



CEDIPRE ONLINE | 8

Liberdade de Produção de Electricidade e Administração da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público

Pedro Costa Gonçalves

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
JULHO | 2011

**Liberdade de Produção de Electricidade e Administração
da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público**

Pedro Costa Gonçalves



TÍTULO Liberdade de Produção de Electricidade e Administração da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público

AUTOR(ES) GONÇALVES, Pedro Costa

IMAGEM DA CAPA Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO GRÁFICA Ana Paula Silva

EDIÇÃO CEDIPRE
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL
Tel. | Fax: +351 239 836 309
E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR ESTE ESTUDO GONÇALVES, Pedro Costa, "Liberdade de Produção de Electricidade e Administração da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público", *Publicações CEDIPRE Online* - 8, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Julho de 2011

Coimbra
Julho | 2011

ÍNDICE

1.	Princípio do livre acesso à actividade de produção de electricidade	2
2.	Criação de novas capacidades de produção de electricidade por iniciativa pública	6
2.1.	Legislação do sector eléctrico	7
2.2.	Legislação sobre a utilização de recursos hídricos do domínio público	9
3.	Utilização privativa de recursos hídricos: acesso a recursos escassos.....	11
3.1.	Lei da Água e Decreto-Lei n.º 226-A/2007	19
3.1.1.	Procedimento de selecção concorrencial baseado em iniciativa particular	20
3.1.2.	Procedimento desencadeado por iniciativa pública	23
3.2.	Decreto-Lei n.º 182/2008	25
3.3.	Decreto-Lei n.º 126/2010	26
4.	Síntese conclusiva	26

LIBERDADE DE PRODUÇÃO DE ELECTRICIDADE E ADMINISTRAÇÃO DA ESCASSEZ DOS RECURSOS HÍDRICOS DO DOMÍNIO PÚBLICO

O presente texto representa a minha contribuição para a Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho.

Embora aqui desenvolvida num domínio dogmaticamente muito diferente, uma das ideias orientadoras da exposição – compreensão do sentido e da exigência de uma “administração da escassez”⁽¹⁾ – procura “comunicar” com as considerações tecidas por Gomes Canotilho sobre “a rua como bem escasso”⁽²⁾. Em ambos os espaços, nas ruas como nas águas, a escassez impõe a regulação pública das pretensões privadas de acesso, de utilização e de aproveitamento.

¹ Fórmula inspirada por W. BERG, “Die Verwaltung des Mangels – Verfassungsrechtliche Determinanten für Zuteilungskriterien bei knappen Ressourcen”, *Der Staat*, 1976, p. 1 e segs.. Mais recentemente, referenciando a mesma realidade, a doutrina alude a uma *Knappheitsverwaltung*; neste sentido, por todos, cf. M. MARTINI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verwaltungslenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 35 e segs..

² J.J. GOMES CANOTILHO, “A utilização do domínio público pelos cidadãos”, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 1073 e segs..

1 – Princípio do livre acesso à actividade de produção de electricidade

É conhecida e historicamente confirmada a propensão *natural* das actividades da fileira eléctrica para se organizarem e desenvolverem em sistema, por um lado, de *monopólio* e, por outro, de *integração vertical*.

De facto, tais actividades do sector eléctrico – ou seja, a produção, o transporte e a distribuição com fornecimento ao cliente final – aparecem organizadas, material e juridicamente, segundo um modelo de monopólio, com exclusão liminar de qualquer forma ou mecanismo de competição entre operadores económicos. No espaço europeu, consoante as épocas, o monopólio assumiu natureza privada, sendo explorado por empresas privadas, ou pública, neste caso explorado por empresas concessionárias ou por empresas públicas do Estado.

Além disso, a necessária continuidade da rede eléctrica, que não pode deixar de, num *continuum* ininterrupto, unir fisicamente os centros de produção aos locais de consumo, promoveu um fenómeno de *integração vertical*, traduzido na assunção por uma mesma empresa de todos os segmentos da fileira eléctrica ⁽³⁾.

O propósito de construir um *mercado da electricidade* e de transformar a energia eléctrica num “bem de mercado” ⁽⁴⁾ não se tem revelado de fácil execução, desde logo, por estar em causa uma indústria que acusa uma absoluta e radical dependência de uma rede física, única e contínua (a infra-estrutura física que assegura o transporte da electricidade desde o local da respectiva produção até à entrega ao cliente final ⁽⁵⁾). O efeito de *estrangulamento* que a rede provoca impôs uma certa configuração do processo de abertura do sector eléctrico à concorrência, que se concretizou numa separação ou desintegração entre a *rede* e os *serviços* através dela prestados ⁽⁶⁾.

A *separação* ou *desintegração* apresentou-se, por conseguinte, como premissa do processo de liberalização. Na verdade, impunha-se distinguir e, sobretudo, separar entre si as várias actividades eléctricas – a *produção*, o *transporte* e o *fornecimento ao*

³ Sobre o assunto, cf. o nosso texto “Organização e regulação pública do sector eléctrico”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 70 e segs..

⁴ Sobre a compreensão clássica da energia eléctrica e de outras “coisas sem forma” (v.g., água e gás) como “beni extra mercato”, cf. A.M. GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milão, Giuffrè, 2004, p. 25.

⁵ Com um catálogo das peculiaridades dos sistemas eléctricos, cf. JUAN DE LA CRUZ FERRER, “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación”, in SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (org.), *Regulación económica*, Vol. III, Sector Energético, t. I, IUSTEL, 2009, p. 279 e segs. (284).

⁶ Cf. R CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid, INAP, 2003, p. 101 e segs..

cliente final – e, simultaneamente, separar a *rede*, adstrita ao transporte, quer da *produção*, quer do *serviço de fornecimento de electricidade a clientes* ⁽⁷⁾.

Nesta configuração, e uma vez *isolada* a rede – infra-estrutura de transporte –, tornou-se possível promover uma liberalização das actividades eléctricas de *produção* e de *comercialização* que se desenvolvem a *montante* e a *jusante* do transporte, respectivamente. De facto, estas actividades deixam de integrar um monopólio e passam então a ser actividades de *acesso livre, liberalizadas*.

Interessa-nos especialmente, no presente contexto, a actividade de produção ou de geração de electricidade.

Por não existirem jazidas ou depósitos de electricidade na natureza, esta tem de ser produzida ⁽⁸⁾. A geração de electricidade surge, assim, como *primeira actividade económica do ciclo eléctrico* ⁽⁹⁾. Apesar de ter deixado de integrar o monopólio, trata-se, como aliás se compreende, de uma actividade juridicamente regulada – submetida a *regulação pública* –, a começar logo pela *regulação do acesso*.

A actividade económica de produção de electricidade encontra-se, actualmente, regulada, em termos europeus, pela *Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado da electricidade* ⁽¹⁰⁾. No direito português, neste sector (como em geral), prolifera a legislação; em todo o caso, na matéria que nos ocupa, o diploma fundamental é o *Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto* ⁽¹¹⁾, de desenvolvimento dos princípios gerais aprovados pelo *Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro* (entretanto, alterado pelo *Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho*).

Pois bem, numa breve referência à regulamentação europeia, importa dizer que a *Directiva 2009/72/CE* dedica à produção de electricidade um capítulo (o terceiro) que contém dois preceitos: um deles, o artigo 7.º, sobre o *procedimento de autori-*

⁷ Observa D. M. NEWBERY, *Privatization, restructuring and regulation of network utilities*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2000, p. 239, que o modelo inglês de separação vertical de quatro distintas actividades se transformou num modelo de referência.

⁸ A situação apresenta-se diferente no caso do gás natural, em que não há lugar à *produção*, mas antes à *extração*; cf. Ch. KOENIG, J. KUHLING, W. RASBACH, *Energierrecht*, Frankfurt, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2006, p. 24.

⁹ Cf. J. L. MARTÍNEZ MOHEDANO, “Algunas reflexiones sobre la normativa del mercado de producción de energía eléctrica”, *La nueva regulación eléctrica*, Madrid, Civitas, 2002, 219-235.

¹⁰ A *Directiva 2009/72/CE* foi transposta pelo *Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho*.

¹¹ Alterado pelo *Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de Julho*.

zação de novas capacidades, e outro, o artigo 8.º, sobre *concursos para a criação de novas capacidades*.

Especificamente sobre o acesso à produção de electricidade, o artigo 7.º dispõe que os Estados devem organizar “*um procedimento de autorização, que deve ser conduzido de acordo com critérios objectivos, transparentes e não discriminatórios*”; define, a seguir, os critérios de concessão da autorização e impõe exigências de publicidade, de fundamentação e de impugnação.

No desenvolvimento de um processo de liberalização iniciado ainda nos anos 90 do século XX ⁽¹²⁾, a *Directiva 2009/72/CE* remete, portanto, o acesso ao mercado da produção de electricidade para um *sistema de autorizações* (esta expressão surge no artigo 8.º, n.º 1), que se desenrola no âmbito de um *procedimento administrativo de iniciativa particular*.

Por seu lado, a legislação portuguesa distingue dois regimes, ambos fazendo depender o acesso à actividade de um título jurídico-administrativo: assim acontece quer na *produção em regime ordinário*, quer na *produção em regime especial* ⁽¹³⁾. No presente estudo, analisa-se apenas a produção de electricidade no âmbito do regime ordinário, visto só esta se encontrar associada ao tema de fundo que aqui nos ocupa: a utilização privativa do domínio público hídrico. Efectivamente, e conforme o disposto no artigo 17.º do *Decreto-Lei n.º 29/2006*, considera-se produção em regime ordinário “*toda a actividade de produção não abrangida por um regime jurídico especial de produção de electricidade com incentivos à utilização de recursos endógenos e renováveis ou à produção combinada de calor e electricidade*” ⁽¹⁴⁾.

¹² Cf. *Directiva 96/62/CE* e depois *Directiva 2003/54/CE*. Neste ponto, cf. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, in SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 17 e segs..

¹³ Sobre o assunto, cf. JOÃO MIRANDA, “O regime jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional”, *Temas de Direito da Energia*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 119 e segs..

¹⁴ A actividade de produção de energia eléctrica encontra-se sujeita a um *regime jurídico especial* quando seja abrangida por incentivos à utilização de *fontes de energia renovável* (energia eólica, solar, geotérmica, das ondas do mar, hídrica, biomassa, etc.), de *resíduos industriais* ou de *co-geração* – sobre estas actividades, cf. CARLA AMADO GOMES, “O regime jurídico da produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis: aspectos gerais”, *Temas de Direito da Energia*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 59 e segs. Como resulta claro, o critério que distingue a produção em regime ordinário da produção em regime especial não tem a ver com o carácter renovável da fonte da energia, mas antes com o regime jurídico aplicável. Assim, a produção de electricidade mediante a utilização de recursos hídricos, embora se baseie numa *fonte renovável* (a água) não se encontra submetida a uma disciplina unitária: em geral, está sujeita ao *regime ordinário*; quando se trate de electricidade produzida a partir da energia das ondas, impõe-se a aplicação de um *regime especial*;

Assim, no âmbito do regime ordinário ⁽¹⁵⁾, o acesso à actividade “é livre”, embora dependente da obtenção de uma licença de produção, da competência da *Direcção-Geral de Energia e Geologia* ⁽¹⁶⁾. A licença de produção – *nomen* que a lei portuguesa atribui à *autorização* a que se refere a regulamentação da União Europeia – é um acto administrativo que, de um ponto de vista técnico, autoriza a implantação (construção) de um *centro electroprodutor* e permite a produção de energia eléctrica nesta instalação; no caso de produção de electricidade em *barragens*, trata-se, portanto, do acto público que autoriza a instalação e o funcionamento (a produção da electricidade) do centro electroprodutor (central hidroeléctrica) incorporado na barragem.

O procedimento de atribuição da licença de produção, bem como os critérios de apreciação do pedido, encontram-se regulados e previstos no artigo 4.º e seguintes do *Decreto-Lei n.º 172/2006* ⁽¹⁷⁾. No n.º 2 deste artigo 4.º, o diploma tem o cuidado de estabelecer que a actividade de produção de electricidade em regime ordinário é exercida *em regime de livre concorrência*. No contexto normativo, a fórmula significa que o interessado que cumpra as exigências previstas na lei para o efeito – que não são poucas – tem *legitimidade procedimental* para *requerer* a licença de produção de electricidade e a ordem jurídica tutela, em primeira linha, o seu interesse em obter esse título administrativo.

Com relevo decisivo para o presente estudo, observa-se que, se o interessado pretender uma licença para produzir electricidade a partir de um *centro hidroeléctrico*, tem de instruir o seu pedido com a certidão do título de utilização do domínio hídrico atribuído pela autoridade competente – artigo 8.º, n.º 4, do *Decreto-Lei n.º 172/2006*.

sobre a produção da energia eléctrica a partir das ondas, *cf.* ANA RAQUEL MONIZ, “Do aproveitamento dos recursos naturais da orla costeira”, *Revista do CEDOUA*, n.º 24, 2009, pp. 54-56.

¹⁵ Sobre a produção de electricidade em regime ordinário no direito espanhol, acentuando sobretudo os aspectos relacionados com o mercado de venda de electricidade, *cf.* R. RAMOS GIL, “La producción de energía eléctrica en régimen ordinario. El mercado diario e intradiario de electricidad y su gestión económica por OMEL. Los otros mercados eléctricos”, *in* SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 333 e segs.

¹⁶ A *licença de produção* não se apresenta como um acto *pessoal* (mas antes *real*), posto que a sua atribuição se faz para um centro electroprodutor e não para uma empresa ou agente económico. A mesma empresa pode, assim, ser titular de uma ou de várias licenças de produção. Não deve confundir-se a *licença de produção* com a *licença de estabelecimento* – ou de *exploração das instalações eléctricas afectas à actividade de produção*: a segunda é “integrada” na primeira. A atribuição da licença de estabelecimento efectua-se nos termos do *Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas*, aprovado pelo *Decreto-Lei n.º 26 852, de 30 de Julho de 1936*, alterado pelos *Decretos-Leis n.ºs 446/76, de 5 de Junho, 517/80, de 31 de Outubro, 272/92, de 3 de Dezembro, e 4/93, de 8 de Janeiro*, pela *Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho*, e pelo *Decreto-Lei n.º 101/2007, de 2 de Abril*.

¹⁷ O *Decreto-Lei n.º 288/2007, de 17 de Agosto*, introduz medidas de simplificação aplicáveis ao procedimento de licenciamento de produção de electricidade, adoptando ainda mecanismos de articulação entre esse licenciamento e os licenciamentos ou autorizações em matéria ambiental.

Sem prejuízo de múltiplos outros aspectos, *v.g.*, de carácter ambiental (*declaração de impacte ambiental favorável*), e concentrando a análise nos pontos que nos interessam especialmente, a lei estabelece, pois, nesse caso, um *procedimento administrativo complexo*, que se desenrola em duas fases funcionalmente autónomas, encadeadas numa sequência cronológica: *primeiro*, um procedimento de atribuição do título que permite a utilização dos recursos hídricos do domínio público ⁽¹⁸⁾; *depois*, o procedimento de atribuição do título que permite a instalação e o funcionamento do centro electroprodutor e, por conseguinte, a produção de electricidade ⁽¹⁹⁾.

As considerações anteriores permitem perceber que, no caso de produção de electricidade com base na utilização de recursos hídricos públicos, os cânones do livre acesso à actividade e da livre concorrência, a observar no *segundo procedimento*, têm de se confrontar com a disciplina legislativa que, no âmbito do *primeiro procedimento*, regula o acesso dos operadores económicos à *utilização privativa* de recursos hídricos do domínio público. Traduzindo a mesma ideia por outra formulação: o *livre acesso ao mercado da produção de electricidade* tem de se confrontar com a *escassez natural dos recursos hídricos* (bem como com a natureza pública desses recursos ⁽²⁰⁾). Veremos, aliás, que essa escassez natural vai determinar arranjos e soluções que, em muitos casos, deslocam a iniciativa procedimental para a esfera pública. Como se poderá concluir com o desenvolvimento da exposição, a utilização dos recursos hídricos do domínio público produz, em termos regulatórios, um *efeito de estrangulamento* quanto ao acesso à actividade de produção de electricidade.

2 – Criação de novas capacidades de produção de electricidade por iniciativa pública

A actividade de produção de electricidade foi devolvida, confiada ao mercado e passou, portanto, a desenvolver-se no quadro dos aludidos *procedimentos de licença*

¹⁸ Sobre os títulos de utilização privativa de recursos hídricos, *cf.* ANA RAQUEL MONIZ, “Energia eléctrica e utilização de recursos hídricos”, *Temas de Direito da Energia*, Coimbra, 2008, especial., p. 37 e segs..

¹⁹ Sobre a conexão entre a *licença de produção* e a *concessão de utilização de recursos hídricos*, *cf.*, no direito espanhol, V. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, “En torno a la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico y a su «situación inicial»”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1993, p. 457 e segs..

²⁰ Destacando este aspecto no direito brasileiro, *cf.* MÁRCIO PINA MARQUES, “O uso do potencial hidráulico para produção independente de energia eléctrica: uma concessão mista para exploração de actividade económica”, *in* MARCUS FARO DE CASTRO, LUIZ GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO (orgs.), *Direito da Energia Eléctrica no Brasil*, Brasília, ANEEL, 2010, p. 451 e segs..

ou, na fórmula do direito europeu, no âmbito de um *sistema de autorizações*. Assim sucedeu em Portugal, como em quase todos os outros Estados-Membros da União Europeia ⁽²¹⁾.

Apesar disso, o Estado continua a assumir responsabilidades e incumbências no domínio da produção de electricidade, promovendo, por sua iniciativa, procedimentos que enquadram a criação de novas capacidades de produção. Ainda que o resultado se possa revelar idêntico, cumpre, neste domínio, distinguir, por se apresentarem muito diferentes, duas abordagens legislativas: na legislação do sector eléctrico e na legislação sobre a utilização de recursos hídricos do domínio público.

2.1 – Legislação do sector eléctrico

Promovendo a livre iniciativa na geração de electricidade, a legislação do sector estipula que o Estado continua não só a *poder*, como, em determinadas circunstâncias, a *dever* assumir incumbências e responsabilidades no que especificamente concerne ao desenvolvimento prático e efectivo dessa mesma actividade: assim sucede, quando tal se revelar necessário para garantir a *segurança do abastecimento* ⁽²²⁾.

De acordo com este vector ou dimensão do *Estado de Garantia* no âmbito do sector eléctrico ⁽²³⁾, determina-se que, “na eventualidade de a iniciativa privada não assegurar as capacidades de produção de electricidade que garantam o abastecimento” ⁽²⁴⁾, o Estado assume a incumbência de efectuar um *step in* e, portanto, de *encomendar* ou *determinar* a construção e a exploração de centros electroprodutores.

²¹ Veja-se, nesse sentido, o considerando 43 da *Directiva 2009/72/CE*, onde se informa que “quase todos os Estados-Membros preferiram garantir a concorrência no mercado da produção de electricidade através de um sistema de autorizações transparente”.

²² Em geral, a regulação dos mercados da energia visa dois objectivos fundamentais: *i)* garantir a concorrência (o instrumento essencial é a regulação do acesso às redes); *ii)* garantir a segurança do abastecimento (instrumentos essenciais são, aqui, o planeamento e a monitorização, a imposição de investimentos em infra-estruturas e a oferta de novas capacidades de produção); *cf.*, neste sentido, G. BRITZ, “Energie”, in M. FEHLING, M. RUFFERT, *Regulierungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 429 e segs.. Afigura-se, portanto, claro que a garantia da segurança do abastecimento se realiza em regra através de instrumentos regulatórios diferentes da oferta de novas capacidades de produção.

²³ Sobre as várias dimensões do Estado de Garantia, *cf.* o nosso texto “Estado de Garantia e Mercado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, p. 97 e segs.; sobre o âmbito da responsabilidade pública de garantia especificamente no sector eléctrico, *cf.*, também da nossa autoria, “Organização e regulação”, *cit.*, p. 138 e segs..

²⁴ *Cf.* JOÃO MIRANDA, *ob. cit.*, p. 129.

Na formulação legal do artigo 64.º do *Decreto-Lei n.º 29/2006*, trata-se, contudo, de uma intervenção estadual *em último recurso*, condicionante que aponta no sentido da *supletividade* ou *subsidiariedade da intervenção estadual*. Nessa mesma direcção orienta-se o artigo 33.º do *Decreto-Lei n.º 172/2006*, que, sob a epígrafe *concursos públicos em situações especiais*, estabelece o seguinte: “para assegurar necessidades de instalação de novas capacidades de produção de electricidade (...) que não se mostrem possíveis de satisfazer através do regime geral de acesso a esta actividade (...), o ministro responsável pela área da energia pode pôr a concurso público (...) a adjudicação de licenças para a instalação de novos centros electroprodutores (...)”. Os dois preceitos estão, aliás, em rigorosa coerência com a redacção do artigo 8.º, n.º 1, da *Directiva n.º 2009/72/CE*, quando estabelece que os Estados-Membros devem garantir a possibilidade de criação de novos centros de produção mediante procedimentos de concurso, os quais, todavia, “só podem ser lançados se, com base no sistema de autorizações, as capacidades de produção a construir (...) forem insuficientes para garantir a segurança do fornecimento”. Atente-se, aliás, aos considerandos da *Directiva*, onde se alude à hipótese de não ser constituída capacidade de produção de electricidade suficiente com base no sistema de autorizações, cenário em que, então, os “Estados-Membros deverão assegurar a possibilidade de contribuir para a segurança do fornecimento através da abertura de um processo de adjudicação por concurso ou equivalente”.

Em inteiro rigor, a lógica de intervenção supletiva do Estado, que se deduz das disposições citadas, pressupõe a verificação de uma espécie particular de “falha do mercado”, que, no caso, corresponde a um *desinteresse* dos operadores económicos na obtenção de *licenças* que assegurem a produção de energia eléctrica necessária à garantia da segurança do fornecimento. Verificada essa insuficiência, o Estado pode – *deve* – intervir, para garantir a segurança do abastecimento ⁽²⁵⁾.

Mas, note-se, considerando apenas a legislação do sector eléctrico, a iniciativa de criação de novas capacidades cabe, *em princípio*, aos operadores de mercado.

²⁵ Perante solução idêntica, BRITZ, *ob. cit.*, p. 468, refere-se, em termos críticos, à falta de clareza da lei alemã nesse ponto, denotando não concordar com a determinação de instauração de um procedimento de concurso para a instalação de novas capacidades. Julgamos também nós que a letra da lei (e da directiva transposta) não se revela totalmente clara, embora se nos afigure que se pretendeu atribuir ao Estado uma *responsabilidade infra-estrutural*, consubstanciada em assegurar a construção (e a exploração) de centros electroprodutores.

2.2 – Legislação sobre a utilização de recursos hídricos do domínio público

O ponto anterior permite concluir que a legislação específica do sector eléctrico se conforma com um modelo de intervenção estadual de *last resort* no domínio da produção de electricidade. Mas outra parece ter sido a via percorrida pela legislação que regula a utilização dos recursos hídricos do domínio público.

Com efeito, com fundamento na “abertura” da *Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro)* – que, no artigo 68.º, n.º 3, al. b), distinguia o procedimento pré-contratual de concurso público como uma modalidade de escolha do concessionário da utilização privativa de recursos hídricos do domínio público –, o artigo 24.º, n.º 3, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio* ⁽²⁶⁾, viria a conferir ao Governo o poder de “*promover a implementação de infra-estruturas hidráulicas públicas destinadas à produção de energia hidroeléctrica superior a 100 MW, sendo nesses casos a concessão atribuída mediante procedimento concursal, a decorrer nos termos fixados, para cada concessão, por resolução do Conselho de Ministros*”. Agora, no âmbito desta legislação, “abandona-se” qualquer referência à ideia de *último recurso da intervenção pública*, a qual apenas teria lugar para acorrer a necessidades que não se mostrem possíveis de satisfazer através do regime de acesso à actividade económica privada de produção de electricidade. No diploma de 2007, sobre a utilização de recursos hídricos, o princípio acolhido parece ser o de que o acesso à actividade produção de electricidade depende, *em termos mais ou menos equivalentes*, de um acto de iniciativa privada (requerimento) *ou* de um acto de iniciativa pública (seguido de um procedimento concursal). A iniciativa privada quanto ao acesso aos recursos hídricos ainda estava contemplada nesse diploma, embora convivendo com a iniciativa pública.

Um pouco mais tarde, haveria de chegar-se ainda mais longe, a um ponto de dissolução prática do referido princípio de equivalência, com a publicação do *Decreto-Lei n.º 182/2008, de 4 de Setembro* – o diploma estabelece o regime de implementação do *Programa Nacional de Barragens de Elevado Potencial Hidroeléctrico (PNBEPH)*, determinando que a implementação do mesmo “*incumbe ao Estado (...), podendo admitir a colaboração de entidades privadas para esse efeito*” (artigo 2.º). Tornava-se agora claro que o Estado não perspectivava a produção de electricidade segundo uma lógica de pura intervenção supletiva. Bem pelo contrário, na sua missão de planificação e de programação, o Estado identificou um conjunto de necessidades, determinou um *plano de construção de barragens* e, no fim, assumiu a incumbência

²⁶ Alterado pelos *Decretos-Leis n.ºs 391-A/2007, de 21 de Dezembro, 93/2008, de 4 de Junho, 107/2009, de 15 de Maio, 245/2009, de 22 de Setembro, e 82/2010, de 2 de Julho*.

directa de executar esse plano – ainda que com a *colaboração de entidades privadas*, no contexto de um particular “contrato de colaboração”. Assim, e em síntese, o Estado passava a assumir um protagonismo inequívoco no sector eléctrico e, em particular, em relação a uma actividade que havia sido abertamente liberalizada.

Com uma filosofia idêntica à desse diploma de 2008, o *Decreto-Lei n.º 126/2010, de 23 de Novembro*, veio estabelecer o regime de implementação dos aproveitamentos hidroeléctricos destinados à captação de água para produção de energia eléctrica com capacidade instalada até 20 MW. Dispõe o diploma que a implementação dos referidos aproveitamentos “*é realizada através de procedimento concursal de iniciativa pública e visa [além do mais] a atribuição de uma concessão para a utilização privativa de recursos hídricos do domínio público*”. No âmbito do procedimento, é seleccionada a entidade privada a quem se atribui, por contrato, a concessão de utilização de recursos hídricos, o que fica condicionado à prévia celebração de um contrato de implementação, bem como ao pagamento de uma *contrapartida* pela entidade seleccionada. Também aqui, o Estado assume um protagonismo, talvez inesperado, na actividade de produção de electricidade, por via da posição de domínio que detém sobre os recursos hídricos.

Embora a mesma se apresente mais ou menos clara, importa notar que a justificação para a continuação da presença efectiva do Estado na produção de electricidade – um mercado liberalizado –, reside no facto de se tratar de uma actividade que, em certos casos, carece, para se desenvolver, de *utilizar recursos hídricos do domínio público*. Ora, a titularidade pública – em regra, estadual – de recursos escassos sempre conferiria ao Estado uma *posição especial*, que não ocupa em geral nos sectores da economia liberalizada⁽²⁷⁾. Com efeito, o Estado haveria, em qualquer caso, de se ocupar de uma *função de regulação pública* do acesso à utilização de recursos naturais que lhe pertencem e que são escassos. Assim, tem de se considerar normal – por força da *limitação natural* dos títulos disponíveis – o facto de o mesmo assumir aqui uma função de *administração da escassez*. Contudo, o que parece

²⁷ O que acaba de se dizer exige duas explicações. Por um lado, a produção de electricidade não depende muitas vezes da utilização de recursos hídricos: precisamente nestes casos, o Estado já não vem seguindo um modelo de intervenção tão activa na assunção de responsabilidades de produção de electricidade. Por outro lado, há outros sectores da economia liberalizada em que o desenvolvimento de actividades privadas depende da utilização privativa de parcelas do domínio público. Assim sucede, por exemplo, no sector das comunicações electrónicas, quando se trate de actividades que tenham de utilizar frequências radioeléctricas. Aqui, a solução adoptada não consistiu na intervenção do Estado, mas sim na limitação do número de direitos de utilização de frequências e, por consequência, na *contingentação* do acesso ao mercado; *cf.*, sobre isso, o nosso texto sobre “Regulação das comunicações electrónicas”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação...*, *cit.*, p. 204 e segs..

verificar-se é que o Estado assume essa função num quadro objectivo que se confunde e se mistura com a assunção de um *senhorio* sobre a própria actividade de produção de electricidade a partir de recursos hídricos (eis o que parece exprimir a filosofia dos *Decretos-Leis n.ºs 182/2008 e 126/2010*) – sendo indiscutível que a assunção desse senhorio se filia mais em razões patrimoniais do que numa qualquer ética subjacente ao tópico da “responsabilidade de garantia” (segurança do fornecimento) ou até à ideia, menos operativa neste domínio, de “serviço público”.

Deste modo, sem se ter *apropriado* ou *reservado* para si a produção de electricidade – o que afrontaria directamente a regulamentação europeia –, o Estado engendrou soluções que conduzem a um resultado idêntico àquele, fundando-se juridicamente na sua posição de dono dos recursos hídricos (do domínio público²⁸) e na própria escassez destes recursos (*rectius*, escassez dos pontos ou locais de aproveitamento hidroeléctrico).

3 – Utilização privativa de recursos hídricos: acesso a recursos escassos

Sem naturalmente se confundir produção de electricidade e utilização de recursos hídricos⁽²⁹⁾, afigura-se todavia inquestionável a presença de uma associação entre esses dois termos, assente nos factos de a produção de energia constituir uma das finalidades da utilização privativa dos recursos hídricos e de os recursos hídricos serem uma das principais fontes de produção de energia⁽³⁰⁾.

A associação explica a articulação entre a licença de produção de electricidade e a titulação da utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público. Apesar de actuar em contexto de mercado, o operador económico interessado tem de se munir de um *duplo título*, de modo a poder, por um lado, utilizar um recurso do domínio público e, por outro, produzir electricidade.

Compreende-se assim que o acesso à actividade de produção de energia eléctrica se veja *condicionado* e até *estrangulado* pela escassez dos recursos hídricos e, em particular, dos pontos ou locais de aproveitamento hidroeléctrico. Nesta escassez reside a razão por que, apesar da liberalização, continua a não existir – porque não pode existir – uma liberdade plena de produção de electricidade a partir da utilização

²⁸ Sobre os recursos hídricos do domínio público e respectiva titularidade, cf. *Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro*.

²⁹ Há muitas outras fontes, renováveis e não renováveis, de produção de energia.

³⁰ Sobre o assunto, de uma forma desenvolvida, cf. ANA RAQUEL MONIZ, “Energia eléctrica...”, *cit.*, p. 13 e segs..

dos recursos hídricos. Na verdade, a lei não consagra, não reconhece, nem pode reconhecer, um direito subjectivo à utilização privativa dos recursos hídricos ⁽³¹⁾: porque se trata de recursos do *domínio público* ⁽³²⁾ *naturalmente* escassos, os mesmos têm de ficar sob *gestão pública* e ser deslocados da *esfera de liberdade* de utilização privativa ou de acesso exclusivo ⁽³³⁾⁻⁽³⁴⁾.

³¹ Não nos parece que exista aqui uma utilização instrumental e abusiva do estatuto da dominialidade pública, com o fim de restringir ou de condicionar o acesso ao desenvolvimento de uma actividade privada, como é o caso da produção de electricidade. Na verdade, como sublinha ANA RAQUEL MONIZ, “Energia eléctrica...”, *cit.*, p. 32, “tal não sucede seguramente no horizonte dos recursos hídricos”.

³² O que só por si já exclui a concepção de um *direito subjectivo à utilização privativa* – veja-se, neste sentido, o disposto na alínea *a)* do preâmbulo do *Decreto-Lei n.º 93/2008 de 4 de Junho*: “os particulares não têm um *direito* à utilização privativa dos bens do domínio público hídrico, dado que esses bens são da titularidade do Estado nos termos da Constituição e não são susceptíveis de sobre eles recaiêrem ónus ou encargos”. Daí que não se compreenda o disposto no *Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 Abril* [artigos 2.º, alínea *b)*, e 10.º e seguintes], quando substitui concessões de uso privativo do domínio público (outorgadas por acto administrativo) por procedimentos de comunicação prévia, os quais se encontram reservados para as hipóteses em que a actividade *privada* (correspondente ao exercício de um direito) de um *particular* está condicionada apenas ao exercício de uma competência de *controlo* pela Administração; criticando este regime, *cf.* ANA RAQUEL MONIZ, “Direito do Domínio Público”, in PAULO OTERO, PEDRO GONÇALVES (orgs.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. V, Almedina, Coimbra, no prelo, ponto 7.2.1..

Veremos, contudo, o caso especial relacionado com o *Decreto-Lei n.º 182/2008*, onde se prevê um contrato que atribui à entidade privada contratada um *direito à concessão da utilização privativa de recursos hídricos*.

³³ A escassez de bens e direitos pode ser *natural* (com origem em razões de natureza física ou técnica: frequências radioeléctricas; locais em feiras e em parques públicos; locais para instalação de barragens) ou *voluntária* (fixação de *numerus clausus* e contingentação de títulos para o acesso a uma profissão regulamentada – *v.g.*, notários –, para o acesso a uma actividade económica num certo local – *v.g.*, táxis, farmácias, grandes superfícies comerciais, centros de inspecção técnica de veículos –, para o acesso a estabelecimentos públicos de ensino, para a importação de bens ou para a emissão de gases com efeito de estufa); sobre uma categorização das “constelações de escassez”, *cf.* D. KUPFER, *Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 117 e segs. p. 103 e segs.. Ao contrário do que se passa no cenário da escassez natural, que é *necessária*, a escassez voluntária resulta de uma decisão pública que a determina (*staatliche Verknappung*): há portanto, aqui, uma *decisão* quanto ao “se” (*ob*) da escassez, a qual se pode fundar, entre outros, em motivos de ordem financeira ou de regulação económica e social; trata-se de uma *decisão agressiva*, que restringe direitos fundamentais (liberdade de profissão ou iniciativa económica); neste sentido, *cf.* N. MALAVIYA, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 37; F. WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 54 e segs.). A determinação legislativa de uma situação de escassez encontra-se assim sujeita a um teste de constitucionalidade, bem como de conformidade com o direito da União Europeia, Veja-se, por ex., que, no domínio da regulação das actividades de prestação de serviço, a *Directiva 2006/123/CE de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno*, refere-se à limitação do número de autorizações disponíveis para uma determinada actividade “devido à escassez dos recursos naturais ou das capacidades técnicas utilizáveis”, de onde se infere que, quanto às actividades abrangidas, apenas pode haver limitação natural, mas já não voluntária (*cf.*, nesse sentido, o artigo 17.º, n.º 3, do *Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho*). Na jurisprudência do TJUE, sobre as condicionantes jurídicas da limitação do número de licenças, vejam-se os acórdãos de 1 de Junho de 2010, *José Manuel Blanco Pérez et alli*, procs. C-570/07 e C-571/07 (autorizações para a abertura de farmácias), de 3 de Junho de 2010, *The Sporting Exchange*,

Como consequência disso, a utilização privativa ou o acesso exclusivo a esses bens jurídicos ou direitos escassos fica submetido a um *princípio de proibição, com reserva de autorização ou de concessão* ⁽³⁵⁾.

A escassez dos recursos determina a escassez dos títulos de autorização e de concessão ⁽³⁶⁾, pelo que, em princípio, a obtenção de tais títulos não irá depender apenas da observância de *requisitos subjectivos* (cuja verificação se encontre na disponibilidade do interessado no âmbito de um procedimento de iniciativa particular); em princípio, por razões que veremos já a seguir, impõe-se a verificação de *pressupostos objectivos* (sobre cujo cumprimento o interessado não tem controlo ou influência ⁽³⁷⁾).

Nesse caso, à Administração Pública fica então confiado um poder de autorizar ou de conceder, que remove a proibição. Contudo, um tal poder administrativo

Ltd, proc. C-203/08 (licença de exploração de jogos de fortuna ou azar, em que o tribunal esclarece que as razões que justificam, no caso, a restrição à concorrência na fase de exploração não justificam idêntica restrição na fase de concessão da licença), de 24 de Março de 2011, *Comissão c. Espanha*, proc. C-400/08 (implantação de hipermercados).

³⁴ A *gestão pública* (ou a administração pública) da *escassez* a que o texto alude remete para uma intervenção administrativa com função de alocação de recursos. Mas, é claro, a escassez de bens suscita também ponderações do legislador e reclama mesmo uma *função legislativa de alocação de recursos escassos* – um dos temas analisados na última reunião da associação dos professores alemães de direito público (2010) teve por objecto a escassez e a alocação justa de recursos no sector da saúde (*Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen*).

³⁵ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1076. Sobre o assunto, *cf.* MARTINI, *ob. cit.*, pp. 35 e segs. e 698 e segs., que identifica, entre outras, duas técnicas para, no âmbito da “administração da escassez”, regular o acesso dos interessados a recursos ou a direitos escassos: a concessão (*Konzessionierung*) e a contingentação (*Kontingentierung*); a primeira exclui o acesso livre, de todos, a um determinado bem, prevendo um acesso excepcional e exclusivo, a atribuir sem que se reconheça ao interessado um direito de acesso ou de aproveitamento (concessão de utilização privativa do domínio público); a segunda também exclui o acesso universal a um determinado bem, não para definir um acesso excepcional e exclusivo, mas antes para fixar um *número máximo* de títulos a conferir (*v.g.*, licenças para táxis, licenças para cartórios notariais ou farmácias).

³⁶ A escassez de recursos transforma-se assim numa escassez de direitos ou de títulos; sem pôr isto em causa, deve dizer-se que a doutrina se refere à escassez de direitos ou de títulos (bens imateriais) sobretudo nos casos de decisões de contingentação (escassez voluntária); *cf.* MALAVIYA, *ob. cit.*, p. 104; KUPFER, *ob. cit.*, p. 113 (“die Genehmigungen sind eine knappe Ressource”); H. RUMMER, “Die Verteilung bei knappen Kontingenten”, *NJW*, 1988, p. 225 e segs.; referindo-se à concorrência por direitos escassos *cf.* M. POTACS, “Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe”, *VVDStRL*, n.º 69, 2010, p. 278.

³⁷ Está aqui envolvida a definição do “como” (*Wie*) fazer a gestão ou administração da escassez; *cf.* KUPFER, *ob. cit.*, pp. 291 e segs. e 535 e segs.. A definição dos pressupostos a que nos referimos no texto cabe ao legislador, no âmbito do que se pode considerar a “primeira escolha” de um processo de alocação de recursos escassos (que inclui a delimitação do universo de candidatos, bem como a fixação das condições que os mesmos devem preencher para se candidatarem à atribuição do título), *cf.* MALAVIYA, *ob. cit.*, pp. 51 e segs. e 131 e segs.. Sobre o assunto, *cf.* ainda P. BADURA, “Verteilungsordnungen und Zuteilungsverfahren bei Bewirtschaftung knapper Güter durch die öffentliche Verwaltung”, *Festschrift für Karl Heinrich Friauf*, Heidelberg, C.F. Müller, 1996, p. 529 e segs..

exerce-se não apenas no quadro de uma missão de controlo preventivo (autorização) ou de atribuição de aproveitamentos ou usos privativos de bens (concessão), mas igualmente no âmbito de uma função de *administração da escassez*: quer dizer, nestas hipóteses, a atribuição de uma concessão ou de uma autorização revela-se também a “alocação de um recurso escasso” ⁽³⁸⁾.

Emerge aqui uma “administração de alocação” (*verteilenden Verwaltung* ⁽³⁹⁾), uma “tarefa administrativa de alocação ou distribuição de recursos escassos” ⁽⁴⁰⁾. O facto de os recursos (e, claro, os direitos sobre eles) não serem suficientes para todos os eventuais interessados origina uma “situação poligonal” ou “multipolar” que conjuga, pelo menos eventualmente, *pretensões paralelas* de vários interessados (“situação concorrencial”). Precisamente por isso, no desenvolvimento da sua missão, no quadro da *administração da escassez*, quando a Administração Pública é chamada a efectuar a *alocação* do recurso a um ou a alguns interessados, isso vai implicar, como um efeito necessário, a *exclusão* de todos os demais eventuais interessados.

Quer dizer, a *decisão administrativa de alocação de um recurso escasso* a um sujeito *exclui* a atribuição do mesmo benefício a qualquer outro que, do mesmo modo, poderia ter a pretensão, igualmente legítima ou atendível, de alcançar aquele benefício. Neste sentido, a *alocação não concorrencial* do recurso consubstancia uma violação do princípio da igualdade e, mais especificamente, do direito dos cidadãos à igualdade de oportunidades (*Chancengleichheit*) ⁽⁴¹⁾. Eis o que decorre de ter se admitir a

³⁸ Só por si, a natureza pública ou dominial do recurso já imporia o princípio da *proibição de utilização privativa sob reserva de autorização ou concessão*. O tratar-se de recursos escassos reforça a exigência, porquanto a autorização ou a concessão envolvem a *alocação* de um bem escasso e traduzem, por isso, a atribuição de uma posição de vantagem concorrencial ao respectivo titular.

³⁹ WOLLENSCHLÄGER, *ob. cit.*, pp. 31 e segs. e 96 e segs..

⁴⁰ KUPFER, *ob. cit.*, p. 117 e segs..

⁴¹ Sobre a influência do princípio da igualdade e do direito à igualdade de *chances* no domínio dos procedimentos de alocação de recursos escassos, *cf.* WOLLENSCHLÄGER, *ob. cit.*, p. 34 e segs.; MALAVIYA, *ob. cit.*, 217, recusando a existência de direitos originários ao aproveitamento de recursos escassos, admite a subsistência de *direitos (derivados) de participação nos procedimentos de atribuição de recursos*; BADURA, *ob. cit.*, p. 543; M. PÖCKER, “Das Verfahrensrecht wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verteilungsentscheidungen: der einheitliche Verteilungsverwaltungsakt”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2003, p. 193 e segs..

A respeito da regulamentação do acesso a recursos escassos, a doutrina refere-se à influência de outros princípios jurídicos e direitos constitucionais, como os direitos à profissão ou à livre iniciativa económica. Sem prejuízo da influência desses outros valores constitucionais, sobretudo, como vimos, no quadro da definição do “se” da escassez (voluntária), cremos que, no cenário da escassez natural (necessária), a influência constitucional se esgota no princípio da igualdade e no direito à igualdade de tratamento.

subsistência de uma *situação concorrencial autêntica* ⁽⁴²⁾ e, portanto, a presença possível de várias pretensões paralelas incidentes sobre o mesmo objecto num contexto em que não podem ser todas atendidas. Sabendo-se que um determinado recurso só pode ser aproveitado por um ou por um grupo limitado de interessados, atribuir esse aproveitamento sem publicidade e sem abertura a eventuais manifestações de interesse de terceiros constitui uma *decisão arbitrária*, alheia à racionalidade jurídica e às exigências de um Estado de Direito ⁽⁴³⁾.

Impõe-se pois, nesta matéria, a observância de directrizes constitucionais, bem como outras, com origem no direito da União Europeia, no sentido – neste caso, não de uma “fabricação da concorrência” ⁽⁴⁴⁾, mas – do estabelecimento de mecanismos e procedimentos idóneos para assegurar a protecção dos eventuais interesses concorrentes ou das pretensões paralelas que subsistem (ou podem subsistir) no mercado, resolvendo o “conflito de alocação” ⁴⁵; trata-se, pois, de directrizes ou determinações propostas com o propósito de, pela via procedimental, proteger e garantir a igualdade de *chances* no acesso aos recursos escassos e de proibir discriminações ⁽⁴⁶⁾.

⁴² Sobre a distinção entre *concorrência autêntica* e *concorrência inautêntica* (possibilidade de atender a todas as pretensões concorrentes), cf. M. ROLSHOVEN, “Wer zuerst kommt, mahlt zuerst? – zum Prioritätsprinzip bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen”, *NVwZ*, 2006, p. 517.

⁴³ Neste sentido, Ch. TOMUSCHAT, “Güterverteilung als rechtliches Problem”, *Der Staat*, 1973, p. 432 e segs. (trata-se de um dos primeiros textos sobre a administração pública com função de alocação de recursos escassos).

⁴⁴ A ideia de “fabricação da concorrência” refere-se a uma política de promoção de novos espaços concorrenciais, por ex., através da atribuição concorrencial da gestão de tarefas administrativas ou à introdução de uma cultura competitiva no interior da Administração; cf. POTACS, ob. cit., p. 259 e segs.; Ch. KOENIG, “Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2009, p. 1082 e segs.. No caso que nos ocupa não se impõe “criar” ou “fabricar” concorrência, uma vez que se deve partir do princípio de que no mercado já há pretensões concorrentes quanto ao acesso a um determinado bem. É exactamente para *defender* a concorrência e os interesses dos concorrentes que se propõe a adopção de um certo tipo de procedimentos. Sem prejuízo destas considerações, não se nega que, mesmo nesta hipótese, a adopção de procedimentos concorrenciais acaba por fomentar a concorrência, em detrimento da atribuição não concorrencial. *Hoc sensu*, encontra-se aqui um cenário da *concorrência para o mercado (competition for the field)* em que a competição entre os agentes económicos ocorre para “entrar no mercado”, através de procedimentos públicos e abertos de selecção e de adjudicação (que observem o princípio da igualdade de *chances*). Sobre o conceito de concorrência para o mercado, cf., por último, U. SCHEELE, “Privatisierung öffentlicher Unternehmen: Theorie und Praxis”, in Th. BLANKE, S. FEDDER, *Privatisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 98 e segs..

⁴⁵ Sobre estes “Verteilungskonflikte”, cf. C. FUCHS, “Instrumente und Verfahren staatlicher Verteilungsverwaltung”, in *Recht und Markt (49. Assistentagung Öffentliches Recht)*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 205.

⁴⁶ Quanto ao direito da União Europeia, recorde-se que, para as actividades de serviços com número limitado de autorizações, o artigo 12.º da *Directiva 2006/123/CE* estabelece que os Estados-membros “devem adoptar um procedimento de selecção entre os potenciais candidatos que dê todas as garantias de publicidade e transparência, nomeadamente, a publicidade adequada do início do procedimento, da sua condução e do seu encerramento”. No quadro de transposição dessa Directiva, o

Assim, o princípio constitucional da igualdade e o direito à igualdade de *chances* vão exigir a definição de um regime jurídico que reclame da Administração Pública – quando esta seja chamada a proceder à alocação de recursos escassos (*administração da escassez*) – a organização de *procedimentos de selecção concorrencial para alocação de recursos escassos*.

O modelo de tais procedimentos assenta nos valores da abertura, da transparência, da proibição das discriminações e da publicidade, em termos de todos os interessados que cumpram os requisitos de participação exigidos, terem a oportunidade ou *chance* real e efectiva de, em *condições de igualdade*, se habilitarem à atribuição do direito de acesso ou aproveitamento do recurso escasso. O procedimento, que será de *iniciativa oficiosa* ⁽⁴⁷⁾ ou que terá, em qualquer caso, um *momento de abertura a terceiros* ⁽⁴⁸⁾, tem um “objecto de alocação” (*Verteilungsobjekte*) – um título jurídico, por ex., *concessão* ou *autorização* – e nele se organiza, segundo critérios objectivos (“critérios de alocação”), a *selecção* da entidade a quem vai ser atribuído esse título e que, portanto, vai beneficiar do aproveitamento do recurso escasso. Uma característica essencial deste tipo de procedimentos reside no carácter “multipolar” de tipo “concorrencial”, que junta titulares de interesses privados paralelos (todos os participantes partilham um mesmo interesse: beneficiar da alocação do recurso escasso) ⁽⁴⁹⁾⁻⁽⁵⁰⁾.

Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, remeteu a regulamentação do procedimento de selecção para os termos do *Código dos Contratos Públicos* (artigo 17.º, n.º 3), opção pouco esclarecida, uma vez que, como se afigura evidente, deveria ter indicado a configuração concreta do *procedimento de selecção* a adoptar.

⁴⁷ Tendo em consideração a exigência de abertura e de publicidade, mas também as próprias razões da escassez, designadamente no caso de *escassez voluntária* (contingentação dos títulos): assim, por ex., se a *contingentação* radica em razões de regulação do mercado ou da profissão, a abertura de novas vagas depende de um juízo administrativo, ao que se segue a iniciativa procedimental para o preenchimento dessas vagas. A iniciativa oficiosa não é, pois, incoerente com o facto de o procedimento se destinar a atribuir uma posição jurídica favorável de interesse privado. Na verdade, o facto de o procedimento se iniciar por impulso da Administração não pressupõe que o mesmo se destine a servir um interesse da mesma ou a satisfação de uma necessidade pública.

⁴⁸ O procedimento de selecção concorrencial pode ser de iniciativa particular, desde que, para observar as exigências do princípio da igualdade, conheça um *momento de abertura a terceiros*.

⁴⁹ Sobre os procedimentos concorrenciais de alocação de recursos, cf. WOLLENSCHLÄGER, *ob. cit.*, p. 533 e segs.; MALAVIYA, *ob. cit.*, p. 131 e segs.; BADURA, *ob. cit.*, p. 529; FUCHS, *ob. cit.*, p. 205 e segs.. H. Ch. RÖHL, “Ausgewählte Verwaltungsverfahren”, in HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. II, München, Beck, 2008, p. 689 e segs. (696 e segs.).

⁵⁰ O *procedimento de selecção concorrencial para alocação de recursos escassos* aproxima-se, sob muitos pontos de vista, do *procedimento de adjudicação de contratos públicos* (compras públicas e concessões): também esse se apresenta, em regra (salvo nos casos de *ajuste directo*) como um procedimento de selecção concorrencial, mas, neste caso, a selecção efectua-se para a *adjudicação*, isto é, para a *escolha da melhor proposta*. Ainda que, em certas hipóteses, as situações se possam confundir,

Como em geral nos procedimentos de selecção concorrencial, que pressupõem a escolha de alguém em detrimento de outrem, um ponto crítico reside precisamente na definição dos critérios de selecção ou, no nosso caso, de alocação. Cabe à lei a definição das *opções essenciais* nesta matéria⁽⁵¹⁾, podendo adoptar, por ex., por um critério de *prioridade temporal* da apresentação do pedido⁽⁵²⁾, pelo sorteio⁽⁵³⁾, pela classificação em exames⁽⁵⁴⁾, pelo valor da contrapartida oferecida (v.g., leilão⁽⁵⁵⁾). A definição do critério de alocação constitui efectivamente uma opção essencial, não se revelando nada indiferente para os interesses em jogo, a escolha orientada por um “princípio de economicidade”, no contexto de uma espécie de “comercialização da

nos procedimentos de adjudicação de contratos, a Administração actua (decisão de contratar) para satisfazer uma necessidade e dirige-se ao mercado como “cliente” para comprar nas melhores condições (cf. E. PACHE, “Der Staat als Kunde – System und Defizite des neuen Vergaberechts”, *DVBl*, 2001, p. 1781 e segs.); nos procedimentos a que nos referimos agora, a Administração é chamada a exercer uma função de alocação justa e não discriminatória de recursos escassos. Neste sentido, assinalando diferenças entre a *Güterverteilung* (alocação de bens) e a *Auftragsvergabe* (adjudicação de contratos), cf. MALAVIYA, *ob. cit.*, p. 124 e segs.. Sem prejuízo do que acaba de se dizer, observa-se que a doutrina alemã maioritária considera os procedimentos de adjudicação de contratos públicos uma categoria integrada no conceito de procedimentos de selecção para alocação de recursos escassos; cf. WOLLENSCHLÄGER, *ob. cit.*, p. 198 e segs.; RÖHL, *ob. cit.*, p. 698 e segs.. Funcionalmente muito próximos dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos são os *procedimentos concursais de recrutamento de trabalhadores em funções públicas* (Portaria 83-A/2009, de 22 de Janeiro).

⁵¹ Por vezes, a lei remete para regulamento a definição de alguns desses aspectos essenciais; assim sucede, por ex., no caso dos procedimentos de atribuição de licenças de táxis, estabelecendo o *Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de Agosto* (na versão da *Lei n.º 106/2001, de 31 de Agosto*) que os termos gerais dos programas de concurso, o qual deve incluir os critérios aplicáveis à hierarquização dos concorrentes são definidos por regulamento municipal. No desenvolvimento do presente texto, veremos também que os “critérios de alocação” de concessões de utilização privativa de recursos hídricos não estão previsto em sede legislativa.

⁵² Sobre o critério de prioridade temporal (“o primeiro a chegar é o primeiro a servir-se”), cf. A. VOSSKUHL, “«Wer zuerst kommt, mahle zuerst!» – das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung”, *Die Verwaltung*, 1999, p. 21 e segs.; ROLSHOVEN, *ob. cit.*, p. 516 e segs.; MALAVIYA, *ob. cit.*, p. 147. O critério da prioridade temporal só se revela aceitável no quadro de um procedimento concorrencial enformado pelo princípio da igualdade na hipótese em que seja publicamente definido para todos os interessados o momento a partir do qual podem apresentar um pedido. Este mesmo critério pode, por outro lado, surgir combinado com outros: assim sucede, no *Código dos Contratos Públicos*, em que opera como *factor de desempate* nos concursos públicos urgentes (cf. artigo 160.º, n.º 2). No desenvolvimento do presente texto, veremos ainda um outro caso (especial) de aplicação do critério da prioridade temporal.

⁵³ O procedimento de concurso público para a abertura de novas farmácias pode incluir um sorteio (quando haja várias concorrentes graduados em primeiro lugar); cf. Portaria n.º 1430/2007, de 2 de Novembro.

⁵⁴ Assim ocorre nos procedimentos para a abertura de cartórios notariais (vagas preenchidas em função da graduação decorrente das provas para obtenção do título de notário) ou para o acesso ao ensino superior público.

⁵⁵ É o que se verifica, por exemplo, nos procedimentos de atribuição de direitos de utilização de frequências, que, nos termos da lei, podem ser procedimentos de *selecção por concorrência ou comparação*, nomeadamente *leilão* ou *concurso* (cf. artigo 31.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro).

actividade administrativa” (leilões e arrematações à oferta de preço mais alto)⁽⁵⁶⁾, ou, em alternativa, por critérios materiais, que atendam à qualidade intrínseca da oferta e, sobretudo, às contrapartidas de interesse público associadas⁽⁵⁷⁾.

A decisão do procedimento (alocação), de *efeitos duplos* (alocação do recurso para um ou uns e *exclusão* de outros)⁽⁵⁸⁾ apresenta um carácter unitário, tratando-se, por conseguinte, de uma *decisão unitária*, em que a selecção e a exclusão são determinadas pelo mesmo critério jurídico de apreciação e graduação⁽⁵⁹⁾.

Tudo o que vem de se dizer sobre a exigência de uma *administração da escassez* encontra um campo de aplicação no domínio do acesso à utilização e ao aproveitamento dos recursos hídricos para a produção de electricidade, bem como para a implantação de infra-estruturas hidráulicas destinadas àquela mesma finalidade – veja-se, de resto, que a *Lei da Água* submete ao mesmo regime (de concessão) a captação de água para produção de energia e a implantação de infra-estruturas hidráulicas com esse mesmo fim: artigo 61.º, alíneas *d)* e *e)*.

Em ambos os casos, ocorre, pois, uma utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público, que, nos termos da lei, se considera a utilização “*em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo*” (artigo 59.º, n.º 1, da *Lei da Água*). Na hipótese que agora temos em vista, o *alguém* é um operador económico interessado em produzir electricidade, que, como sabemos, a partir do momento em que surge inves-

⁵⁶ Nestes termos, cf. J.-P. SCHNEIDER, “Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft”, *Die Verwaltung*, 2001, p. 317 e segs., referindo-se em especial a um fenómeno de *economização do direito administrativo*, visível, por ex., nos procedimentos de leilão e de arrematação de licenças (p. 328 e segs.).

⁵⁷ Sobre a discussão, no direito alemão, suscitada pela inovação legislativa, na sequência da liberalização do mercado de telecomunicações, de previsão de procedimentos de leilão e de arrematação para atribuição de licenças de utilização de espectro radioelétrico, cf. B. GRZESZICK, “Versteigerung knapper Telekommunikationslizenzen”, *DVBt*, 1997, p. 979 e segs.; A. KÄMMERER, “Gemeingüter unter dem Hammer?”, *NVwZ*, 2002, p. 161 e segs.; F. BECKER, “Die Versteigerung der UMTS-Lizenzen: eine neuartige form der Allokation von Rechten”, *Die Verwaltung*, 2002, p. 1 e segs.; M. FABER, “Die Verteilung knapper öffentlicher Güter durch Höchstgebot”, *GewArch*, 2002, p. 264 e segs.. Em geral, a doutrina inclina-se para considerar desadequada (e até inconstitucional) a adopção de tais procedimentos, designadamente por se basearem num critério totalmente alheio a qualquer ponderação jurídico-material. Como afirma BECKER, *idem*, p. 23, a oferta mais elevada não é um critério de escolha materialmente justo para fundamentar a alocação estadual de bens relevantes no plano jurídico-constitucional

⁵⁸ Cf. MALAVIYA, *ob. cit.*, p. 55. No sentido da conjugação de efeitos simultaneamente favoráveis e desfavoráveis das decisões de alocação de recursos como o “Spezifikum” dos procedimentos a que nos referimos, cf. FUCHS, *ob. cit.*, p. 209.

⁵⁹ Cf. PÖCKER, *ob. cit.*, p. 197 e segs.; WOLLENSCHLÄGER, *ob. cit.*, p. 575 e segs..

tido do título de utilização privativa de recursos hídricos, preenche um requisito legal indispensável para obter a licença de produção de electricidade (com origem em aproveitamento hídrico).

Por força da insuficiência de locais para a instalação de infra-estruturas destinadas a efectuar aproveitamentos hídricos que satisfaçam as pretensões de todos os eventuais interessados, impõe-se o desenho de uma regulação do acesso à utilização dos recursos hídricos públicos (com aquela finalidade) que se conforme com directrizes fundamentais de transparência, de publicidade e de não discriminação e que promova a igualdade de *chances* de todos os operadores interessados. Para observar essas directrizes, impõe-se a adopção do figurino do *procedimento de selecção concorrencial* – em cujo âmbito de efectua a *alocação de um recurso escasso* ao(s) particular(es) *seleccionado(s)* ⁽⁶⁰⁾.

Vejamos, então, como organiza a lei portuguesa o acesso ao aproveitamento de recursos hídricos do domínio público para fins de produção de electricidade ou, dizendo de outro modo, o acesso aos títulos que permitem a utilização ou o aproveitamento das águas para aquela finalidade. Nos termos da *Lei da Água*, o título terá de ser, neste caso, uma “concessão”. Recordando a acima referida correspondência entre escassez de recursos e escassez dos títulos para aceder àqueles, a concessão surge, neste contexto, como *o título escasso a alocar pela Administração*.

Observamos, em primeiro lugar, o procedimento delineado na *Lei da Água* e no *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*; depois, analisamos as soluções consagradas nos *Decretos-Leis n.ºs 182/2008 e 126/2010*.

3.1 – Lei da Água e Decreto-Lei n.º 226-A/2007

Na legislação específica sobre a água e sobre os títulos de utilização dos recursos hídricos estabelece-se que a concessão é atribuída por: *i)* decreto-lei; *ii)* procedimento pré-contratual de direito público; *iii)* procedimento iniciado a pedido do interessado (*cf.* artigo 68.º, n.º 3, da *Lei da Água*).

Com uma formulação ligeiramente diferente, baseada numa distinção entre duas e não três modalidades de atribuição de concessão, o artigo 24.º, n.º 1, do *De-*

⁶⁰ A respeito da regulamentação do direito francês sobre a “mise en concurrence” da atribuição de concessões hidroeléctricas, *cf.* Ch. BARTHÉLEMY, V. RAMBALDELLI, “L’ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence”, *Contrats Publics*, n.º 86, 2009, p. 41 e segs.; P. SABLIERE, “La mise en concurrence des concessions de force hydraulique”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2007, p. 2012 e segs..

creto-Lei n.º 226-A/2007 estabelece o princípio segundo o qual “a concessão é atribuída através de procedimento concursal”, com excepção do caso de atribuição directa por decreto-lei às entidades públicas empresariais e às demais empresas públicas a quem deva caber a exploração de empreendimentos de fins múltiplos”⁽⁶¹⁾.

Sem prejuízo da referência unitária a um procedimento concursal no diploma de 2007, resulta clara no articulado deste a consagração de dois tipos de procedimentos concursais⁽⁶²⁾, que se distinguem, além do mais, pelo facto, num caso, o procedimento se basear na *iniciativa privada* e, no outro, em *iniciativa pública*.

Veremos a seguir que esta distinção tem subjacente uma diferente concepção do sentido do procedimento, que, na nossa interpretação, se qualifica, numa hipótese, como um *procedimento de alocação de recursos escassos* e na outra como *procedimento de adjudicação de um contrato público de colaboração* (concessão).

3.1.1 – Procedimento de selecção concorrencial baseado em iniciativa particular

O procedimento administrativo para a obtenção da concessão de utilização privativa de recursos hídricos do domínio público pode iniciar-se por impulso de um qualquer operador interessado em efectuar um certo aproveitamento hidroelétrico⁽⁶³⁾.

O modelo de tramitação definido legalmente apresenta alguns desvios importantes em relação ao padrão dos *procedimentos administrativos particulares*⁽⁶⁴⁾.

Assim, uma vez apresentado o pedido por um agente interessado em aproveitar os recursos hídricos, não se segue a fase de instrução, para a análise desse pedido, mas antes, ainda na fase ou momento da iniciativa, a eventual convocação pública e oficiosa de outros potenciais interessados⁽⁶⁵⁾, mediante a *publicitação do pedido*

⁶¹ O legislador assume, nestes casos, estar envolvida uma espécie de atribuição *in house*, que dispensa a convocação do mercado e da concorrência.

⁶² Sobre o assunto, *cf.* ANA RAQUEL MONIZ, “Energia eléctrica...”, *cit.*, p. 41 e segs..

⁶³ Pode ser o actual titular, que tenha um interesse em manter a utilização privativa; para esta hipótese, *cf.* artigo 21.º, n.º 7, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*.

⁶⁴ Sobre a tramitação comum ou regra dos procedimentos particulares, *cf.* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 298.

⁶⁵ O *Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho*, veio atribuir à autoridade competente o poder de apreciar o pedido apresentado, estabelecendo que o procedimento concursal não se inicia *forçosa e automaticamente* com a apresentação daquele pedido.

apresentado⁽⁶⁶⁾. Nos termos da lei, a publicitação do pedido destina-se a abrir a outros interessados a faculdade de “*requerer[em] para si a emissão do título com o objecto e finalidade para a utilização publicitada ou apresentar[em] objecções à atribuição do mesmo*” – cf. artigo 21.º n.º 4, alínea c), do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*⁽⁶⁷⁾.

Após a alteração de 2008, em interpretação (autêntica) do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*, esclareceu-se que a iniciativa privada não determinava, *por si só*, o início do procedimento concursal, posto que à Administração se conferia o poder de apreciar o pedido e a oportunidade a abertura do procedimento; só após essa apreciação, o procedimento se considera aberto, mediante a publicitação e o apelo ao mercado e à concorrência, tarefas já da responsabilidade da Administração.

Se bem analisamos o problema, não se trata aqui de um *procedimento de contratação pública baseado em proposta não solicitada*⁽⁶⁸⁾, mas antes de um procedimento para a celebração de um contrato de *atribuição* (não de colaboração), fundado na pretensão (*pedido*⁽⁶⁹⁾) do interessado em obter uma posição subjectiva vantajosa, que, nos termos da lei, por força da escassez e para garantir a igualdade de *chances*, a Administração tem de atribuir no contexto de um procedimento de selecção concorrencial; em síntese, estamos em face de um *procedimento de selecção concorrencial de alocação de um recurso escasso*.

Por força da “situação concorrencial” e das directrizes do princípio e do direito à igualdade, a adopção de um típico *procedimento particular* – desencadeado por um requerimento e fundador de uma relação procedimental dialógica entre o requerente e

⁶⁶ Referindo-se à exigência de que, na configuração do procedimento concursal, a Administração não condicione o conteúdo das propostas a apresentar ao projecto apresentado pelo *primeiro proponente* (*primeiro requerente*, diríamos nós), cf. LINO TORGAL, MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, 2010, p. 523 e segs. (570 e segs.).

⁶⁷ Neste ponto, a lei afasta-se da exigência a que se referem LINO TORGAL, MARISA MARTINS FONSECA, *idem*. Não vemos qualquer obstáculo à solução da lei, em organizar a concorrência em função da configuração do objecto da pretensão pelo primeiro requerente. Não se trata, aliás, de um acaso, como se pode concluir pela relação entre esta hipótese e a da transformação do procedimento de iniciativa particular num procedimento de concurso público, nos termos do artigo 24.º, n.º 6, do mesmo diploma – sobre este ponto, cf. *infra*.

⁶⁸ Em termos diferentes, cf. PEDRO NUNO RODRIGUES, “As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular”, *Revista de Direito Público e Regulação* (CEDIPRE), n.º 3, 2009, p. 59 e segs.; sobre o assunto, ver ainda LINO TORGAL, MARISA MARTINS FONSECA, *ob. cit.*, p. 542 e segs..

⁶⁹ O artigo 68.º da *Lei da Água* refere-se sempre, e bem, a “pedido” do interessado para identificar o nome do acto jurídico que inicia o procedimento. Já o *Decreto-Lei n.º 226-A/2007* se apresenta confuso, porque ora alude, bem, a “pedido” (artigos 21.º, n.º 4, e 24.º, n.º 5), ora se refere, mal, a “proposta” (artigo 24.º, nºs. 5 e 7).

a Administração (onerada com um *dever de decidir*) – encontra-se excluída. No pólo oposto, poderia o legislador ter adoptado um *procedimento oficioso de carácter concorrencial* – desencadeado por acto público e fundando uma relação procedimental multipolar entre a Administração e os vários concorrentes⁽⁷⁰⁾. Mas, *in casu*, a lei também não impôs esta segunda via e optou pela possibilidade de um *modelo procedimental misto*, que conjuga a iniciativa particular (ainda que avaliada discricionariamente pela Administração) como uma fase de abertura à participação de terceiros concorrentes baseada em iniciativa pública.

Decorrido o prazo de 30 dias após a publicitação do primeiro pedido apresentado, pode suceder uma das situações a seguir indicadas.

- i. Não sobrevir qualquer pretensão concorrente, caso em que o único pedido é apreciado pela autoridade competente e há, em princípio, lugar ao deferimento do único pedido de aproveitamento apresentado;
- ii. Serem apresentados outros pedidos idênticos, cenário em que há então lugar a uma fase de selecção concorrencial na qual a Administração deve efectuar uma escolha de acordo com os “critérios fixados no anúncio de abertura do concurso” [cf. artigo 21.º, n.º 3, alínea c), do Decreto-Lei n.º 226-A/2007) – sem que se perceba por que razão tal acontece, a lei omite um *elemento essencial* do procedimento concorrencial: a indicação dos “critérios de alocação”⁽⁷¹⁾. Neste cenário, o pedido inicial pode vir a ser o seleccionado, concluindo-se o procedimento com a adjudicação ao autor desse pedido. Se assim não acontecer, ou seja, se a Administração seleccionar outro pedido, o primeiro requerente goza então de um *direito de preferência*⁽⁷²⁾, consistente em, querendo, beneficiar da adjudicação nas condições do pedido seleccionado: deverá para o efeito comunicar a sua sujeição a essas condições, no prazo de 10 dias após a notificação da

⁷⁰ Precisamente sobre a opção entre *Antrags- oder Ausschreibungswettbewerb* quanto ao desenho dos procedimentos administrativos que regulam o acesso a “direitos escassos”. cf. POTACS, *ob. cit.*, p. 275 e segs..

⁷¹ Recorde-se, a este respeito, a essencialidade dos critérios orientadores das decisões de alocação de recursos escassos e a discussão na Alemanha sobre a utilização de critérios baseados apenas no factor preço (preço mais alto); além da doutrina acima citada, cf. ainda, sobre a alocação de lugares em mercados, feiras e festas populares, cf. Ch. HEITSCH, “Der gewerberechtliche Zulassungsanspruch zu Volksfesten”, *GewArch*, 2004, p. 225 e segs..

⁷² Referindo-se, neste caso, à “salvaguarda dos interesses do primeiro requerente”, cf. ANA RAQUEL MONIZ, “Energia eléctrica...”, *cit.*, p. 42. Trata-se, neste caso, de fazer funcionar um critério de *prioridade temporal*, ainda que de forma não exclusiva, mas antes em combinação com outros critérios ou factores.

adjudicação (cf. artigos 68.º, n.º 5, da *Lei da Água*, e 24.º, n.º 5, e 21.º, n.ºs 4, 5 e 6, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*)⁽⁷³⁾.

- iii. Se o número de pretensões apresentadas o justificar, em vez de se limitar a desencadear um procedimento concorrencial entre os interessados, a Administração pode decidir que a escolha do concessionário seja efectuada por concurso público, sem prejuízo dos direitos de preferência do primeiro requerente (artigo 24.º, n.º 6, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*) – embora a lei não o diga expressamente, neste caso, há lugar à *extinção* do procedimento iniciado pelo primeiro pedido, e, depois, à instauração de um *procedimento pré-contratual de concurso público* (nos termos a analisar no ponto seguinte) em vez do *procedimento concorrencial baseado na iniciativa particular*; se bem vemos a questão, o sentido desta solução legislativa reside em conferir à autoridade competente a faculdade de redefinir o objecto e a finalidade da utilização privativa, os quais, não fora esta abertura legal, estariam balizados pelos termos do primeiro pedido apresentado, conforme se estabelece no artigo 21.º, n.º 4, alínea c), do mesmo diploma.

3.1.2 – Procedimento desencadeado por iniciativa pública

Nos termos do artigo 24.º, n.º 3, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*, “o Governo pode promover a implementação de infra-estruturas hidráulicas destinadas à produção

⁷³ Se o anterior titular da utilização privativa manifesta o interesse em manter a utilização, no prazo de um ano antes do termo do prazo do respectivo título, a Administração terá, também aqui, de organizar um procedimento de selecção de carácter concursal; nesse procedimento, o anterior titular goza do direito de preferência, que igualmente consiste em beneficiar da adjudicação, se se dispuser a sujeitar às condições do pedido seleccionado, devendo, também agora, efectuar a comunicação nesse sentido no prazo de 10 dias após a adjudicação (cf. artigo 21.º, n.º 7, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*) – sobre esta hipótese, cf. Acórdão do TCA-S, de 11/4/2010, proc. n.º 6349/10.

Note-se ainda que o antigo titular também beneficia do direito de preferência em caso de procedimento de iniciativa pública: artigo 24.º, n.º 4, *in fine*, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*. A diferença entre as duas situações tem a ver com o seguinte: no caso de uma utilização titulada, há lugar à aplicação do regime de iniciativa privada, quando o titular manifesta o interesse na continuação da utilização (no procedimento concursal, terá direito de preferência); não havendo lugar à manifestação desse interesse, a Administração poderá então instaurar um procedimento concursal para a atribuição de direitos de utilização (nesse procedimento, apesar de não ter manifestado interesse na continuação da utilização, o anterior titular mantém o direito de preferência). Em França, antes de 2006, o concessionário de instalações hidroeléctricas também beneficiava de um *direito de preferência*, que lhe permitia manter a concessão, se aceitasse as condições do novo caderno de encargos; sobre este regime, considerado privilegiado e desfavorável à concorrência, cf. BARTHÉLEMY, RAMBALDELLI, *ob. cit.*, p. 41 e segs.

de energia hidroeléctrica superior a 100 MW, sendo nesses casos a concessão atribuída mediante procedimento concursal a decorrer nos termos fixados, para cada concessão, por resolução do Conselho de Ministros". Como houve oportunidade de observar, o poder que aqui se concede ao Governo aparenta não estar já condicionado por um teste de verificação da insuficiência do mercado, tal como o parece impor o direito da União Europeia e como estava pressuposto na legislação do sector eléctrico do ano de 2006. Trata-se, em qualquer caso, de um *step in* do Estado no domínio da criação de novas capacidades de produção de electricidade.

Tendo isso presente, afigura-se-nos ainda que, mais do que o de conceder uma utilização privativa do domínio público, o que verdadeiramente o diploma parece querer conferir ao Governo é o poder de promover a implementação de infra-estruturas hidráulicas. Quer dizer, está aqui envolvida, no plano da "causa-função" da decisão pública, não tanto a pretensão de atribuir uma *utilização privativa*, mas mais precisamente a de promover, por *razões de interesse público*, a construção de uma determinada infra-estrutura, o que remete a hipótese para a figura da *concessão de obra pública*. Não será, aliás, por acaso que o artigo 24.º, n.º 2, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*, estabelece que "*a escolha do concessionário é realizada através de procedimento pré-contratual de concurso público sempre que a atribuição da concessão resultar de iniciativa pública*". Na hipótese do procedimento de iniciativa particular, a lei também adopta um procedimento concursal, mas não o qualifica como um procedimento pré-contratual, porventura por se basear em iniciativa particular⁽⁷⁴⁾. Na verdade, na nossa interpretação, a situação explica-se porque, nesse caso, a Administração é chamada a seleccionar o beneficiário de uma pretensão de *utilização privativa* de recursos hídricos originada num *interesse privado*. Diferentemente, no caso dos procedimentos de iniciativa pública, tal como os mesmos surgem configurados, a lei define um modo de a Administração adjudicar um contrato, por razões de interesse público e na sequência de uma anterior *decisão de contratar*. É de resto por isso que o n.º 4 do artigo 24.º do mesmo diploma estabelece que o "concurso público" é realizado, com as necessárias adaptações, de acordo com as normas relativas à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de fornecimentos e aquisição de bens e serviços, consoante a concessão implique ou não a realização de obras.

⁷⁴ É verdade que isso pode ter uma explicação, no quadro do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*, posto que o procedimento concursal que nesse caso se aplica é o que aí se encontra previsto para a atribuição de licenças (que não são contratos). Todavia, essa explicação já não colhe no âmbito da *Lei da Água*, que, ao referir-se à escolha do concessionário, distingue igualmente entre o procedimento pré-contratual de concurso público e o procedimento concursal aberto na sequência de um procedimento iniciado a pedido do interessado (artigo 68.º, n.ºs 3 e 5)

3.2 – Decreto-Lei n.º 182/2008

O já acima aludido *Decreto-Lei n.º 182/2008*, sobre o Programa Nacional de Barragens de Elevado Potencial Hidroeléctrico (PNBEPH), estabelece, como vimos, que a respectiva implementação incumbe ao Estado, “*podendo admitir a colaboração de entidades privadas para esse efeito*” (artigo 2.º). Nos termos do diploma, a selecção das entidades privadas é feita através de concurso público (artigo 3.º). Uma vez seleccionada por concurso, a entidade privada celebra um contrato com o Estado, do qual emerge, para aquela entidade, os designados “direitos exclusivos de exploração, no âmbito de implementação do PNBEPH (...), dos aproveitamentos hidroeléctricos com base nos recursos hídricos que lhe caibam, em conformidade com a concepção do projecto de construção” (artigo 4.º). Como resulta igualmente claro de outras disposições do diploma – *v.g.*, artigo 5.º, n.º 1, al. e) –, o “contrato de colaboração” não investe a entidade privada em qualquer título de utilização de recursos hídricos. Sucede, porém, que, do referido contrato resulta, para a entidade privada, o *direito de obter* esse mesmo título (a *concessão de utilização privativa de recursos hídricos*), no âmbito de um *procedimento administrativo* a desenrolar junto da autoridade competente para o conferir ⁽⁷⁵⁾. Apesar de estranho, compreende-se esse regime e aceita-se que, neste caso, não se observe o procedimento concursal (subsequente à iniciativa particular) previsto no artigo 24.º, n.º 5, do *Decreto-Lei n.º 226-A/2007*. Como se apresenta claro, a observância dessa exigência traduzir-se-ia, por um lado, na instituição de um inútil *duplo procedimento concursal* ⁽⁷⁶⁾ e, por outro lado, introduziria um elemento estranho no desenvolvimento desse mesmo procedimento (estaria a submeter-se a entidade privada a um concurso que aquela *tem* de vencer, uma vez que do contrato por si celebrado “com o Estado” emerge o *direito* de obter os actos ou contratos necessários à efectiva utilização de bens do “domínio público do Estado”).

Assim, nesta hipótese, a concessão de utilização privativa dos recursos hídricos vai surgir no âmbito de um procedimento de iniciativa particular não concorrencial, embora na sequência da adjudicação concorrencial de um contrato de colaboração.

⁷⁵ O diploma não prefigura uma eventual recusa de concessão de utilização privativa dos recursos hídricos; já prevê, contudo, a possibilidade de uma redução do aproveitamento, mas por força do regime da avaliação do impacte ambiental (artigo 6.º).

⁷⁶ Com efeito, a entidade privada, parte no contrato de colaboração, é escolhida por concurso público.

3.3 – Decreto-Lei n.º 126/2010

Diferentemente do que se ocorre com o diploma analisado no número anterior, o contrato celebrado ao abrigo do *Decreto-Lei n.º 126/2010* tem imediatamente por objecto, além do mais, a *atribuição de uma concessão para a utilização privativa de recursos hídricos do domínio público*. A entidade privada beneficiária da concessão é seleccionada por um concurso de iniciativa pública e, também, agora no quadro de uma relação de colaboração público-privada para o aproveitamento de recursos hídricos e a produção de electricidade. De novo, estamos diante de um procedimento de selecção concorrencial, não para a alocação de recursos escassos, mas para a adjudicação de um contrato de colaboração ⁽⁷⁷⁾.

4 – Síntese conclusiva

O estudo apresentado conduz-nos a concluir que, ao contrário do que poderia supor-se, a liberalização da produção de electricidade não conduziu o Estado para uma mera função de administração da escassez e de alocação dos aproveitamentos dos recursos hídricos destinados àquela finalidade. Com efeito, o que se pode verificar é que o Estado não se tem comportado tanto como gestor da escassez de um recurso essencial para o exercício de uma actividade liberalizada, mas mais como um *protagonista* dessa mesma actividade, assumindo um papel activo na promoção de novas capacidades de produção. Desse modo, em vez de desempenhar uma função de alocação de recursos escassos, assumiu a função de adjudicar contratos de colaboração.

Diga-se, contudo, que esse processo de mudança de papéis não contende com os valores da igualdade, pois que, em todo o caso, se desenham *procedimentos de selecção concorrencial*. Contudo, cremos que o mesmo já pode afectar o espírito da liberalização e incrementar os custos para os operadores económicos privados, que se vêem onerados com “contrapartidas” e pagamentos que o Estado lhes exige no quadro dos *contratos de colaboração* que com eles celebra. Os operadores económicos vêem-se convertidos em *cessionários do Estado* para o desenvolvimento de uma actividade que foi objecto de medidas de liberalização pela regulamentação europeia e pela legislação portuguesa do sector eléctrico.

⁷⁷ Chama-se a atenção para o disposto no artigo 2.º do diploma que derroga o regime do procedimento de iniciativa particular no quadro do Decreto-Lei n.º 226 -A/2007 e impõe mesmo a extinção de procedimentos em curso e o indeferimento dos pedidos apresentados, ainda que com base em informação prévia favorável.

Assim, em jeito de nota final, impõe-se dizer que pareceria legítimo esperar que, no sector do aproveitamento de recursos hídricos para a produção de electricidade, o Estado assumisse uma responsabilidade no quadro de uma tarefa de *administração da escassez* e não tanto a posição, que efectivamente assume, de uma *entidade adjudicante de contratos de colaboração*.

