\\_4c65f7f1-2e56-4968-a1af-585420fa64e0\\$69a7a8ae-8e1a-4d9e-9f30-15842995d418\\$29164bb0-1da9-45d2-b874-3ea6aa8fdf02\\$pt\\_pt\\_file\\$pt\\$1.pdf](http://www.portalautarquico.pt/static-img/2015-09/2015-09-29104841_4c65f7f1-2e56-4968-a1af-585420fa64e0$69a7a8ae-8e1a-4d9e-9f30-15842995d418$29164bb0-1da9-45d2-b874-3ea6aa8fdf02$pt_pt_file$pt$1.pdf)), Autores para quem “a integração e partilha de serviços pelos municípios portugueses encerra um potencial elevado de poupança de recursos e, bem assim, de melhoria da qualidade do serviço”, sendo “uma ferramenta que permite responder às dificuldades de financiamento e crescente necessidade de contenção de custos, às necessidades de integração regional e aos desafios no que respeita à especialização técnica essencial para dotar os serviços públicos de maior eficiência, eficácia e qualidade.”

Ora, com base neste pressuposto, o desiderato prévio a que nos propomos consiste em determinar quais são as principais modalidades que os municípios podem mobilizar para o desejado efeito aglutinador e consequentes fins que se pretendem atingir e tudo por forma a, como ficou dito, se maximizar a eficácia e a coesão territorial assentes numa melhor prestação do serviço público em causa.

E dizemos *principais* modalidades, porque, apesar de serem vários os instrumentos de cooperação e de partilha de serviços a que os municípios podem recorrer, se optou por restringir as opções a considerar à luz de dois critérios: por um lado, a manutenção da autonomia e da identidade dos municípios e, por outro lado, a existência de uma entidade de gestão a nível supramunicipal responsável pelo serviço ou actividade como um todo, independentemente da solução adoptada para a sua execução ser um modelo interno à Administração ou um modelo externalizado<sup>8</sup>.

Pois bem, duas das principais formas organizativas encontram guarida na Lei n.º 75/2013, de 12.09<sup>9</sup> — diploma que, como afirma a doutrina que a este propósito se pronunciou, verdadeiramente nenhuma grande reforma da legislação do poder local operou, não tendo introduzido qualquer alteração de relevo: nem ao nível do regime das autarquias locais (aliás, não identificadas), nem ao nível do regime do associativismo autárquico, conclusão que naturalmente engloba a “nova figura” das *entidades intermunicipais* e que de inovador só tem mesmo o nome que lhe atribuído<sup>10</sup>.

Mas, dizíamos nós, compulsando a sobredita lei, temos que, de entre as categorias de associações públicas que a mesma contempla, são duas, desde logo, as que nos importam para o fito *integrativo* em apreço: referimo-nos às comunidades intermunicipais e às associações de municípios de fins específicos<sup>11</sup>.

Nesta conformidade, a primeira forma legal pela qual os municípios se podem associar para o propósito assinalado consiste, quanto a nós, em *aproveitar* a existência da Comunidade Intermunicipal do Oeste, de-

---

<sup>8</sup> Estamos a acompanhar António Cândido de Oliveira *et al.*, *op. cit.*, para quem a fusão de municípios, que pressupõe o abandono da “partilha” de serviços para passar a existir a sua fusão, exige um debate que, a existir, deve ser indexado a outros princípios que não a partilha de serviços intermunicipais.

<sup>9</sup> Diploma que estabelece o regime jurídico das autarquias locais, aprova o estatuto das entidades intermunicipais, estabelece o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e aprova o regime jurídico do associativismo autárquico.

<sup>10</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *As entidades intermunicipais — em especial, as comunidades intermunicipais* in *Questões Actuais de Direito Local*, n.º 01, AEDRL, Braga, 2014, p. 22.

<sup>11</sup> V. o art. 63.º da lei citada.

legando-lhe cada um dos municípios interessados as competências de-  
tidas nesta matéria<sup>12-13</sup>.

Como? Através da imperativa celebração de contrato interadministrativo, munida que deverá estar de prévia deliberação autorizativa para o efeito de cada uma das assembleias municipais, sob proposta da respectiva Câmara Municipal<sup>14</sup>.

Trata-se, portanto, de um contrato cujas competências a delegar devem estar expressamente identificadas e concretizadas em consonância com os objectivos enumerados no art. 118.º da citada lei (assim se incluindo a especificação do modelo de gestão do serviço), que é regido, desde a sua génese até à sua extinção, pelo diploma que nos ocupa<sup>15</sup> e que – sujeito às regras de registo plasmadas no art. 130.º da Lei que nos ocupa e que vigorará, em regra, enquanto durar o mandato do órgão deliberativo<sup>16</sup> – deve igualmente contemplar de forma clara:

- a) os recursos humanos, patrimoniais e financeiros necessários e suficientes ao exercício das competências transferidas, com obrigatória referência às respectivas fontes de financiamento e aos seus modos de afectação;
- b) a demonstração, apurada com base nos estudos necessários para o efeito, de que a concretização da transferência das competências assegura *i)* o não aumento da despesa pública global, *ii)* o aumento da eficiência da gestão dos recursos pela entidade intermunicipal; *iii)* os ganhos de eficácia do exercício das competências pelos órgãos da entidade intermunicipal; *iv)* o cumprimento dos objectivos destinados à aproximação das decisões aos cidadãos, a promoção da coesão territorial, o reforço da solidariedade inter-regio-

---

<sup>12</sup> “No cenário da delegação, as CIM vão exercer *competências de origem municipal* e que, portanto, pertencem ao(s) município(s) associado(s). Agora, o município – cada município, isoladamente – celebra um contrato de delegação com a CIM, atribuindo a esta o exercício de uma competência que lhe pertence. Como resulta do n.º 3 do art. 128.º, cada município associado pode ter o seu contrato de delegação com a CIM, mesmo que nenhum outro tenha um contrato de delegação ou um contrato de delegação na mesma matéria”, cfr. Pedro Gonçalves, *As entidades intermunicipais ...*, cit., p. 37.

<sup>13</sup> Não cuidamos da transferência de competências, via alternativa, porquanto este é um modelo menos flexível do que o vertente, em virtude de ser efectuado *via legislação* e tender a abranger todos os municípios de uma entidade intermunicipal, ainda que por sua opção, cfr. António Cândido de Oliveira *et al.*, *op. cit.*

<sup>14</sup> É o que resulta da leitura concatenada dos artigos, respectivamente, 117.º, 120.º, n.º 1, 128.º, 25.º, n.º 1, al. k) e 33.º, al. m) (este último preceito, contudo, tendo-se olvidado dos contratos de delegação de competências com as entidades intermunicipais...).

<sup>15</sup> Onde avultam os princípios da igualdade e da não discriminação, da estabilidade, da prossecução do interesse público, da continuidade da prestação do serviço público e da necessidade e suficiência dos recursos e a que subsidiariamente acresce a disciplina do Código dos Contratos Públicos e do Código do Procedimento Administrativo, cfr. os art. 120.º, n.º 2, e 121.º.

<sup>16</sup> Sem prejuízo do estatuído nos n.ºs 2 e 3 do art. 129.º.

nal, a melhoria da qualidade dos serviços prestados às populações e a racionalização dos recursos disponíveis; v) a articulação entre os diversos níveis da administração pública<sup>17</sup>.

Em causa estará, pois e a alinhar pelo *Guião Para a Reforma da Integração e Partilha de Serviços entre Municípios*<sup>18</sup>, um modelo de integração revestido de distintas vantagens, como seja o facto de, desde logo, permitir poupanças no nível da despesa de determinadas funções que sejam comuns a vários municípios<sup>19</sup>.

*Na verdade, escreve-se, neste método, e contrariamente ao que acontece na agregação de municípios, os municípios mantêm toda a sua autonomia, identidade e estrutura decisória, sendo apenas a competência que deve passar a ser exercida através de instrumento contratual por uma entidade distinta (EIM); (...) cada município mantém algum controlo e acompanhamento do exercício da competência pela EIM, desde logo pela sua participação nos órgãos da EIM (o conselho intermunicipal através do presidente da câmara municipal e a assembleia intermunicipal) e pelo papel de fiscalização que as assembleias municipais ganharam sobre as EIMs na Lei 75/2013, controlo e acompanhamento estes que também são assegurados pelo contrato e pelos mecanismos de gestão e execução que este previr.*

Entendimento este que recolhe a concordância da voz autorizada pela doutrina (e não só), uma vez que, *para além das EIM se encontrarem já cimentadas na prática e dos municípios manterem o controlo e acompanhamento da atividade da EIM através dos seus poderes enquanto entidade participante na EIM, a delegação por contrato (na prática, uma contratação de serviços, como se se tratasse de uma empresa externa) tem a vantagem de ser facilmente ajustada no tempo a especificidades práticas do terreno, quer em termos das condições técnicas, quer em termos dos municípios participantes.*

Ponto é que, realce-se, a EIM só deva ser uma opção *quando apenas parte dos municípios participantes pretendem uma determinada partilha, visto que, em função do sucesso da mesma, essa partilha se tornará mais apetecível aos restantes municípios, permitindo aumentar o factor escala e resultando em maiores ganhos e poupanças para a totalidade-*

---

<sup>17</sup> Cfr. os arts. 122.º e 115.º, n.ºs 1, 2, 3, alíneas a) a e), e 5.

<sup>18</sup> Emanado que foi por Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Local e passível de ser consultado *in* <http://www.ccdr-a.gov.pt/docs/ccdra/gestao/guiao-integracao-partilha-servicos-municipios.pdf>

<sup>19</sup> Aliás, o art. 69.º, n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 73/2013, de 03.09 (diploma que estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais) prevê mesmo um prémio para as entidades intermunicipais que consigam alcançar melhorias nos índices de competitividade, sustentabilidade e qualidade ambiental.

*dos participantes*<sup>20</sup>.

Depois, e assim no que toca ao segundo figurino associativo apontado como outra possibilidade legal de *aglutinação* dos municípios – a associação de municípios de fins específicos<sup>21</sup> –, diremos que a sua constituição é da competência das câmaras municipais dos municípios interessados, cabendo às respectivas assembleias municipais a aprovação do seu acordo constitutivo, o qual define os seus estatutos<sup>22</sup> (devendo estes, por seu turno, conter as especificações a que alude o art. 109.º da Lei n.º 73/2015).

E, tal como sucede com a CIM, também a sua constituição é efectuada através da celebração de contrato, outorgado por cada um dos presidentes das câmaras municipais dos respectivos municípios, que é objecto de comunicação, *pela autarquia local em cuja circunscrição esteja sediada*, ao membro do Governo que tutela as autarquias locais<sup>23</sup>, estando o seu (disperso) regime jurídico elencado no art. 110.º desta Lei n.º 75/2013<sup>24</sup>.

A diferença fundamental entre esta modalidade e a CIM cifra-se no seguinte: *enquanto que a comunidade intermunicipal, apesar de criada por contrato, tem por base a lei (que assim lhes estabelece a designação, define o âmbito das respectivas competências, indica os municípios que as integram e que a elas podem aderir, assim delimitando o respectivo território) e surge com o objectivo de ocupar uma posição específica na organização administrativa portuguesa, enquanto associações públicas de administração autónoma que desenvolvem a sua acção num território delimitado e que dispõem de um catálogo aberto de competências públicas cujo preenchimento também pode ser feito pelo Estado, quer por via de lei, quer por via de actos avulsos de delegação, já, e diferentemente, as associações de municípios de fins específicos são de criação espontânea e livre pelos municípios (ou freguesias), no desenvolvimento de uma liberdade de associação, para a prossecução de interesses comuns, sem atribuições nem competências próprias, sem a condição de candidatas à delegação de competências públicas e sem um território definido de intervenção. Os fins (específicos) destas associações são os indicados nos respectivos estatutos*<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. António Cândido de Oliveira *et al.*, *op. cit.*

<sup>21</sup> Designação que se explicava no anterior regime por contraposição às CIM, que eram denominadas associações de municípios *de fins múltiplos*.

<sup>22</sup> Cfr. o art. 108.º, n.º 1.

<sup>23</sup> Cfr. o art. 108.º, n.ºs 2 e 3.

<sup>24</sup> Sublinhe-se que quer uma, quer outra, destas categorias de entidades têm natureza de pessoas colectivas de direito público, apesar da sua instituição (já se o viu) se constituir “por contrato, nos termos da lei civil”.

<sup>25</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *As entidades intermunicipais...*, *cit.*, pp. 26-27.

Finalmente, a terceira forma associativa possível para a partilha do serviço a nível supramunicipal corresponde à criação de uma empresa intermunicipal, revestida que é de personalidade jurídica e de órgãos próprios<sup>26</sup>, sendo que sobre ela nos deteremos em detalhe na Parte II do presente estudo (cfr. *infra*) e para cuja leitura, por questões de clareza expositiva, remetemos.

Prosseguindo:

---

<sup>26</sup> Cfr. António Cândido de Oliveira *et al.*, *op. cit.*, que defendem que a opção deve primeiramente incidir sobre as estruturas existentes sempre que a escala pretendida possa ser conseguida através dessas estruturas, ao invés da criação de uma estrutura adicional, apesar de considerações e necessidades de escala “óptima” poderem levar à ponderação de novas estruturas (ainda que tendencialmente na procura de uma escala superior).

## PARTE II

### OS MODELOS DE GESTÃO DELINEADOS

#### I – Razão de ordem

Como é sabido, nos sistemas de titularidade municipal, e a par com as formas de gestão que são concretizadas pelos próprios municípios, de *per si* ou em conjunto, através dos seus órgãos e serviços<sup>27</sup>, outras modalidades existem: justamente aquelas que poderemos designar de gestão por delegação (*lato sensu*) a terceiros<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Referimo-nos aos serviços municipais e, portanto, àqueles serviços (*v.g.*, tesouraria) que, integrando-os e que preparam, espelham e executam as decisões que os mesmos lavram, não dispõem de autonomia e são directamente geridos pelos seus órgãos principais — o que vale, claro está, para os *serviços intermunicipais*. É, de facto, o que resulta, desde logo, do art. 14.º, n.º 1, do DL n.º 194/2009, de 20.08. Mas não só. Na realidade, outra das possibilidades que a pena do legislador desenhou assenta na prestação directa dos serviços, sim, mas, desta feita, mediante o recurso a *serviços municipalizados* ou *intermunicipalizados*, que, visando por lei prosseguir determinadas finalidades (como as vertentes), e por um *preço*, possuem organização autónoma dentro da administração municipal (ou supramunicipal) e têm a sua gestão entregue a um conselho de administração, que os explora por conta e risco dos primeiros (assim arvorados, segundo alguma doutrina, a uma espécie de empresários). Cfr., sobre esta matéria, Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1977, pp. 234-237 e *Manual de Direito Administrativo, T. II*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1983, pp. 1092 e seguintes, em especial pp. 1095-1096; Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, Coimbra, Almedina, pp. 499-501; António Rebordão Montalvo, *O Processo de Mudança e o Novo Modelo da Gestão Pública Municipal*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 178-179, e Maria José Castanheira Neves, *Governo e Administração Local*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 319 e ss. V., também neste sentido e a título meramente ilustrativo, o parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 00000411, de 12.05.1991.

<sup>28</sup> Estamos a acompanhar Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*

São elas, no que por ora importa cuidar<sup>29</sup>, a gestão delegada do serviço através de empresa local de natureza intermunicipal sem participação do Estado (em que poderá ocorrer uma participação minoritária de capitais privados) ou mediante a constituição de uma empresa em parceria com o Estado e, bem assim, a gestão intermunicipal concessionada do serviço<sup>30</sup>.

E é sobre estas concretas formas de gestão a que de seguida dedicaremos a nossa atenção.

Nestes moldes:

## II – Entrada no tema: as empresas locais

Quando se fala em *empresas locais* é inevitável não associar este termo ao neologismo *empresarialização*, que mais não visa senão identificar a operação jurídica de carácter organizativo consistente na instituição de uma empresa – isto é, de um sujeito de direito ao qual a entidade instituidora confia o desenvolvimento de uma tarefa da sua responsabilidade imediata<sup>31</sup>.

Ora bem, uma empresa local de âmbito (municipal ou) intermunicipal serve, como aliás todos podemos intuir, para isto mesmo: para servir de instrumento ao serviço da administração local, que nela delega tarefas da sua responsabilidade, assim respondendo ao interesse dos municípios em criar um *centro autónomo de decisão* e com *capacidade própria de acção* para a gestão dessas tarefas municipais<sup>32</sup>.

Eis, pois, o objectivo principal da criação de uma empresa local: nada mais, nada menos do que assegurar o distanciamento da câmara em relação à gestão de tarefas da responsabilidade municipal, com todas as vantagens (a que aludiremos *infra*) que lhe vão acopladas<sup>33</sup>.

Afinal de contas, as *empresas municipais* revelam-se como autónomos sujeitos de direito (visto serem titulares de personalidade jurídica)<sup>34</sup>, que assim dispõem de órgãos próprios, que respondem pelos seus

---

*pais*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 45.

<sup>29</sup> Fora do nosso estudo ficará, portanto, quer a gestão directa, quer a gestão delegada do serviço através de juntas de freguesia e de associação de utilizadores.

<sup>30</sup> Cfr., desde logo, o art. 7.º do DL n.º 194/2009, de 20.08.

<sup>31</sup> V. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., p. 59.

<sup>32</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp. 60-61.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>34</sup> Ao contrário do que sucede com os serviços municipalizados (ou intermunicipalizados). Estes dispõem de organização autónoma dentro da administração municipal, a qual se traduz em autonomia administrativa e financeira, que não patrimonial (pois que, obviamente, não tendo personalidade jurídica, não possuem património próprio, estando assim, e em princípio, impedidos de ser titulares de direitos e obrigações em nome próprio). Um elucidativo apanhado dos caracteres que os enformam pode ser mobilizado no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2013, de 05.06, proferido que foi no âmbito do

actos e que suportam, em termos finais, os efeitos jurídicos por eles produzidos, detendo o seu património, os seus trabalhadores, enfim, e que, uma vez constituídas, adquirem a sua “vida própria”<sup>35</sup> – sem prejuízo, porém e como a seu tempo se explicitará, da *supremacia (inter) municipal* que sobre elas é exercida.

Ouçamos, aliás e em discurso directo, o legislador, peremptório que é em estatuir que são empresas locais “*as sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em razão da verificação de um dos seguintes requisitos: a) detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização; c) qualquer outra forma de controlo de gestão*”<sup>36</sup>.

Dito isto:

## **II.1 – A empresa local de capitais integralmente públicos de natureza intermunicipal (Modelo I)**

### **1. Natureza e regime jurídico**

“*As empresas locais*” – prescreve o art. 19.º, n.º 4, da Lei n.º 50/2012 – “*são pessoas colectivas de direito privado, com natureza municipal, intermunicipal ou metropolitana, consoante a influência dominante prevista no n.º 1 seja exercida, respectivamente, por um município, dois ou mais municípios ou uma associação de municípios, independentemente*

---

processo n.º 02/2013-R, onde se plasma que estes serviços i) constituem uma forma de desenvolver a actividade empresarial local; ii) são geridos sob a forma empresarial; iii) não dispõem de personalidade jurídica; iv) possuem uma organização autónoma, mas integram a estrutura organizacional do município; v) têm orçamento próprio e elaboram documentos próprios de prestação de contas, sendo, portanto, uma entidade contabilística; vi) o seu orçamento é anexado ao orçamento municipal e inscrevem-se no orçamento municipal os totais das receitas e despesas os serviços municipalizados; vii) a sua contabilidade rege-se pelas regras aplicáveis aos respectivos municípios (POCAL); viii) as contas dos serviços municipalizados são consolidadas com as dos municípios a que pertencem; ix) as perdas que resultem da exploração são cobertas pelo orçamento municipal, pertencendo, igualmente, ao município quaisquer resultados positivos; x) os empréstimos necessários para financiar actividades dos serviços municipalizados obedecem às regras aplicáveis ao município e relevam da sua capacidade e para o seu nível de endividamento.

<sup>35</sup> Defende-o Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, pp. 50-51 e, no mesmo sentido, António Rebordão Montalvo, *op. cit.*, pp. 179-181.

<sup>36</sup> Cfr. o art. 19.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012, de 31.08, que aprova o regime jurídico da actividade empresarial local e das participações locais, revogando as Leis n.ºs 53-F/2006, de 29.12, e 55/2001, de 15.11.

*da respectiva tipologia, ou uma área metropolitana."*

Ora, desta norma três notas se podem, desde já, retirar<sup>37</sup>.

A primeira é que as empresas locais são constituídas, ou participadas, no formato societário e, assim, nos moldes da lei comercial, detendo, por conseguinte, o estatuto de pessoa colectiva de direito privado<sup>38</sup>.

A segunda é que elas são entidades administrativas, integrando institucionalmente a administração pública e pertencendo ao sector público, sendo que, na dicotomia entre Estado e Sociedade, elas surgem integradas na esfera do Estado<sup>39</sup>.

A terceira é que, apesar da sua qualificação como sociedades comerciais e de, em regra, elas serem consonantemente reguladas pelo direito privado<sup>40</sup>, casos há que – como *longa manus* ou lastro de continuidade que a empresa local corporiza (ou como empresa do sector público que efectivamente é) – reclamam a efectiva sujeição a um regime de direito público<sup>41</sup>.

Precisamente, e sendo pragmáticos, aqueles em que exista comando legislativo nesse sentido<sup>42</sup> ou, note-se bem, sempre que esteja em causa o exercício de poderes públicos de autoridade. Aqui, em qualquer um dos casos assinalados, a submissão ao direito administrativo é, incontornavelmente, imperativa<sup>43</sup> (como imperativas são, aliás, as condições que a delegação de poderes deve observar<sup>44</sup>).

<sup>37</sup> Dando nota que na Europa ocidental o número de empresas públicas locais tem crescido exponencialmente, estimando-se actualmente o seu número em cerca de 12.000, das quais 3500 na Alemanha, 1500 na Suécia e na Noruega, 1400 na Áustria, 1300 em França e 1000 em Itália e em Espanha, cfr. António Rebordão Montalvo, *op. cit.*, p. 181.

<sup>38</sup> Cfr. o art. 19.º, n.º 4, da Lei n.º 50/2012. Como salienta Carlos José Batalhão, esta lei veio colocar o ponto final na velha querela da natureza jurídica deste tipo de entidades, pois o legislador expressamente considera agora e definitivamente as empresas locais como pessoas colectivas de direito privado, com natureza municipal (ou intermunicipal ou metropolitana), cfr. A. *cit.*, *Empresas Municipais, S.A. ("S." de Sociedades, "A" de Anómalas) e a Aplicação do CIRE*, Braga, AEDRL, 2015, pp. 64-65.

<sup>39</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 208.

<sup>40</sup> Isto, quando a Lei n.º 50/2012 ou o capítulo V do DL n.º 133/2013, de 03.10 (diploma que aprova o novo regime jurídico do sector público empresarial) ou até outra lei especial a tal se não oponham, cfr. art. 21.º da aludida Lei n.º 50/2012.

<sup>41</sup> Falando, a propósito, de *direito administrativo societário* ou de *sociedades comerciais de regime especial*, v. Pedro Gonçalves (*Regime...*, *cit.*, p. 191), Autor para quem o simples facto de a lei pretender regular, em termos específicos, sociedades criadas e dominadas pelos municípios e por outras entidades públicas locais revela, de uma forma muito nítida, um propósito típico de direito público (v., neste sentido e também da autoria deste Professor, *Natureza Jurídica das sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos* in *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 84*, Braga, Cejur, 2010, pp. 14 e ss., em especial pp. 28-29).

<sup>42</sup> Caso ilustrativo do pessoal com relação jurídica de emprego público (cfr. o art. 29.º da Lei n.º 50/2012), mas também da obrigatória sujeição às regras de contratação pública (cfr. o art. 33.º do diploma citado).

<sup>43</sup> V. Pedro Gonçalves, *Regime ...*, *cit.*, p. 98 e pp. 210 e ss.

<sup>44</sup> Cfr. *infra*.

Não sendo, pois, de *estranhar* a existência de toda uma panóplia de (acrescidas) especificidades que assim distanciam a disciplina da empresa local do regime de direito privado e, em particular, da lei comercial<sup>45</sup>.

Só alguns exemplos:

- i) a empresa local em estudo apenas pode ter exclusivamente como objecto a exploração das actividades que a lei elenca e não quaisquer outras;
- ii) ela não pode, concomitantemente, ser constituída para a prossecução de actividades de natureza exclusivamente administrativa ou com intuito exclusivamente mercantil, não podendo, de igual modo, adquirir participações que nela lhe confirmem uma influência dominante (o que é o mesmo que dizer que não pode haver uma delegação genérica de poderes na empresa ou visar-se, em primeira linha, o escopo lucrativo)<sup>46</sup>;
- iii) a empresa local, bem como a aquisição de participações que confirmem uma influência dominante, só pode ser constituída através de deliberação dos órgãos deliberativos, e sob proposta dos respectivos órgãos executivos (o que sucede também nas hipóteses de alienação da totalidade, ou parte, do capital social, bem como nos casos da sua dissolução, transformação, integração, fusão ou internalização);
- iv) o “interesse social” da empresa local deve coincidir, total ou parcialmente, com o interesse público que justificou a sua criação;
- v) a não ser que se trate de associações que prossigam fins não lucrativos de representação dos agentes do sector de actividade económica em que actua a empresa local, ela não pode, em princípio, constituir ou adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais nem criar ou participar em associações, fundações ou cooperativas;
- vi) a empresa local deve apresentar resultados anuais equilibrados;

<sup>45</sup> Falando, assim, em *sociedades de regime especial*, Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp. 88 e ss. ou em *regime extravagante*, Carlos José Batalhão, *op. cit.*, p. 84, Autor para quem as *empresas municipais*, mesmo que constituídas sob a forma de sociedades anónimas, não estão, ou não devem estar, submetidas ao mesmo regime de insolvência ou de recuperação de empresas das sociedades comerciais, (*idem*, pp. 101 e 105 e ss.).

<sup>46</sup> O propósito do legislador é proibir a criação de empresas com o objectivo primário da obtenção de proveitos, sendo que este objectivo, a existir, tem que estar enquadrado na realização de objectivos de interesse público e estará sempre em segundo plano. O escopo primordial, em todos os casos, tem, pois, de consistir na procura da realização economicamente sustentada e eficiente de actividades que se enquadrem num dos objectivos legalmente possíveis das empresas locais, cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp. 132-133. Contra, Freitas do Amaral, *op. cit.*, p. 394.

- vii) a denominação da empresa local terá de ser acompanhada da indicação EM, EIM ou EMT, consoante a sua natureza municipal, intermunicipal ou metropolitana;
- viii) a empresa local dispõe sempre de um fiscal único;
- ix) a empresa local está sujeita, a par com a fiscalização municipal, a controlo financeiro destinado a averiguar da legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão, o qual compete à Inspeção-Geral de Finanças (em primeira mão) e ao Tribunal de Contas;
- x) a empresa local não pode conceder empréstimos a favor dos sócios nem prestar quaisquer formas de garantias (não podendo também as entidades públicas participantes conceder empréstimos às empresas locais)<sup>47</sup>;
- xi) ao estatuto do gestor da empresa local é aplicável o regime decorrente do art. 30.º da Lei n.º 50/2012, mas também o Estatuto do Gestor Público<sup>48</sup>, gestor este que se encontra adstrito ao cumprimento de objectivos e de metas definidos pelos municípios.

A algumas destas especificidades<sup>49</sup> teremos oportunidade de regressar quando versarmos sobre as concretas implicações que a adopção deste modelo acarreta para a entidade que a constitui<sup>50</sup>.

Por último, e como foi afluído, resta referir que as empresas locais se regem pela Lei do Sector Empresarial Local (Lei n.º 50/2012), pelas normas imperativas do capítulo V (arts. 62.º a 67.º) e arts. 16.º, 18.º, 22.º, 3.º, 40.º a 47.º e 49.º a 54.º do DL n.º 133/2013 (regime do sector empresarial do Estado) e depois, em tudo o que não estiver regulado nestes diplomas, pela lei comercial, pelos estatutos e pelas demais normas do DL n.º 133/2013.

---

<sup>47</sup> Segundo João Pacheco de Amorim, a sujeição dos empréstimos contraídos a médio e longo prazo pelas *empresas públicas municipais* aos limites da capacidade de endividamento de cada município acaba por constituir uma intolerável restrição da capacidade municipal de financiamento para os grandes projectos de implementação de infra-estruturas (com raras excepções), estrangimento que, no seu entender, constitui a única justificação que tem levado não poucos municípios a concessionar a empresas privadas a exploração dos grandes serviços públicos de abastecimento de água e de saneamento, cfr. A. *cit.*, *As Empresas Públicas No Direito Português – Em Especial, As Empresas Municipais*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 79-80.

<sup>48</sup> V. o DL n.º 71/2007, de 27.03, na sua redacção actual.

<sup>49</sup> Constantes que são, respectivamente, dos arts. 20.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4; 22.º, n.º 1; 61.º; 31.º; 35.º; 37.º; 38.º; 68.º; 40.º; 19.º, n.º 4; 25.º, n.º 2; 39.º; 41.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 50/2012.

<sup>50</sup> Cfr., *infra*.

## 2. Procedimento administrativo para a sua constituição

São duas, em regra<sup>51</sup>, as etapas em que se desdobra a criação de uma empresa local de natureza municipal ou intermunicipal: uma primeira relativa à formação da decisão em constituir uma empresa deste jaez e uma segunda correspondente à sua criação propriamente dita.

O ponto de partida em que se alicerça a fase da decisão *constituinte* corresponde, pois e liminarmente, à escolha do modelo de gestão que em concreto se pretende implementar, seguida que é da *tomada de posição* quanto à forma como a empresa será gerida (por exemplo, se contará com a intervenção de outras entidades, sejam elas públicas ou privadas).

Trata-se de uma etapa procedimental propulsiva que se reveste de importância fundamental<sup>52</sup>, na medida em que ela terá sempre que observar três grandes, digamos assim, traves-mestras.

*Primo*, a prossecução de um interesse público, através de uma actividade *empresariável* (despida, portanto de intuito primordialmente lucrativo)<sup>53</sup>.

*Secundo*, a concreta actividade a exercer tem de se reconduzir aos tipos legais de objectos susceptíveis de serem confiados às empresas (no que releva, a actividades de interesse geral), actuação vinculada esta que, por conseguinte, impede a Administração municipal de enveredar por qualquer outro modelo que não o que esteja prescrito por lei e impõe, desde logo, a observância dos princípios legislativamente enunciados<sup>54-55</sup>.

*Tertio*, ela deve ser obrigatoriamente precedida de um rol de estudos eminentemente técnicos que evidencie a conveniência, ou mais-valia, de uma gestão subtraída à gestão directa<sup>56</sup> e tudo, de resto, sob pena de nulidade e de responsabilidade financeira<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> *Em regra*, porque casos haverá em que se procede à inclusão de um parceiro privado. Desta matéria nos ocuparemos a seu tempo.

<sup>52</sup> Inclusivamente, porque, a haver alguma ilegalidade nesta fase (pensamos aqui em ilegalidades geradoras de nulidade), ela poderá inquinar o contrato de sociedade celebrado, o que é tudo menos desprezível.

<sup>53</sup> Cfr. o art. 20.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012. João Pacheco de Amorim (*op. cit.*, p. 102) fala mesmo num *especial* dever de fundamentação.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> São empresas locais de gestão de serviços de interesse geral “aquelas que, assegurando a universalidade, a continuidade dos serviços prestados, a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, a coesão económica e social local ou regional e a protecção dos utentes, e, sem prejuízo da eficiência económica, no respeito pelos princípios da não discriminação e da transparência, tenham exclusivamente por objecto uma ou mais das seguintes actividades (...) c) abastecimento público de água; d) saneamento de águas residuais urbanas”, cfr. o art. 45.º da Lei n.º 50/2012; cfr., também, o art. 46.º deste diploma.

<sup>56</sup> V. os arts. 6.º e 32.º da Lei n.º 50/2012 e o art. 63.º do DL n.º 133/2012.

<sup>57</sup> V. os arts. 20.º, n.º 6, e 32.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012. Mais difícil será descortinar o que pretende traduzir o legislador com estas *sanções*, pois que é notória a ausência de

Esquemáticamente, temos assim que:

1) o órgão executivo (câmara municipal, conselho intermunicipal ou conselho directivo, consoante o caso) apresenta uma proposta de constituição da empresa local, cujo fito essencial reside em demonstrar que o objecto se enquadra nas atribuições municipais e que o escopo essencial não reside na obtenção de lucro<sup>58-59</sup>.

Para o efeito, ela deve estar munida do projecto de estatutos da empresa, bem como de todos os (fundamentais) estudos técnicos e diligências que o art. 32.º da Lei n.º 50/2012 exige<sup>60</sup>.

Ou seja, e nomeadamente, do plano do projecto, na óptica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades<sup>61</sup>. Como? Através da identificação, por município, dos ganhos de qualidade e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da actividade através de uma entidade empresarial, devendo ainda incluir-se a justificação das necessidades que se pretendem satisfazer com a empresa local, a demonstração da existência de procura actual ou futura, a avaliação dos efeitos da actividade da empresa sobre as contas e a estrutura do benefício social resultante para o conjunto dos cidadãos<sup>62</sup>.

---

regulamentação a este respeito. Não obstante, sempre se diga que partilhamos da opinião de Pedro Gonçalves (*Regime...*, *cit.*, pp. 120-121) quando sustenta que a decisão de criação da empresa será nula e haverá lugar a responsabilidade financeira (i) nos casos de total ausência de estudos técnicos; (ii) quando, embora efectuados, os estudos apresentam um carácter ostensivamente incompleto e desinformado; (iii) se, apesar de os estudos não darem o aval à criação da empresa (por não demonstrarem a satisfação das condições que a lei exige), o órgão deliberativo decida, ainda assim, criar a empresa. Por outro lado, e quanto à responsabilização financeira, apesar da forte intervenção do órgão executivo, a verdade é que quem decide é o órgão deliberativo, devendo, por conseguinte, o mesmo (os seus membros) com ela arcar.

<sup>58</sup> Cfr. o art. 22.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012; cfr., de igual modo, o art. 69.º, n.º 2, deste diploma, o art. 18.º do DL n.º 194/2009 e o art. 90.º, n.º 1, al. m) da Lei n.º 75/2013.

<sup>59</sup> A este passo deve notar-se que o último normativo referido na precedente nota 58 estatui que o conselho intermunicipal *autoriza*, o que pareceria dispensar a intervenção do órgão deliberativo. No entanto, assim não se deverá entender, ou seja, devem intervir os órgãos deliberativos, na medida em que a primeira das leis citadas, a 50/2012, é uma lei específica para este tipo de actividade de que tratamos e, assim, prevalece sobre a lei geral.

<sup>60</sup> E, tudo sopesado, o que se verifica é que só aqui, em função do que se apurar através destes concretos estudos, se estará em condições de se optar por um modelo desta natureza em detrimento da gestão directa.

<sup>61</sup> Em cuja aferição deve entrar a contabilização dos benefícios advenientes da detenção de um direito especial ou exclusivo.

<sup>62</sup> Defendendo que a viabilidade e a racionalidade económicas exigidas devem ser interpretadas com alguma moderação, sob pena de a ponderação requerida se volver num obstáculo excessivo à criação destas empresas, v. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 118, Autor para quem a viabilidade económica não deverá ser interpretada com o sentido de uma exigência de demonstração de que a empresa venha a apresentar uma margem

De notar, ademais, que esta proposta deve ainda ser obrigatoriamente acompanhada de pronúncia emanada pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, que sobre ela deve ser ouvida<sup>63</sup>.

2) apreciada a proposta, e colhendo a mesma a sua concordância, o órgão deliberativo (assembleia municipal, assembleia intermunicipal ou o órgão deliberativo da associação) aprova-a, tomando, assim mesmo, a decisão de criação;

3) deliberada a criação da empresa, habilitado está a presidência do órgão executivo a celebrar o contrato de constituição da empresa, cuja minuta, realce-se, está sujeita a fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas<sup>64</sup>.

Depois, os trâmites subsequentes resumem-se, por assim dizer:

- a) na efectiva realização do contrato segundo as regras do Código das Sociedades Comerciais – devendo aqui atentar-se que é obrigatório adoptar um dos tipos de sociedade comercial de responsabilidade limitada que este diploma institui: sociedades unipessoais por quotas ou sociedades anónimas e de cujas acções seja a única titular<sup>65</sup>;
- b) na comunicação da sua criação, e no prazo de quinze dias, à Inspecção-Geral das Finanças, à Direcção-Geral das Autarquias, à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos e à Conservatória do Registo Comercial competente<sup>66</sup>.

E é nesta *dinâmica* que, criada a empresa, ou a entidade gestora, é chegada a hora de atendermos à forma como ela regula *a sua vida*.

Assim:

---

positiva de exploração (gerando proveitos suficientes para cobrir os custos), mas antes devendo assentar numa ponderação que considere a eventual directriz ou orientação no sentido de a empresa praticar preços inferiores aos custos.

<sup>63</sup> E sob a cominação de nulidade, cfr. o art. 11.º, n.ºs 6 e 7 do DL n.º 194/2009. Para um estudo do regime jurídico e das atribuições e controlo dos actos da ERSAR, se bem que com as devidas adaptações face ao novo universo legislativo, v. Maria Fernanda Maças/Luís Guilherme Catarino/Joaquim Cardoso da Costa, *O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico-Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 319-443.

<sup>64</sup> Cfr. o art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012. V., a propósito, a Instrução n.º 1/2013, de 22. 11, 2.ª Secção do Tribunal de Contas, que define recomendações para a organização e documentação das contas das empresas locais sujeitas à Lei n.º 50/2012.

<sup>65</sup> Cfr. o art. 19.º, n.ºs 2, 3 e 6 da Lei n.º 50/2012.

<sup>66</sup> V. o art. 22.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 50/2012. Acrescente-se que se ignora, de todo, a exigência de comunicação à Conservatória (a ocorrer, ao que supomos e por analogia, no sobredito prazo de quinze dias).

### 3. Caracteres

#### 3.1 Objecto social, gestão e princípios orientadores

Sob a epígrafe *Objecto social*, estipula o art. 20.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 50/2012 que as empresas *têm como objecto exclusivo a exploração de actividades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional de forma tendencialmente autossustentável, sendo proibida a constituição de empresas locais para a prossecução de actividades de natureza exclusivamente administrativa ou com intuito exclusivamente mercantil*, proibição que abrange a aquisição de participações pelas entidades públicas participantes que confirmam uma influência dominante, nos termos do disposto na presente lei. Mais prescrevendo, no seu n.º 4, *que não podem ser constituídas empresas locais nem adquiridas participações que confirmam uma influência dominante, nos termos previstos na presente lei, cujo objecto social não se insira nas atribuições dos respetivos municípios, associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, ou áreas metropolitanas*.

Significa isto, essencialmente, que o objecto típico das empresas locais, tal como a que nos ocupa, consiste na exploração das taxativas actividades elencadas (e só nelas, portanto), objecto este que deve ser definido com clareza e precisão<sup>67</sup> e que é espartilhado por dois grandes limites negativos: por um lado, tais actividades têm que se enquadrar nas atribuições municipais e, por outro, estas não podem consistir na prossecução de actividades de natureza exclusivamente administrativa ou exclusivamente lucrativa.

Dito de outro modo, a empresa local somente poderá, à partida, actuar na área de jurisdição territorial dos municípios envolvidos<sup>68</sup>, somente poderá prosseguir actividades indissociáveis do exercício de poderes próprios da função administrativa (que não actividades de oferta de bens e serviços, em abstracto susceptíveis de serem desenvolvidas em regime de mercado com o propósito de realização de um lucro) e somente poderá revestir um propósito lucrativo em segundo, e eventual, plano<sup>69</sup>. E tudo, claro está, em compaginada observância dos *objectivos*

---

<sup>67</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos e com actualidade, Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp 140-141, Autor para quem a indicação de que a empresa se ocupará de actividades de interesse geral, por exemplo, é obviamente insuficiente.

<sup>68</sup> Para Pedro Gonçalves, o princípio da territorialidade é, de facto, o princípio de que se deve partir, sendo certo que, nesta sua dimensão de *princípio*, poderá sofrer alguns desvios para acomodar, em termos razoáveis, o tratamento de situações especiais, cfr. A. cit., *Regime...*, cit., p.p.136-137.

<sup>69</sup> V. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp., respectivamente, 137 e ss. e 131-134.

*prosseguidos pelas entidades públicas participantes no respectivo capital social, visando a satisfação das necessidades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, assegurando a viabilidade económica e o equilíbrio financeiro*<sup>70</sup>.

Ou seja, nunca por nunca pode a empresa deixar de prosseguir o mesmo fim, ou interesse público, que presidiu (e assim deverá presidir) a sua constituição – e daí a sujeição aos objectivos e metas traçados pelos municípios (*aqui e ali* concretizada pelo punho do legislador<sup>71</sup>) -, devendo, para o efeito, e agora numa óptica de cunho economicista (mas interligada com o primeiro), adoptar padrões de eficiência e de racionalidade económica, de modo a, e na medida do possível, assegurar o equilíbrio das contas (ou, se se preferir, por forma a evitar a ocorrência de resultados negativos)<sup>72</sup>.

E é com uma pré-compreensão destes *princípios-chave* de gestão que emolduram a empresa municipal ou intermunicipal (*articulação com os objectivos do município e garantia do equilíbrio financeiro*) que avançaremos no presente estudo.

Mas não sem deixar consignadas duas últimas notas.

Uma, no sentido de que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse geral, como é a situação vertente, estão adstritas, por forma a cumprir a sua missão, aos princípios enumerados no art. 46.º da Lei n.º 50/2012, competindo aos municípios proceder à identificação clara das orientações aplicáveis, plasmando-as quer nos estatutos da empresa, quer no contrato de gestão<sup>73</sup>.

Outra, com o alcance de se frisar que o gestor local está sujeito às regras sobre incompatibilidades e remunerações consagradas no art. 30.º, n.ºs 1, 2 e 3 da Lei n.º 50/2012, encontrando-se a sua disciplina fundamental regulada pelo Estatuto do Gestor Público<sup>74</sup>, gestor este com qual deve

---

<sup>70</sup> Cfr. o art. 31.º da Lei n.º 50/2012 (*Princípios de gestão*), mas também o vertido no art. 49.º, sob a epígrafe *Responsabilidade social*, do DL n.º 133/2012: as empresas devem prosseguir *objectivos de responsabilidade social e ambiental, a protecção dos consumidores, o investimento na valorização profissional, a promoção da igualdade e da não discriminação, a protecção do ambiente e o respeito por princípios de legalidade e ética empresarial*.

<sup>71</sup> No contrato de gestão com os gestores, nas orientações anuais definidas na assembleia geral e no contrato de gestão entre os municípios e a empresa, cfr. o art. 37.º, n.º 4, da Lei n.º 50/2012 e o que *infra* se concretizará a este propósito.

<sup>72</sup> Neste preciso sentido v. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, pp. 163-166.

<sup>73</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, pp. 166-167. Tal constará já, aliás e como deve, da proposta e da subsequente deliberação de constituição da empresa.

<sup>74</sup> *Ex vi* do n.º 4 do art. 30.º da Lei n.º 50/2012, e com excepção das relativas ao recrutamento e selecção nelas previsto, quando ele integre os órgãos de gestão ou de administração da respectiva empresa ou quando em causa esteja o exercício não remunerado de funções. O Estatuto do Gestor Público encontra-se regulado pelo DL n.º 71/2007, de 27.03,

ser celebrado um contrato de gestão para o efeito<sup>75</sup> e que está sujeito ao cumprimento das orientações estratégicas traçadas pelos municípios (podendo, aliás, sofrer penalizações caso não cumpra os objectivos e metas estipulados, relevantes que são para a sua avaliação de desempenho)<sup>76-77</sup>.

### **3.2. Implicações estatutárias e parassociais**

No que toca à matéria estatutária (digamos assim) avultam as seguintes directrizes constantes do art. 25.º da Lei n.º 50/2012:

- a) os direitos societários nas empresas locais são regulados nos termos das sociedades comerciais, de acordo com as orientações estratégicas legalmente previstas;
- b) as empresas locais dispõem sempre de uma assembleia geral e de um fiscal único;
- c) só um dos membros do órgão de gestão ou de administração pode assumir funções remuneradas (a não ser no caso do n.º 4 do art. 25.º);
- d) o fiscal único tem que ser sempre um revisor oficial de contas ou uma sociedade de revisores oficiais de contas;
- e) os membros da assembleia geral não são remunerados;
- f) dos estatutos deve constar a existência de delegação e o rol de poderes delegados<sup>78</sup>.

Directrizes a que acrescem as constantes dos arts. 51.º e 52.º do DL n.º 133/2012, que, destinadas a prevenir a ocorrência de conflitos de interesse, impõem:

- i) que os membros dos órgãos de administração se devem abster de intervir nas decisões que envolvam os seus próprios interesses (designadamente na aprovação de despesas por si realizadas);
- ii) que estes membros, no início de cada mandato, devem declarar aos órgãos de administração, de fiscalização e à Inspecção-Geral das Finanças, quaisquer participações que detenham na empresa, assim como quaisquer relações que mantenham com os seus fornecedores, clientes, instituições financeiras ou quaisquer outros

---

na sua redacção actual e, assim, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 39/2016, de 28.07.

<sup>75</sup> V. o art. 37.º, n.º 4, da Lei n.º 50/2012 (aliás parco quanto a esta matéria, visto se limitar a aludir à existência deste contrato).

<sup>76</sup> Cfr. o sobredito art. 37.º, n.º 4, da Lei n.º 50/2012.

<sup>77</sup> Para mais desenvolvimentos, e com actualidade, v. Pedro Gonçalves, *Regime..., cit.*, pp. 149-162.

<sup>78</sup> Cfr. art. 27.º, nºs 1 e 2 da citada lei.

parceiros de negócio, susceptíveis de gerar conflitos de interesse, declarações estas que não prejudicam os deveres de informação legalmente aplicáveis.

Por seu turno, e no que às implicações parassociais concerne, haverá que *acomodar* nos estatutos as regras atinentes com:

- a) a designação do representante do órgão executivo na assembleia geral da empresa;
- b) a designação do fiscal único, que é da competência do órgão deliberativo, sob proposta do órgão executivo,
- c) a designação dos elementos, no máximo de três, que compõem a mesa da assembleia geral;
- d) a designação da composição do órgão de gestão ou de administração da empresa local, composto que é por um presidente e um máximo de dois vogais<sup>79</sup>;
- e) a duração do mandato dos órgãos de gestão e de administração<sup>80</sup>;
- f) a duração da empresa local (quanto à sua constituição);
- g) as regras quanto ao *quorum*;
- h) as regras sobre as formas de votação.

Em resenha, diremos que a administração e a fiscalização da empresa se estruturam segundo a lei comercial, detendo as competências previstas no Código das Sociedades Comerciais, devendo os estatutos regular, naturalmente em obediência ao quadro normativo aplicável, as competências e modos de designação e de funcionamento dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, salvaguardadas as particularidades de que passaremos a dar nota.

### **3.3 Relações**

#### **3.3.1 Entre os municípios-sócios e a empresa**

Como se disse a seu tempo, na medida em que os municípios<sup>81</sup> exercem, e imperativamente, uma *influência dominante* sobre as empresas locais<sup>82</sup>, é manifesto que entre eles se estabelecem relações societárias,

---

<sup>79</sup> Cfr. o art. 25.º da Lei n.º 50/2012.

<sup>80</sup> V. o art. 37.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012.

<sup>81</sup> Ora (já se o viu), porque detêm a maioria do capital ou dos direitos de voto, ora porque possuem o direito de designar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de gestão, de administração ou fiscalização, ora porque detêm qualquer outra forma de controlo de gestão.

<sup>82</sup> Registe-se que se trata de um efectivo dever que impende sobre os municípios de colocar no terreno os seus poderes e direitos de supremacia sobre a empresa e não de

relacionando-se, pois, o município com a empresa local na sua qualidade de sócio ou entidade participante no exercício da assim denominada *função accionista*<sup>83</sup>.

Trata-se de uma relação a que são aplicáveis, em larga escala, as normas em vigor para as sociedades comerciais: enquanto sócios, os municípios surgem investidos no estatuto comum dos sócios, orientando e fiscalizando directamente a empresa e em conformidade com as orientações estratégicas fixadas. E é por isso que, enquanto sócios, eles integram a assembleia geral, a quem compete exercer os seus direitos, a começar por eleger os membros dos órgãos de gestão ou de administração<sup>84</sup>.

De realçar, contudo, que a aplicação da lei comercial sofre aqui algumas excepções: uma, decorrente da supremacia jurídica dos municípios enquanto sócios (supremacia que tem como fonte a lei); outra, atinente com as que se relacionam com o regime especial de *consolidação financeira*, que *obriga* os municípios a efectuar transferências financeiras que reponham o equilíbrio de exploração da empresa e com o facto, associado a esse regime, de os empréstimos contraídos pelas empresas relevarem para os limites da capacidade de endividamento dos municípios<sup>85</sup>.

### 3.3.2 Contratuais

Apesar de participadas e sob a influência dominante de municípios, as empresas locais não se confundem com eles, consubstanciando entidades juridicamente (pelo menos num plano formal) diferentes — podendo, por isso mesmo, celebrar contratos entre si<sup>86</sup>.

E é, aliás, a própria Lei n.º 50/2012 (art. 47.º) que recorre à figura dos *contratos-programa* sempre que em causa esteja, no que releva para a nossa análise, a prestação de serviços de interesse geral.

Em causa estão, e *a lápis grosso*<sup>87</sup>, contratos cuja celebração é necessária e prévia à aludida prestação (adicionalmente de comunicação obrigatória à Inspecção-Geral das Finanças e ao Tribunal de Contas, quando não sujeito a visto prévio) e da lavra do órgão deliberativo, sob proposta do órgão executivo, e que devem *definir detalhadamente o fundamento*

---

uma faculdade de opção entre exercê-lo ou não, exigência que decorre da lei que lhe atribui tais direitos e deveres e decorria já do princípio democrático. Cfr., se dúvidas houvesse, Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 198.

<sup>83</sup> Cfr. o art. 25.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012, e os arts. 40.º a 42.º e 62.º do DL n.º 133/2012.

<sup>84</sup> Cfr. os arts. 24.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012.

<sup>85</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 172.

<sup>86</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 172.

<sup>87</sup> Para uma análise mais detalhada v. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, pp. 174 e ss.

*da necessidade do estabelecimento da relação contratual, a sua finalidade, os montantes dos subsídios à exploração, assim como a eficácia e eficiência que se pretende atingir com a mesma, concretizando um conjunto de indicadores que permitam medir a realização dos objectivos sectoriais, bem como devem regular os moldes em que se processam as transferências financeiras dos municípios para a empresa sempre que exista a pretensão de desenvolver políticas de preços das quais decorram receitas operacionais anuais inferiores aos custos anuais<sup>88</sup>, termos estes que deverão estar alicerçados numa justificação objectiva e na dependência da *adopção de sistemas de contabilidade analítica onde se identifique a diferença entre o desenvolvimento da actividade a preços de mercado e o preço subsidiado na óptica do interesse geral.**

Neste contexto – e sendo certo que à realização destes contratos, no caso vertente (capitais exclusivamente públicos sob a influência municipal), se não exige o apelo à concorrência e respectivas regras, dado em causa estar uma relação *in house* e, portanto, sem qualquer parceiro privado – pode-se afirmar, em uníssono com a doutrina, que os contratos-programa reforçam a legitimidade da actuação das empresas no desenvolvimento do respectivo objecto, além de delimitarem e consolidarem este mesmo objecto e constituírem uma peça essencial para a transparência das relações financeiras entre o(s) município(s) e a empresa<sup>89</sup>.

### **3.3.3 A especial relação de supremacia**

Precisamente porque os municípios estão posicionados numa situação jurídica de supremacia jurídica sobre a empresa local, a lei dota-os de distintos mecanismos para a concretizar, como seja as fundamentais *orientações estratégicas*, que, longe de constituírem meras linhas programáticas, devem definir os objectivos a prosseguir e a forma da sua prossecução, contendo metas quantificadas e contemplando a celebração de contratos-programa (também eles, portanto, instrumento de controlo do funcionamento da empresa por bandas dos municípios)<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Note-se que, nos termos do art. 36.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 50/2012, os contratos-programa não podem ser utilizados como instrumento jurídico de adjudicação de aquisições de bens ou serviços, locações, fornecimentos ou empreitadas, além de que a contratação relativa a tais adjudicações não pode também originar transferências de quaisquer quantias, pelas entidades públicas participantes, para além das devidas pela prestação contratual das empresas locais a preços de mercado.

<sup>89</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., p. 176.

<sup>90</sup> Cfr. o art. 37.º da Lei n.º 50/2012.

A esta forma de controlo soma-se, a par com o contrato de sociedade firmado<sup>91</sup>, e entre o mais<sup>92</sup>, o acompanhamento e a fiscalização municipais (para o que a empresa deve respeitar os específicos deveres de informação a que alude o art. 42.º da Lei n.º 50/2012 e os arts. 53.º e 54.º do DL n.º 133/2012) e, bem assim e de não somenos importância, o exercício de poderes públicos de autoridade decorrentes da delegação operada para o efeito.

Efectivamente, a lei autoriza os municípios a delegarem poderes<sup>93</sup> — elencados no art. 24.º do DL n.º 194/2009 e, ainda, no art. 22.º do DL n.º 133/2012<sup>94</sup> — nas empresas locais como a que nos prende a atenção, desde que tal faculdade conste expressamente quer na deliberação que determinou a sua constituição, quer nos respectivos estatutos.

Esta delegação é, naturalmente, efectuada através da celebração de um contrato de gestão delegada entre os municípios e a empresa local *delegatária*, cujo conteúdo e termos deve respeitar as específicas prescrições constantes dos arts. 20.º a 23.º do DL n.º 194/2009<sup>95</sup> (incluindo a audição da ERSAR), sendo que o seu não exercício (dos poderes delegados) dá lugar à respectiva e imediata avocação pelos municípios, podendo mesmo implicar a dissolução da empresa local<sup>96,97</sup>.

#### **3.3.4. Com o pessoal**

Segundo o art. 28.º da Lei n.º 50/2012, o estatuto do pessoal das empresas é o do regime do contrato individual de trabalho (sendo assim o mesmo regulado pelo direito privado), podendo, contudo, haver lugar a

---

<sup>91</sup> Contrato que reveste natureza jurídico-administrativa e que investe a entidade pública contratante dos poderes legais de conformação da relação contratual e que inexoravelmente se repercutem na empresa.

<sup>92</sup> Uma vez que o controlo e orientação se efectuam também através da função accionista e dos contratos com os gestores e sua avaliação, cfr. *supra* o que se disse a este respeito.

<sup>93</sup> Sobre alguns problemas que esta matéria suscita, v., sempre com actualidade, Pedro Gonçalves, *Regime...cit.*, pp. 216-218.

<sup>94</sup> Como seja, por exemplo, os atinentes com expropriações de utilidade pública; de utilização, protecção e gestão das infraestruturas afectas ao serviço público e o licenciamento e concessão, nos termos da legislação aplicável, da utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer actividade nos terrenos, edificações e outras infraestruturas que lhe estejam afectas. Mister é que estes poderes sejam atribuídos por diploma legal (e se trate de situações excepcionais e na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público) ou constem do contrato, cfr. n.º 5 do sobredito art. 22.º.

<sup>95</sup> Que, ao que parece, observa os limites negativos de que nos fala Pedro Gonçalves a fls. 218-220, cfr. *Regime..., cit.*

<sup>96</sup> Cfr. o art. 27.º, n.º 3, da Lei n.º 50/2012.

<sup>97</sup> Sobre a revisão do contrato de gestão delegada e as consequências da sua revogação v. os arts. 29.º e 30.º do DL n.º 194/2009.

exercício de funções por parte de trabalhadores que exercem funções públicas através de acordo de cedência de interesse público (aplicando-se, então, as regras de direito administrativo)<sup>98</sup>.

De observar que ao pessoal é ainda aplicável o regime *público* do subsídio de refeição e do abono de ajudas de custo e transporte, da retribuição devida por trabalho suplementar e por trabalho nocturno (cfr. art. 18.º do DL n.º 133/2012), devendo a empresa local implementar políticas de recursos humanos orientadas para a sua valorização e promoção da igualdade<sup>99</sup>.

### 3.3.5 Financeiras

De entre o *menu* de relações que os municípios estabelecem com a empresa, outras de natureza financeira se estabelecem irrefragavelmente.

Assim, a empresa deve prestar (integrais e atempadas) contas aos municípios e a sua contabilidade deve ser organizada (cfr. arts. 42.º e 34.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012), sendo que, a par com a transparência dos fluxos financeiros, ela deve obediência às regras que os limitam — é o ilustrativo caso do art. 36.º (com excepção dos casos previstos no art. 47.º, n.º 3, que estatui que não são admissíveis subsídios), bem como a obrigação imposta aos sócios das empresas de, na proporção da respectiva participação social, realizarem as transferências financeiras necessárias para equilibrar os resultados da exploração operacional, no caso de este se apresentar negativo (art. 40.º, n.º 1)<sup>100</sup>.

Acresce que, segundo o vertido no art. 22.º do DL n.º 194/2009, permanece da responsabilidade dos municípios o impacte financeiro decorrente da verificação dos riscos decorrentes dos atrasos na disponibilização dos bens do domínio municipal, da modificação unilateral do contrato (excepto as modificações impostas ao plano de investimentos) e dos casos de força maior cujos efeitos se produzam independentemente da vontade da entidade gestora (*vg.*, desastres naturais, epidemias, conflitos armados e actos de terrorismo).

<sup>98</sup> Cfr. os arts. 28.º e 29.º da Lei n.º 50/2012.

<sup>99</sup> V. o art. 50.º do DL n.º 133/2012.

<sup>100</sup> Os n.ºs 3, 4, 6 e 7 do art. 40.º estipulam, para os sócios de direito público, obrigações conexas no âmbito da orçamentação dos montantes previsionais necessários à cobertura dos prejuízos da empresa, consagrando o n.º 5 uma regra para o caso de só poder aferir-se o equilíbrio da exploração da empresa numa óptica plurianual: nesta hipótese, a empresa deve apresentar à IGF e aos sócios de direito público um plano previsional de mapas de demonstração de fluxos de caixa líquidos actualizados na óptica do equilíbrio plurianual dos resultados de exploração. V. também, quanto a esta matéria, os arts. 16.º e 43.º a 47.º do DL n.º 133/2012, subsidiariamente aplicável.

Finalmente, os empréstimos contraídos pelas empresas locais, bem como o endividamento líquido das mesmas, relevam para os limites ao endividamento dos municípios, em caso, como se disse oportunamente, de incumprimento das regras de *consolidação* financeira.

### **3.3.6. Relações externas**

Nas suas relações externas — e, portanto, com terceiros que não as entidades públicas participantes — a empresa local actua, independentemente da sua natureza jurídica e em regra, segundo um regime de direito privado, podendo, muitas vezes, ver a sua actuação regulada pelo direito administrativo (cfr. *supra*). Nesta medida, a fiscalização judicial compete, em regra, aos tribunais da jurisdição comum.

### **3.3.7 De fiscalização**

A empresa local, como ressalta em larga medida do que se vem de consignar, está sujeita a controlo interno por parte dos municípios (mormente no que ao vector financeiro concerne)<sup>101</sup>, controlo este em que o fiscal único assume um papel de destaque<sup>102</sup> e que é efectuado de *braço dado* (no âmbito da relação tutelar municípios-Estado) com a Inspeção-Geral das Finanças<sup>103</sup>, estando de igual modo sujeita à fiscalização pelo Tribunal de Contas<sup>104</sup> e pelo regulador sectorial<sup>105-106</sup> (tal como, em última linha e como acabamos de ver, pelos tribunais).

## **4. Vantagens**

As principais mais-valias que a adopção deste modelo incorpora, justamente por envolver a entrega de responsabilidades públicas a uma empresa (*empresarialização*), assenta liminarmente na transformação do modelo de organização interna da administração no sentido de nela se introduzir uma racionalidade e uma cultura de tipo empresarial, gerencial ou *managerial* — por diferentes palavras, com foco nos *resultados* produzidos e, portanto, na eficiência e eficácia (que, por seu turno,

---

<sup>101</sup> Cfr. o art. 39.º, n.º 3, da Lei n.º 50/2012.

<sup>102</sup> Cfr. o art. 25.º, n.º 6, da Lei n.º 50/2012.

<sup>103</sup> V. também o art. 65.º do DL n.º 133/2012.

<sup>104</sup> Cfr. os arts. 2.º, n.º 2, 49.º, 50 e seguintes e 57.º e seguintes da Lei n.º 50/2012.

<sup>105</sup> V. desde logo, o art. 35.º da Lei n.º 50/2012.

<sup>106</sup> Não se esqueça, aliás e a este propósito, o papel da Direcção-Geral das Autarquias Locais, cfr. o art. 64.º do DL n.º 133/2012.

servem de instrumentos novos para o seu controlo (como, por exemplo, as auditorias e a avaliação dos dirigentes)<sup>107</sup>.

Segue-se, como consequência desta *internalização* de uma cultura empresarial no sistema administrativo, a concretização de uma outra vantagem, qual seja a da separação entre a *política e a administração*. Na verdade, considerando que aqui, neste modelo de gestão, os responsáveis políticos pela administração (eleitos pelo povo ou que perante o povo respondem) têm a incumbência de determinar as estratégias a seguir, os objectivos a realizar e as metas a alcançar pelos serviços administrativos, competindo aos dirigentes da empresa a implementação, com autonomia, das estratégias definidas e a escolha dos meios idóneos para alcançar os objectivos e as metas programadas, então este modelo permite separar o nível de *decisão política* do patamar da *decisão administrativa*, preconizando, pois, que a Administração paute a sua actuação pela neutralidade da racionalidade empresarial e económica e não pelos critérios políticos das maiorias de cada momento<sup>108</sup>.

Adicionalmente, mas sempre em estreita conexão com o que se vem de referir, respondendo a empresarialização ao interesse dos municípios em criar um *centro autónomo de decisão* e com *capacidade própria de acção* para a gestão de tarefas municipais — e portanto, um organismo destacado ou deslocado da organização interna dos municípios, sem a dependência hierárquica própria dos serviços (inter)municipais e com uma capacidade jurídica de que não dispõem os serviços (inter)municipalizados — é inequívoco que a criação da empresa, surgindo associada à lógica do fomento de uma certa *pluralidade organizativa* e da criação de uma *distância* do executivo em relação à gestão diária de certas tarefas da responsabilidade municipal, permite que os municípios sejam libertados das tarefas *day-to-day* e das decisões de gestão e de escolha dos meios às mesmas inerentes, enquanto mantêm na “estrutura política” a responsabilidade pela estratégia e pela definição de metas a atingir no desenvolvimento de certas actividades — assegurando, por conseguinte e numa frase, uma certa racionalização da acção municipal, concentrando nos órgãos eleitos as decisões essenciais<sup>109</sup>.

Depois, a criação da empresa comporta, em regras, outras dimensões, como é o caso da atenuação de alguns controlos públicos (vg. Tribunal de Contas), de uma certa flexibilização do regime jurídico (ora na dimensão externa, porquanto a empresa actua, também em regra, segundo o direito privado, ora na sua dimensão interna, posto que, além do mais,

<sup>107</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., p. 60.

<sup>108</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>109</sup> *Idem*, p. 61.

pode recrutar pessoal no regime do contrato individual de trabalho e dotar-se de um quadro de pessoal próprio)<sup>110</sup>.

E tudo — assim se entrando naquilo que poderemos designar de *quinta vantagem* — com base na afirmação da supremacia municipal no interior da empresa (quer a nível, como se viu, da qualidade de sócio e, assim, das orientações estratégicas, da aplicação aos gestores locais do EGP, do contrato de gestão com aquele gestor, dos contratos com a empresa, todos eles mecanismos ao serviço da orientação municipal da empresa); quer ao nível externo (e, portanto, no acompanhamento e fiscalização da empresa)<sup>111</sup>.

Isto, para além de a responsabilidade civil dos sócios perante os credores da sociedade ser limitada (não tendo, portanto, os municípios de suportar eventuais dívidas dos sócios à sociedade) e de inexistir proibição de distribuir os lucros obtidos (pelo contrário, o art. 14.º, al. j) da Lei n.º 73/2013 qualifica como sendo receitas dos municípios *a participação nos lucros de sociedades e nos resultados de outras entidades em que o município tome parte*).

Para terminar, ela ordena-se como uma medida puramente organizativa e, assim, não marcada por um qualquer objecto de privatização (isto é, pela entrega de funções públicas a particulares)<sup>112</sup> — e daí a relativa facilidade em transformá-la em serviços (inter)municipalizados<sup>113</sup>.

## 5. Desvantagens

As possíveis desvantagens que a adopção deste modelo revela passam:

- i) pela necessária detenção de capital para a sua constituição e ca-

---

<sup>110</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>111</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime..., cit.*, p. 191.

<sup>112</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime..., cit.*, p. 61.

<sup>113</sup> “Passar da administração pública para empresa pública”, refere Paulo Trigo Pereira, “tem várias implicações, ao nível dos órgãos de gestão, do estatuto laboral dos trabalhadores, da fiscalidade, dos contratos e da gestão financeira. Ao nível dos dirigentes é importante distinguir o estatuto do pessoal dirigente do estatuto do gestor público; no pessoal, uma coisa é o trabalho estar regulado pelas regras do regime geral dos trabalhadores em funções públicas e outra estar subordinado ao regime dos contratos individuais de trabalho. Ao nível da fiscalidade, os fluxos de prestação de serviços dentro da esfera municipal não estão sujeitos a tributação (em particular o IVA), enquanto passa a haver custos fiscais quando existe desorçamentação. No que toca à gestão financeira, a menos que o município tenha uma contabilidade analítica bem desenvolvida, o que muitas vezes não acontece, a empresarialização melhora claramente a transparência das contas e potencialmente a gestão”, cfr. A. *cit.*, *Autarquias locais: organização, funções, custos e tarifação de bens e serviços in Autarquias Locais — Democracia, Governação e Finanças*, Coimbra, Almeidina, 2016, p. 54.

- pacidade de endividamento;
- ii) pela responsabilidade última, e assim subsidiária, dos municípios pela actuação das empresas sob a sua influência dominante (as situações mais típicas serão as advenientes do não exercício dos seus poderes de supremacia sobre a empresa)<sup>114</sup>;
  - iii) pelo facto de os empréstimos contraídos, assim como o endividamento líquido da empresa, relevar para os limites ao endividamento municipal (art. 41.º da Lei n.º 50/2012)<sup>115</sup>;
  - iv) pelo especial cuidado exigido no recorte do regime que realmente permita e exija um efectivo acompanhamento e fiscalização municipais<sup>116</sup>.

### III. A empresa local de natureza intermunicipal posteriormente integrada com participação privada minoritária de 49% (Modelo II)

#### 1. Premissa prévia e natureza

Em geral, havendo *intencionalidade cooperativa*, dúvidas inexistem em como os municípios (mormente já *aglutinados* noutra pessoa colectiva) se podem associar com outros parceiros, sejam eles do sector público, sejam eles, para o que nos interessa por ora, do sector privado<sup>117</sup> – aqui, nesta última hipótese, o que se visa já não é uma mera empresarialização, no sentido de uma medida de recorte apenas organizativo,

<sup>114</sup> Cfr. *supra* e Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 97.

<sup>115</sup> Segundo Rui Dias e Catarina Segorbe, de um estudo realizado pela DGAL em 2010 *conclui-se que mais de metade das empresas com informação disponível e suficiente para essa análise (142), mais de metade apresentava resultados operacionais e líquidos negativos em 2009, não só incumprindo com o princípio de equilíbrio de contas previsto no então vigente regime jurídico do sector empresarial local, como revelando a incapacidade de gerar proveitos de exploração significativos, muitas vezes dos quais resultam de serviços prestados aos serviços accionistas. De facto, prosseguem os Autores, para muitas daquelas empresas, calculados alguns rácios da sua estrutura financeira, como a solvabilidade geral, autonomia financeira ou fundo de maneo, conclui-se que, em média, e para o mesmo número de empresas acima referido, aqueles indicadores são bastantes baixos e 28 daquelas empresas apresentam mesmo capitais próprios negativos, isto é, encontram-se claramente numa situação de falência técnica, cfr. AA. *cit.*, *A Evolução do panorama autárquico em Portugal in Autarquias Locais – Democracia, Governação e Finanças*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 77-78.*

<sup>116</sup> V. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 62.

<sup>117</sup> Como realça Pedro Gonçalves, não existe no direito português qualquer regra, explícita ou implícita, a estabelecer uma preferência pela gestão indirecta privada ou em parceria público-privada (ou em regime de concessão), cfr. A. *cit.*, *Regime...*, *cit.*, pp. 111 e 115, n. 12.

mas antes a instituição, através da empresa, de uma plataforma que possa assegurar a realização de interesses de mais variada ordem: obtenção de saberes e de experiências de terceiros, execução e projectos comuns, economias de escala, ...<sup>118</sup>.

Neste âmbito assim delimitado, em que a empresa local contará com a participação de entidades privadas, defende a doutrina estarmos então perante uma empresa local *mista ou de capitais mistos* ou uma *parceria público-privada de natureza institucional (PPPI)*<sup>119</sup>, continuando a empresa a integrar institucionalmente a administração pública municipal e, assim, a posicionar-se como uma entidade administrativa, ainda que em forma jurídico-privada<sup>120-121</sup>.

## 2. Remissão. Especificidades

Tudo quanto se disse *supra* é aplicável nesta sede<sup>122</sup>, se bem que com algumas particularidades.

Vejamos então:

UM: a escolha do parceiro privado, operador económico e assim pertencente ao mercado, não é livre, impondo-se a sua selecção através de um procedimento de contratação pública, nos termos do Código dos

---

<sup>118</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp. 63-64 e, no mesmo sentido, Joana Neto dos Anjos, *op. cit.*, p. 32.

<sup>119</sup> *Idem*, pp. 63, 87 e 99, n. 49. Falando também em *instrumento de parceria*, António Rebordão Montalvo, *op. cit.*, p. 181.

<sup>120</sup> Cfr. Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 285-287 e Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., p. 95 e 99. Como refere o primeiro Autor mencionado, "ao lado das pessoas colectivas genuinamente privadas, porque criadas e formadas por particulares passou a haver pessoas colectivas ficticiamente privadas, porque criadas e formadas por entidades públicas. (...) só se trata de entidades privadas em sentido formal-organizatório, já que materialmente estão integradas na Administração pública, como «administração em forma privada». (...). Tal como nas sociedades de economia mista, deve ter-se em conta o balanceamento entre a participação pública e a participação privada nessas associações mistas, considerando como «associações administrativas» não apenas as compostas só por entidades públicas, mas também as mistas em que as entidades públicas tenham um papel preponderante na sua direcção".

<sup>121</sup> Foi com a Lei n.º 58/98, de 18.08 (Lei-quadro das empresas municipais), que se permitiu aos municípios, ou associações de municípios, criar empresas próprias e confiar-lhes a gestão de serviços públicos municipais, surgindo as empresas de capitais maioritariamente públicos e, assim, aquelas em que os municípios ou associações de municípios partilham o capital, em posição maioritária, com entidades particulares, como um terceiro tipo de empresa passível de ser criada sem necessidade de recurso à figura da concessão, assim reservada para a delegação a empresas de capital maioritariamente ou inteiramente privado, cfr. Vital Moreira/Fernanda Paula Oliveira, *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>122</sup> É interessante notar, com Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira (*op. cit.*, pp. 27-28), que também nos Estados Unidos da América a gestão do sector que nos ocupa assenta no modelo público-local, tendo o sector privado apenas a seu cargo 15% do mercado.

Contratos Públicos e, bem assim, do estipulado no art. 27.º do DL n.º 194/2009<sup>123</sup>. Com uma ressalva: é que, na situação vertente, ocorrendo a escolha do sócio posteriormente à constituição da empresa intermunicipal é (e estamos a citar, por estranho que pareça, a melhor doutrina) aos municípios, e não à empresa, que cabe a responsabilidade por organizar e concluir os procedimentos para o efeito<sup>124</sup>.

DOIS: o contrato de sociedade deve prever um período mínimo de permanência, que não deve ser inferior a dez anos<sup>125</sup>, contrato este que deve ainda antever a possibilidade de exercício das opções de venda e de compra referidas no art. 26.º, n.ºs 2 e 3, do DL n.º 194/2009 no final de cada ciclo de dez anos subsequente ao período inicial<sup>126</sup>.

De relevar também que:

- i) a alienação de parte do capital da empresa local é da competência do órgão deliberativo da entidade pública participante, sob proposta do respetivo órgão executivo, cfr. art. 61.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2012;
- ii) entre sócios aplicam-se, à partida, as regras do Código das Sociedades Comerciais, detendo, assim, o sócio privado a protecção jurídica que assiste a qualquer sócio de uma sociedade comercial. Contudo, uma vez que o mesmo não controla a empresa, podendo ver-se confrontado com *decisões municipais* ou *deliberações sociais* lesivas dos seus interesses, este sócio privado há-de ter, neste plano externo, instrumentos adequados à protecção específica da sua participação social e dos interesses com ela relacionados<sup>127</sup>;
- iii) considerando, desde logo, que os municípios e o sócio privado têm, natural e inexoravelmente, que se relacionar entre si, é primordial que se disciplinem com rigor as formas de tal colaboração e, por conseguinte, as concretas obrigações que impendem entre eles, mormente no acordo parassocial, nos estatutos ou noutros contratos (como os contratos-programa)<sup>128,129</sup>, que, já o vimos,

<sup>123</sup> *Hoc sensu*, a par com a norma citada, v. o art. 33.º da Lei n.º 50/2012.

<sup>124</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, p. 129 e pp. 186-187.

<sup>125</sup> Cfr. o art. 26.º, n.º 2, do DL n.º 194/2009.

<sup>126</sup> Cfr. o art. 26.º, n.º 5, do citado DL.

<sup>127</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, para quem se aplicará nesta sede a dogmática dos contratos em geral, *Regime...*, *cit.*, pp. 103-104.

<sup>128</sup> Efectivamente, sustenta Pedro Gonçalves, apesar da relevância do contrato de sociedade, este poderá não ser o instrumento contratual mais idóneo para reger as relações entre os sócios, mas antes o acordo parassocial e outros contratos, pois que é num quadro contratual posterior à constituição da sociedade que talvez se justifique retirar todas as ilações do facto de a sociedade se construir no contexto de uma relação de colaboração, cfr. A. *cit.*, *Regime...*, *cit.*, p. 104.

<sup>129</sup> Exemplos: a instituição de penalizações para o incumprimento de algumas obrigações, a concreta forma de transmissão da posição do parceiro privado, naturalmente, e neste caso, observadas as balizas do n.º 7 do art. 26.º do DL n.º 164/2009, ...

nunca por nunca poderão atribuir uma influência dominante da empresa ao sócio privado ou introduzir quaisquer restrições à mesma<sup>130</sup>.

Por último, a promoção da parceria público-privada deve estar prevista nos estatutos — se não estiver, terá que haver autorização expressa do órgão deliberativo, “por força do facto de a PPP colocar a empresa numa situação jurídica substancialmente diferente da que resulta dos estatutos, tal como aprovados por aquele órgão (os quais pressupõem uma exploração directa de certas actividades pela empresa; com a PPP, a empresa abandona a exploração directa de algumas dessas actividades)”<sup>131</sup>.

TRÊS: o modelo de financiamento ínsito nesta opção reside no facto de, em certas condições, se tratar de investimento que não releva para os limites da capacidade de endividamento municipal, o que só é alcançável se o investimento se realizar com recurso aos capitais próprios do sócio privado ou a financiamentos que ele obtenha em seu nome<sup>132</sup>. Por outro lado, caso haja prestação de subsídios pelo sócio privado, a mesma obedece ao regime que regula as transferências financeiras necessárias ao financiamento anual da actividade (devendo constar do contrato de gestão)<sup>133</sup>.

Adicionalmente, não se olvide o facto de a deliberação de alienação de parte do capital da empresa local dever ser comunicada à Direção-Geral das Autarquias Locais e à Inspeção-Geral de Finanças, bem como à ERSAR, e no prazo de 15 dias (cfr. art. 61.º, n.º 3, da Lei n.º 50/2012).

QUATRO: é inegável que, participando em *empresas mistas*, os parceiros privados se pautam por considerações diferentes das entidades públicas, procurando, desde logo, a maximização do lucro.

Todavia, convém recordar que a constituição da empresa se deveu ao imediato interesse público que a presidiu e que assim é autónomo e prevalecente sobre qualquer interesse social ou privado dos sócios, podendo existir escopo lucrativo sim, mas em subalterno plano (viabilizando a justa e adequada remuneração do capital)<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Seria o caso, defende Pedro Gonçalves (*Regime..., cit.*, p. 105), da concessão de direitos especiais ou da concessão de poderes de veto que ponham em causa a liberdade de decisão dos municípios em questões essenciais sobre a situação da empresa, por exemplo. “Pensando sobretudo nas empresas cuja participação maioritária seja dos municípios”, refere o Autor, “seria seguramente incoerente e provavelmente ilegal conferir ao sócio privado minoritário o direito à gerência ou o direito de designar a maioria dos membros do órgão de administração. Uma situação como essa traduziria uma abdicação do efectivo exercício da influência dominante, o que a lei não permite.”

<sup>131</sup> V. Pedro Gonçalves, *Regime..., cit.*, p. 238.

<sup>132</sup> Cfr. o art. 41.º da Lei n.º 50/2012 e Pedro Gonçalves, *Regime..., cit.*, p. 102.

<sup>133</sup> Cfr. o art. 25.º do DL n.º 194/2009.

<sup>134</sup> V. Pedro Gonçalves, *Regime..., cit.*, pp. 95-96, e João Pacheco de Amorim, *op. cit.*, p. 56.

O que, diga-se, pode gerar uma *dinâmica de tensão*, porventura susceptível de ser esbatida se o sócio privado souber avaliar, com rigor e desde o início, as especificidades jurídicas da empresa local, tendo assim presente que, por um lado, as finalidades a prosseguir a título principal não são as que residem em alcançar o lucro e, por outro, que o sistema jurídico que emoldura a actuação da empresa local confere aos municípios uma certa supremacia jurídica sobre a empresa<sup>135</sup>.

### 3. Vantagens

De acordo com Pedro Gonçalves, que foi quem entre nós mais se dedicou ao tema, “a atractividade do modelo da empresa mista revela-se no seu carácter híbrido, de se situar num ponto intermédio entre a empresa municipal unipessoal (que não conta com os benefícios da entidade privada) e da concessão a empresas privadas (que não conhece as vantagens do controlo interno municipal e do aproveitamento da experiência dos recursos municipais)”. Assim, numa tarefa avaliativa inserida no contexto dos modelos gerais de parcerias público-privadas e de cooperação com particulares, a empresa mista apresenta a vantagem de alcançar a participação privada, mas mantendo nos municípios um elevado nível de controlo sobre as actividades da empresa, assegurando-lhe *um acompanhamento por dentro*”.

A esta vantagem associar-se-á uma outra, que decorre da circunstância de este modelo de parceria colocar os municípios em posição de aproveitar e canalizar a sua experiência para a gestão, bem como de orientar a actuação da empresa num sentido coincidente com os objetivos de interesse público que presidiram à sua criação<sup>136</sup>.

Seguidamente, a abertura de capitais privados implicará vantagens de ordem financeira e de eficiência. Financeiras, porque a entrada de privados e o financiamento associado podem ajudar a resolver as dificuldades em que os municípios se encontram e permitir a realização de investimentos que de outro modo não seriam possíveis; de eficiência, na medida em que as entidades privadas estão em condições de carrear

---

<sup>135</sup> V. Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp. 100-101. De acordo com Maria José Castanheira Neves, “a este tipo de empresas aplicam-se as mesmas normas das empresas de capitais públicos em matéria de órgãos sociais e suas competências. A principal distinção que a lei efectua tem a ver com a não existência dos poderes de superintendência, mas não o exclui, já que também aqui existe de facto esse poder, não exercido directamente pelos órgãos autárquicos, mas indirectamente, através dos seus representantes na assembleia geral”, cfr. A. cit., op. cit., p. 315.

<sup>136</sup> Cfr. A. cit., *Regime...*, cit., p. 99.

para a empresa conhecimentos, informações, competências profissionais e de *know-how* de gestão que apuram a capacidade gestonária e que representam uma mais-valia no quadro de uma eficiente realização eficiente de objectivos de interesse público<sup>137</sup>.

#### 4. Desvantagens

Como cremos decorrer dos considerandos expostos, a principal desvantagem inerente à adopção deste modelo corresponde à possibilidade de ocorrência de conflitos de interesses e de objectivos dos sócios, podendo, pois, ser difícil conjugar os interesses públicos com os interesses privados — afinal, o sócio, que é privado, será sempre um sócio que partilha a empresa com o município<sup>138</sup>.

### IV. A parceria pública-pública (Modelo III)

#### 1. Noção e natureza

Consciente que a satisfação dos interesses directos dos municípios constitui reserva municipal por força, desde logo, do princípio da autonomia local — estando, assim, o Estado impedido, *motu proprio*, de intervir nas “baixas” — veio o legislador possibilitar, através do DL n.º 90/2009, de 09.04, a adopção de um modelo de gestão assente numa *parceria* entre o Estado e os municípios.

Trata-se, pois, de uma forma de colaboração entre o sector público, de molde a prosseguir uma actividade em benefício da colectividade, parceria esta que, nos termos do art. 2.º, n.º 6 deste diploma, “implica a delegação das competências municipais em causa no Estado e o seu posterior exercício, por este, através de entidade gestora”.

Quer dizer, na hipótese de o serviço ser gerido por uma entidade gestora de um sistema multimunicipal, permite-se a delegação de atribuições no Estado nesta matéria, que irá gerir e explorar estes serviços através de *terceiro*, ficando sempre, todavia, a sua titularidade *nas mãos* dos municípios<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>138</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime...*, *cit.*, pp. 64 e 100-105.

<sup>139</sup> V. Maria Fernanda Maças, *As Parcerias Estado/Autarquias Locais: Breves Considerações sobre o Novo Modelo de Gestão de Serviços Municipais de Águas e Resíduos* in *Revista de Contratos Públicos* n.º 3, Coimbra, Almedina, Set.- Dez. 2011, pp. 77 e 97.

E, na medida em que tal exploração e gestão dos serviços de águas assenta na criação de uma entidade gestora que vai, de facto, gerir e explorar os serviços, a doutrina aponta para que em causa esteja uma *parceria pública-pública institucional*, ainda que revestida da particularidade de a delegação ser *especial*, "porquanto não se trata de uma decisão unilateral de constituição de uma entidade gestora na qual serão delegados poderes de exploração e gestão dos serviços de águas, mas sim um contrato (o de parceria). O que aponta para uma *parceria institucional de base contratual*"<sup>140</sup>.

A ideia fundamental deste modelo assente na parceria comunga, portanto, da intenção de se encontrar soluções mais flexíveis, alargando o leque de opções empresariais de gestão susceptíveis de garantir ganhos de eficiência<sup>141-142</sup>.

## 2. Regime jurídico

Os alicerces fundamentais que enformam a disciplina das parcerias entre o Estado e os municípios assentam nos já citados DL n.ºs 90/2009 e 194/2009 e na Portaria n.º 706/2009, de 07.07, esta definindo o âmbito de informação que deve ser alvo dos estudos a elaborar por parte do Estado para constituição do regime das parcerias<sup>143</sup>.

## 3. Procedimento administrativo para a sua constituição

A constituição da parceria é composta, também ela e sem novidades, por dois momentos fundamentais: o primeiro, correspondente à decisão de a constituir, o segundo, atinente com a sua criação em concreto.

Atendo-nos ao primeiro momento assinalado, e com base na constelação normativa aludida, resulta que *os passos a dar* são os seguintes:

1. escolha do modelo de gestão, assente nos estudos de viabilidade económica e financeira que o fundamentam, lavrados quer pelo Es-

---

<sup>140</sup> Cfr. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, p. 99. V., a propósito, João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 66-68.

<sup>141</sup> Cfr. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, p. 78. A propósito, mas sobre as parcerias público-privadas, v., com interesse, J. A. Oliveira Rocha, *Gestão Pública – Teorias, modelos e prática*, Lisboa, Escolar Editora, 2011, pp. 75 e ss.

<sup>142</sup> A empresa Águas de Portugal – Águas da Região de Aveiro, SA foi, como é sabido, a primeira situação em que se verificou a integração dos sistemas municipais num sistema multimunicipal.

<sup>143</sup> A estas fontes somam-se o Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Saneamento de Águas residuais para o período 2007-2013 (PEAASAR II), cfr. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, p. 77-79.

tado, quer pela Administração municipal<sup>144</sup>, com o propósito de se demonstrar as vantagens decorrentes da integração dos sistemas para os interesses nacionais e locais e de que se visa a obtenção das soluções mais racionais e que apresentem maior capacidade de potenciar as vantagens da integração face às soluções que já vigorem<sup>145-146</sup>;

2. tomada da *consonante* decisão de criação: por parte do Estado, através de despacho do membro do Governo responsável pela área do ambiente; por parte dos municípios, pela assembleia municipal, sob proposta da câmara (ou pela assembleia intermunicipal, sob proposta do conselho intermunicipal, ou do conselho directivo)<sup>147</sup>.

Seguidamente haverá que operar a sua *formalização*, que passa:

- a) pela celebração do contrato de parceria entre o Estado e os municípios<sup>148</sup>;
- b) pela constituição da entidade gestora da parceria – que, no caso (Águas de Portugal, S.A.), segue os termos previstos no DL n.º 133/2013<sup>149</sup>;
- c) pela celebração do contrato de gestão entre o Estado, os municípios e a entidade gestora, precedido – à semelhança do que sucede com o contrato de parceria – de autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças<sup>150</sup>.

<sup>144</sup> Os quais, segundo o Anexo da Portaria n.º 706/2009, devem contemplar (i) *os objectivos para a entidade gestora, fundamentados numa análise do contexto e integrados nos objectivos estratégicos nacionais definidos para o sector*, (ii) *a identificação das principais medidas de carácter estratégico que a entidade gestora se propõe implementar, incluindo metas temporais e indicadores que permitam aferir o seu sucesso*; (iii) *o prazo pelo qual é estabelecida a parceria*; (iv) *a modalidade de gestão a adoptar*, (v) *a delimitação dos serviços a desenvolver no quadro da parceria e respectivo âmbito territorial*; (vi) *o programa de investimentos associado e fontes de financiamento correspondentes*; (vii) *a identificação dos activos, responsabilidades e relações jurídicas a afectar à parceria, incluindo, quando aplicável, o quadro de pessoal a afectar ao desenvolvimento da mesma e as condições de tal afectação*; (viii) *as regras relativas ao cálculo da retribuição a pagar aos municípios*; (ix) *as regras relativas ao cálculo da tarifa a praticar*, (x) *os objectivos de cobertura e de qualidade na prestação dos serviços*; (xi) *as condições de modificação, caducidade, rescisão por mútuo acordo ou denúncia por alguma das partes, tendo em devida consideração as obrigações que, nesses casos, daí poderão resultar para alguma delas*.

<sup>145</sup> Cfr. o art. 4.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 90/2009.

<sup>146</sup> Estes requisitos, ou pressuposto legal da decisão de constituição da parceria, assentam, pois, num juízo de prognose sobre a evolução futura do contrato, em face de eventuais condicionantes: geográficas, populacionais, técnicas, infraestruturais e económico-financeiras, cfr. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>147</sup> Cfr. o art. 4.º, n.º 5, do DL n.º 90/2009 e os arts. 25.º, n.º 1, al. n); 33.º, n.º 1, al. l) e art. 90.º, n.º 1, al. m) da Lei n.º 75/2013.

<sup>148</sup> Cfr. o art. 5.º, n.º 1, do DL n.º 90/2009.

<sup>149</sup> Cfr. o art. 4.º, n.º 6, do DL n.º 90/2009.

<sup>150</sup> Cfr. o art. 5.º, n.ºs 3 e 4 do diploma em apreço.

## 4. Caracteres

### 4.1 Objectivos e principiologia

Os objectivos que as parcerias desta natureza visam alcançar estão elencados no art. 3.º do DL n.º 90/2009 e não se afastam dos que norteiam os modelos municipais que prestam serviços de interesse geral (universalidade, igualdade no acesso, ...) <sup>151</sup>, devendo ter também como timbre privilegiar a integração territorial dos sistemas municipais que for mais adequada, no sentido da maximização de economias de escala, bem como a integração dos sistemas de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas, de forma a maximizar economias de gama (cfr. n.º 2 deste art. 3.º).

### 4.2. Relações contratuais

Como se disse, o contrato de parceria (qualificado como um contrato de direito público que produz efeitos regulamentares <sup>152</sup>) atesta, na prática, a decisão de os *municípios envolvidos* agregarem parte dos respectivos sistemas municipais de águas para abastecimento de água para consumo público e de saneamento de águas residuais urbanas, constituído pelas infra-estruturas municipais e os equipamentos que vierem a ser construídos pela entidade gestora <sup>153</sup>.

Este contrato deverá ser orientado “por princípios de interesse público” e deverá conter a identificação dos riscos cujos efeitos permanecem sob a responsabilidade dos respectivos outorgantes, bem como deverá estabelecer as bases do contrato de gestão a celebrar <sup>154</sup>.

Acrescente-se que, em bom rigor e atenta a vaguidade da lei, este contrato de parceria assume uma importância capital, posto que é ele que irá servir de *tabuleiro* aos direitos e obrigações das partes (v.g., o direito a uma contrapartida pecuniária pela afectação das infraestruturas e equipamentos a pagar pela entidade gestora sob a forma de retribuição, a definição de critérios para a fixação e revisão das tarifas,...) e ao respectivo exercício dos poderes públicos de autoridade.

<sup>151</sup> Para uma análise destes (comuns) princípios v. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador in Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 208 e ss.

<sup>152</sup> Precisamente porque produz efeitos que se não limitam a vincular as partes outorgantes, cfr. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, pp. 99-101.

<sup>153</sup> Cfr. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, p. 83.

<sup>154</sup> Cfr. o art. 5.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 90/2009.

Depois, no que ao contrato de gestão concerne, deve o mesmo plasmar os objectivos para a entidade gestora, com base em indicadores de cobertura, de qualidade de serviço, de desempenho ambiental, de produtividade e eficiência de gestão, assim como deve identificar metas temporais para a consecução das principais iniciativas de carácter estratégico (cfr. art. 5.º, n.º 3, do DL n.º 90/2009).

De recordar que ambos os contratos carecem de autorização prévia do membro do Governo responsável pela área das finanças.

### **4.3. A entidade gestora**

De acordo com o comando ínsito no art. 6.º, n.º 1, do DL n.º 90/2009, a entidade gestora *exerce a sua actividade em regime de exclusivo sem prejuízo das actividades acessórias ou complementares, devidamente autorizadas pelo Estado e pelos municípios e desde que a exploração e gestão do sistema atribuído pela parceria se mantenha como a sua actividade essencial e com contabilidade própria e autónoma.*

Ou seja, esta entidade — veículo para a prossecução da parceria — está imperativamente sujeita a explorar e a gerir o sistema de águas nos moldes que forem estatuídos, não podendo dedicar-se a outras actividades que não esta, salvaguardadas, naturalmente (mas, ainda assim, com autorização do Estado), as que marginal e instrumental ou acessoriamente se imponham (será o caso, por exemplo e se bem julgamos, de certos poderes de regulamentação).

Sobre ela pendem as missões de interesse público elencadas a título ilustrativo no art. 6.º, n.º 2, do DL n.º 90/2009, podendo a mesma subcontratar certas actividades e conceder a gestão ou execução parciais dos serviços, mas somente quando cumpra os requisitos fixados nos n.ºs 4 e 5 do art. 6.º do diploma em análise.

Na situação vertente, os serviços delegados no Estado irão, ou poderão, ser geridos e explorados através da Águas de Portugal, S.A.

### **4.4 Exercício de poderes públicos de autoridade e fiscalização pela ERSAR**

“Os poderes de fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da entidade gestora são exercidos pelo Estado, pelos municípios ou por ambos, nos termos do disposto no contrato de parceria, sem prejuízo das competências da entidade reguladora do sector”, prescreve o art. 6.º, n.º 3, do DL n.º 90/2009.

#### **4.5 Relações com o pessoal**

De acordo com o art. 8.º do DL n.º 90/2009, os trabalhadores da administração autárquica podem laborar na entidade gestora por acordo de cedência de interesse público.

### **5. Vantagens**

As hipotéticas mais-valias que vislumbramos cifram-se na gestão operacional assegurada por terceiro (Águas de Portugal, S.A.), o qual possui capacidade de mobilização de fundos comunitários, e na possibilidade de os municípios poderem recuperar algumas verbas relativas a investimentos anteriores mediante uma retribuição a acordar.

### **6. Desvantagens**

São várias as preocupações que a mobilização deste modelo de gestão suscita, a começar, e a acabar, no facto de o DL n.º 90/2009 se encontrar insuficientemente densificado, sendo mesmo omissos em aspectos fundamentais, que, ao invés, são relegados para a disponibilidade das partes em sede de contrato de parceria<sup>155</sup>.

É o paradigmático caso, como se aflorou em alguma medida e nos dá nota a doutrina (que inclusivamente analisou a parceria estabelecida com a AdRA):

- dos limites mínimo e máximo de duração da parceria;
- das regras relativas ao cálculo da contrapartida a pagar aos municípios pela transferência dos bens afectos à prestação do serviço (que, no mínimo, deveriam ver contemplados na lei os critérios da sua determinação);
- das regras relativas à partilha de riscos e os incentivos à eficiência;
- da remuneração do capital investido;
- da fixação e da aprovação dos tarifários;
- dos poderes dos municípios, independentemente do grau da sua participação no capital da entidade gestora;
- das condições e consequências da modificação e extinção da sua parceria<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Acompanhamos, pois, Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>156</sup> Cfr. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, p. 91, Autora que denota que também a indefinição quanto ao prazo e às condições da rescisão e da denúncia põem em causa a estabilidade e a insegurança deste modelo, tendendo as partes, ademais, atenta a larga margem de que dispõem, a definir condições de rescisão da parceria em moldes de tal forma rígidos que, na prática, inviabilizam qualquer tomada de decisão dos municípios

A par com estes, e outros, escolhos<sup>157</sup>, surgem ainda dúvidas quanto à extensão dos poderes da ERSAR sobre a entidade gestora<sup>158</sup>, bem como dificuldades em se evidenciar a vantagem e a racionalidade acrescentada decorrente da parceria (pois que os estudos técnicos de viabilidade económica e financeira apresentam um elevado grau de complexidade, derivado quer dos aspectos técnicos e económicos, quer da natureza plurimunicipal em que assenta o modelo) e em se definir e distribuir os riscos entre o Estado, os municípios e a entidade gestora.

E é esta a essencial(íssima) ordem de motivação que leva Maria Fernanda Maças a afirmar conclusivamente que “o facto de se relegar para o acordo casuístico entre o Estado e as autarquias a definição de aspectos tão fundamentais como os atrás apontados permite que, na prática, se venham a implementar parcerias em que os municípios, apesar de titulares do serviço, têm uma capacidade de intervenção sobre a entidade gestora muito limitada”<sup>159</sup>.

## V. A concessão (inter)municipal a privados (Modelo IV)

### 1. Noção e natureza jurídica

O último dos modelos de gestão que nos propomos analisar corresponde, como referido, à concessão do serviço<sup>160</sup>, *etiquetado* que é como um mecanismo de consenso legitimado por três principais motivos: o crescente número de actividades reguladas pelo Estado e, consequentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, que aumentaram a complexidade das decisões e fizeram com que fosse mais seguro o consenso com os particulares atingidos; o facto de uma maior intervenção dos poderes públicos na vida social e económica ser mais eficiente com o *desejo de colaboração* do particular do que com a prática de actos unilaterais e, ainda, a crise fiscal, que fez com que se passasse a intervir na vida económica por meio de fomentos negociados com os agentes económicos privados<sup>161</sup>.

---

nesse sentido pelos custos financeiros envolvidos.

<sup>157</sup> V. as considerações lavradas por Maria Fernanda Maças (*op. cit.*, pp. 91-97 e 106-108) acerca do modelo de parceria previsto no art. 2.º, n.º 2, al. c), da verticalização parcial e do contrato de parceria pública celebrado entre o Estado Português e a AdRA.

<sup>158</sup> V. Maria Fernanda Maças, *op. cit.*, pp. 82 e 102-105.

<sup>159</sup> Cfr. A. e *op. cit.*, p. 112.

<sup>160</sup> Foram os DL n.ºs 372/93, de 29.10, e 379/93, de 05.11, que abriram o sector das águas (e resíduos sólidos) à iniciativa privada. Sobre o contexto e a evolução do recurso ao fenómeno concessório v. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 173-183.

<sup>161</sup> Jody Freeman, *The Contracting State in Florida State University Law Review*, vol.

Trata-se, pois, de uma técnica de repartição da responsabilidade administrativa, que transfere para o concessionário a gestão, ou exercício, da actividade pública que nos ocupa, deixando na Administração municipal o controlo ou a fiscalização dessa gestão<sup>162</sup>, sendo que o recurso à mesma se justifica em razão de se procurar obter a ciência, a perícia, a qualidade, o *know-how* e os atributos – onde se incluem as suas disponibilidades financeiras – de uma *gestão privada feita por privados*<sup>163</sup>, que se mostram mais aptos e capazes de desenvolver certas tarefas administrativas, sendo esta uma relação regulada nos termos definidos no contrato administrativo de concessão<sup>164</sup>.

E, adoptando a classificação operada pela doutrina quanto à sua natureza jurídica, diremos que a concessão de serviço público – cujo objecto é, por conseguinte, a gestão do serviço público (e não o serviço público considerado em si mesmo, permanecendo a titularidade deste nas mãos da Administração)<sup>165</sup> – é um acto jurídico de direito público (não de direito privado), em princípio de natureza contratual (não unilateral) e cujas cláusulas têm uma eficácia parcial ou também regulamentar<sup>166</sup>.

---

52, n.º 3, 2000, p. 189, *apud* Joana Neto dos Anjos, *op. cit.*, p. 103. No mesmo sentido, Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 238-240.

<sup>162</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 246.

<sup>163</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão ...*, *cit.*, p. 229.

<sup>164</sup> V. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, p. 262.

<sup>165</sup> Cfr. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, p. 229. Nos termos do art. 32.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 194/2009, a concessão dos serviços municipais inclui a operação, a manutenção e a conservação do sistema previstas no n.º 1 do art. 2.º deste diploma e pode abranger ainda a construção, a renovação e a substituição de infra-estruturas, instalações e equipamentos, sendo que, no caso da concessão de serviços municipais de saneamento de águas residuais urbanas podem ser incluídos no objecto da concessão os serviços de gestão de águas pluviais, devendo o concessionário ser directamente remunerado pelo concedente da respectiva gestão. Como nota Isabel Andrade, no caso dos serviços concessionados não é habitual a atribuição de subsídios por parte dos municípios concedentes, o que apenas acontece, de forma indirecta, quando os mesmos assumem contratualmente a realização de investimento sem repercutir esse valor na retribuição a pagar pela concessionária, que, por sua vez, é recuperada via tarifa, cfr. A. *cit.*, *Provisão e financiamento dos serviços de águas e resíduos in Autarquias Locais ...*, *cit.*, p. 231.

<sup>166</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão cit...*, pp. 193-202. Ou seja, e acompanhando Joana Neto dos Anjos (*op. cit.*, p. 29, n. 73), em causa está *um acto que corresponde a uma forma de actuação típica e exclusiva do direito estatutário da Administração Pública*, passível de assumir a 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. Desta feita, continua a Autora, e apesar de a concessão de serviços se encontrar definida no n.º 2 do art. 407.º do CCP*

Por distintas palavras, e em termos *mais simples*, a concessão administrativa pode ser definida como “o acto ou negócio jurídico (acto ou contrato administrativo) através do qual uma entidade pública transfere para outra entidade o direito à exploração de actividades públicas ou procede à criação, na esfera jurídica de outra entidade, de direitos relativos à utilização de bens públicos”<sup>167,168</sup>.

## 2. Regime jurídico: traços gerais

Os traços gerais que regulam a disciplina da concessão administrativa de serviço público<sup>169</sup>, seja qual for o seu objecto, podem ser enumerados em cinco vectores.

O primeiro é que a possibilidade de concessão tem que estar prevista em lei — é o que acontece no caso, encontrando-se este modelo de gestão regulado pelo DL n.º 194/2009 e, subsidiariamente, pelo Código dos Contratos Públicos<sup>170</sup>.

O segundo tem que ver com a sua natureza jurídica (cfr. *supra*, ponto 1).

O terceiro elemento característico da concessão é o da inexistência de um direito dos particulares à atribuição da concessão (este só surgirá se ele for escolhido como adjudicatário)<sup>171</sup>.

O quarto é que o direito concedido não tem, salvo casos excepcionais<sup>172</sup>, carácter perpétuo, mas sim temporário<sup>173</sup>.

---

*como* o contrato pelo qual o cocontratante 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.*

<sup>167</sup> Cfr. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 226 e 248.

<sup>168</sup> “A diferença entre a delegação e a concessão”, preconiza Marcello Caetano, “é a seguinte: no caso de *delegação*, a entidade pública cria o serviço e conserva a responsabilidade pelo seu financiamento, bem como, total ou parcialmente, a titularidade dos riscos que o desempenho da actividade possa acarretar, conferindo à entidade privada apenas a competência necessária para conservar a organização e assegurar o regular e eficaz funcionamento do serviço. Ao passo que na *concessão* a pessoa colectiva de direito público transfere temporariamente para a entidade privada o exercício dos direitos exclusivos de exploração do serviço, passando este a correr por conta e risco do concessionário, cfr. A. *cit.*, *Manual...*, *cit.*, p. 1096.

<sup>169</sup> Sobre a distinção da concessão de serviços públicos de figuras próximas v. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, pp. 142-164; cfr., também, Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 230-235.

<sup>170</sup> V. o art. 31.º do DL n.º 194/2009.

<sup>171</sup> Vigorando, pois, um princípio de *proibição da concessão* e, como consequência, um princípio de *proibição do uso privativo dos bens públicos ou do exercício de actividades públicas*, cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, p. 70.

<sup>172</sup> Referimo-nos às concessões de terrenos nos cemitérios.

<sup>173</sup> V. o art. 34.º do DL n.º 194/2009.

O quinto, e último, é o de que a concessão é um acto jurídico susceptível de revogação ou rescisão a todo o tempo, detendo o concessionário um direito *enfraquecido*<sup>174</sup>.

### 3. Procedimento de atribuição da concessão

O procedimento administrativo que regula a atribuição de serviços públicos como o vertente, sendo em regra de iniciativa oficiosa, é complexo, exigindo um conjunto mais ou menos extenso e complicado de *operações prévias encadeadas entre si e unidas por uma identidade de fim mediato*, onde se incluem, pelo menos, os actos mediante os quais a autoridade administrativa manifesta a sua determinação em recorrer à concessão (*decisão de conceder*), os que organizam e procedem à escolha do concessionário (*adjudicação*), o acto mediante o qual a concessão é atribuída (*celebração do contrato*) e os actos de controlo da legalidade de todos os anteriores<sup>175</sup>.

Destarte:

#### 3.1 A decisão de conceder

À semelhança do que sucede com os demais modelos de gestão, a decisão de concessão implica a ponderação dos custos e benefícios da técnica concessória, devendo, portanto, evidenciar objectivamente as razões pelas quais se opta por este modelo e quais são as mais-valias que o mesmo acarreta sob o prisma, desde logo, da eficiência e da gestão de riscos: “*a decisão de atribuir a concessão de um serviço municipal*”, prescreve o art. 36.º, n.º 1, do DL n.º 194/2009, “*deve ser precedida de estudo que demonstre a viabilidade financeira da concessão e a racionalidade económica e financeira acrescida decorrente do desenvolvimento da actividade através de modelo de gestão, designadamente em função de expectáveis ganhos de eficiência e de transparência para o concessionário de riscos passíveis de por este serem melhor geridos.*”

Esta decisão, da competência do órgão executivo do município ou associação pública de autarquias locais está, naturalmente, sujeita a um

<sup>174</sup> Como salienta Pedro Gonçalves (*A Concessão...*, cit., p. 71), o fenómeno concessório “só é legítimo e pensável num Estado de direito democrático na medida em que a Administração esteja em posição de proceder a uma *permanente avaliação da compatibilidade da concessão com o interesse público* e de, na eventualidade de concluir pela ausência de sentido da concessão, *extinguir os respectivos efeitos jurídicos.*” E é por isso — por o direito adquirido pelo concessionário poder ser legitimamente sacrificado sempre que o interesse público exija a extinção da concessão — que o seu direito é *enfraquecido*.

<sup>175</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, cit., p. 204; cfr., de igual modo, Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 255-256.

controlo preventivo por parte do seu órgão deliberativo e deve conter a fixação do montante e o calendário de pagamento da retribuição ao concedente<sup>176</sup>.

### **3.2 Procedimento de adjudicação**

Tomada (se for o caso) a decisão de concessionar, segue-se a segunda etapa do procedimento: trata-se agora da escolha do contraente privado<sup>177</sup>.

Esta escolha carece, sem excepções, de um procedimento de concurso público, regulado que é pelo DL n.º 194/2009 e pelo Código dos Contratos Públicos<sup>178</sup> e leva ínsita as (ou algumas das) condições que a autoridade administrativa considera que devem integrar o futuro regime jurídico da concessão.

Tais condições (sujeitas ao *escrutínio* da ERSAR<sup>179</sup>) devem constar quer do caderno de encargos – que obrigatoriamente contempla as prescrições constantes dos arts. 33.º, n.º 4, e 38.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 194/2009 (regime tarifário incluído), podendo, ainda, aludir às exigências que o n.º 2 deste preceito contempla -, quer do programa do procedimento, onde, além de outros elementos relativos à admissão dos candidatos, consta o critério de adjudicação (que deverá obedecer ao princípio geral de que *os utilizadores devem dispor, ao menor custo, de um serviço com a qualidade especificada*)<sup>180</sup> e seus parâmetros de densificação e respectivas ponderações, que, por sua vez, devem incluir os aspectos estatuídos no art. 39.º, n.º 3 deste diploma<sup>181-182</sup>.

---

<sup>176</sup> Trata-se de prescrições que, de acordo com o art. 42.º, n.º 3, do DL n.º 194/2009, devem estar fixados previamente à abertura do procedimento de formação do contrato de concessão.

<sup>177</sup> Recorde-se que até à Directiva 24/2012/UE, relativa à adjudicação dos contratos de concessão, a sua outorga não tinha que obedecer a um procedimento típico, bastando a observância da principiologia concursal.

<sup>178</sup> Cfr. os arts. 6.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2, do CCP. Declinando a possibilidade de recurso a um procedimento de ajuste directo (pelo menos em termos gerais e na modalidade de ajuste directo simples), cfr. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 259-260.

<sup>179</sup> Cfr. os arts. 37.º e 39.º, n.º 2 do DL n.º 194/2009.

<sup>180</sup> Cfr. art. 39.º, n.º 1 do DL n.º 194/2009.

<sup>181</sup> “Estes documentos”, referem Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins acerca do caderno de encargos e do programa, “deverão ser tornados públicos e acessíveis, não só porque apenas desta forma cumprem a sua função – de fornecer as informações aos potenciais co-contratantes dos elementos que podem determinar a formação da sua decisão de participar nesse procedimento (sobretudo quando estejamos perante procedimentos abertos de escolha do co-contratante) -, mas também por determinação do direito comunitário”, cfr. AA. *cit., op. cit.*, p. 257.

<sup>182</sup> Tudo sopesado, os preços constituem, pois, um dos principais factores de selecção dos concorrentes, sendo regulados pelos contratos, cfr. Joana Neto dos Anjos, *op. cit.*, p. 93, Autora para quem a determinação tarifária operada pela ERSAR não afecta o preço do serviço como critério de adjudicação do contrato, “quer porque o preço inicial, que se fixa

Adjudicada a concessão (que é da competência do órgão executivo do município ou, consoante o caso, da associação de autarquias locais) ou (o que redunde no mesmo) identificado o concorrente a quem a mesma irá ser atribuída, fica o adjudicatário munido do *direito à celebração do contrato*.

### **3.3 A celebração do contrato de concessão**

A última fase propriamente dita do procedimento culmina com a celebração do contrato de concessão, cuja competência para a sua outorga compete ao presidente da câmara, ou, no caso de associações públicas de autarquias locais, ao presidente do órgão executivo mandatado para o efeito.

Deste contrato deve obrigatoriamente constar *i)* o tarifário a aplicar no primeiro exercício económico em que o concessionário inicie a exploração, bem como a subsequente trajetória tarifária nos termos previstos no art. 43.º; *ii)* o plano de investimentos da concessão, especificando a responsabilidade pela respectiva execução e as datas limite de conclusão dos investimentos críticos; *iii)* o caso base do modelo financeiro da concessão, o qual serve de referência para o cálculo de compensações entre as partes e para a eventual negociação de uma revisão do contrato de concessão; *iv)* os proveitos mínimos anuais, expressos a preços constantes, a que o concessionário tem direito durante o período da concessão na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos<sup>183</sup>.

Acresce que o contrato de concessão deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário, podendo identificar riscos que permanecem sob responsabilidade financeira do concedente ou cujo impacte possa ser repercutido através das tarifas aplicadas aos utilizadores<sup>184</sup>, além de dever definir o período de transição (que se inicia na data da sua celebração e que não pode ter uma duração superior a seis meses) destinado a permitir ao concessionário o desenvolvimento de todas as acções de implementação da estrutura destinadas a garantir que não ocorram quebras de continuidade e qualidade do serviço com o início da sua exploração<sup>185</sup>, assim como deve, já se o disse, conter a (prévia) fixação do

---

para o primeiro ano da concessão deve resultar, efectivamente, da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação, quer porque, cada vez mais, outros factores pesam na tomada de decisão de adjudicação deste tipo de contrato" (*idem, ibidem*, p. 94).

<sup>183</sup> V. o art. 40.º, n.º 1 do DL n.º 194/2009.

<sup>184</sup> Cfr. o art. 35.º, n.º 1, do DL n.º 194/2009.

<sup>185</sup> V. o art. 41.º, n.ºs 1 e 2, sendo de realçar que, durante o período de transição, a responsabilidade pelo serviço é do concedente, que deve prestar o apoio necessário ao

montante e do calendário de pagamento de retribuição ao concedente<sup>186</sup>.

De observar que a ERSAR tem que ser ouvida antes da celebração deste contrato (justamente aquando da sua minuta), sendo que, no momento da sua celebração, o concessionário deve apresentar uma apólice de seguro de responsabilidade civil extracontratual de montante definido no caderno de encargos e de acordo com as habituais práticas vigentes no mercado regulador<sup>187</sup>.

## 4. Caracteres

### 4.1 A relação de concessão: enquadramento liminar

Considerando que o concessionário não é um órgão da Administração pública, mas um sujeito (em princípio) de direito privado que, em nome próprio e com autonomia, com ela colabora nos termos e condições fixadas no contrato administrativo de concessão, assim assegurando a gestão do serviço público e estando, por conseguinte, *fora da organização administrativa* a quem é atribuído o direito de exercer, em nome próprio (com imputação própria exclusiva) uma actividade da Administração, dúvidas parecem não existir em como a relação de concessão é uma relação *contratual* (e não orgânica)<sup>188</sup>, regulada pelo seu direito estatutário — o direito administrativo<sup>189</sup>.

Nesta medida, sendo o contrato de concessão, antes de tudo, um contrato, a concessão determina uma *relação jurídica dissimétrica*, em que cada uma das partes é simultaneamente titular perante o outro de direitos e deveres conexos entre si, que, além disso, é *complexa ou de carácter misto* — o que explica a distinção das posições activas da Administração concedente em duas categorias: os direitos contratuais (a que correspondem deveres contratuais do concessionário) e os poderes de autoridade (posições simétricas de sujeição do concessionário)<sup>190</sup>. São estas coordenadas que procuraremos concretizar nas linhas que se seguem.

### 4.2 Situação jurídico-contratual da Administração concedente

---

concessionário, impondo-se o cumprimento dos trâmites assinalados nos números 4 e 5 deste preceito.

<sup>186</sup> Cfr. o art. 42.º, n.º 3 do DL n.º 194/2009.

<sup>187</sup> Cfr. o art. 40.º, respectivamente, nos seus n.ºs 3 e 2, do DL n.º 194/2009.

<sup>188</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, pp. 229-231.

<sup>189</sup> V. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 240 e 261-262.

<sup>190</sup> Continuamos a acompanhar Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, p. 237 e, bem assim, Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 263 e ss.

Como se acabou de referir, a Administração concedente dispõe de poderes de autoridade sobre o concessionário — por um lado, poderes sobre o contrato, por outro, poderes sobre o contraente concessionário<sup>191</sup>.

Pois bem, quanto ao *naípe* contratual, pouco ou nada há a referir, a não ser que a Administração pode, unilateralmente (e, assim, sem o consentimento do concessionário), introduzir modificações ao conteúdo do contrato sempre que exigências de interesse público o imponham, que deste modo prevalecem sobre a estabilidade e o estrito cumprimento do contrato<sup>192</sup>.

No que aos poderes sobre o concessionário concerne (e numa descrição sumária) espraiam-se os mesmos em poderes de direcção, de fiscalização e de aplicação de sanções contratuais.

Através dos primeiros (de direcção), e que *só valem* se ficarem expressamente plasmados no contrato, a Administração fixa objectivos (competindo ao concessionário, justamente porque não é um órgão administrativo, assim não detendo qualquer vínculo hierárquico, seleccionar autonomamente os meios adequados para alcançar tais objectivos) e, em determinados termos<sup>193</sup>, emana ordens, directivas e instruções vinculativas com o fito de impor àquele o cumprimento das obrigações que assumiu<sup>194</sup>.

<sup>191</sup> Cfr. o art. 45.º do DL n.º 194/2009.

<sup>192</sup> Cfr. sobredito art. 45.º, al. c), d) e e). Como sustentam Pedro Gonçalves/Licínio Martins (*op. cit.*, p. 228, mas também pp. 264-272), *mesmo quando a concessão seja por um largo período de tempo (a regra na concessão é ser temporária) e o seu regime conceda ao concessionário uma posição jurídica (mais) consistente, nem por isso a Administração deixa de ter uma significativa margem de liberdade para abolir os direitos concedidos. É que não pode esquecer-se que, com a concessão, e especificamente com a concessão de serviço público, a Administração não aliena o seu direito sobre o serviço, pelo que há-de manter sempre os necessários poderes à salvaguarda do mesmo. Aliás, a concessão é, em qualquer caso, um acto de que a Administração se serve no quadro da prossecução dos interesses públicos de que está incumbida. Pelo que, havendo alteração neste interesse — seja porque a concessão já não serve os fins que se pretendia alcançar, seja porque se entende que a sua manutenção perturba a realização do interesse público — a Administração poderá fazer uso dos poderes que lhe são (ou devem ser) próprios, enquanto poderes que lhe conferem a posição de garante do interesse público.*

<sup>193</sup> O colaborador da Administração é autónomo, suportando a imputação dos resultados da sua gestão (que é efectuado em seu nome e por sua conta), por isso não podendo a Administração concedente ingerir-se na gestão do serviço. Se a Administração não concorda com a gestão, por a considerar pouco adequada ao serviço, por exemplo, ela pode é proceder ao resgate ou à rescisão — não pode é converter o agente na sua inteira dependência, qual *alter ego* seu que deve adequar constantemente o serviço às suas concepções de gestão, cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, pp. 244-245.

<sup>194</sup> Essencial, portanto, é que tais poderes não signifiquem a criação de obrigações autónomas para o concessionário, uma vez que eles se limitam ao estabelecido no contrato, cfr. *idem, ibidem* e Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 265 e 273-275. Observe-se que, segundo o art. 45.º, al. a) e b) do diploma em análise, é da competência do concedente ratificar a actualização anual das tarifas, nos termos previstos no contrato de concessão, e aprovar os projectos de execução de investimentos previstos no contrato de concessão submetidos pelo concessionário, concedente que, no período inicial da concessão e enquanto não houver condições para o cumprimento imediato,

Seguidamente (de fiscalização), a Administração concedente, enquanto “dona do serviço concedido”, tem o poder (*rectius*, o dever) de acompanhar a actividade do concessionário, verificando e documentando as eventuais insuficiências e anomalias detectadas, através da apreciação dos actos de gestão, de reclamações apresentadas pelos utentes ou de vistorias<sup>195</sup> — esta fiscalização efectiva-se, aliás, também por meio da Comissão de acompanhamento da concessão a que se reporta e, bem assim, pela própria entidade reguladora<sup>196</sup>.

A finalizar, avulta o poder de aplicar sanções contratuais e, assim, o poder de a Administração concedente praticar actos unilaterais de autoridade como forma de punir o incumprimento de determinadas obrigações contratuais (que não deveres administrativos gerais, portanto)<sup>197,198</sup>.

### **4.3 Situação jurídico-contratual do concessionário**

Tal como a posição da Administração concedente, também a do concessionário consubstancia uma posição que, além de economicamente vantajosa e de que só ele pode usufruir, é *mista*, visto que também ela engloba direitos, deveres e estados de sujeição<sup>199</sup>.

Nestes moldes, e no que toca aos direitos que irrefragavelmente assistem ao concessionário, avulta primeiramente *o direito que o mesmo possui em ser ele, e só ele, a gerir com autonomia e estabilidade o serviço público* (bem como as actividades complementares do serviço concedido<sup>200</sup>) durante o período de tempo convencionado (com o respectivo dever a cargo da Administração concedente em não perturbar a autonomia de gestão)<sup>201</sup>.

---

pelo concessionário, das normas ambientais em vigor, deve diligenciar a celebração de contratos de adaptação ambiental, cfr. art. 46.º do diploma em análise.

<sup>195</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, cit., pp. 246-248, Autor que aqui, e a propósito, nos fala em controlo *técnico, financeiro e jurídico*, modalidades do dever de fiscalização que retoma com Licínio Lopes Martins, cfr. *op. cit.*, pp. 278-279.

<sup>196</sup> Cfr. o art. 44.º do DL n.º 194/2009. Na esteira de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins, estamos em face de um dever de exercício obrigatório que onera a Administração concedente, podendo a omissão do seu cumprimento conduzir a uma eventual responsabilidade civil daquela; para além disso, não deve excluir-se a legitimidade dos utentes do serviço público, enquanto directos interessados, para requererem e desencadearem perante o concedente os procedimentos de fiscalização adequados, cfr. AA. cit. e *op. cit.*, p. 277.

<sup>197</sup> Caso do sequestro ou da resolução unilateral do contrato, cfr. o art. 45.º, al. d).

<sup>198</sup> Também sobre esta matéria v. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 279-283.

<sup>199</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, cit., p. 263 e, no mesmo sentido, Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 248-249 e 283.

<sup>200</sup> Cfr. o art. 51.º do DL n.º 194/2009.

<sup>201</sup> Trata-se, contudo (recorde-se), de um direito *enfraquecido*, cfr. *supra* e Pedro Gon-

Depois, ele tem *o direito a ser remunerado*. Na realidade, um componente normal da remuneração do concessionário consiste na contrapartida económica que, pela prestação do serviço, ele recebe dos utentes: aqui, em princípio, o concessionário obtém o lucro e o retorno do investimento que realizou mediante os proventos proporcionados pela gestão e exploração do serviço concedido, não estando, porém, excluída a hipótese de o contrato de concessão criar, para a Administração, uma obrigação de retribuir o concessionário<sup>202</sup>.

Por último, o concessionário tem *direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato* em virtude da sua modificação unilateral pela Administração, bem como o *direito à modificação do contrato* e à sua *resolução* ou o *direito a invocar a excepção de não cumprimento do contrato* nos termos legalmente delineados<sup>203</sup>.

Já do lado dos deveres a cargo do concessionário (*partilha de responsabilidades*) temos, a par com a genérica obrigação de cumprir *ponto por ponto* o disposto no contrato de concessão (bem como, obviamente, as disposições legais e regulamentares que norteiam a sua actividade)<sup>204</sup>, o *dever de instalar a empresa* (organizando e pondo em funcionamento os meios humanos, materiais e técnicos necessários)<sup>205</sup> e de manter as instalações dos serviços operacionais, de assistência domiciliária e de atendimento presencial no perímetro territorial do concedente<sup>206</sup>, assim como, claro reste, o dever de gerir o serviço público de forma contínua<sup>207</sup> e, em regra, *pessoalmente*<sup>208</sup>.

A estes deveres acresce a obrigação de, na execução do contrato de concessão, o concessionário dever articular-se com os serviços, no sentido de respeitar as orientações definidas em matéria de planos de ordenamento do território, bem como a obrigação de não alienar ou não onerar a concessão, salvo nos casos expressamente previstos<sup>209</sup>.

---

çalves, *A Concessão...*, *cit.*, pp. 263-269.

<sup>202</sup> V. o art. 42.º do DL n.º 194/2009 e Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, pp. 269-270.

<sup>203</sup> Cfr. os arts. 54.º e 55.º do DL n.º 194/2009. V., a propósito e com as devidas adaptações, Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, pp. 270, 273-275 e 287-288.

<sup>204</sup> V. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, p. 271.

<sup>205</sup> V. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, p. 272.

<sup>206</sup> Cfr. o art. 48.º do DL n.º 194/2009.

<sup>207</sup> Salvo nos casos contemplados no art. 35.º do DL n.º 194/2009.

<sup>208</sup> Esta é a regra, embora possa haver lugar à subconcessão e à subcontratação desde que observados os ditames impostos pelo art. 53.º do DL n.º 194/2009. De notar que, observadas as balizas (definidas pelo art. 59.º deste diploma), o concessionário pode prestar os serviços nele elencados a outras entidades gestoras localizadas fora do âmbito territorial da respectiva concessão. V., a este respeito, Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 286-289.

<sup>209</sup> Cfr., respectivamente, os arts. 50.º e 52.º do DL n.º 194/2009.

## 4.4. Relações

### 4.4.1 Entre o concessionário e o pessoal afecto à gestão do serviço concedido

Sendo indubitável que o pessoal que o concessionário afecta à gestão do serviço público fica sujeito ao regime do direito do trabalho e não a um regime de direito público, a *sorte* deste pessoal, no caso de extinção da concessão, é a seguinte: caso a Administração concedente não o assuma<sup>210</sup>, dever-se-á entender que o pessoal continua vinculado pelo contrato de trabalho que o liga ao concessionário<sup>211</sup>.

### 4.4.2 Entre o concessionário e os utentes do serviço público

Se é certo que, nas relações com a Administração concedente, o concessionário actua “como parte” no contrato, não é menos certo que, nas relações com terceiros (*relação triangular*), ele actua como sujeito a quem a Administração confiou a gestão de um serviço público por disposições contratuais com *eficácia regulamentar*<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> Inexistindo, pois, no contrato qualquer cláusula a estabelecer a sua passagem para o novo gestor do serviço (Administração concedente ou outro concessionário), cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, p. 314.

<sup>211</sup> Cfr. o art. 58.º do DL n.º 194/2009, solução que se alastra às demais relações jurídicas conexas com a continuidade do serviço, como sejam de empreitada, de locação, de fornecimento de serviços, de aprovisionamento e de financiamento.

<sup>212</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, *cit.*, p. 231. Isto é, “no contrato de concessão temos dois tipos de cláusulas: cláusulas apenas contratuais e cláusulas contratuais e regulamentares; todas as cláusulas apostas no contrato de concessão têm natureza e eficácia contratual, na medida em que todas elas se destinam a regular o estatuto contratual do concedente e do concessionário (direitos e obrigações recíprocas); porém, como o que está em causa é a gestão de um serviço público, muitas das cláusulas apostas no contrato vão também produzir efeitos para além do âmbito subjectivo da relação administrativa, seja porque os seus efeitos não se limitam às partes, seja porque o seu conteúdo se destina essencialmente a regular o próprio serviço (é o que sucede com todas as cláusulas relativas ao funcionamento do serviço, à sua organização material e técnica ou às prestações que o concessionário deve fornecer ao público). É que não deve esquecer-se que uma personagem fundamental da relação de concessão, embora formalmente oculta (por não intervir no negócio da concessão), é o utente do serviço público (no caso dos serviços públicos sem utentes *uti singuli*). E, sendo os utentes (ou todos os terceiros – terceiros relativamente ao negócio contratual da concessão) titulares de direitos subjectivos públicos em face do concedente, tais direitos não se extinguem nem se suspendem pelo facto de a Administração se fazer substituir na gestão do serviço público. Ou seja, na relação com os utentes do serviço público há só uma alteração subjectiva do lado do devedor: com a concessão, o devedor das prestações de serviço passa a ser o concessionário, pelo que os utentes (e, em geral, todos os terceiros destinatários das prestações do serviço público) passam a gozar do direito ao cumprimento do contrato de concessão”, cfr. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 241 e 243.

E, sendo a regra a de que o concessionário não pode recusar a celebração do contrato com o interessado em beneficiar o serviço que ele presta<sup>213</sup>, celebrado o contrato, imperativamente se estabelecem relações entre o concessionário e o utente<sup>214</sup>.

Estas relações são disciplinadas pelo direito privado (o contrato é de direito privado), apesar de não serem de “puro” direito privado, já que são de direito público as regras que fixam o regime da prestação de serviços aos utentes. Vale isto por dizer que a relação concessionário-utente, ao ser titulada por um contrato de direito privado, mas regulada também por normas de direito público, poderá ser qualificada como *híbrida*<sup>215</sup>. Assim, juntamente com o dever de prestar o serviço aos utentes, ademais em observância do princípio da igualdade, surge uma outra específica e correlativa obrigação: o dever de o concessionário fixar preços iguais para serviços iguais, princípio que, naturalmente, *não impede a fixação de preços em função de circunstâncias especiais (por exemplo, circunstâncias ou condicionantes de ordem social ou geográfica)*<sup>216-217</sup>.

#### **4.5 A responsabilidade do concessionário perante terceiros**

Concebida a concessão como um acto (*organizatório, mas*) que *privatiza a gestão do serviço público*, mediante a transferência do direito de o gerir para uma entidade de direito privado, que actua no seu próprio nome, fora de um nexos que a ligue organicamente ao concedente, impera o *princípio da responsabilidade do concessionário perante terceiros*, nos termos da responsabilidade civil por actos de gestão privada<sup>218</sup>, solução esta que encontra guarida no art. 47.º do DL n.º 194/2009.

<sup>213</sup> Regra esta que tem limites, cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, cit., pp. 314-317.

<sup>214</sup> E daí que se fale numa *relação triangular*, cfr. o que se disse *supra*.

<sup>215</sup> A regra é a de que a actividade do concessionário fica sujeita ao direito privado, só assim não sucedendo quando a sua actuação for disciplinada por normas de direito público ou por disposições contratuais com eficácia regulamentar (caso em que ele não pode exercer a sua autonomia) ou quando a sua actuação for de gestão pública, o que acontece sempre que se trate do exercício de poderes públicos de autoridade, refere Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, cit., pp. 318 e 230, n. 199.

<sup>216</sup> Cfr. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.* p. 293. Fora deste estudo fica também a questão de averiguar qual a natureza jurídica da quantia pecuniária paga pelo utente ao concessionário em contrapartida do serviço por ele prestado, matéria que é abordada pelos Autores citados, cfr. *Idem*, pp. 293-294.

<sup>217</sup> Apontando as formas de regulação de preços (que nuns casos cabe à entidade reguladora, noutros ao Governo, noutros casos sendo o próprio regulado a estabelecer os preços, sujeitos a homologação governamental ou da entidade reguladora) como um dos problemas do actual sistema de regulação de serviços de interesse económico geral, v. Vital Moreira, *Regulação...*, cit., p. 561.

<sup>218</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão...*, cit., pp. 322-323, regra esta que, contudo e como explicita o Autor a pp. 323 e ss., comporta excepções.

## 5. Vantagens

A adopção deste modelo tem como mais-valias, designadamente, as seguintes<sup>219</sup>:

- i) atenua a responsabilidade administrativa, uma vez que a reparte;
- ii) aligeira o peso das incumbências municipais, contribuindo para a desvinculação de peias burocráticas e para um aumento de eficiência na prestação do serviço<sup>220</sup>;
- iii) confere uma organização de gestão ao serviço público, *abrindo portas* ao saber e às qualidades dos privados;
- iv) permite, ao contar com o financiamento privado, combater a falta de liquidez da Administração, permitindo a realização de (avultados) investimentos em infra-estruturas públicas<sup>221</sup>;
- v) as infra-estruturas a realizar revertem para a administração concedente no final da concessão;
- vi) o montante e o calendário de pagamento da retribuição, caso haja lugar à mesma, são fixados pelo concedente;
- vii) os pagamentos relativos à retribuição devem ser feitos sob a forma de anuidades ao longo de toda a concessão, sendo que o valor previsto para os primeiros cinco anos do contrato de concessão pode atingir os 40 % da totalidade das rendas<sup>222</sup>;
- viii) poderá gerar poupanças consideráveis na utilização dos recursos públicos, sendo os riscos *comerciais* (como os relativos a problemas de procura, de cobrança e de consumo) assegurados

---

<sup>219</sup> De acordo com Hugo Consciência Silvestre (*Gestão Pública – Modelos de Prestação no Serviço Público*, Lisboa, Escolar Editora 2010, pp. 182-183), no Reino Unido e segundo o *National Audit Office*, no que concerne “ao sector da água (toda ela privatizada), os investimentos feitos no sistema operativo foram significativos e promoveram uma melhoria na qualidade do bem e nos serviços prestados, assim como no ambiente. Dentro deste sector, numa primeira fase as facturas tiveram um acréscimo, mas depois de revistos os preços praticados pelas organizações privadas verificou-se que o aumento das tarifas foi inferior em 13% do que se se tivesse mantido a tendência anterior à privatização.”

<sup>220</sup> “A ânsia com que os municípios abraçam o sector empresarial privado é revelador da importância crescente que este assume na economia local, mas é também uma confissão da incapacidade de os municípios sentem de fazerem face sozinhos aos desafios que coloca a gestão pública do nosso tempo. O incremento das parcerias fundamenta-se na convicção dos políticos locais de que um quadro de relações dinâmicas com os sectores privado e social reforça a sua legitimidade e confere maior solidez e apoio ao exercício eficaz do poder público”, cfr. António Rebordão Montalvo, *op. cit.*, p. 193.

<sup>221</sup> A realização de projectos de interesse público carentes de capital e de conhecimentos técnicos representam, aliás, uma percentagem importante da actividade económica na União Europeia, com especial pertinência para as indústrias de rede e para a prestação de serviços de interesse económico geral, cfr. Joana Neto dos Anjos, *op. cit.*, p. 28. Também neste sentido, cfr. Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, *op. cit.*, pp. 250-251.

<sup>222</sup> V. o art. 42.º, n.º 4, do DL n.º 194/2009.

em larga escala pelo concessionário<sup>223</sup>.

Numa frase, e como referem Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira, “as razões subjacentes a esta privatização funcional de tarefas públicas parecem evidentes: substituição da lógica do serviço administrativo pela lógica empresarial, criação de sinergias da competência e saber técnicos de empresas privadas, da sua flexibilidade, das suas estratégias temporalmente adequadas, da sua eficiência e efectividade, da agilização do recrutamento e selecção do pessoal, etc., etc., razões organizatórias estas a que acrescem relevantes factores financeiros, sabendo-se, como se sabe, da necessidade de vultuosos investimentos para instalar e fazer funcionar empresas dotadas de grande complexidade técnica”<sup>224</sup>.

## 6. Riscos/desvantagens

Como *reverso da medalha*, poderíamos apontar os riscos assinalados no art. 35.º, n.º 2, do DL n.º 194/2009<sup>225</sup>, em que avultam os atinentes com a construção das infra-estruturas, todos eles a cargo da administração concedente, que assim deve ser rigorosa quer na definição dos objectivos que publicitou, quer noutras formas de controlo e punibilidade da actuação do concessionário em caso de infracções contratuais<sup>226</sup>.

Mas ninguém melhor do que o Tribunal de Contas para os elencar.

Efectivamente, de acordo com o Relatório n.º 03/2014 da 2.ª Secção deste Tribunal, lavrado em cumprimento do Plano de Fiscalização da 2.ª

<sup>223</sup> Cfr. o art. 35.º, n.º 1, do DL n.º 194/2009, que prescreve que, quando se verificarem os riscos nele plasmados a cargo do concedente, há lugar a uma compensação.

<sup>224</sup> Cfr. A. e *op. cit.*, p. 36. Para um leque de objectivos inerentes às *privatizações* efectuadas em diversos países, em larga medida comum ao que se vem de enunciar, v. Hugo Consciência Silvestre, *op. cit.*, pp. 145 e ss.

<sup>225</sup> São eles São eles: *a)* Atrasos na disponibilização de bens do domínio municipal ou de eventuais investimentos que fiquem a cargo do concedente; *b)* Modificação unilateral de obrigações previstas no contrato de concessão, excepto modificações impostas ao plano de investimentos; *c)* Casos de força maior cujos efeitos se produzam independentemente da vontade do concessionário, tais como desastres naturais, epidemias, conflitos armados e actos de terrorismo e cuja cobertura por seguros contratados pelo concessionário não esteja prevista no contrato de concessão; *d)* Atrasos nos processos de licenciamento municipal, na obtenção de autorizações ambientais e na realização de expropriações e servidões por motivo não imputável ao concessionário; *e)* Custos relativos aos processos de expropriação e constituição de servidões que excedam o valor definido do contrato de concessão; *f)* Custos provocados por atrasos na conclusão de eventuais obras que terceiros tenham assumido perante o concedente e cujos prazos de conclusão constituam um pressuposto do contrato de concessão; *g)* Atrasos na entrega de subsistemas geridos por juntas de freguesia ou associações de utilizadores, caso tal esteja previsto no contrato de concessão.

<sup>226</sup> Um apanhado genérico das limitações da *privatização* comumente apontado pode ser compulsado em Hugo Consciência Silvestre, *op. cit.*, p. 144.

Secção e que teve por base uma auditoria, encetada em 2012, à regulação e gestão de concessões de serviços de águas nos sistemas em baixas (que envolveu um universo de vinte e sete concessões municipais), temos que a primeira conclusão que a este respeito se alcançou foi a de que quase nenhum contrato de concessão analisado se preocupou com o estudo do risco e da sustentabilidade dos potenciais impactos financeiros associados à evolução de eventuais cenários adversos das concessões — e isto apesar de ser certo e sabido que os riscos de mercado, de procura, financeiros, de construção e de exploração devem ser, tanto quanto possível, transferidos para o parceiro privado<sup>227</sup>, nunca tendo a figura do reequilíbrio financeiro funcionado em benefício dos municípios concedentes ou dos respectivos utilizadores “quando se verificaram situações susceptíveis de gerar rendimentos líquidos superiores aos previstos no caso base para as entidades gestoras”<sup>228</sup>.

Outra das conclusões retiradas pelo Tribunal de Contas prende-se com o facto de a ERSAR apenas emitir pareceres obrigatórios não vinculativos sobre as peças do procedimento de contratação pública, assim como sobre as minutas do contrato e as respectivas alterações (nomeadamente no âmbito de reequilíbrios), o que é apontado como sendo uma fragilidade, tanto mais que houve recomendações/conclusões da ERSAR que apenas foram acatadas em parte pelas entidades gestoras e foram realizadas apenas oito auditorias entre 2009 e 2013, o que corresponde a cerca de 30% do universo das concessões<sup>229</sup>.

Pode-se assim afirmar que, na esteira da doutrina (inclusivamente de direito comparado) que se dedicou ao tema, os dois perigos associados

---

<sup>227</sup> Cfr. Joana Neto dos Anjos, *op. cit.*, pp. 95-96. “Alguns contratos”, refere a Autora, “continuam a apresentar cláusulas de reequilíbrio financeiro que garantem às entidades gestoras a cobertura de riscos financeiros associados à alteração dos *spreads* bancários ou até a cobertura dos riscos operacionais, em resultado de eventuais agravamentos de custos de manutenção. Para além disso, cerca de 74% dos contratos prevêem de um modo expreso a possibilidade das concessionárias serem ressarcidas pelos municípios concedentes em relação ao caso base, no caso de se verificar uma determinada redução do volume total de água facturado e da estimativa de evolução do número de consumidores. Estes contratos apresentam garantias de receitas mínimas para as entidades gestoras que se asseguram, na prática, por via dos processos de reequilíbrio financeiro, desvirtuando *claramente os princípios da partilha de riscos que devem estar subjacentes a um contrato de concessão* (cfr. Volume I, p. 8, do Relatório n.º 03/2014).”

<sup>228</sup> *Idem, ibidem*, Autora que ainda refere que, nos casos estudados pelo Tribunal de Contas, casos houve também em que “as entidades concedentes procederam à modificação unilateral da trajectória tarifária constante do caso base, cujo impacto imediato resultou no avolumar das compensações financeiras a pagar às concessionárias e, noutros, os concedentes públicos apresentaram sérias limitações no que respeita à capacidade de monitorização financeira e de análise de riscos destes contratos, resultando numa menor capacidade técnica e negocial para defender os interesses financeiros dos municípios, incluindo os dos próprios utilizadores.”

<sup>229</sup> *Idem*, pp. 96-97.

a este mecanismo de auto-regulação são, por um lado, a *captura do regulador pelo regulado* e, por outro, a *capacidade de negociação futura dos preços pelos operadores económicos*<sup>230</sup>.

Porquê? Porque, “no que à eventual captura do regulador” concerne, em razão do risco que existe de a entidade reguladora ficar refém dos “interesses dos cocontratantes privados e, por esse motivo, exercer os seus poderes por formas que não consideram, a longo prazo, os interesses das infraestruturas de rede e dos seus consumidores. Para além do tradicional risco de falta de independência face aos interesses dos regulados e dos políticos (captura), os próprios reguladores tenderam a criar interesses próprios, opacos, e a criar ou preservar o prestígio próprio e os interesses e a carreira futura (*vested interests*)”<sup>231</sup>. Depois, na medida em que “outro problema destes contratos se prende com a alta capacidade de negociação dos preços, após já ter sido celebrado o contrato de concessão. Com efeito, um concorrente que saiba que poderá negociar, num futuro próximo, o preço do serviço, poderá colocar todo o procedimento concursal em causa. Haverá uma tendência para diminuir o preço do serviço, de modo a ganhar o concurso público, com a expectativa de exigir alterações significativas do contrato de concessão estar já celebrado”<sup>232,233</sup>.

Conclusão (ou *remédio preventivo*): “a entidade reguladora deve assumir uma postura cautelosa. O preço fixado inicialmente, que resulta do contrato de concessão e do procedimento concursal, deve ser o ponto de partida das negociações futuras e não deverá ser, de modo algum, desvalorizado. A entidade reguladora deve partir para as negociações consciente da possibilidade de a entidade concessionária adoptar uma conduta abusiva, não permitindo que o novo regime tarifário negociado reflecta uma violação do núcleo central dos princípios da contratação pública. (...) Devem, assim, ser admitidos apenas os *contratos regulatórios* que cumpram certos requisitos processuais para a sua formação. Deverão ser exigidos níveis de abertura, publicidade, explicitação e

---

<sup>230</sup> Cfr. Joana Neto dos Anjos, *op. cit.*, p. 103. Falando também no elevado risco de o município poder ser *capturado* e fazer um mau contrato, que, por natureza, é de longa duração, na presença de situações de monopólio de elevados investimentos e isto apesar de defender que não é correcto generalizar a experiência de concessões a privados de serviços públicos, sendo cada caso um caso e, assim, havendo bons e maus contratos, Paulo Trigo Pereira, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>231</sup> Cfr. Joana Neto dos Anjos, *op. cit., ibidem*.

<sup>232</sup> *Idem*, p. 104.

<sup>233</sup> Para Paulo Pereira Trigo, apresentando a concessão potenciais fontes de redução de custos, é necessário verificar as condições, e em que medida, é que a privatização pode não funcionar, sendo certo que são três os principais problemas que qualquer processo de privatização pode acarretar: *i)* o processo de selecção do prestador de serviço; *ii)* a especificação do contrato, *iii)* o processo de monitorização e implementação do contrato, cfr. A. e *op. cit.*, p. 56.

transparência não só ao nível da formação do contrato, como igualmente na fixação dos termos do próprio contrato”<sup>234</sup>

### Síntese conclusiva

A melhor forma de governança dentro do largo leque de escolhas implica o reconhecimento das suas diferenças e a formulação de distintas questões, refere Paulo Pereira Trigo<sup>235</sup>, não havendo, pois (acrescentamos nós), uma resposta *estranque*, pois que volúvel é o substracto concreto dos municípios a coligar (com todas as vantagens que a aglutinação é susceptível de proporcionar).

Como se viu, cada um dos modelos propostos apresenta vantagens e riscos, sendo todos eles aptos a arvorar um sistema intermunicipal – todos, com excepção, e naturalmente quanto a nós, da parceria pública-pública, tamanha é a vaguidade (e, por conseguinte, insegurança) do universo legislativo que a suporta – tudo dependendo, pois, da concretíssima caracterização dos municípios a agregar, em especial a sua vertente financeira e patrimonial. Aliás, e como se referiu já, nem o legislador concede qualquer primazia a um, ou alguns, destes modelos.

Seja como for, porém, a verdade é que há questões-chave que devem nortear esta ponderação, sendo quatro as ideias fundamentais a reter.

A primeira é esta: *em que medida pode a empresarialização pública (EM, EIM, Soc. Anónima (maioria Estado) ou Sociedade Anónima de capitais públicos (maioria Município) reduzir os custos?* É que, defende-se, há boas e más razões para se criarem empresas públicas e depende do peso relativo de ambas: se o objectivo for dar mais flexibilidade de gestão, melhores incentivos a trabalhadores dirigentes, maior transparência e fiabilidade de contas, maior *accountability* junto dos cidadãos, então a criação de empresas será benéfica, sendo geralmente preferível a solução mercantil (empresa de capitais mistos), em que as tarifas aos consumidores cobrem os custos, pela maior transparência que isso representa<sup>236</sup>.

A segunda consiste em indagar *em que medida pode a concessão a privados reduzir custos e essa redução traduzir-se em benefício para os municípios*, uma vez que importante não é apenas saber se a alteração na forma de governança de um dado sector, neste caso a concessão a privados, reduz os custos, mas também, em caso afirmativo, se esse potenciais

---

<sup>234</sup> Cfr. Joana Neto dos Anjos, *op. cit.*, pp. 104-105, Autora que remata o ciclo expositivo afirmando “É certo que existem sempre riscos associados a uma regulação convencional, mas acreditamos que os benefícios e as vantagens, sobretudo num sector que apresenta tantas especificidades, suplantam claramente todos os inconvenientes.”

<sup>235</sup> Cfr. A. e *op. cit.*, p. 54.

<sup>236</sup> V. Paulo Pereira Trigo, *op. cit.*, p. 55.

ganhos de eficiência se traduzem numa redução de tarifas para os consumidores<sup>237</sup>.

Indagações estas que devem ser equacionadas tendo presente que<sup>238</sup>:

1. não se pode comparar apenas a produção pública *versus* privada, pois se o serviço é de interesse público, terá que haver monitorização (custos de transacção) e a comparação relevante é entre custos de produção pública *versus* custos de produção privada a que se devem adicionar os custos de transacção;
2. mesmo considerando a análise comparativa da totalidade dos custos, é preciso não esquecer que aquilo que interessa do ponto de vista dos consumidores é a tarifa (ou preço) pago. Se um ganho na eficiência do privado se traduzir não numa relação de custos, mas num aumento de lucros da empresa a um preço mais elevado para os consumidores, não serve de muito essa concessão a privados. Assim, *os eventuais ganhos de eficiência* deverão ser repartidos entre as empresas e os consumidores, o que sugere um papel importante da regulação sobretudo no período pós-concessão.
3. quando se comparam formas de produção pública e privada, um primeiro aspeto que deve ser considerado é saber se a privatização (ou concessão a privados) está associada a mais competição ou se é apenas passagem de um monopólio público para um monopólio privado. É da *acrescida competição* e não da *privatização* que poderão surgir os ganhos de eficiência, a redução dos custos e a repercussão positiva nos consumidores. Sobretudo nos sectores de elevados investimentos em infraestruturas de base (água, saneamento e resíduos), o facto de estarmos na presença de monopólios naturais, sugere que ao nível da produção “em alta” (por exemplo na água: captação, armazenamento e tratamento) que irá condicionar as condições de produção “em baixa” (distribuição), há argumentos económicos para que a produção seja dominada por empresas de capitais maioritariamente públicos;
4. o interesse público, em relação a certos bens e serviços, não deve ter em atenção apenas considerações de *eficiência*, mas também de *equidade* — considerações de *justiça e equidade* podem levar a que certas actividades se mantenham na esfera pública, mesmo que considerações de eficiência, porventura, sugerissem o contrário.

<sup>237</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>238</sup> Cfr. Paulo Pereira Trigo, *op. cit.*, pp. 58-59.

