

Exma. Senhora Presidente da  
Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e  
Resíduos  
Prof. Doutora Vera Eiró  
Rua Tomás Da Fonseca  
Centro Empresarial Torres De Lisboa - Torre G 8.º  
1600-209 Lisboa

**Assunto:** Parecer da ERSAR sobre a minuta do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e de Saneamento de Barcelos

Barcelos, 19 de setembro de 2023

Exma. Senhora Presidente,

Fazemos referência ao Ofício da Entidade Reguladora com a referência O-003054/2023, datado de 19 de maio de 2023, que continha anexo o Parecer dessa Entidade Reguladora, relativo ao Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e de Saneamento de Barcelos (doravante o “Contrato de Concessão” ou, simplesmente, a “Concessão”), que mereceu, como sempre, a nossa melhor atenção (doravante o “Parecer”).

Tendo as partes celebrado o referido Aditamento no passado dia 22 de março de 2023, serve o presente ofício para transmitir a posição do Município Concedente acerca das questões e recomendações suscitadas pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (doravante “ERSAR”) ao longo do referido Parecer, e explicar as razões de facto e de Direito pelas quais foram ou não foram acolhidas as recomendações feitas, nos termos do n.º 8 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto

**A) Questão Prévia – das particulares circunstâncias que subjazem à celebração do Terceiro Aditamento**

Por contrato de concessão celebrado em 27 de setembro de 2004, tal como aditado em 7 de janeiro de 2005 e em 12 de junho de 2008, entre o CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA, foi atribuída a esta última a concessão da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de saneamento de Barcelos.

No âmbito de um processo de arbitragem instaurado pela CONCESSIONÁRIA em 2010, foi proferido em 18.01.2012 um acórdão aprovado por unanimidade, que julgou integralmente procedente os pedidos da CONCESSIONÁRIA quanto à reposição do equilíbrio económico-financeiro, condenando o CONCEDENTE no pagamento à CONCESSIONÁRIA de uma compensação financeira direta.

Essa condenação consiste em:

*- No valor necessário para repor o equilíbrio posto em causa pelos desvios de caudais dos anos de 2005 a 2009, ou seja, o montante de € 24.602.600,00, acrescido de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não seja feito até ao trânsito em julgado da presente decisão;*

*- Numa compensação financeira anual entre 2010 e o termo do Contrato no valor anual de € 5.897.179, a preços de 2010, sendo cada prestação anual acrescida de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não seja feito até ao fim de cada ano em que se vencer.*

Posteriormente, foi instaurado pela CONCESSIONÁRIA contra o CONCEDENTE uma ação executiva para pagamento da compensação financeira, na parte entretanto vencida, com base no referido Acórdão Arbitral, sendo que a referida decisão arbitral, percorridas todas as instâncias judiciais possíveis, transitou em julgado, tendo, por isso, a ser concretizada, consequências financeiras inoportáveis para o MUNICÍPIO sem permitir garantir de forma alguma a manutenção e a qualidade dos sistemas de abastecimento de águas e recolha de águas residuais, nem sequer a garantia da continuidade dos investimentos e do serviço.

Considerando tal factualidade, o CONCEDENTE, em defesa do interesse público, pretendeu repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão através de uma solução negocial que, como recomendado pelo Tribunal Arbitral permite, evitar a inoportabilidade prática para o Concedente do pagamento da Compensação Financeira equivalente, e assim viabilizar a extinção dos processos judiciais existentes e assegurar a normalização da vida da concessão. Para tanto, as Partes renegociaram e estabeleceram um acordo global com significativas melhorias para os Utilizadores e para o interesse público, bem como para o princípio fundamental da acessibilidade, que está consagrado no artigo 3.º n.º 1, alínea a) da Lei da Água, que consagra o princípio do valor social da água, à luz do qual se deve assegurar o acesso universal dos cidadãos aos serviços de águas.

As modalidades de reequilíbrio encontradas, nomeadamente a da prorrogação do contrato, permitiram afastar outras modalidades de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato seguramente mais onerosas para o erário público municipal, com prejuízo no desenvolvimento de políticas públicas locais, ou para os utentes dos serviços e asseguraram o equilíbrio do contrato de concessão da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento e de saneamento de água do concelho de Barcelos.

Assim, a análise da minuta de Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão não pode desconsiderar as circunstâncias envolventes da mesma, designadamente que o acordo ora alcançado constitui uma forma de concretização de uma sentença transitada em julgado cuja execução, embora devida, seria altamente penalizadora para o futuro do Município.

## **B) Das principais questões apontadas pela ERSAR**

O Município de Barcelos procedeu à análise das recomendações apresentadas pela ERSAR, fundamentando, no presente ofício, a sua decisão relativamente a cada uma delas.

I. Começa por referir a ERSAR (ponto 5.1.a) do Parecer) que o Caso Base que deve servir como ponto de partida do processo de reequilíbrio deve ser o Caso Base ajustado que resultou

do Tribunal Arbitral, na medida em que esta decisão procedeu à modificação do caso base subjacente ao contrato de concessão em vigor.

Acrescenta, em sede de mera recomendação (ponto 5.2.f) do Parecer), que a TIR acionista subjacente ao Caso Base não deve corresponder a uma TIR garantida, mas apenas como referencial do equilíbrio do contrato.

Percorrida a legislação do setor, em particular o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto e o Regulamento de Procedimentos Regulatórios, não se verifica qualquer imposição ou restrição sobre o Caso Base de Partida.

Assim, não se encontra o fundamento legal que imponha a concretização desta recomendação da ERSAR, nem se considera que a mesma faça sentido no cenário em que as Partes encontraram uma forma de concretizar a decisão que resultou do Tribunal Arbitral, mas de forma alternativa à mera execução (formal e processual) de tal decisão.

Este Caso Base de partida foi a ferramenta considerada adequada pelas Partes, já que consubstanciava os pontos sobre os quais havia acordo em 2018, permitindo uma continuidade nas negociações que, deste modo, já partiam de uma base comum.

Por outro lado, a própria ERSAR, no parecer emitido em 2018 a propósito do Aditamento nunca concretizado, apesar das críticas ao modelo financeiro usado, acaba por concluir existirem vantagens no modelo alternativo ao do caso base ajustado.

Ainda, no que se refere à TIR acionista, a mesma não é garantida – bem pelo contrário - como aliás resulta claramente do facto de a Concessionária, no Aditamento ao Contrato de Concessão, aceitar a redução da Taxa Interna de Rentabilidade Acionista (TIR) considerada no respetivo Caso Base, bem como ter assumido uma importante transição para a sua esfera dos riscos da concessão, com o acordo obtido para a nova redação da Cláusula 87.º do Contrato de Concessão.

Do exposto, não se verificando qualquer imposição legal para que o caso base ajustado fosse o ponto de partida para o processo de equilíbrio em curso, as Partes concluíram o processo de reequilíbrio mantendo a consideração do caso base de 2018.

Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

II - Prossegue a ERSAR referindo (ponto 5.1.b) do Parecer) que a prorrogação do prazo da Concessão está limitada ao prazo máximo de 30 anos previsto no Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, por força da aplicação das regras de aplicação da lei no tempo, resultantes do artigo 297º do Código Civil.

Para poder fundamentar uma decisão cuidada a propósito da possibilidade de prorrogação do Contrato de Concessão para o prazo de 50 anos, o Município procedeu a uma análise ponderada e exaustiva da questão, recorrido à consulta de ilustres juristas, que emitiram pareceres extremamente detalhados e que, com fundamentação robusta, formulam entendimento distinto do prolatado pela Entidade Reguladora.

É caso do Parecer Jurídico de Agosto de 2023 emitido pelos juristas Sr. Prof. Doutor Sérvulo Correia, Sr. Doutor João Amaral e Almeida e S. Dr. Gonçalo Bragado por consulta formulada pelo Município de Barcelos.

Por outro lado, a Concessionária solicitou também em julho de 2023 opinião jurídica sobre o mesmo assunto aos Srs. Prof. Dr. Lino Torgal e Dr. Rafael Ribeiro, que formulam conclusões no mesmo sentido das formuladas no parecer anteriormente referido.

Igualmente, temos conhecimento de outros pareceres emitidos (a propósito de contratação noutras concessões de outros Municípios, nomeadamente Santo Tirso e Trofa) mas que se dedicam precisamente à análise desta mesma matéria, com aplicação lapidar ao caso concreto.

Invariavelmente, os juristas em causa emitem opinião doutrinal no sentido de que o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de agosto não se aplica aos contratos pré-existentes àquele diploma legal.

Ou seja, o prazo máximo das concessões para os contratos celebrados antes do início de vigência do regime de 2009 **continua a ser de 50 anos**.

Na verdade, a Cláusula 87.º, n.º 3, do Contrato de Concessão, elenca as modalidades às quais as Partes podem recorrer para a reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, entre as quais se incluem a prorrogação do prazo da Concessão.

O Contrato de Concessão surgiu no âmbito de um procedimento de contratação pública anterior ao regime do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, e foi celebrado antes da publicação e entrada em vigor deste último diploma legal.

O artigo 35.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 194/2009, por pretender regular o regime das relações contratuais em apreço sem se abstrair dos factos que lhe deram origem, apenas se pode aplicar a contratos celebrados após o seu início de vigência, por força do estabelecido no artigo 12.º, n.º 2, 1.ª parte, do Código Civil.

Tendo o Contrato de Concessão sido celebrado em momento anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, a prorrogação do prazo desta Concessão é uma das vias legalmente admitidas para efetuar a reposição dos parâmetros estipulados em matéria de equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão.

Ou seja, o artigo 297.º do Código Civil apenas concretiza os critérios gerais de direito transitório que resultam do artigo 12.º do Código Civil, pelo que a aplicação de uma nova disposição que venha encurtar um prazo fixado por uma lei anterior só ocorre quando as soluções contidas no referido artigo 12.º apontem para tal.

Nesta senda, o estatuído no artigo 297.º do Código Civil não se aplica a todos os prazos fixados por uma lei nova, designadamente àqueles que, por força do disposto no artigo 12.º, não se abstraem dos factos que deram origem à relação jurídica anterior.

Mais concretamente, o art.º 297.º, n.º 1 e 2 não é aplicável a prazos substantivos dos contratos que as partes levaram em conta quando configuraram a relação contratual e o regime potencialmente aplicável às respetivas vicissitudes.

Nestas hipóteses, nada justifica que se afaste a solução que vale, em termos gerais, para as estipulações negociais, ou seja, não lhes é aplicável o disposto no artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, do

Código Civil (que ditaria a aplicação da lei nova), pelo que se verifica uma situação de sobre vigência da lei antiga.

Ora, podendo as partes estipular no contrato de concessão, antes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que a reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão se operaria por uma prorrogação do prazo do contrato, sustentar agora que uma tal prorrogação estaria limitada ao prazo legal máximo da concessão equivaleria, na maior parte dos casos: (i) ora a impedir que a reposição do equilíbrio económico se operasse mediante prorrogação, o que sucederia quando o contrato de concessão fosse celebrado *ab initio* pelo prazo legal máximo; (ii) ora a impedir que a prorrogação, acordada como modo de reposição do equilíbrio, não pudesse repor integralmente, só por si, esse equilíbrio.

Tanto na primeira como na segunda hipótese a nova lei viria colidir frontalmente com a vontade das partes expressa no contrato de concessão, suprimindo a possibilidade, ou restringindo o alcance, da prorrogação prevista para efeitos de reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão.

E isto quando, insista-se, antes do início de vigência do Decreto-Lei. n.º 194/2009, de 20 de agosto, a contratualização da prorrogação como forma de reposição do equilíbrio do contrato não estava sujeita a qualquer limite (temporal ou outro), regendo a esse propósito o princípio da autonomia contratual das partes.

Nenhuma destas conclusões é infirmada pelo disposto no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei. n.º 194/2009, de 20 de agosto, o qual, em si, não configura qualquer regra de direito transitório, pois não fixa (i) nem um regime material específico aplicável aos contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, distinto do da lei antiga e do da lei nova (direito transitório material), (ii) nem indica qual delas – lei antiga ou lei nova – continua ou passa a reger as relações emergentes desses contratos (direito transitório formal especial).

Na realidade, o artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, limita-se a impor uma “adaptação” daqueles contratos às suas normas no prazo de três anos, pelo que, quanto à aplicação no tempo das normas do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, regem os critérios gerais previstos no Código Civil.

Nesta base, verdadeiramente, o artigo 80.º, n.º 2 do referido diploma, não pode deixar de ser lido no quadro das diretrizes gerais sobre sucessão de leis no tempo decorrentes do Código Civil. O que por sua vez conduz ao seguinte resultado: relativamente aos aspetos da relação concessória que, nos termos dos critérios decorrentes do artigo 12.º do Código Civil, devam passar a reger-se pela lei nova, é instituído um prazo de três anos para que se promova uma adaptação a esse novo regime; relativamente aos aspetos da relação concessória, que à luz dos mesmos critérios de determinação de competência temporal da lei, ficam imunes à lei nova, não haverá, naturalmente, que promover qualquer adaptação.

Note-se que se o Município tivesse querido vedar a possibilidade de prorrogarem o Contrato, como via de reposição, para além do prazo máximo da Concessão, ou para lá dos 30 anos fixados no artigo 34.º, certamente não teria continuado a prever no Contrato, como modalidade possível de reposição do seu equilíbrio financeiro, a prorrogação do prazo da Concessão (cf. alínea b) do n.º 3 da Cláusula 87.ª do Contrato).

Assim sendo, e não tendo o Município qualquer outra informação de valor doutrinal superior que pudesse prevalecer face às duntas opiniões recolhidas dos reputados académicos

mencionados, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise, devendo manter-se a prorrogação do contrato de concessão até ao prazo de 50 anos.

III - A ERSAR, no âmbito da análise à revisão do Tarifário, refere (ponto 5.1.c) do Parecer) que, de acordo com o n.º 3 do artigo 59º e com a alínea b) do n.º 1 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 194/2009, a limpeza de fossas sépticas a utilizadores não servidos por rede não pode ser faturada como serviço auxiliar.

Com todo o respeito, não se pode concordar com a generalização feita pela ERSAR.

Nos termos do artigo 81.º do Regulamento das Relações Comerciais (RRC), no caso do serviço de limpeza de fossas sépticas, a aplicação mensal das tarifas fixa e variável constitui a *contrapartida pela realização de um **número máximo anual de limpezas** definido no contrato de recolha de acordo com a periodicidade estabelecida nos termos do n.º 2 do artigo 51.º, sendo cada serviço adicional faturado autonomamente, nos termos do RT.*

Ora, o texto contratual não obsta a que as tarifas aplicadas sejam, sempre que os utilizadores não sejam servidos por rede, as que são preconizadas pelo RRC, pois apenas está prevista a cobrança a partir do referido número máximo anual de limpezas.

Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

IV - A ERSAR conclui também (ponto 5.1.d) do Parecer) não poder existir, nos termos do artigo 130º do Código de Procedimento Administrativo atualmente em vigor, deferimento tácito de aprovação de tarifas.

A este respeito, a ERSAR destaca que a aprovação de tarifários ou modificações contratuais pelos órgãos autárquicos consubstanciam atos administrativos, resultando do n.º 5 do artigo 130º do CPA que a formação tácita de um ato só é legalmente consentida nos casos previstos na lei, o que não resulta do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Não obstante o Município considerar que não estamos perante um ato administrativo típico, uma vez que a atualização anual tarifária não consubstancia propriamente uma aprovação de tarifas no sentido da criação de tarifas, mas, tão só, a verificação da aplicação de uma fórmula de atualização tarifária contratualmente prevista a tarifas contratualmente previstas, deverá ser incluído no projeto de Regulamento de Serviços a previsão de aprovação tácita.

Com efeito, dispõe o artigo 130.º, n.º 1 do CPA, que “existe deferimento tácito quando a lei ou regulamento determine que a ausência de notificação da decisão final sobre pretensão dirigida a órgão competente dentro do prazo legal tem o valor de deferimento”.

Assim, e porque a manutenção da aprovação tácita da atualização anual tarifária é a solução mais adequada, e que poderá evitar – sem qualquer prejuízo para a autonomia decisória do Município – problemas de ausência de decisão futura que levem a novos conflitos contratuais.

Por forma a ir ao encontro da recomendação da ERSAR, deverá ser alterada a cláusula contratual do n.º 9 do artigo 68.º da nova versão do Contrato de Concessão nos termos da qual serão

integradas as previsões constantes no artigo 130, n.ºs 4 e 5 do CPA, bem como, integrado no Regulamento de Serviços a disposição necessária para o efeito.

**V** - Relativamente ao Plano de Investimentos anexo à revisão contratual, a ERSAR refere (ponto 5.1.e) do Parecer) que apresenta um valor para os novos investimentos que parece ultrapassar os 25% dos investimentos inicialmente previstos.

Estabelece o artigo 54º do DL 194/2009, no que para agora releva, que não pode ser objeto de revisão *“o plano de investimentos a cargo do concessionário quando o valor acumulado das novas obras exceder em 25 /prct. o montante dos investimentos inicialmente previsto”*.

Sucede que os investimentos analisados pela ERSAR, incluídos no Plano de Investimentos que está anexo ao Aditamento ao Contrato de Concessão, consideram já investimentos previstos inicialmente.

Assim, se do CAPEX por realizar se excluir o Capex já contemplado no contrato inicial antes deste Aditamento, verifica-se o cumprimento do limite de 25%.

Mais concretamente: atenta a análise a preços correntes realizada pela ERSAR, importa corrigir o valor a considerar como representando *“novos investimentos”*:

O valor do Investimento presente no Anexo 5 ao Contrato é 25,46M€ a preços de 2022, e a preços correntes é de 29,08M€ (os 31,93 referidos na tabela da ERSAR foi apurado aplicando aos 25,46M€, que já se encontra a preços de 2022, o índice de inflação desde 2015);

Importa ainda referir que, do Anexo 5, 10,82M€ (11,88M€ a preços correntes) dizem respeito à recuperação do atraso de Investimentos do contrato inicial;

Pelo que, dos 29,08M€ a preços correntes do Anexo 5, apenas 17,20M€ dizem respeito a novos investimentos, representando um acréscimo de 16% e não 30%.

Assim, não se verifica a violação do disposto no n.º 5 do artigo 54º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, neste ponto também não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**VI** - Refere a ERSAR que o pedido de parecer formulado pelo Município deveria ter incluído sido instruído com uma memória descritiva, na qual fossem detalhadas todas as alterações efetuadas ao Caso Base revisto no âmbito deste Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão.

Porém, como vemos, tal não foi obstáculo nem impedimento à prolação do Parecer em análise, pelo que se trata de recomendação prejudicada, sanada pela própria emissão do parecer. Mas relevante, porém, para futuros pedidos de parecer.

Como justificação para o sucedido (embora sem qualquer relevância para o desfecho final do procedimento) há que referir que o Regulamento dos Procedimentos Regulatórios de facto estabelece que, no caso de alteração de contratos de concessão de serviços municipais, o pedido de parecer à ERSAR é acompanhado de um relatório comparativo do histórico de cumprimento

das obrigações de ambas as partes (e não uma memória descritiva com o detalhe de todas as alterações efetuadas ao Caso Base).

Ora, como é do conhecimento de todos os intervenientes, a concessão de Barcelos tem atravessado vicissitudes várias, tendo as Partes estado em permanente litígio até há bem pouco tempo.

Tal realidade, obstaculiza a possibilidade de ser elaborado um relatório comparativo do histórico de cumprimento das obrigações de ambas as partes, cuja concretização só será possível doravante, com a estabilização e pacificação jurídica no relacionamento entre as Partes.

Pelo que, também deste ponto não resulta qualquer necessidade de alteração das minutas existentes.

**VII** - A ERSAR recomenda também (ponto 5.1.b) do Parecer), a manutenção, pelo menos, da banda superior de variação de caudais totais anuais de abastecimento de água, prevista na alínea a) da Cláusula 87.<sup>a</sup> do Contrato de Concessão.

A redação da alínea a) da Cláusula 87.<sup>a</sup> do Contrato de Concessão, atualmente em vigor, estabelece que haverá lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão sempre que se verificar a *diminuição ou aumento superior a 20% (vinte por cento) dos caudais totais anuais de água de abastecimento, em relação aos valores previstos para o ano em causa no Caso Base.*

Foi este um dos principais elementos contratuais que deram origem ao litígio existente, e à uma obrigação de pagamento que agora se pretende mitigar.

A proposta de Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão contém a eliminação de tal redação, procedendo ao cumprimento dos princípios básicos dos contratos de concessão, tais como estabelecidos e reforçados com o texto da Lei n.º 194/2009 de 20 de agosto, ou seja, a efetiva transferência para a Concessionária do risco da concessão.

Ao estar prevista a eliminação da alínea a) da cláusula 87.<sup>a</sup> constante da redação inicial do Contrato, a concessionária deixa de ficar imune ao risco de redução ou estagnação de consumos, saindo este da esfera do concedente.

A nova cláusula que prevê a obrigação de reposição do equilíbrio financeiro da concessão apenas prevê os próprios casos de reequilíbrio obrigatório previstos no artigo 35.º da citada Lei n.º 194/2009, operando uma *“significativa e efetiva transferência de risco para o concessionário”*.

A ERSAR recomenda a reposição daquela previsão, *pelo menos, na banda superior de variação de caudais totais anuais de abastecimento de água.*

Ou seja, a cláusula de reequilíbrio só funcionaria se fosse a favor do concedente...

Tal hipótese constituiria, na nossa opinião, uma norma de carácter leonino, não bilateral, e introduziria um desequilíbrio que não é adequado que se imponha ao contratante privado.

Acresce que, o interesse público do Concedente já está cautelado pela legislação, pois o artigo 54º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, prevê que o concedente pode exigir a revisão do contrato de concessão caso se perspetive uma taxa interna de rentabilidade para o

investimento acionista relativa a todo o período da concessão superior ao dobro daquela que consta do caso base inicial.

Tal mecanismo, se necessário, asseguraria sempre a posição do município concedente em caso de uma grande variação de caudais que melhorassem significativamente a rentabilidade da concessão.

Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, também daqui não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**VIII** - A ERSAR recomenda (ponto 5.2.c) do Parecer) a adesão ao regime da tarifa social relativa à prestação dos serviços de água previsto no Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de novembro, bem como recomenda (ponto 5.2.d) do Parecer) a revisão do tarifário para famílias numerosas à luz do preconizado da Recomendação Tarifária.

Não há qualquer dúvida de que o Município de Barcelos está empenhado em ter um papel social determinante nestas matérias.

No entanto, o Município entendeu manter na sua disponibilidade a forma de regulamentação de tarifas sociais, ao invés de aderir ao sistema regulado pelo Decreto-Lei n.º 147/2017, que é de adesão meramente facultativa.

Pelo que, a opção de política social preconizada, e as medidas concretas que a implementam nesta matéria, são aquelas que constam nas minutas apresentadas, as quais até são mais favoráveis e generosas do ponto de vista social do que alguns dos aspetos sugeridos no regime legal facultativo.

**IX** - A ERSAR recomenda (ponto 5.2.e) do Parecer) a alteração dos termos do exercício do direito de resgate.

Não há dúvida que o concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público, após o decurso do prazo fixado no contrato.

Em benefício da certeza e da segurança jurídica, as Partes acordaram estabelecer mais concretamente os termos da fundamentação do interesse público, elencando os pontos que sustentariam tal interesse público. Tal fundamentação não coarta o direito do Concedente, apenas concretiza a sua invocação.

Quanto ao prazo de inibição do direito de resgate, as Partes decidiram proceder à alteração do prazo para exercício do direito de resgate para o ano de conclusão do Plano de Investimentos (que nunca será posterior a 2033), de modo a assegurar que o Plano de Investimentos seja efetivamente concluído e concretizado, atento o seu relevante interesse para o desenvolvimento do concelho de Barcelos.

Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**X** - A ERSAR recomenda (ponto 5.2.g) do Parecer) a clarificação dos serviços prestados à entidade gestora como contrapartidas dos fees de gestão.

Parte dos acionistas da Concessionária são especializados na exploração e gestão de serviços públicos de águas e saneamento, sendo detentores de “know-how” e experiência na gestão de sistemas de abastecimento de água e de drenagem e tratamento de águas residuais, suportada com sistemas e manuais de procedimentos próprios.

Os acionistas estão solidariamente obrigados a prestar à Concessionária consultoria e assessoria, nomeadamente em matérias de gestão, administrativa e técnica, de modo a assegurar e a promover a eficiência técnica e empresarial da mesma, com vista a contribuir para o bom cumprimento das obrigações assumidas pela Concessionária nos termos do Contrato de Concessão.

Aliás, a Concessionária está obrigada a garantir a *“constante melhoria da qualidade dos serviços e a eficiência económica, promovendo a atualização tecnológica dos sistemas, nomeadamente quando daí resulte um aumento da eficiência técnica e da qualidade ambiental”* (vide cláusula 37.ª-A introduzida ao Contrato).

Como contrapartida da transferência de experiência e “know-how” e envolvimento na gestão operacional global da Concessionária, os acionistas recebem uma retribuição fixada nos termos do Contrato de Assistência Técnica, o qual menciona as obrigações do titular do direito à remuneração.

Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, também não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**XI** - A ausência de parecer quanto à minuta de Regulamento de Serviço revisto:

A ERSAR entende que o regulamento de serviços só deve ser revisto após a outorga da revisão do contrato de concessão para que possa refletir de forma correta os direitos e obrigações da entidade gestora e o seu relacionamento com o utilizador final.

Pelo que a ERSAR não proferiu análise à minuta de regulamento de Serviços, considerando ainda que nos termos do n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de Agosto, esta entidade se deve pronunciar durante o período de consulta pública.

Neste conspecto afigura-se-nos que a ERSAR enquadra a questão corretamente, pelo que a minuta de revisão do Regulamento de Serviços deve ser retirada do complexo de documentos contratuais e anexos ao Acordo a celebrar com a concessionária, e consequentemente em fase posterior:

Atento o exposto, e uma vez cumprido com o presente ofício o determinado pelo n.º 8 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, o Município prosseguiu com o processo tendente à assinatura do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e de Saneamento de Barcelos, remetendo pelo presente ofício cópia do Contrato assinado e respetivos anexos.

O Município de Barcelos,



João Carlos Silva & Associados  
Sociedade de Advogados, SP, RL

## **INFORMAÇÃO FINAL**

### **Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e de Saneamento de Barcelos**

#### **Acordo com a empresa Águas de Barcelos, S.A.**

**com vista ao encerramento de toda a litigância existente e aprovação final de um**

#### **Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão**

Exmo. Senhor Presidente da Câmara Municipal de Barcelos

### **I – INTRODUÇÃO**

1. Como é do conhecimento dos órgãos autárquicos do Município de Barcelos, o presente procedimento iniciou-se com o desencadear de um procedimento negocial desenvolvido em conjunto com a empresa Águas de Barcelos, S.A. (a Concessionária), considerados os seguintes antecedentes:

- a) A Concessionária, estribada na cláusula compromissória arbitral existente no Contrato de Concessão, desencadeou em junho de 2010 um processo arbitral contra o Município em que formulou petição de condenação para obter o reequilíbrio económico-financeiro da Concessão;
- b) O Tribunal Arbitral proferiu decisão condenatória do Município em janeiro de 2012 condenando-o a pagar:



*- O valor necessário para repor o equilíbrio posto em causa pelos desvios de caudais dos anos de 2005 a 2009, ou seja, o montante de € 24.602.600,00, acrescido de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não seja feito até ao trânsito em julgado da presente decisão;*

*- Uma compensação financeira anual entre 2010 e o termo do Contrato no valor anual de € 5.897.179, a preços de 2010, sendo cada prestação anual acrescida de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não seja feito até ao fim de cada ano em que se vencer.*

c) O Município recorreu e apelou para todas as instâncias possíveis no sentido de reverter ou anular a decisão acabada de descrever, sem qualquer sucesso, pelo que a decisão veio a transitar em julgado.

2

---

d) Não tendo ocorrido qualquer pagamento dos valores mencionados na condenação, a Concessionária desencadeou em fevereiro de 2012 um processo de execução de julgado para pagamento de quantia certa que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga sob o n.º 408/12.9BELSB.

e) A partir do ano de 2017 foi desenvolvido um processo negocial entre o Município de Barcelos e a Concessionária, no sentido de tentar por termo ao litígio, e àquela execução, através da negociação de um Aditamento ao Contrato de Concessão com revisão tarifária, e da entrada do Município no capital da Concessionária.

f) Para tal, o processo de execução foi suspenso.



- g) O processo negocial acabado de referir não levou a nenhuma conclusão prática, e a tramitação do processo executivo foi reatada.
- h) Em Julho de 2021 a exequente Concessionária requereu o prosseguimento dos autos, atualizando a liquidação da quantia em execução, contabilizando as compensações e juros de mora devidos até 2020 em € 94.342.832,15 de capital e juros de mora no montante de € 37.747.808,80, num total de **€ 132.090.640,23**.
- i) A estes valores acresceriam ainda os referidos € 5.897.179,00 anuais até ao final da concessão (Janeiro de 2035), ou seja, mais 82.560.506,00, sem contar quaisquer juros.
- j) Pelo que em Julho de 2021 as responsabilidades do Município atingiam já a impressionante quantia (vencida e vincenda, de capital e juros) de **€ 214.651.146,00**.
- k) A instância executiva foi reatada por despacho judicial de 26/09/2022.
- l) Dado o facto de, a partir de abril de 2022 se terem iniciado contactos para encetar novo processo negocial, e à existência de novas bases de negociação que seriam suscetíveis de chegar a resultados concretos, a Concessionária e o Município requereram a realização de uma audiência de partes, que foi realizada, onde expuseram ao juiz da causa um percurso de negociação que se comprometiam a cumprir com vista a tentar pôr fim à lide executiva, e conseguir estabelecer um reequilíbrio financeiro da concessão por via negociada, que reduzisse os incomportáveis e astronómicos encargos que a continuação da execução



do contrato de forma inalterada originária, por virtude da obrigação de cumprimento da condenação transitada em jugado.

- m) Na verdade, **a execução do Contrato de Concessão, e as suas vicissitudes, tinham criado um encargo para o Município de Barcelos que até ao final de 2022 já estava liquidado em € 214.651.146,00 (duzentos e catorze milhões, seiscentos e cinquenta e um mil cento e quarenta e seis euros)**, dos quais se encontravam vencidos, e em fase de cobrança coerciva inevitável, € 132.090.640,23.
- n) Por duto despacho de 10 de janeiro de 2023 a instância foi novamente suspensa, a aguardar o cumprimento do programa de negociações que as partes apresentaram aos autos.

2. As negociações entre a Concessionária e o Município de Barcelos intensificaram-se no último trimestre de 2022, e foi concluído um acordo de princípio, que se corporizou num texto de **“ACORDO”** que inclui em anexo:

- a. Uma minuta de Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão e respetivos anexos;
- b. Caso Base revisto;
- c. Tarifário Revisto;
- d. Plano de Investimentos da Concessionária Revisto;
- e. Plano de Investimentos Municipal;
- f. Uma minuta de requerimento de homologação judicial do Acordo.

3. O Acordo foi, na generalidade, aprovado em reunião da Câmara Municipal de Barcelos realizada no dia 17/02/2023;



4. O Acordo foi também aprovado, na generalidade, em reunião da Assembleia Municipal de Barcelos realizada no dia 28/02/2023;
5. O Acordo foi aprovado em reunião do Conselho de Administração da Concessionária.
6. Em 22 de março de 2023 o Acordo foi assinado pelos representantes legais da Concessionária e do Município de Barcelos.
7. O Acordo foi submetido a um conjunto de condições prévias, duas das quais teriam que se encontrar verificadas antes da sua aprovação final pelos órgãos autárquicos e submissão a homologação judicial:
  - a. Obtenção de parecer prévio da ERSAR;
  - b. Obtenção de autorizações à Concessionária pelos Bancos Financiadores.
8. Foi obtida a concordância dos Bancos Financiadores.
9. Foi obtido o parecer prévio emitido pela ERSAR relativo ao Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e de Saneamento de Barcelos, remetido à Câmara Municipal de Barcelos (CMB) pelo Ofício da entidade reguladora com a Ref.<sup>a</sup> O-003054/2023, datado de 19 de maio de 2023.
10. Cabe no âmbito desta Informação analisar as conclusões desse Parecer, e propor ao Município as deliberações a tomar em função de tal análise, sendo certo que tal parecer não é vinculativo mas, tal como resulta do n.º



8 do artigo 11.º do decreto-Lei n.º194/2009 de 20 de Agosto, uma eventual decisão da Câmara Municipal de não acolhimento das recomendações preconizadas pela ERSAR carece de fundamentação expressa, com exposição circunstanciada dos fundamentos de facto e de direito que justificam a motivação da decisão.

## **II – ANÁLISE DO PARECER DA ERSAR E PROPOSTA DE DECISÃO SOBRE AS RECOMENDAÇÕES NELE ÍNSITAS**

11. O Parecer da ERSAR (doravante “Parecer”) conclui, naquilo que releva, em dois capítulos:

- a. Capítulo 5.1, mencionando a alegada obrigatoriedade de correção de aspetos que constituem “requisitos legais”;
- b. Capítulo 5. 2, aconselhando que sejam tidas em consideração certas recomendações que a ERSAR formula.

6

---

12. Iremos analisar, ponto por ponto, os referidos “requisitos legais” e as mencionadas “recomendações”, mas antes do mais há que expor uma reflexão prévia, que enquadra todo este procedimento:

### **a) Questão Prévia – das particulares circunstâncias que subjazem à celebração do Terceiro Aditamento**

13. Todos os antecedentes expostos na Introdução desta informação deixam bem clara a situação em que o Município de Barcelos foi colocado, com um Contrato em vigor cuja execução já tornou efetiva a obrigação imediata de pagar a quantia de mais de 214,5 milhões de euros, para além da continuação da Concessão até 2035.



- 14.** Esta situação tem consequências financeiras incomportáveis para o Município, sem permitir garantir de forma alguma a manutenção e a qualidade dos sistemas de abastecimento de águas e recolha de águas residuais, nem sequer a garantia da continuidade dos investimentos e do serviço.
- 15.** Considerando tal factualidade, o Município, em defesa do interesse público, pretendeu repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão através de uma solução negocial que, como recomendado pelo Tribunal Arbitral, permite evitar a incomportabilidade prática para o Concedente do pagamento da Compensação Financeira equivalente, e assim viabilizar a extinção dos processos judiciais existentes e assegurar a normalização da vida da concessão.
- 16.** Para tanto, as Partes renegociaram e estabeleceram um acordo global com significativas melhorias para os Utilizadores e para o interesse público, bem como para o princípio fundamental da acessibilidade, que está consagrado no artigo 3.º n.º 1, alínea a) da Lei da Água, que consagra o princípio do valor social da água, à luz do qual se deve assegurar o aceso universal dos cidadãos aos serviços de águas
- 17.** As modalidades de reequilíbrio encontradas, nomeadamente a da prorrogação do contrato, permitiram afastar outras modalidades de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato seguramente mais onerosas para o erário público municipal, com prejuízo no desenvolvimento de políticas públicas locais, ou para os utentes dos serviços e asseguraram o equilíbrio do contrato de concessão da



exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento e de saneamento de água do concelho de Barcelos.

**18.** E, sobretudo, permitem afastar os encargos que o Contrato já comporta, de mais de 214,5 milhões de euros.

**19.** Assim, a análise da minuta de Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão não pode desconsiderar as circunstâncias envolventes da mesma, designadamente que o acordo ora alcançado constitui uma forma de concretização de uma sentença transitada em julgado cuja execução, embora devida, seria altamente penalizadora para o futuro do Município.

**20.** Partimos então, seguidamente, para a análise detalhada das conclusões do parecer da ERSAR.

**b) Os pontos 5.1.a) e 5.2.f) do Parecer: Caso Base e TIR**

**21.** Começa por referir a ERSAR - ponto 5.1.a) - que o Caso Base que deve servir como ponto de partida do processo de reequilíbrio deve ser o Caso Base ajustado que resultou do Tribunal Arbitral, na medida em que esta decisão procedeu à modificação do caso base subjacente ao contrato de concessão em vigor.

**22.** Acrescenta, em sede de mera recomendação - ponto 5.2.f) - que a TIR acionista subjacente ao Caso Base não deve corresponder a uma TIR garantida mas apenas servir como referencial do equilíbrio do contrato.



- 23.** Percorrida a legislação do setor, em particular o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto e o Regulamento de Procedimentos Regulatórios, não se verifica qualquer imposição ou restrição sobre o Caso Base de Partida.
- 24.** Assim, não se encontra o fundamento legal que imponha a concretização desta recomendação da ERSAR, nem se considera que a mesma faça sentido no cenário em que as Partes encontraram uma forma de concretizar a decisão que resultou do Tribunal Arbitral, mas de forma alternativa à mera execução (formal e processual) de tal decisão.
- 25.** Este Caso Base de partida foi a ferramenta considerada adequada pelas Partes, já que consubstanciava os pontos sobre os quais havia acordo em 2018, permitindo uma continuidade nas negociações que, deste modo, já partiam de uma base comum.
- 26.** Por outro lado, a própria ERSAR, no parecer emitido em 2018 a propósito do Aditamento nunca concretizado, apesar das críticas ao modelo financeiro usado, acaba por concluir existirem vantagens no modelo alternativo ao do caso base ajustado.
- 27.** Por outro lado, no que se refere à TIR acionista, a mesma não é garantida – bem pelo contrário - como aliás resulta claramente do facto de a Concessionária, no Aditamento ao Contrato de Concessão, aceitar a redução da Taxa Interna de Rentabilidade Acionista (TIR) considerada no respetivo Caso Base, bem como ter assumido uma importante transição para a sua esfera dos riscos da concessão, com o acordo obtido para a nova redação da Cláusula 87.º do Contrato de Concessão.



- 28.** Do exposto, não se verificando qualquer imposição legal para que o caso base ajustado fosse o ponto de partida para o processo de equilíbrio em curso, as Partes concluíram o processo de reequilíbrio mantendo a consideração do caso base de 2018.
- 29.** Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**c) O ponto 5.1b) do Parecer – o prazo limite da concessão**

- 30.** Prossegue a ERSAR referindo (ponto 5.1.b) do Parecer) que a prorrogação do prazo da Concessão está limitada ao prazo máximo de 30 anos previsto no Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, por força da aplicação das regras de aplicação da lei no tempo, resultantes do artigo 297º do Código Civil.
- 31.** Para poder fundamentar uma decisão cuidada a propósito da possibilidade de prorrogação do Contrato de Concessão para o prazo de 50 anos, o Município procedeu a uma análise ponderada e exaustiva da questão, recorrido à consulta de ilustres juristas, que emitiram pareceres extremamente detalhados e que, com fundamentação robusta, formulam entendimento distinto do prolatado pela Entidade Reguladora.
- 32.** É caso do Parecer Jurídico de Agosto de 2023 emitido pelos juristas Sr. Prof. Doutor Sérvulo Correia, Sr. Doutor João Amaral e Almeida e S. Dr. Gonçalo Bragado por consulta formulada pelo Município de Barcelos.



33. Por outro lado, a Concessionária solicitou também em Julho de 2023 opinião jurídica sobre o mesmo assunto aos Srs. Prof. Dr. Lino Torgal e Dr. Rafael Ribeiro, que formulam conclusões no mesmo sentido das formuladas no parecer anteriormente referido.
34. Igualmente, temos conhecimento de outros pareceres emitidos (a propósito de contratação noutras concessões de outros Municípios) mas que se dedicam precisamente à análise desta mesma matéria, com aplicação lapidar ao caso concreto.
35. Invariavelmente, os juristas em causa emitem opinião doutrinal no sentido de que o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de agosto não se aplica aos contratos pré-existentes àquele diploma legal.
36. Ou seja, o prazo máximo das concessões para os contratos celebrados antes do início de vigência do regime de 2009 **continua a ser de 50 anos.**
37. Na verdade, a Cláusula 87.º, n.º 3, do Contrato de Concessão, elenca as modalidades às quais as Partes podem recorrer para a reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, entre as quais se incluem a prorrogação do prazo da Concessão.
38. O Contrato de Concessão surgiu no âmbito de um procedimento de contratação pública anterior ao regime do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, e foi celebrado antes da publicação e entrada em vigor deste último diploma legal.
39. O artigo 35.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 194/2009, por pretender regular o regime das relações contratuais em apreço sem se abstrair dos



factos que lhe deram origem, apenas se pode aplicar a contratos celebrados após o seu início de vigência, por força do estabelecido no artigo 12.º, n.º 2, 1.ª parte, do Código Civil.

**40.** Tendo o Contrato de Concessão sido celebrado em momento anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, a prorrogação do prazo desta Concessão é uma das vias legalmente admitidas para efetuar a reposição dos parâmetros estipulados em matéria de equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão.

**41.** Ou seja, o artigo 297.º do Código Civil apenas concretiza os critérios gerais de direito transitório que resultam do artigo 12.º do Código Civil, pelo que a aplicação de uma nova disposição que venha encurtar um prazo fixado por uma lei anterior só ocorre quando as soluções contidas no referido artigo 12.º apontem para tal.

12

---

**42.** Nesta senda, o estatuído no artigo 297.º do Código Civil não se aplica a todos os prazos fixados por uma lei nova, designadamente àqueles que, por força do disposto no artigo 12.º, não se abstraem dos factos que deram origem à relação jurídica anterior.

**43.** Mais concretamente, o art. 297.º, n.º 1 e 2 não é aplicável a prazos substantivos dos contratos que as partes levaram em conta quando configuraram a relação contratual e o regime potencialmente aplicável às respetivas vicissitudes.

**44.** Nestas hipóteses, nada justifica que se afaste a solução que vale, em termos gerais, para as estipulações negociais, ou seja, não lhes é aplicável o disposto no artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil (que



ditaria a aplicação da lei nova), pelo que se verifica uma situação de sobrevigência da lei antiga.

- 45.** Ora, podendo as partes estipular no contrato de concessão, antes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que a reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão se operaria por uma prorrogação do prazo do contrato, sustentar agora que uma tal prorrogação estaria limitada ao prazo legal máximo da concessão equivaleria, na maior parte dos casos: (i) ora a impedir que a reposição do equilíbrio económico se operasse mediante prorrogação, o que sucederia quando o contrato de concessão fosse celebrado *ab initio* pelo prazo legal máximo; (ii) ora a impedir que a prorrogação, acordada como modo de reposição do equilíbrio, não pudesse repor integralmente, só por si, esse equilíbrio.
- 46.** Tanto na primeira como na segunda hipótese a nova lei viria colidir frontalmente com a vontade das partes expressa no contrato de concessão, suprimindo a possibilidade, ou restringindo o alcance, da prorrogação prevista para efeitos de reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão.
- 47.** E isto quando, insista-se, antes do início de vigência do Decreto-Lei. n.º 194/2009, de 20 de agosto, a contratualização da prorrogação como forma de reposição do equilíbrio do contrato não estava sujeita a qualquer limite (temporal ou outro), regendo a esse propósito o princípio da autonomia contratual das partes.
- 48.** Nenhuma destas conclusões é infirmada pelo disposto no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei. n.º 194/2009, de 20 de agosto, o qual, em si, não configura qualquer regra de direito transitório, pois não fixa (i) nem um



regime material específico aplicável aos contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, distinto do da lei antiga e do da lei nova (direito transitório material), (ii) nem indica qual delas – lei antiga ou lei nova – continua ou passa a reger as relações emergentes desses contratos (direito transitório formal especial).

**49.** Na realidade, o artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, limita-se a impor uma “adaptação” daqueles contratos às suas normas no prazo de três anos, pelo que, quanto à aplicação no tempo das normas do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, regem os critérios gerais previstos no Código Civil.

**50.** Nesta base, verdadeiramente, o artigo 80.º, n.º 2 do referido diploma, não pode deixar de ser lido no quadro das diretrizes gerais sobre sucessão de leis no tempo decorrentes do Código Civil. O que por sua vez conduz ao seguinte resultado: relativamente aos aspetos da relação concessória que, nos termos dos critérios decorrentes do artigo 12.º do Código Civil, devam passar a reger-se pela lei nova, é instituído um prazo de três anos para que se promova uma adaptação a esse novo regime; relativamente aos aspetos da relação concessória, que à luz dos mesmos critérios de determinação de competência temporal da lei, ficam imunes à lei nova, não haverá, naturalmente, que promover qualquer adaptação.

**51.** Note-se que se o Município tivesse querido vedar a possibilidade de prorrogarem o Contrato, como via de reposição, para além do prazo máximo da Concessão, ou para lá dos 30 anos fixados no artigo 34.º, certamente não teria continuado a prever no Contrato, como modalidade



possível de reposição do seu equilíbrio financeiro, a prorrogação do prazo da Concessão (cf. alínea *b*) do n.º 3 da Cláusula 87.<sup>a</sup> do Contrato).

**52.** Assim sendo, e não tendo o Município qualquer outra informação de valor doutrinal superior que pudesse prevalecer face às duntas opiniões recolhidas dos reputados académicos mencionados, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise, devendo manter-se a prorrogação do contrato de concessão até ao prazo de 50 anos.

**d) O ponto 5.1.c) do parecer – a limpeza de fossas sépticas**

**53.** A ERSAR, no âmbito da análise à revisão do Tarifário, refere (ponto 5.1.c) do Parecer) que, de acordo com o n.º 3 do artigo 59º e com a alínea b) do n.º 1 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 194/2009, a limpeza de fossas sépticas a utilizadores não servidos por rede não pode ser faturada como serviço auxiliar.

**54.** Com todo o respeito, não se pode concordar com a generalização feita pela ERSAR.

**55.** Nos termos do artigo 81.º do Regulamento das Relações Comerciais (RRC), no caso do serviço de limpeza de fossas sépticas, a aplicação mensal das tarifas fixa e variável constitui a *contrapartida pela realização de um número máximo anual de limpezas definido no contrato de recolha de acordo com a periodicidade estabelecida nos termos do n.º 2 do artigo 51.º, sendo cada serviço adicional faturado autonomamente, nos termos do RT.*



**56.** Ora, o texto contratual não obsta a que as tarifas aplicadas sejam, sempre que os utilizadores não sejam servidos por rede, as que são preconizadas pelo RRC, pois apenas está prevista a cobrança a partir do referido número máximo anual de limpezas.

**57.** Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**e) O ponto 5.1.d) do parecer – a questão do deferimento tácito de aprovação de tarifas**

**58.** A ERSAR conclui também (ponto 5.1.d) do Parecer) não poder existir, nos termos do artigo 130º do Código de Procedimento Administrativo atualmente em vigor, deferimento tácito de aprovação de tarifas.

**59.** A este respeito, a ERSAR destaca que a aprovação de tarifários ou modificações contratuais pelos órgãos autárquicos consubstanciam atos administrativos, resultando do n.º 5 do artigo 130º do CPA que a formação tácita de um ato só é legalmente consentida nos casos previstos na lei, o que não resulta do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

**60.** Não obstante o Município considerar que não estamos perante um ato administrativo típico, uma vez que a atualização anual tarifária não consubstancia propriamente uma aprovação de tarifas no sentido da criação de tarifas, mas, tão só, a verificação da aplicação de uma fórmula de atualização tarifária contratualmente prevista a tarifas contratualmente previstas, deverá ser incluído no projeto de Regulamento de Serviços a previsão de aprovação tácita.



61. Com efeito, dispõe o artigo 130.º, n.º 1 do CPA, que “existe deferimento tácito quando a lei ou regulamento determine que a ausência de notificação da decisão final sobre pretensão dirigida a órgão competente dentro do prazo legal tem o valor de deferimento”.
62. Assim, e porque a manutenção da aprovação tácita da atualização anual tarifária é a solução mais adequada, e que poderá evitar – sem qualquer prejuízo para a autonomia decisória do Município – problemas de ausência de decisão futura que levem a novos conflitos contratuais.
63. Por forma a ir ao encontro da recomendação da ERSAR, deverá ser alterada a cláusula contratual do n.º 9 do artigo 68.º da nova versão do Contrato de Concessão nos termos da qual serão integradas as previsões constantes no artigo 130, n.ºs 4 e 5 do CPA, bem como, integrado no Regulamento de Serviços a disposição necessária para o efeito.

**f) O ponto 5.1.e) do parecer – o volume de novos investimentos**

64. Relativamente ao Plano de Investimentos anexo à revisão contratual, a ERSAR refere (ponto 5.1.e) do Parecer) que apresenta um valor para os novos investimentos que parece ultrapassar os 25% dos investimentos inicialmente previstos.
65. Estabelece o artigo 54º do DL 194/2009, no que para agora releva, que não pode ser objeto de revisão “*o plano de investimentos a cargo do concessionário quando o valor acumulado das novas obras exceder em 25 /prct. o montante dos investimentos inicialmente previsto*”.



- 66.** Sucede que os investimentos analisados pela ERSAR, incluídos no Plano de Investimentos que está anexo ao Aditamento ao Contrato de Concessão, consideram já investimentos previstos inicialmente.
- 67.** Assim, se do CAPEX por realizar se excluir o Capex já contemplado no contrato inicial antes deste Aditamento, verifica-se o cumprimento do limite de 25%.
- 68.** Mais concretamente: atenta a análise a preços correntes realizada pela ERSAR, importa corrigir o valor a considerar como representando “*novos investimentos*”:
- a.** O valor do Investimento presente no Anexo 5 ao Contrato é 25,46M€ a preços de 2022, e a preços correntes é de 29,08M€ (os 31,93 referidos na tabela da ERSAR foi apurado aplicando aos 25,46M€, que já se encontra a preços de 2022, o índice de inflação desde 2015);
  - b.** Importa ainda referir que, do Anexo 5, 10,82M€ (11,88M€ a preços correntes) dizem respeito à recuperação do atraso de Investimentos do contrato inicial;
  - c.** Pelo que, dos 29,08M€ a preços correntes do Anexo 5, apenas 17,20M€ dizem respeito a novos investimentos, representando um acréscimo de 16% e não 30%.
- 69.** Assim, não se verifica a violação do disposto no n.º 5 do artigo 54º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.



70. Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, neste ponto também não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**g) O ponto 5.2.a) do parecer – a ausência de ua memória descritiva com o detalhe das alterações**

71. Refere a ERSAR que o pedido de parecer formulado pelo Município deveria ter incluído sido instruído com uma memória descritiva, na qual fossem detalhadas todas as alterações efetuadas ao Caso Base revisto no âmbito deste Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão.

72. Porém, como vemos, tal não foi obstáculo nem impedimento à prolação do Parecer em análise, pelo que se trata de recomendação prejudicada, sanada pela própria emissão do parecer. Mas relevante, porém, para futuros pedidos de parecer.

73. Como justificação para o sucedido (embora sem qualquer relevância para o desfecho final do procedimento) há que referir que o Regulamento dos Procedimentos Regulatórios de facto estabelece que, no caso de alteração de contratos de concessão de serviços municipais, o pedido de parecer à ERSAR é acompanhado de um relatório comparativo do histórico de cumprimento das obrigações de ambas as partes (e não uma memória descritiva com o detalhe de todas as alterações efetuadas ao Caso Base).

74. Ora, como é do conhecimento de todos os intervenientes, a concessão de Barcelos tem atravessado vicissitudes várias, tendo as Partes estado em permanente litígio até há bem pouco tempo.



75. Tal realidade, obstaculiza a possibilidade de ser elaborado um relatório comparativo do histórico de cumprimento das obrigações de ambas as partes, cuja concretização só será possível doravante, com a estabilização e pacificação jurídica no relacionamento entre as Partes.

76. Pelo que, também deste ponto não resulta qualquer necessidade de alteração das minutas existentes.

**h) O ponto 5.2.b) do parecer – a banda de variação superior a 20% nos caudais totais de água de abastecimento**

77. A ERSAR recomenda também (ponto 5.1.b) do Parecer), a manutenção, pelo menos, da banda superior de variação de caudais totais anuais de abastecimento de água, prevista na alínea a) da Cláusula 87.<sup>a</sup> do Contrato de Concessão.

78. A redação da alínea a) da Cláusula 87.<sup>a</sup> do Contrato de Concessão, atualmente em vigor, estabelece que haverá lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão sempre que se verificar a *diminuição ou aumento superior a 20% (vinte por cento) dos caudais totais anuais de água de abastecimento, em relação aos valores previstos para o ano em causa no Caso Base.*

79. Foi este um dos principais elementos contratuais que deram origem ao litígio existente, e à uma obrigação de pagamento que agora se pretende mitigar.



- 80.** A proposta de Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão contém a eliminação de tal redação, procedendo ao cumprimento dos princípios básicos dos contratos de concessão, tais como estabelecidos e reforçados com o texto da Lei n.º 194/2009 de 20 de Agosto, ou seja, a efetiva transferência para a Concessionária do risco da concessão.
- 81.** Ao estar prevista a eliminação da alínea a) da cláusula 87.<sup>a</sup> constante da redação inicial do Contrato, a concessionária deixa de ficar imune ao risco de redução ou estagnação de consumos, saindo este da esfera do concedente.
- 82.** A nova cláusula que prevê a obrigação de reposição do equilíbrio financeiro da concessão apenas prevê os próprios casos de reequilíbrio obrigatório previstos no artigo 35.º da citada Lei n.º 194/2009, operando uma “*significativa e efetiva transferência de risco para o concessionário*”.
- 83.** A ERSAR recomenda a reposição daquela previsão, *pelo menos, na banda superior de variação de caudais totais anuais de abastecimento de água.*
- 84.** Ou seja, a cláusula de reequilíbrio só funcionaria se fosse a favor do concedente...
- 85.** Tal hipótese constituiria, na nossa opinião, uma norma de caráter leonino, não bilateral, e introduziria um desequilíbrio que não é adequado que se imponha ao contratante privado.
- 86.** Acresce que, o interesse público do Concedente já está cautelado pela legislação, pois o artigo 54º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto,



prevê que o concedente pode exigir a revisão do contrato de concessão caso se perspetive uma taxa interna de rentabilidade para o investimento acionista relativa a todo o período da concessão superior ao dobro daquela que consta do caso base inicial.

87. Tal mecanismo, se necessário, asseguraria sempre a posição do município concedente em caso de uma grande variação de caudais que melhorassem significativamente a rentabilidade da concessão.

88. Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, também daqui não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**i) Os pontos 5.2.c) e 5.2.d) do parecer – a questão da tarifa social**

89. A ERSAR recomenda (ponto 5.2.c) do Parecer) a adesão ao regime da tarifa social relativa à prestação dos serviços de água previsto no Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de novembro, bem como recomenda (ponto 5.2.d) do Parecer) a revisão do tarifário para famílias numerosas à luz do preconizado da Recomendação Tarifária.

90. Não há qualquer dúvida de que o Município de Barcelos está empenhado em ter um papel social determinante nestas matérias.

91. No entanto, o Município entendeu manter na sua disponibilidade a forma de regulamentação de tarifas sociais, ao invés de aderir ao sistema regulado pelo Decreto-Lei n.º 147/2017, que é de adesão meramente facultativa.



**92.** Pelo que, a opção de política social preconizada, e as medidas concretas que a implementam nesta matéria, são aquelas que constam nas minutas apresentadas, as quais até são mais favoráveis e generosas do ponto de vista social do que alguns dos aspetos sugeridos no regime legal facultativo.

**j) O ponto 5.2.e) do parecer – alteração dos termos de exercício do direito de resgate**

**93.** A ERSAR recomenda (ponto 5.2.e) do Parecer) a alteração dos termos do exercício do direito de resgate.

**94.** Não há dúvida que o concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público, após o decurso do prazo fixado no contrato.

**95.** Em benefício da certeza e da segurança jurídica, as Partes acordaram estabelecer mais concretamente os termos da fundamentação do interesse público, elencando os pontos que sustentariam tal interesse público. Tal fundamentação não coarta o direito do Concedente, apenas concretiza a sua invocação.

**96.** Quanto ao prazo de inibição do direito de resgate, as Partes decidiram proceder à alteração do prazo para exercício do direito de resgate para o ano de conclusão do Plano de Investimentos (que nunca será posterior a 2033), de modo a assegurar que o Plano de Investimentos seja efetivamente concluído e concretizado, atento o seu relevante interesse para o desenvolvimento do concelho de Barcelos.



**97.** Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**k) O ponto 5.2.g) do parecer – a clarificação dos fees de gestão**

**98.** A ERSAR recomenda (ponto 5.2.g) do Parecer) a clarificação dos serviços prestados à entidade gestora como contrapartidas dos fees de gestão.

**99.** Parte dos acionistas da Concessionária são especializados na exploração e gestão de serviços públicos de águas e saneamento, sendo detentores de “know-how” e experiência na gestão de sistemas de abastecimento de água e de drenagem e tratamento de águas residuais, suportada com sistemas e manuais de procedimentos próprios.

**100.** Os acionistas estão solidariamente obrigados a prestar à Concessionária consultoria e assessoria, nomeadamente em matérias de gestão, administrativa e técnica, de modo a assegurar e a promover a eficiência técnica e empresarial da mesma, com vista a contribuir para o bom cumprimento das obrigações assumidas pela Concessionária nos termos do Contrato de Concessão.

**101.** Aliás, a Concessionária está obrigada a garantir a *“constante melhoria da qualidade dos serviços e a eficiência económica, promovendo a atualização tecnológica dos sistemas, nomeadamente quando daí resulte um aumento da eficiência técnica e da qualidade ambiental”* (vide cláusula 37.<sup>a</sup>-A introduzida ao Contrato).

**102.** Como contrapartida da transferência de experiência e “know-how” e envolvimento na gestão operacional global da Concessionária, os



acionistas recebem uma retribuição fixada nos termos do Contrato de Assistência Técnica, o qual menciona as obrigações do titular do direito à remuneração.

**103.** Pelo que, com os fundamentos acabados de expor, também não resulta qualquer alteração que deva ser promovida face às minutas em análise.

**I) A ausência de parecer quanto à minuta de Regulamento de Serviço revisto**

**104.** A ERSAR entende que o regulamento de serviços só deve ser revisto após a outorga da revisão do contrato de concessão para que possa refletir de forma correta os direitos e obrigações da entidade gestora e o seu relacionamento com o utilizador final.

25

---

**105.** Pelo que a ERSAR não proferiu análise à minuta de regulamento de Serviços, considerando ainda que nos termos do n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de Agosto, esta entidade se deve pronunciar durante o período de consulta pública.

**106.** Neste conspecto afigura-se-nos que a ERSAR enquadra a questão corretamente.

**107.** Pelo que a minuta de revisão do Regulamento de Serviços deve ser retirada do complexo de documentos contratuais e anexos ao Acordo a celebrar com a concessionária, e conseqüentemente em fase posterior:



- a. Deve ser finalizada e revista após a celebração e assinatura do Terceiro Aditamento ao Contrato;
- b. Deve ser colocada a consulta pública e deve concomitantemente ser submetida a parecer da ERSAR;
- c. E subsequentemente, e em separado, deve ser aprovada pelos órgãos municipais competentes.

### III – O RESPEITO PELO ARTIGO 313.º DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

- 108.** O Código dos Contratos Públicos (CCP) estabelece limites materiais às modificações objetivas dos contratos públicos.
- 109.** O artigo 313.º do CCP é de aplicação imperativa, devendo ser realizada uma operação de análise, uma a uma, das limitações ali estabelecidas para se confirmar a legalidade de uma modificação objetiva de um contrato como é o caso do Contrato de Concessão.
- 110.** Em primeiro lugar “*A modificação não pode nunca traduzir-se na alteração da natureza global do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto.*” – n.º 1 do artigo 313.º.
- 111.** Verificamos desde já que a natureza global do contrato de concessão não se altera, pois as prestações principais que constituem o seu objeto continuam a ser a prestação dos serviços de água e saneamento por parte da Concessionária por contrapartida do pagamento de uma tarifa por parte dos utentes do sistema.



**112.** Por outro lado, vide o n.º 2 do mesmo artigo 313.º, “*a modificação fundada em razões de interesse público não pode ter lugar quando implicar uma modificação substancial do contrato ou configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência*”.

**113.** Não há qualquer dúvida sobre as razões de interesse público que justificam as alterações: i) garantir a sustentabilidade do sistema de abastecimento de água e saneamento; ii) assegurar a estabilidade da concessão e, iii) libertar o Município do encargo de pagar mais de 214,6 milhões de euros que o colocará numa situação de total rutura financeira.

**114.** Por outro lado, o contrato não se modifica substancialmente, pois os termos e limites da concessão mantêm-se inalterados, prevê-se uma redução da TIR acionista, há uma substantiva e efetiva transferência do risco para a Concessionária face à versão anterior do contrato.

**115.** No que respeita à necessidade imperativa de não configurar qualquer forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência, o mesmo artigo 313.º do CCP, no seu número 2, menciona especificamente que essas circunstâncias poderiam advir de (vide as diversas alíneas):

- a.** *Introduzir alterações que, se inicialmente previstas no Caderno de Encargos, teriam ocasionado no procedimento pré-contratual a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas.*

Entendemos que nenhuma das referidas situações se verifica, pois as alterações derivadas do Terceiro Aditamento não se prendem



com nenhuma questão de qualificação de candidatos, nem afetam quaisquer parâmetros de classificação das propostas concursais recebidas.

O único elemento verdadeiramente relevante introduzido a este propósito no Terceiro aditamento é o alargamento – para 50 anos – do prazo da concessão, face aos 30 anos inicialmente adjudicados. Mas já o teor do Contrato original previa a possibilidade de prorrogação do prazo do contrato em caso de necessidade de reequilíbrio financeiro da concessão, e a própria lei em vigor na data do Contrato original admitia que as Concessões fossem estabelecidas até ao máximo de 50 anos.

- b. *“Alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de modo a que este seja colocado numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido”.*

Com o Terceiro Aditamento verifica-se precisamente o contrário. O equilíbrio económico do contrato é alterado a favor do Município de Barcelos, pois o Caso Base revisto prevê a redução da TIR acionista e a cláusula contratual que prevê a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (cláusula 87.<sup>a</sup>) é significativamente alterada no sentido de transferir amplamente para a Concessionária os riscos da concessão, tendo-se mantido no Contrato, como motivos que conferem o direito à reposição do equilíbrio, apenas aqueles que a lei estabelece como imperativamente concedendo tal direito.

Como é evidente, e se compreende bem face à diferença de encargos entre o que resulta do cumprimento do Contrato em vigor e o que resulta do Terceiro Aditamento (uma diferença superior a



176 milhões de euros a favor do Município), o equilíbrio económico do contrato não é alterado a favor do cocontratante.

c. “*Alargar consideravelmente o âmbito do contrato*”.

Não há qualquer alargamento do âmbito do Contrato.

No que respeita ao âmbito material, o Contrato tem precisamente o mesmo âmbito, a Concessão da exploração e gestão conjunta dos serviços de água e de saneamento do concelho de Barcelos. Do ponto de vista temporal, o alargamento do prazo para 50 anos não se traduz numa inovação contratual, pois o Contrato original, celebrado por 30 anos, já continha a previsão da possibilidade da sua prorrogação (vide cláusula 87.<sup>a</sup>, n.º 3, alínea c), tal como também o previa – até 50 anos – o Decreto-Lei n.º 379/93 de 5 de Novembro, no seu artigo 8.º.

**116.** Para além dos casos elencados especificamente no referido artigo 313.º do CCP, já analisados, não se vislumbram quaisquer outras situações que fossem suscetíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência, ou que, concretamente analisadas, produzam evidência de que teriam determinado qualquer outro resultado no concurso que levou à celebração do Contrato de Concessão.

**117.** Pelo que concluímos que se encontram verificados e respeitados todos os limites às modificações objetivas dos contratos públicos, estatuídos no artigo 313.º do CCP.

#### **IV – A QUESTÃO DA EVENTUAL SUJEIÇÃO DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL A VISTO PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS**



- 118.** Coloca-se a questão de saber se as alterações contratuais previstas para o Contrato de Concessão devem ser submetidas a visto prévio do Tribunal de Contas, por eventual enquadramento na alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º (ou noutra disposição) da Lei n.º 98/97 de 26 de agosto (Lei de organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC).
- 119.** Também nesta matéria, e com vista a fundamentar com todo o conforto jurídico a posição a assumir pelo Município de Barcelos, solicitou este a opinião de insignes jurisconsultos, pela obtenção de parecer do Sr. Prof. Doutor Sérvulo Correia.
- 120.** Apesar de tal Parecer se encontrar em fase de redação final, aquele ilustre jurisconsulto informou o Município de que o estudo da questão conduziu à conclusão de que não aplica ao caso presente a norma que determina a sujeição a visto prévio, pelo que o parecer a emitir confirmará as considerações constantes desta informação.
- 121.** Igualmente a Concessionária, enquanto interessada no procedimento, juntou parecer emitido pelo Sr. Prof. Lino Torgal.
- 122.** Em ambos os casos os pareceres recolhidos afirmam perentoriamente que o Terceiro Aditamento não está submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, na medida em que não se verifica um dos pressupostos para tal – não constitui qualquer fator de agravamento de encargos ou responsabilidades financeiras do Contrato em vigor.



- 123.** Na verdade, o agravamento dos encargos resultou, outrossim, do processo judicial fundado no incumprimento contratual pelo Município.
- 124.** O Terceiro Aditamento, que se encontra em fase de contratação, bem pelo contrário, reduz os encargos que para o Município derivam da execução desse Contrato.
- 125.** Razão pela qual não se encontram verificados os pressupostos de aplicação do visto prévio, previstos no artigo 46.º, n.º 1 alínea d) da LOPTC.
- 126.** Concluimos assim, como não poderíamos deixar de concluir, que o Município deverá seguir a doutrina ínsita em tais doutos pareceres, não existindo outra doutrina ou jurisprudência em sentido contrário que possam consubstanciar ou fundamentar decisão diferente.
- 127.** Assim sendo, se conclui pela inexistência de obrigação legal de obtenção de visto prévio do Tribunal de Contas.

**Contudo,**

- 128.** O Tribunal de Contas, acaba de emitir, para pronúncia prévia por parte do Município de Barcelos, o Projeto de Relato de Verificação Interna da Conta de 2013 acompanhado projeto de recomendações respetivo.
- 129.** Nesse Projeto de Relato, o Tribunal de Contas pronuncia-se sobre as deliberações da Câmara Municipal de 17/02/2023 e da Assembleia



Municipal de 28/02/2023 que aprovaram a autorização para que a Câmara Municipal outorgue o Acordo com a empresa Águas de Barcelos, S.A., que coloque fim ao litígio existente no âmbito da concessão e que celebre uma Adenda ao Contrato de Concessão.

**130.** Refere o Projeto de Relato (pág. 24):

*“Consultados os documentos, verifica-se que o Acordo de reposição do equilíbrio financeiro da Concessão assenta nas seguintes modalidades cumulativas: a) prorrogação do prazo do Contrato de Concessão por mais 20 (vinte) anos; b) revisão do Tarifário; c) revisão do Plano de Investimentos municipal; e) eliminação da obrigação de pagamento de retribuição à concedente; f) alteração dos termos do exercício do direito de resgate; g) pagamento de compensação financeira à concessionária no valor de 18M€. Não cabe nesta sede comparar o volume financeiro da despesa resultante da condenação do Município em Tribunal Arbitral com o resultante da despesa e perda de receita resultante deste Acordo”  
[sublinhado nosso]*

32

**131.** (Como abaixo explicaremos, parece-nos que o Tribunal de Contas se absteve conscientemente de fazer uma análise da maior relevância para determinar se se verifica um dos pressupostos legais da sujeição da Terceira Adenda a visto prévio do Tribunal de Contas, - precisamente, **a verificação se existe um agravamento das responsabilidades financeiras ou encargos financeiros**).

**132.** Prossegue o Tribunal de Contas (pág. 24/25):



*“Do exposto resulta que a Assembleia Municipal autorizou a Câmara Municipal a formalizar uma adenda ao contrato de concessão que parece modificá-lo substancialmente. Salienta-se, contudo, que o Município deve respeitar escrupulosamente os limites impostos pelo artigo 313.º do Código dos Contratos Públicos.*

*A ser celebrada uma acenda que não viole a disposição legal suprarreferida, e tendo em conta que o contrato de concessão originário foi visado pelo Tribunal de Contas, haverá que dar cumprimento ao disposto no artigo 46.º, n.º 1, alínea d) da LOPTC”.*

**133.** O Tribunal de Contas termina afirmando que resta, tão só: *“... reforçar a recomendação ao Município de Barcelos de informar este Tribunal das decisões finais relativas aos diferendos entre a Autarquia e a AdB – Águas de Barcelos S.A., bem como submeter a fiscalização prévia deste tribunal, todos os atos e contratos que, ... a isso estejam sujeitos abstendo-se de lhe dar qualquer execução antes da obtenção de visto, sob pena de incorrer em responsabilidade financeira sancionatória...”*

**134.** Em suma, o Tribunal de Contas recomenda:

- a.** Que a adenda ao Contrato de Concessão deve cumprir escrupulosamente os limites impostos pelo artigo 313.º do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- b.** Que o Município submeta a fiscalização prévia do tribunal de Contas todos os “atos” ou “contratos” relativamente aos quais se verifiquem os requisitos estipulados nas disposições relevantes da LOTPC, designadamente o novo Acordo de reposição do equilíbrio



económico-financeiro da Concessão com a AdB, que se concretizará no terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão, abstendo-se de lhe dar execução antes da obtenção de visto.

**135.** Analisando as questões levantadas pelo Tribunal de Contas, entendemos o seguinte:

**a) A questão do respeito pelos limites estatuídos pelo artigo 313.º do CCP**

**136.** Esta matéria já foi devidamente abordada no **capítulo III** da presente Informação, pelo que para aí remetemos.

**137.** Por economia de escrita, limitamo-nos a reproduzir a conclusão de que os termos do Acordo e do Terceiro Aditamento se inserem completamente dentro dos limites materiais à modificação objetiva dos contratos públicos, tal como vêm determinados no artigo 313.º do CCP.

**b) A questão da sujeição do Acordo e do Terceiro Aditamento à fiscalização prévia do tribunal de Contas.**

**138.** A norma que poderia determinar a sujeição do Acordo e do terceiro Aditamento a visto prévio do Tribunal de Contas (TC), como o próprio Tribunal refere, é a alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.

**139.** Essa norma estabelece o seguinte:



“1 - Estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º:

...

d) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras.”

140. Ou seja, a lei exige a verificação de 3 pressupostos em relação ao ato ou contrato em análise:

1.º) **Que formalize modificações objetivas;**

2.º) **Que tais modificações ocorram num contrato visado;**

3.º) **Que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras.**

141. Vejamos, pois:

142. Não temos dúvidas que, com o Acordo e com o Terceiro Aditamento, ocorrem modificações objetivas, nem temos dúvidas de que o Contrato inicial foi visado (embora o primeiro e o segundo aditamento não o tenham sido, atento o texto da lei em vigor nas respetivas datas).

143. Mas, o cuidado de analisar se se encontra demonstrada a verificação do 3.º) requisito – a ocorrência de um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras – **não foi preocupação do Tribunal de Contas.**

144. O próprio TC abdicou de fazer tal análise – sabendo ser ela muito relevante - ao proferir a afirmação “Não cabe nesta sede comparar o



volume financeiro da despesa resultante da condenação do Município em Tribunal Arbitral com o resultante da despesa e perda de receita resultante deste Acordo” !!!

145. É que apenas essa análise nos poderia levar a concluir se existe, ou não, subsunção deste caso à alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.
146. Sem fazer esta análise, o TC passa logo para a conclusão de que “haverá que dar cumprimento ...[ao visto prévio]” apenas porque “o contrato de concessão originário foi visado pelo Tribunal”. Só que, como já vimos, esse requisito não é o único...
147. Se tivesse feito a análise comparativa que recusou fazer à partida, o tribunal de Contas teria concluído que não só não há qualquer agravamento de encargos ou responsabilidades financeiras como, bem pelo contrário, há uma substancial redução dos encargos e responsabilidades para o Município com a celebração do Acordo e do terceiro Aditamento.
148. Estamos mesmo perante uma situação de salvação da situação económica e financeira do Município face a uma evidente situação de rutura total, de insolvência, de submissão à necessidade de um plano de saneamento financeiro.
149. O Tribunal de Contas refere que “o Município de Barcelos de informar este Tribunal das decisões finais relativas aos diferendos entre a Autarquia e a AdB – Águas de Barcelos S.A”.



150. Ora, os diferendos entre o Município de Barcelos e a AdB já chegaram ao fim e já têm as decisões finais, tal como o TC está informado e descreve no seu próprio Projeto de Relatório.
151. **A execução do Contrato existente (e visado pelo TC) – tal como resulta de condenação transitada em julgado – determina a obrigação, que o Município tinha e tem, de pagar o montante de € 24.602.600,00 entre 2005 e 2009, e mais € 5.897.179,00 por ano desde 2010 até final do contrato.**
152. Como o Município não cumpriu o contrato, a Concessionária foi forçada a obter decisão coerciva (de natureza arbitral e validada judicialmente) para o obrigar a cumprir.
153. E assim, contando capital e juros, até ao final de 2020 já estavam em dívida – vencidos e a contar juros – **132.090,640,23**. E a estes valores acrescem os referidos € 5.897.179,00 anuais até ao final da concessão (Janeiro de 2035), ou seja, mais **82.560.506,00**.
154. Ou seja situação resultante da execução do contrato em vigor determina encargos e responsabilidades financeiras de mais de € **214.651.146,00** (pois os juros só estão calculados até final de 2020).
155. Cabe agora calcular que responsabilidades e encargos financeiros resultam do Acordo e do conseqüente Terceiro Aditamento:
- a. Uma compensação à Concessionária de € 18.000.000,00;
  - b. Um plano de Investimentos Municipal de € 7.000.000,00 a executar entre 2024 e 2025;



- c. A eliminação da retribuição do Concedente, no valor de € 300.000,00/ano durante todo o período do contrato atualizável com base no IPC excluindo habitação. Considerando o alargamento do prazo contratual até 2055, estima-se este valor, para todo este período, em € 13.500.000,00.
- d. **Num total de € 38.500,000,00.**
- 156.** Com o Acordo e Terceiro Aditamento **os encargos são reduzidos de € 214.651.146,00 para € 38.500.000,00.**
- 157.** Ou seja, o Acordo e Terceiro Aditamento, nos termos em que se encontram minutados e em fase de formalização, **reduzem** os encargos e responsabilidades financeiras do Município de Barcelos **em mais de 176 milhões de euros !**
- 158.** Pelo que **não se encontra verificado um dos pressupostos de aplicação da alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPT, e como tal não estamos perante a obrigação de submissão de tais documentos contratuais a visto prévio do TC.**
- 159.** Assim se confirmando a doutrina ínsita nos pareceres dos ilustres jurisconsultos consultados.

#### **IV – PRÓXIMOS PASSOS**

- 160.** Na sequência do acima exposto, o Município deverá promover os seguintes passos subsequentes:



- a. Promover a aprovação final pela Câmara Municipal de Barcelos do “Acordo” com a Concessionária e do “Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão” com todos os seus Anexos, apenas com as alterações resultantes do exposto supra nos pontos II. e). 63 e II. I). 107, conforme minutas em Anexo;
- b. Promover a aprovação final dos referidos documentos pela Assembleia Municipal de Barcelos;
- c. Proceder à assinatura do Acordo e do Terceiro Aditamento ao Contrato, com todos os seus Anexos.
- d. Remeter ERSAR um ofício de informação sobre o acolhimento, ou não das recomendações efetuadas por aquela Entidade Reguladora, com a respetiva fundamentação, nos termos que se propõem na minuta em anexo;
- e. Promover a apresentação, conjunta com a parte contrária, de termo de transação no processo de execução de julgado para pagamento de quantia certa que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga sob o n.º 408/12.9BELSB, requerendo a correspondente homologação judicial.
- f. Subsequentemente, aprovar – para submissão a consulta pública – o projeto de Regulamento de Serviço conforme a minuta em anexo, e concomitantemente solicitar a emissão de parecer pela ERSAR.
- g. Finalmente, aprovar o regulamento de Serviços, em função do resultado do procedimento mencionado na alínea anterior.



**João Carlos Silva & Associados**  
Sociedade de Advogados, SP, RL

Anexos:

- Parecer ERSAR;
- Parecer Sérvulo Correia – prazo da concessão;
- Parecer Lino Torgal – prazo da concessão e visto Tribunal de Contas;
- Minutas de alteração ao Terceiro Aditamento (pontos 63 e 107 desta informação)
- Informação do Prof. Sérvulo Correia sobre conclusões do Parecer em elaboração - visto Tribunal de Contas;
- Minuta de ofício à ERSAR;
- Minuta de Regulamento de Serviço

Barcelos, 19 de setembro de 2023.

**O Advogado,**

40

O Advogado, **João Carlos Silva & Associados**  
Sociedade de Advogados, RL  
Contribuinte N.º 514 542 386 - Capital Social 6.000 Euros - REG. O.A. 20/2000  
AVENIDA VASCO DE GAMA, 511 - 4150-358 PORTO  
Telef. 226 412 130 - FAX 226 198 690/9  
JOÃO CARLOS SILVA  
jcaes@tossilva-3325p@advogados.pt - NIF: 172 545 978

**João Carlos Silva**



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



## **PARECER JURÍDICO**

### **DA ADMISSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA EXPLORAÇÃO E GESTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E SANEAMENTO DE BARCELOS**

**Agosto de 2023**



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



## CONSULTA

O *Contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e Saneamento de Barcelos* (doravante, apenas «Contrato de Concessão» ou «Contrato») foi celebrado entre o Município de Barcelos (de ora em diante, «Município», «Concedente» ou «Consulente») e a ÁGUAS DE BARCELOS, S.A. (doravante, «AdB» ou «Concessionária»), a 27 de setembro de 2004, por um prazo de 30 anos a contar da data de início da exploração, cujo *dies ad quo* foi 24 de janeiro de 2005.

Por Acórdão Arbitral de a 18 de janeiro de 2012, foi o Concedente condenado a repor o equilíbrio económico-financeiro da concessão.

Posteriormente, o Município e a AdB negociaram um acordo global com o intuito de regular a concretização da reposição do equilíbrio económico e financeiro da concessão. Este acordo foi assinado a 22 de março de 2023, e vertido na proposta de terceiro aditamento ao contrato de concessão.

No acordo global ora referido, é afirmado que é pretensão da Concedente, em defesa do interesse público, e do interesse da Concessionária, “*repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão através de uma solução negocial em termos menos onerosos e mais sustentáveis para o município (...)*”. As partes acordaram, assim, alterar o Contrato de Concessão e, em particular, proceder ao seu reequilíbrio económico-financeiro, designadamente através da prorrogação do prazo do Contrato por 20 (vinte) anos adicionais.

Neste âmbito, solicita-nos o Município, enquanto entidade Concedente, que nos pronunciemos sobre a admissibilidade jurídica de repor o equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão mediante uma prorrogação da sua vigência, por um prazo adicional de 20 anos.

É que, concretamente, de acordo com o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, o qual aprovou o *Regime dos Serviços Municipais de Abastecimento Público de Água, de Saneamento de Águas Residuais Urbanas e de Gestão de Resíduos Urbanos*, o prazo das concessões de águas, saneamento e resíduos, não pode exceder, “*incluindo*



Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



*a duração de qualquer prorrogação, 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário” (cf. artigo 34.º). Disposição esta que, *prima facie*, pareceria limitar a possibilidade de prorrogar o Contrato de Concessão sob análise de forma a repor o seu equilíbrio económico-financeiro, mas que não vigorava no momento em que o Contrato foi celebrado e entrou em vigor.*

Neste quadro de ideias, importa perceber se a referida norma contida no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, se aplica, ou não, aos contratos de concessão outorgados antes da sua entrada em vigor.

É sobre este problema, vindo de enunciar, que o presente Parecer Jurídico incidirá, em conformidade com o Plano que de seguida se apresenta.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



## PLANO

### § 1.º Enquadramento

- 1.1. A sucessão de regimes jurídicos reguladores das concessões municipais de água, saneamento e resíduos
- 1.2. O sentido do «dever de adaptação» dos contratos pré-existentes ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto e a necessidade de recurso ao direito transitório formal geral *in casu*

### § 2.º A lei temporalmente aplicável às situações jurídicas contratuais

- 2.1. Breve exposição dos princípios e regras gerais de direito transitório
- 2.2. O princípio geral em matéria contratual: a sobrevigência da lei antiga
- 2.3. O «estatuto legal» como exceção à sobrevigência da lei antiga no domínio dos contratos

### § 3.º A prorrogação dos contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, para reposição do seu equilíbrio económico-financeiro

- 3.1. Considerações preliminares
- 3.2. A sujeição de qualquer prorrogação a novo prazo máximo da concessão

### § 4.º Conclusões

Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

## § 1.º

### ENQUADRAMENTO

#### 1.1. A sucessão de regimes jurídicos reguladores das concessões municipais de água, saneamento e resíduos

1. É uma evidência que as leis se sucedem no tempo<sup>1</sup>, sendo os regimes jurídicos constantemente modificados por força do desenvolvimento das necessidades, exigências e conceções – políticas, económicas, sociais – que a cada momento, com maior ou menor premência, se vão atualizando na comunidade. E, neste contexto, é “inevitável [que] situações jurídicas que se constituíram na vigência da lei antiga transitem para a vigência da lei nova”<sup>2</sup>. É uma evidência que, certos factos, efeitos e situações, constituídos no passado, “tendem a continuar no futuro ou a projectar-se nele”<sup>3</sup>.

Nesta base, pode ocorrer aquilo que habitualmente se designa de um **conflito de leis no tempo**<sup>4</sup>, para cuja resolução está vocacionado o *direito transitório ou intertemporal*, o qual constitui o conjunto de princípios e regras que se destinam a delimitar entre si os *âmbitos de competência* de duas leis que se sucedem no tempo<sup>5</sup> ou, noutra terminologia, o *âmbito de aplicabilidade* dessas mesmas leis<sup>6</sup>. Através do

---

<sup>1</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1982, p. 220.

<sup>2</sup> Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2013, p. 279; WINKLER, GÜNTHER, *Zeit und Recht*, Viena/Nova Iorque, 1995, pp. 204 s.

<sup>3</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>4</sup> Cf. *idem*, *ibidem*, p. 220.

<sup>5</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, 1968, p. 47; para uma distinção entre «âmbito de aplicação» e «âmbito de competência» da lei *vide*, do mesmo Autor, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Coimbra, 1970, *passim*.

<sup>6</sup> Cf., referindo que “[o] problema da aplicabilidade (ou competência) é necessariamente um *prius* relativamente ao problema da *aplicação*”, pelo que, em rigor, a expressão «aplicação da lei no tempo» se afigura incorreta, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, pp. 231 e 220.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

direito transitório, procura-se pois, determinar se certo facto, efeito ou situação é regulado pela «lei antiga» ou pela «lei nova»<sup>7</sup>.

2. Para que se possa considerar existir um conflito de leis no tempo, há, naturalmente, necessidade de: (i) uma sucessão cronológica de normas (eventualmente enquadrada numa sucessão global de regimes jurídicos); (ii) a incidência de tais normas sobre um mesmo domínio material — isto é, sobre os mesmos factos ou situações —, mas estatuidando soluções contrárias; e ainda, por fim, (iii) o contacto daqueles factos ou situações com aquelas normas que possuem um tempo de vigência distinto.

No que concerne ao quadro legal que regula as concessões municipais de águas, saneamento e resíduos, não há qualquer dúvida de que o mesmo instancia um efetivo conflito de leis no tempo<sup>8</sup>:

a. O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2010 (cf. artigo 81.º), instituiu o *Regime dos Serviços Municipais de Abastecimento Público de Água, de Saneamento de Águas Residuais Urbanas e de Gestão de Resíduos Urbanos*<sup>9</sup>, reafirmando — em conformidade com o já estabelecido em 1993 através da Lei de Delimitação de Setores<sup>10</sup> — a possibilidade de a gestão desses serviços municipais ser atribuída à iniciativa privada por via concessória (cf. artigo 7.º, n.º 1, alínea d)), e contendo normas relativas à *formação* e à *execução*

---

<sup>7</sup> Podendo a lei antiga ser, em concreto, aplicável a determinado caso, isso significa que as normas aplicáveis não são sempre normas vigentes; logo, “o tempo de aplicabilidade das fontes nem sempre coincide com o seu tempo de vigência” – cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, op. cit., p. 280; ou como refere BULYGIN, o “tempo externo” de uma norma (o tempo que medeia entre o início da sua vigência e a sua revogação) e o “tempo interno” dessa mesma norma (o tempo durante o qual ela é suscetível de ser aplicada) não coincidem necessariamente – cf. ‘Tiempo y validez’, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, p. 199.

<sup>8</sup> Mais rigorosamente, como se verá, um conflito *de normas* no tempo.

<sup>9</sup> Entretanto já alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, e pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março, mas sem grande impacto no Capítulo VI do diploma, do qual consta o regime do *modelo de gestão concessionada*.

<sup>10</sup> Lei n.º 46/77, de 8 de julho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro; a Lei n.º 46/77 foi entretanto revogada e substituída pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

dos contratos de concessão de abastecimento público de água, saneamento de águas residuais e gestão de resíduos sólidos urbanos (cf. artigos 31.º a 58.º).

b. Todavia, antes do advento do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, aqueles contratos de concessão encontravam-se regulados, com alguma extensão, pelo Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, e pelo Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de junho, diplomas legais que previam já um regime de atribuição e um regime substantivo para os contratos em apreço.

c. Contudo, o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, veio revogar, no seu artigo 79.º, as disposições do Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, que corporizavam o regime relevante aplicável aos contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos<sup>11</sup>, bem como todo o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de junho.

d. Acontece que à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, estavam em execução diversos contratos de concessão celebrados ao abrigo dos diplomas legais de 1993 e 1995, pelo que, em 2009, tais concessões foram confrontadas com uma mudança muito significativa do quadro legislativo atinente às concessões de águas, saneamento e resíduos, mudança que introduziu várias soluções divergentes das que, até então, lhes eram aplicáveis.

e. A título de exemplo, com particular interesse para o caso da Consulta, repare-se que (i) no domínio dos diplomas de 1993 e 1995, a concessão poderia ser atribuída por um prazo máximo de 50 anos<sup>12</sup>, devendo, em qualquer caso, o seu prazo ser “proporcional ao volume de investimento a cargo da concessionária”<sup>13</sup>; (ii) já de acordo com o regime de 2009, esse prazo máximo não poderá nunca ultrapassar 30 ou 15 anos, consoante haja ou não um investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> As restantes disposições do Decreto-Lei n.º 379/93 acabariam por ser revogadas pelo Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho.

<sup>12</sup> Cf. o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 379/93.

<sup>13</sup> Cf. o n.º 4 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 147/95.

<sup>14</sup> Cf. o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

f. Logo, diante (i) da identidade de âmbito material entre disposições dos diplomas de 1993 e 1995 e aquelas constantes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, (ii) da divergência de soluções propostas nessas disposições, e, por fim, (iii) da continuidade de concessões outorgadas para além da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, **é inevitável concluir que as situações jurídicas emergentes daqueles contratos se encontram numa encruzilhada que é qualificável como um verdadeiro conflito de leis no tempo.**

3. Não sendo controverso que, aos contratos de concessão que vierem a ser celebrados já na vigência do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, se aplicará o novo regime legal, cumpre sim perceber se os contratos celebrados antes da entrada em vigor daquele diploma estão sujeitos ao regime substantivo originário (hipótese de *sobrevigência* da lei antiga) ou ao novo regime de 2009 (caso de *aplicação imediata* da lei nova).

## 1.2. O sentido do «dever de adaptação» dos contratos pré-existentes ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, e a necessidade de recurso ao direito transitório formal geral *in casu*

4. O direito transitório tanto pode ser *material* como *formal*, ou seja, tanto pode corresponder a regras que instituem um regime jurídico próprio para certos factos, efeitos e situações jurídicas que não coincide nem com o regime da lei antiga nem com o da lei nova — usualmente, para *adaptar* o regime da lei nova a situações constituídas e que continuam a produzir efeitos depois da lei nova surgir (normas de transição) —, como pode limitar-se a indicar *qual* das leis, a antiga ou a nova, é aplicável (através de normas de conflitos)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 47; do mesmo Autor, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 230; A. MENEZES CORDEIRO, 'Da aplicação da lei no tempo e das disposições transitórias, *in*



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



Entre as normas de conflitos próprias do direito transitório formal há ainda que distinguir entre *normas de validade geral*, as quais “fixam os princípios que fornecem ao julgador um critério permanente de solução dos conflitos”<sup>16</sup>, como aquelas que constam dos artigos 12.º, 13.º e 297.º do Código Civil, e *normas especiais*, que visam solucionar um conflito particular surgido no contexto de uma alteração legislativa determinada e que também se limitam a optar entre a lei antiga e a lei nova<sup>17</sup>.

5. Significa isto, pois, que só se deverá recorrer aos critérios previstos no Código Civil quando a nova lei não resolva, ela própria, o conflito entre as suas disposições e as disposições da lei antiga, seja instituindo um regime transitório específico que não redunde nem na aplicação da lei antiga nem da lei nova (direito transitório material), seja determinando expressamente a aplicação de uma ou outra daquelas leis (direito transitório formal especial).

Daí que se possa afirmar que o disposto com vocação geral no artigo 12.º, 13.º e 297.º, do Código Civil somente se aplica em caso de dúvida: “[a] regra suprema em matéria de aplicação das leis no tempo é a da interpretação da lei em questão”, no sentido de que “depende da interpretação de cada uma delas a determinação da sua eficácia temporal, isto é, saber se a lei quer, ou não, abranger as situações jurídicas constituídas antes da sua entrada em vigor”<sup>18</sup>. Porém, se assim é, “só não [haverá] dúvida quando os dados normativos impuserem certa solução”; mas já “[s]e não houver nenhum preceito específico ou se os preceitos existentes não

---

*Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 7, 1993, p. 20; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 2005, p. 548; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, op. cit., p. 283.

<sup>16</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, op. cit., p. 47

<sup>17</sup> Cf. *idem*, *ibidem*, pp. 47, 48, 54 e 162; também, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, op. cit., p. 283, mas este último Autor assevera que o artigo 297.º do Código Civil é uma norma especial: assim é de facto, por relação com o disposto no artigo 12.º (ainda que, pelo menos parcialmente, se trate de uma concretização dos princípios previstos no artigo 12.º); mas, quanto a eventuais regimes transitórios avulsos sobre prazos, é uma norma geral, e um critério supletivo.

<sup>18</sup> Cf. A. VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de outubro de 1976”, *RLJ* ano 110.º, 1977, n.º 3602 p. 272.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



bastarem para afastar a ambiguidade, aplicam-se as regras do art. 12.º [ou as demais do Código Civil], com a mesma imperatividade de qualquer outra regra jurídica”<sup>19</sup>.

Ora, nesta senda, antes de podermos recorrer às disposições gerais previstas no Código Civil, é fundamental, no caso da Consulta, compreender se o próprio Decreto-Lei n.º 194/2009 não contém um regime de direito transitório material ou se opta expressamente pela sua aplicabilidade às situações jurídicas pré-existentes e sobre as quais veio incidir (direito transitório formal).

6. A busca por *disposições transitórias especiais* no quadro do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, conduz o intérprete ao disposto nos seus artigos 78.º e 80.º, o primeiro a estabelecer um “regime transitório aplicável à gestão de serviços por freguesias e associações de utilizadores” e o segundo contendo um conjunto diferenciado de disposições sobre a “aplicação no tempo” de diferentes segmentos do Decreto-Lei n.º 194/2009.

Para efeitos do presente Parecer, releva sobretudo o disposto no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, nos termos do qual “[o]s contratos de concessão existentes (...) no momento da entrada em vigor do presente decreto-lei devem ser adaptados ao mesmo no prazo de três anos após a data da sua publicação”. No entanto, esta disposição não fixa, (i) nem um regime material específico aplicável a esses contratos, distinto do da lei antiga e do da lei nova, (ii) nem indica qual delas – lei antiga ou lei nova – continua ou passa a reger as relações emergentes desses contratos. Diferentemente, daquela disposição resulta apenas a obrigação – o *dever* – de proceder à *adaptação* dos contratos pré-existentes ao novo regime legal, obrigação acompanhada de um prazo estabelecido para o efeito: 3 anos após a data da publicação do Decreto-Lei n.º 194/2009 (portanto, até 20 de agosto de 2012).

Isto é: sem indicar qual seja o regime substantivo aplicável a esses contratos de concessão a partir de 2009 (não pondo em vigor um regime transitório formal especial), e sem adaptar ele próprio o regime de 2009 a situações jurídicas passadas

---

<sup>19</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, op. cit., p. 560.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

(não pondo em vigor um regime de direito transitório material), o artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, limita-se simplesmente a prescrever o *dever de as partes adaptarem* esses contratos à lei nova. Não é clara a natureza jurídica deste *dever adaptativo*, que é enunciado de forma difusa e, ao que parece, de forma meramente «programática» ou «ordenadora». Com efeito, não se elenca um qualquer conjunto de normas anteriores que não possam servir, para além daquele prazo, de padrão ou modelo para as cláusulas contratuais. Também se não lista qualquer conjunto de normas do Decreto-Lei n.º 194/2009 que tenham de enquadrar o conteúdo dos contratos uma vez decorrido aquele prazo. E nem sequer se adiantam diretivas genéricas quanto ao *sentido material da adaptação*. Por fim, nada se dispõe quanto ao *procedimento de adaptação*, designadamente quanto à iniciativa da mesma, à identificação de uma sucessão mínima de atos e formalidades ao longo dos quais as partes se concertem e a um modo de agir em caso de não ser alcançada uma solução consensual. **Do enunciado do artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, se não extrai, pois, espécie alguma de norma tipicamente transitória, formal, ou material.**

Quando ali se determina uma adaptação dos contratos anteriores à lei nova no prazo de três anos, resultam no entanto do artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, em matéria de aplicação da lei no tempo, as indicações seguintes:

- (i) Que o clausulado dos contratos poderá permanecer intocado pelo prazo de três anos, que é o termo final da adaptação;
- (ii) Que se não identificam quais os preceitos da lei nova que devam servir de padrão à adaptação;
- (iii) Que se haverá de proceder à adaptação de pelo menos algumas cláusulas do contrato, o que não significa, em princípio, uma transposição pura e simples de novas regras legais para o texto do contrato, mas a moldagem de cláusulas contratuais sob a inspiração de preceitos da lei nova, por forma a encontrar soluções intermédias ou intercalares que não desprezem as situações e expectativas legitimamente criadas pelo contrato no quadro da legislação que presidiu à sua estipulação.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Por conseguinte, no caso vertente, cumprirá determinar, à luz dos critérios gerais de direito transitório constantes do Código Civil, aquelas normas do Decreto-Lei que — não sendo aplicáveis por se não poder abstrair dos factos que tenham dado origem às relações jurídicas contratuais que visam —, se não mostram idóneas para impor uma adaptação das cláusulas contratuais que versem o mesmo objeto.

7. Vai-se deste modo clarificando qual o alcance do preceituado no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Ora, como acabado de ver, tal norma não equivale nem a uma regra de direito transitório formal — não optando pela aplicação da lei antiga ou da lei nova aos contratos de concessão pretéritos —, nem a uma regra de direito transitório material — criando um regime transitório próprio para esses contratos não coincidente com o da lei antiga nem com o da lei nova. Sendo assim, reitera-se, têm necessariamente de ser os critérios de direito transitório previstos no Código Civil (em especial, os do artigo 12.º) a indicar qual o quadro legal de referência para efeito *da* adaptação dos contratos de concessão passados e que permanecem em vigor para além do Decreto-Lei n.º 194/2009.

Portanto, ao prescrever, quanto aos contratos de concessão pré-existentes, que os mesmos “*devem ser adaptados*” ao novo regime legal “*no prazo de três anos após a data da sua publicação*”, ter-se-á de entender que a norma contida no citado artigo 80.º, n.º 2, impõe apenas uma *adaptação* que tome por referência aquelas normas do Decreto-Lei n.º 194/2009 que caibam na previsão do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, quando estabelece que a lei nova abrange as relações jurídicas já constituídas quando a consideração do respetivo conteúdo deva abstrair dos factos que lhes deram origem. E, assim sendo, quedar-se-ão fora do âmbito do *dever de adaptação* aquelas cláusulas de anteriores contratos de concessão cuja configuração das relações contratuais não deva ser desligada dos factos que deram origem à respetiva estipulação. E, findo o período de três anos, serão as soluções normativas que, à luz das regras do Código Civil, sejam temporalmente competentes para regular os

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

contratos anteriores à introdução do Decreto-Lei n.º 194/2009<sup>20</sup>, a servir de padrão à tarefa adaptativa dos contratos de concessão celebrados ao abrigo da lei anterior.

Ainda assim, há, a nosso ver, que não olvidar dois pontos importantes.

O primeiro é o de que, no Decreto-Lei n.º 194/2009, o legislador não só não pretendeu (como é óbvio) que regessem desde logo — isto é, para a produção de efeitos imediatos — quanto aos contratos anteriores as normas do Código Civil sobre a aplicabilidade da lei no tempo, como nem sequer previu tal aplicabilidade mecânica no termo de três anos. Se tivesse sido esta última a sua vontade, teria estatuído que, decorridos três anos sobre o início da sua vigência, o Decreto-Lei se aplicaria, na medida em que isso resultasse das regras do Código Civil, aos contratos anteriores. Aquilo que, porém, ficou estatuído no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009 foi que, no prazo de três anos após a publicação do diploma, os contratos de concessão existentes deveriam ser-lhes adaptados.

Em suma, nem sequer se previu, no Decreto-Lei n.º 194/2009, que os contratos existentes passassem a reger-se por ele, após o termo de três anos, naquilo em que isso resultasse do regime do Código Civil quanto à aplicabilidade da lei no tempo. Se fosse essa a solução, não teria sido determinado que se procedesse a uma *adaptação* dos contratos. Sucederia, isso sim, que as cláusulas contratuais desconformes com as normas injuntivas do novo diploma, aplicáveis aos contratos anteriores por força do disposto no Código Civil, se deveriam dar por caducas ou supervenientemente inválidas e que, em seu lugar, as matérias antes por elas disciplinadas ficariam diretamente submetidas ao novo regime legal.

Mas se, pelo contrário, tem lugar uma *adaptação* do contrato, o panorama altera-se. Tenha esta lugar, como será normal, através de estipulação entre as partes ou, excecionalmente, por decisão unilateral do contraente público (a qual gerará direito à reposição do equilíbrio financeiro nos termos do artigo 314.º, n.º 1, alínea b), do CCP), a *adaptação* não equivalerá à reprodução integral do novo regime legal

---

<sup>20</sup> Visão esta que não causa estranheza quando se percebe que, rigorosamente, não são as «leis» que comportam âmbitos temporais de aplicabilidade, mas sim e tão-só as «normas jurídicas» (cf. § 3, 3.1., *infra*). Logo, um mesmo diploma legal pode conter, sem contradição, normas jurídicas que se aplicam a contratos passados e outras que não se lhes aplicam.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

na parte em que este seria aplicável se o legislador em vez da preferência pela modalidade de atualização adaptativa tivesse optado por uma incidência direta das normas do Decreto-Lei que atravessassem o crivo do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil.

Note-se que, acaso o legislador optasse pela aplicação integral do Decreto-Lei na parte em que o Código Civil ordenasse a submissão à lei nova, não se tornaria necessário proceder a uma *adaptação*. Haveria, isso sim, como se observou, caducidade ou invalidade superveniente de cláusulas contratuais e a sua substituição pela incidência direta de normas injuntivas do diploma.

Mas se, por uma questão de certeza e segurança, se pretendesse que, apesar de tudo, o contrato passasse a repetir os novos ditames legislativos, então, em vez de *adaptação*, o legislador deveria ter referido com clareza a substituição do texto das cláusulas atingidas por caducidade ou invalidade superveniente pela reprodução do regime legal, ou determinado ao contraente público que usasse a competência conferida pelos artigos 311.º, n.º 2, e 312.º, alínea *b*), do CCP de modo a tornar o conteúdo do contrato de concessão inteiramente conforme com a nova disciplina legal aplicável por força do disposto pelo artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil.

É esta a única leitura do artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, que concilia o facto de *(i)* não se extrair desse enunciado, nem de qualquer outro, uma disposição transitória especial em substituição das constantes do Código Civil, *(ii)* aplicar-se, por isso, o artigo 12.º deste código, como se verá adiante, *(iii)* mas sem prejuízo do disposto no tocante à tarefa adaptativa dos contratos existentes a levar a cabo no prazo de três anos a contar da data de publicação do diploma.

Parece claro que o n.º 2 do artigo 80.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 não constitui, ele *per se*, uma regra transitória especial para o conflito de normas no tempo. A sua função esgota-se em permitir que os contratos em vigor se mantenham intactos pelo prazo máximo de três anos e, ao remeter para uma *adaptação* destes até a esse limite de tempo, deixar aos critérios do artigo 12.º do Código Civil a delimitação entre as normas do Decreto-Lei relativamente às quais se abre espaço à tarefa adaptativa por regerem segmentos da relação jurídica concessória cujo

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

conteúdo pode ser abstraído dos factos que originaram a celebração do contrato e aquelas outras normas relativamente às quais se não pode impor uma *adaptação* por as relações jurídicas que visam se encontrarem resguardadas da aplicação da lei nova.

Portanto, insista-se, perante a abstenção do Decreto-Lei n.º 194/2009 de resolver expressamente o problema da sua própria «competência temporal», esclarecendo em que termos é que as suas normas se aplicariam a relações jurídicas instituídas por contratos celebrados antes do seu início de vigência, daí decorre que o artigo 80.º, n.º 2 do referido diploma não pode deixar de ser lido no quadro das diretrizes gerais sobre sucessão de leis no tempo decorrentes do Código Civil. O que por sua vez conduz ao seguinte resultado: **relativamente aos aspetos da relação concessória que, nos termos dos critérios decorrentes do artigo 12.º do Código Civil, devam passar a reger-se pela lei nova, é instituído um prazo de 3 anos para que se promova uma adaptação a esse novo regime; relativamente aos aspetos da relação concessória, que à luz dos mesmos critérios de determinação de competência temporal da lei, ficam imunes à lei nova, não haverá, naturalmente, que promover qualquer adaptação.**

Com efeito, como ficará mais claro no confronto com as páginas que seguem, o «dever de adaptação» dos anteriores contratos de concessão ao regime do Decreto-Lei n.º 194/2009, tem particular razão de ser, justamente, para aquelas disposições normativas que, por força dos princípios do artigo 12.º do Código Civil, devem aplicar-se imediatamente a tais contratos. Pense-se naquelas normas que regem as relações entre o concessionário e os utentes, por exemplo, as contidas no artigo 61.º, n.os 2 e 3, que impõem que “[a]s entidades gestoras devem dispor de um sítio na Internet no qual seja disponibilizada informação essencial sobre a sua atividade”, e que um tal sítio na Internet “deve ser implementado no prazo de seis meses a contar da criação de novas entidades gestoras”. Ou as normas, do artigo 62.º, n.os 1 e 2, que determinam que “[a]s regras de prestação do serviço aos utilizadores constam do regulamento de serviço, aprovado pela entidade titular”, e que, “[q]uando os serviços sejam objecto de delegação ou concessão, a proposta de regulamento de serviço é elaborada pela entidade gestora, a apresentar à



Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



entidade titular no prazo máximo de um ano a contar da assinatura do contrato de gestão delegada ou de concessão". Pense-se igualmente nas disposições de cariz regulatório, tais como as que prescrevem às entidades gestoras dos serviços que promovam e mantenham diversos sistemas (de gestão patrimonial das infra-estruturas, de gestão de segurança, de gestão ambiental, *et cetera*) e que os implementem "no prazo de três anos" (cf. artigo 8.º, n.ºs 5 e 6).

Estas últimas obrigações, que se aplicam às concessões outorgadas previamente ao Decreto-Lei n.º 194/2009 (como ficará mais claro nas páginas seguintes do presente Parecer<sup>21</sup>), vêm acompanhadas de um prazo para a sua implementação, demonstrando que o legislador reconhece tratar-se de deveres que requerem uma dilação temporal para a sua concretização prática, por motivos organizativos e logísticos das entidades gestoras, *maxime* das concessionárias. E se assim é para aquelas concessionárias que, tendo celebrado o contrato de concessão na sequência de um procedimento iniciado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 194/2009, já sabiam de antemão estar vinculadas a cumprir tais obrigações, mais o é para as concessionárias cujo contrato data de um momento anterior ao quadro legal em questão, e que, naturalmente, não podiam estar preparadas para executar estas novas injunções. Compreende-se e justifica-se, pois, o «prazo moratório» de 3 anos constante do artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, para o efeito de adaptação das concessões pré-existentes.

Inversamente, e como é natural, esse «dever de adaptar» não respeita às normas do novo diploma legal que, por força dos critérios de determinação da competência temporal das leis constantes do artigo 12.º do Código Civil, se revelam temporalmente incompetentes para reger relações jurídicas nascidas no passado.

8. Impõe-se, no entanto, proceder desde já a uma clarificação do alcance do artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, quando preceitua que os contratos de concessão existentes no momento da sua entrada em vigor "devem

---

<sup>21</sup> Cf. § 3, 3.2., *infra*.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

ser adaptados ao mesmo no prazo de três anos após a sua publicação”<sup>22</sup>. É que, como já se foi entrevendo, por *adaptação* não é lícito entender uma reprodução mecânica, ou seja, não acomodativa, das regras do Decreto-Lei que, segundo o crivo do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, merecessem ser qualificadas como dispendo diretamente sobre o conteúdo das relações jurídicas concessórias de abastecimento de água e saneamento de águas residuais abstraindo dos factos que lhes deram origem. O que é certo é que, ao determinar uma *adaptação*, o legislador pôs de lado que o *dever de adaptação* tivesse de tomar como padrões injuntivos (logo, sem qualquer autonomia adaptativa) as novas normas aplicáveis ao contrato e, muito menos, que as cláusulas contratuais desconformes às novas normas de aplicação não afastada pelo Código Civil pura e simplesmente caducassem para serem substituídas pela regulação em direto decorrente das normas.

Por *adaptação*, entende-se acomodação, transposição de um texto para outro género, “efeito de converter uma obra escrita em outra forma de apresentação”, uma “modificação feita em construção para dotá-la de novos objetivos”<sup>23</sup>. Significa isto que, mesmo quanto àquelas relações jurídicas concessórias que, de acordo com o artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil, passariam a reger-se “*ipsis verbis*” pelas normas do Decreto-Lei, o legislador preferiu, prudentemente, uma reformulação das correspondentes passagens contratuais de modo a se alcançar criativamente um regime específico que, embora sob inspiração do Direito novo, assegure o equilíbrio das soluções à luz de uma visão das circunstâncias dos interesses a ajustar.

Para melhor se perceber a potencialidade que o legislador de direito público confere à diretiva de *adaptação* de um texto jurídico a outro, interessa recorrer à lição proporcionada pelo artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) quando submete o processo nos tribunais administrativos à aplicação supletiva do disposto na lei de processo civil “*com as necessárias adaptações*”. Este

---

<sup>22</sup> Nos termos do respetivo artigo 81.º, o Decreto-Lei n.º 194/2009 entrou em vigor em 1 de janeiro de 2010. Mas, de acordo com o artigo 80.º, n.º 2, o prazo de três anos para efeito da conclusão da tarefa adaptativa conta da publicação, ou seja, de 20 de agosto de 2009.

<sup>23</sup> Cf. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, 2001, p. 78.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



preceito não incide sobre a situação aqui em análise, mas constitui um elemento sistemicamente útil para a interpretação do artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009. É que, da função do artigo 1.º do CPTA, resulta com toda a clareza que a *adaptação* de material preceptivo (para efeito desta norma, material de tecido legislativo do processo civil, para efeito do artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, matéria de clausulado contratual) envolve o exercício de uma “liberdade transformadora indispensável à correção dos efeitos nocivos da transposição automática de normas para um campo material cuja consideração não presidiu ao afeiçoamento do seu conteúdo”<sup>24</sup>. A *adaptação*, determinada pelo legislador a propósito da transposição de regras de um contexto para outro diferente, deve ser precedida de uma avaliação da adequação do material transposto à especificidade do instrumento que o incorpora. E essa avaliação permitirá deduzir quais sejam as alterações em que deva consistir a *adaptação*, mas também aquilo que se deverá manter da versão anterior por forma a que seja preservada a lógica interna do sistema preceptivo adaptado e a sua permanente fidelidade à conjugação dos interesses que continuam a ditar a sua existência<sup>25</sup>.

Em suma, há que reter que não bastará, no caso vertente, inquirir sobre a relevância do artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil quanto à aplicação da lei nova aos contratos, nem, partindo do princípio de que essa relevância se confirma, indagar em seguida sobre quais as relações jurídicas concessórias cujo conteúdo o Decreto-Lei n.º 194/2009 poderá reger abstraindo dos factos que lhes tenham dado origem. Assim é porquanto, ainda que tal pesquisa permita encontrar território firme, sempre restaria saber quais as consequências de se não haver procedido à adaptação do contrato, uma vez decorridos os três anos fixados pelo artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei, e assumir também posição sobre os limites de tal adaptação no tocante ao regime do prazo destas concessões.

---

<sup>24</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, *Um caso paradigmático do problema de aplicação da lei de processo civil no contencioso administrativo*, in: *Escritos de Direito Público*, III, Coimbra: Almedina, 2019, p. 36.

<sup>25</sup> Neste sentido: AROSO DE ALMEIDA / CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 39.

Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

## § 2.º

### A LEI TEMPORALMENTE APLICÁVEL ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS

#### 2.1. Breve exposição dos princípios e regras gerais de direito transitório

9. É bem sabido que, no ordenamento jurídico português, os princípios fundamentais de direito transitório são dois: (i) o princípio da não retroatividade da lei nova; e (ii) o princípio da aplicação imediata da lei nova. O primeiro princípio postula que a lei nova não deve, em princípio, agir sobre factos passados e sobre os seus efeitos, e o segundo — complementando o primeiro — que a lei nova se aplica imediatamente aos factos ocorridos na sua vigência, bem como às situações jurídicas em curso no momento do seu início de vigência e que a lei nova não considere como uma decorrência juridicamente relevante de factos passados<sup>26</sup>. É isto que muito claramente resulta do disposto no artigo 12.º, n.º 1, 1.ª parte, segundo o qual “[a] lei só dispõe para o futuro”, e que traduz a consagração legislativa da conhecida *doutrina do facto passado*, na formulação que lhe foi dada por ENNECCERUS e NIPPERDEY<sup>27</sup>.

Este carácter *prima facie* prospetivo da lei é da sua essência, levando toda a norma implícito um «doravante»<sup>28</sup>. Isto porque o direito é fundamentalmente constituído por normas de conduta (*regulae agendi*), que se destinam “a orientar, a motivar ou determinar a conduta dos seus destinatários”, e tais normas “não podem orientar ou dirigir tais condutas antes de serem postas em vigor”<sup>29</sup>. Logo, pode

---

<sup>26</sup> Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, Vol. I, trad. da 39.ª ed. alemã, Barcelona, p. 231 (consultou-se também a trad. de F. Azevedo Moreira, 1968, pp. 11 e ss.); J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 54, e em *Introdução...*, *op. cit.*, pp. 231 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, *op. cit.*, pp. 551 e 552; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>27</sup> Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado...*, pp. 231 e ss.; a influência destes Autores e da sua doutrina é assumida explicitamente pelo responsável pelo Anteprojeto do Código Civil de 1966 nesta parte, MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de Direito, Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei*, Separata do BMJ, n.º 102, 1961, p. 16; para uma breve síntese das principais teorias relativas à retroatividade da lei, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, 1965, pp. 199 e ss.

<sup>28</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência...*, *op. cit.*, p. 5, também em *Introdução...*, *op. cit.*, p. 225; numa afirmação já de ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado...*, p. 231.

<sup>29</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 225.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

dizer-se que “a função social do direito é essencialmente uma função estabilizadora, ou ordenadora-estabilizadora de condutas e de expectativas de conduta”<sup>30</sup>.

10. Não significa isto, todavia, que a lei nunca possa ser retroativa. Poderá sê-lo, em especial no desempenho de uma outra função que também cabe ao direito: “uma função dinamizadora e modeladora, capaz de ajustar a ordem estabelecida à evolução social e de promover mesmo esta evolução num determinado sentido”<sup>31</sup>. Porém, a retroatividade não se presume<sup>32</sup>, devendo resultar da lei nova esse caráter retrospectivo. Como referem ENNECCERUS e NIPPERDEY “[t]al força retroativa (como se a lei tivesse já vigorado anteriormente), só poderá aceitar-se quando essa vontade (não necessariamente expressa) possa reconhecer-se *inequivocamente*”<sup>33</sup>.

Repare-se, por exemplo, que no caso em apreço, seja em geral, quanto a todas as disposições do Decreto-Lei n.º 194/2009 aplicáveis aos contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, seja especificamente, quanto à norma prevista no artigo 34.º deste diploma legal, individualmente considerada, o legislador não consagrou qualquer eficácia retroativa, não tendo, como se disse, determinado inequivocamente a aplicação de alguma daquelas disposições às relações jurídico-contratuais de tipo concessório subsistentes aquando do seu início de vigência. Por conseguinte, impõe-se a conclusão de que vale aqui a regra geral de que aquela «lei nova» apenas dispõe para o futuro.

Sem prejuízo do que se acaba de dizer, o problema da aplicação do disposto no artigo 34.º Decreto-Lei n.º 194/2009 a concessões outorgadas antes da sua entrada em vigor não fica imediatamente resolvido. É que, como resulta do artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil, situações há em que o legislador considera que uma lei, mesmo sem ter assumido expressamente caráter retroativo, pode aplicar-

---

<sup>30</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 225.

<sup>31</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 223.

<sup>32</sup> Cf., com estas palavras, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de outubro de 2019, proc. n.º 465/19.7YRLSB-7, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>33</sup> Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado...*, p. 228; também, *v.g.*, C. F. GABBA, *Retroattività delle Leggi*, Vol. IV, Turim, 1898, p. 11.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



se imediatamente a *efeitos futuros* decorrentes de factos passados, ou seja, precisamente naquelas situações em que a lei nova pretende aplicar-se de imediato a uma determinada categoria de situações jurídicas “*abstraindo dos factos que lhes deram origem*”.

11. Procurando-se, então, definir o âmbito natural de competência da lei nova, por referência ao previsto no artigo 12.º do Código Civil:

a. A lei nova **aplica-se** aos factos ocorridos depois do seu início de vigência (cf. n.º 1, 1.ª parte);

b. A lei nova que venha dispor sobre o conteúdo de situações jurídicas que subsistam à data da sua entrada em vigor **aplica-se** a tais situações jurídicas, desde que *abstraia* dos factos que lhes deram origem (cf. n.º 2, 2.ª parte);

c. A lei nova **não se aplica** às condições de validade, substancial ou formal, de situações jurídicas (cf. n.º 2, 1.ª parte);

d. A lei nova **não se aplica** aos efeitos já produzidos ao abrigo da lei antiga (cf. n.º 1, 2.ª parte);

e. A lei nova que venha dispor sobre o conteúdo de situações jurídicas constituídas segundo a lei antiga, mas que *não abstraia* dos seus factos constitutivos, **não se aplica** a tais situações jurídicas (cf. n.º 2, 1.ª parte<sup>34</sup>).

## 2.2. O princípio geral em matéria contratual: a sobrevigência da lei antiga

12. No domínio contratual, é **afirmado com frequência o princípio de que a lei aplicável aos contratos é a lei vigente à época em que tais contratos foram**

---

<sup>34</sup> Como salienta MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 288, “[q]uando a LN disponha sobre o conteúdo de uma situação jurídica e não abstrai d respectivo facto constitutivo, não pode verificar-se a aplicação imediata da LN, pois que a hipótese não é enquadrável no disposto no art. 12.º, n.º 2, 2.ª parte, CC; logo, há que aplicar a essa hipótese o estabelecido no art. 12.º, n.º 2, 1.ª parte, CC, pelo que o conteúdo da situação jurídica continua a ser regulado pela LA”.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

celebrados. Ou seja, “estes estariam submetidos, em princípio, à lei vigente no momento da sua conclusão, a qual seria competente para os reger até à extinção da relação contratual”<sup>35</sup>, sob pena de retroatividade.

E esta última proposição tanto vale para os efeitos do contrato que já se produziram no decurso da vigência da lei antiga, como para os efeitos do contrato, celebrado na vigência da lei antiga, que se produzam no, ou se prolonguem para, o período de vigência da lei nova (*efeitos futuros* dos contratos). Com efeito, sempre se sentiu “intuitivamente que aplicar a lei nova a efeitos presente e futuros do contrato equivaleria a fazê-la agir sobre o passado”<sup>36 37</sup>.

Exemplificando, os efeitos do não cumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato regem-se pela lei vigente no momento da sua celebração. Repare-se, *v.g.*, que tendo por base os artigos 676.º e 709.º do Código de Seabra, se considerava que nos contratos bilaterais com prazo fixo se uma das partes não cumprisse em tempo a outra adquiria, por essa razão, o direito de resolver o contrato; ora, segundo o Código Civil de 1966 esse direito de resolução só surge em caso de impossibilidade definitiva culposa de cumprimento (cf. artigo 801.º, n.º 2), ou se o credor perder o interesse na prestação, ou se o devedor não realizar a prestação depois de lhe ter sido fixado um prazo razoável para o efeito (cf. artigo 808.º, n.º 1). No entanto, tendo o contrato sido celebrado no domínio do Código de Seabra, as partes mantinham o

---

<sup>35</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 237; neste mesmo sentido, entre muitos outros, SAVIGNY, *System des Hautigen Römischen Rechts*, Vol. III, 1840, p. 435; C. F. GABBA, *Retroattività...*, *op. cit.*, p. 7; PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire - Conflits des Lois dans le Temps*, Paris, 1960, pp. 360 e 361; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, *op. cit.*, p. 568.

<sup>36</sup> Cf. PATRICE LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps: contribution à la théorie générale du droit transitoire*, Paris, 1959, p. 209.

<sup>37</sup> Nos anos 70 do século passado, era já essa a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo. Assim, no *Acórdão da 1.ª Secção de 4.05.1972* (*in Acórdãos Doutrinários*, n.º 132, p. 1688) pode ler-se que, mesmo pelo regime geral de aplicação das leis no tempo, fica impedida a aplicação de novas disposições a contratos de empreitada de obras públicas anteriores. E cita-se a propósito a doutrina de ENNECCERUS - NIPERDEY, doutrina essa considerada como fonte do artigo 12.º do Código Civil. Por seu turno, no *Acórdão da 1.ª Secção de 3.05.1973* (*in Acórdãos Doutrinários*, n.º 142, p. 1355), afirma-se que os critérios de aplicação da lei no tempo não diferem pelo simples facto de estarmos perante leis administrativas. E entende-se que os efeitos dos contratos se regem pela lei vigente à data da celebração, exceção feita para certas normas a cujo conteúdo as partes tiverem de aderir, contando mesmo com alterações futuras.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

direito de resolução em consequência do não cumprimento no prazo fixado, e isto ainda que o prazo para cumprir só terminasse na vigência do Código Civil de 1966. O que bem se compreende, visto que “as partes poderiam ter expressamente convencionado uma condição resolutiva se o direito à resolução do contrato pelo não cumprimento tempestivo se não achasse já consignado na lei”<sup>38</sup>.

Similarmente, se as partes porventura convencionaram um leque de causas de resolução contratual e, na vigência do contrato, surge uma nova lei que prevê novas causas legais de resolução que as partes não previram inicialmente, tais novas causas de resolução continuam a não poder ter-se por aplicáveis à relação jurídica contratual que persiste e que foi constituída ao abrigo da lei antiga.

13. De facto, à luz do estabelecido no artigo 12.º do Código Civil, este critério em matéria de contratos tem razão de ser, pois “em princípio (...) a lei nova que tem incidência sobre as situações jurídicas contratuais não abstrai dos factos que lhes deram origem e, por isso, só se aplica aos contratos futuros”<sup>39</sup> – está-se, nestes casos, na situação prevista no artigo 12.º, n.º 2, 1.ª parte, do Código Civil.

Repare-se: nos termos do prescrito no artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil, a lei nova que disponha “*diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem (...) abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor*”. Ora, acontece que “[a] lei nova relativa ao conteúdo (ou efeitos) duma relação jurídica apenas não abstrai dos factos que a essa relação deram origem quando define ou modela intrinsecamente esse conteúdo em função de tais factos, isto é, quando os efeitos ou consequências jurídicas que ela determina são o produto da *avaliação* legal de tais factos e variam consoante essa avaliação, de tal modo que se possa dizer que a aplicação da lei nova aos efeitos

---

<sup>38</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, op. cit., p. 119, a quem se deve o exemplo apontado.

<sup>39</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, op. cit., p. 112.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

duma relação constituída com base num facto passado representaria uma *nova valoração* desse facto passado e, conseqüentemente, teria carácter *retroactivo*<sup>40</sup>.

Só que, justamente, no caso das situações jurídicas de *tipo contratual* o seu conteúdo — ou seja, os seus efeitos<sup>41</sup> — é, em regra, intrinsecamente modelado pelo facto constitutivo de tais situações jurídicas<sup>42</sup>. Como nos dizem os Autores cuja doutrina inspirou o nosso legislador, em casos como estes “o conteúdo e o efeito determina-se precisamente pelos *factos* que deram vida à relação jurídica, sobretudo a vontade das partes”. Em verdade, uma nova disposição legal que diga respeito ao conteúdo de situações jurídicas contratuais, “ainda que pela sua redação pareça determinar [apenas] o conteúdo da relação jurídica, é essencialmente uma regulação dos efeitos daqueles *factos* que produzem o direito”. E nesta exata medida, “também para o conteúdo e efeito é decisiva aquela lei a que estão submetidos os factos que produzem aquele direito”<sup>43</sup>: a lei antiga.

**14.** Facilmente se apreende a *ratio* e a bondade desta solução. **O contrato é um “acto de previsão”<sup>44</sup>, e as partes, naturalmente, gizaram o seu conteúdo e os seus efeitos contando com a lei vigente à época, sendo também em função desta que foi composto o equilíbrio de interesses (v.g., económicos e financeiros) que constitui a base contratual para a execução futura do contrato<sup>45</sup>.** De modo que “[a] intervenção do legislador que venha modificar este regime querido pelas partes

---

<sup>40</sup> Cf. *idem, ibidem*, pp. 18 e 19.

<sup>41</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 68; também LUÍS A. CARVALHO FERNANDES afirma, a propósito do conteúdo do negócio jurídico, que “[o] conteúdo corresponde ao conjunto de fenómenos jurídicos (*efeitos*) que são objecto da vontade negocial” – cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Lisboa, 2007, p. 383.

<sup>42</sup> Cf., referindo ser essencial perceber se a situação jurídica tem um conteúdo que depende do seu facto constitutivo ou se esse conteúdo é, pelo contrário, independente desse facto, e concluindo que quando o conteúdo da situação jurídica varia de acordo com o respetivo título constitutivo — como sucede com as situações jurídicas contratuais — haverá sobrevivência da lei antiga, por aplicação do disposto no artigo 12.º, n.º 1, 1.ª parte, do Código Civil, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>43</sup> Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado...*, p. 233.

<sup>44</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>45</sup> Cf. *Idem, ibidem*, p. 238; J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 108.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

afecta as previsões destas, transtorna o equilíbrio por elas architectado e afecta, portanto, a segurança jurídica”<sup>46</sup>. Por outras palavras, pretender que alterações ao regime legal que as partes tomaram como pressuposto no momento da celebração do contrato se podem aplicar a tal contrato é uma solução tendencialmente rejeitada pelo ordenamento jurídico português, dado que **atenta diretamente contra valores elementares de segurança jurídica**.

Além disso, a situação jurídica contratual é, geralmente, «relativa» e tem uma duração limitada no tempo, pelo que o interesse na unidade do sistema jurídico e, bem assim, o eventual interesse de terceiros e da comunidade nas soluções da lei nova — que normalmente justificam a aplicação imediata da lei nova inclusive às situações jurídicas já constituídas —, é aqui menor quando não mesmo inexistente<sup>47</sup>.

15. Portanto, quando surgem disposições legais que impactam diretamente no conjunto de matérias que integram o denominado «estatuto do contrato» — a que adiante se aludirá — haverá que concluir que a lei nova, não sendo retroativa, apenas pode aplicar-se a efeitos futuros de contratos celebrados ao abrigo da nova lei, *estando vedada a sua aplicação imediata inclusive a efeitos futuros de contratos passados*. E não custa perceber que integram o referido «estatuto do contrato», imune à lei nova, à partida, todas as matérias que são suscetíveis de interferir com a composição de interesses e com o programa contratual que as partes acertaram entre si no momento da celebração do contrato, e que poderiam ter sido diferentes se as partes pudessem ter antecipado o regime da nova lei.

---

<sup>46</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>47</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 108.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

### 2.3. O «estatuto legal» como exceção à sobrevivência da lei antiga no domínio dos contratos

16. Sem prejuízo do que se acaba de expor, por vezes admite-se que a lei nova, mesmo referindo-se a contratos e impactando no seu conteúdo, possa abstrair do facto constitutivo dessas situações jurídicas. A este propósito tem sido comum distinguir-se entre um «estatuto contratual» e um «estatuto legal» para diferenciar, precisamente, as disposições legislativas que incidem sobre o conteúdo da situação jurídica contratual não abstraindo do seu facto constitutivo, daquelas que, não obstante intervirem no conteúdo de tal situação, abstraem do título convencional<sup>48</sup>. Posto de outra forma, há que distinguir entre as leis que pretendem alterar o regime relativo à validade, à formação ou à execução de um determinado contrato — o exemplo da lei sobre as condições de resolução contratual —, de leis que pretendem regular uma categoria de relações jurídicas ou de instituições que até podem nascer de um contrato (por exemplo, a propriedade, o matrimónio, a relação laboral), mas em que não é esse o elemento determinante da intervenção do legislador. As primeiras não podem aplicar-se imediatamente a relações jurídicas nascidas no passado, sob pena de retroatividade; as segundas podem aplicar-se imediatamente a tais relações jurídicas, já que o facto que está no passado é irrelevante para a finalidade ordenadora do legislador.

17. A este respeito, sintetiza liminarmente BAPTISTA MACHADO: “a aplicação ou não aplicação imediata das disposições da LN ao conteúdo e efeitos dos contratos anteriores depende fundamentalmente duma *qualificação* dessas disposições: referirem-se elas a um estatuto legal ou a um estatuto contratual”<sup>49</sup>.

O critério de distinção entre aqueles dois estatutos joga-se na ideia de que as disposições normativas atinentes a um «estatuto legal» assumem um claro *carácter*

---

<sup>48</sup> Cf., assim, *idem, ibidem*, p. 122; a distinção parece dever-se originalmente a PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire...*, *op. cit.*, pp. 423 e ss.

<sup>49</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 122.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

*institucional*, isto é, visam aspetos essenciais de uma «instituição jurídica» — como o são o matrimónio ou a propriedade<sup>50</sup> —, aspetos esses que têm amplo interesse para a sociedade ou para um conjunto alargado de pessoas<sup>51</sup>. Diversamente, as normas de um «estatuto contratual» incidem sobre aspetos das situações jurídicas contratuais criadas *sobre* as instituições jurídicas pré-existentes<sup>52</sup>, e cujo impacto na configuração dessas instituições, na sua morfologia essencial e na sua organização, é reduzido ou mesmo nulo<sup>53</sup>.

Nem todas as alterações ocorridas num determinado regime incidem sobre características fundamentais das instituições jurídicas existentes. Pelo contrário, é um pressuposto das instituições que estas são “fatores de estabilidade mesmo no fluxo da evolução, na medida em que têm tendência a reter as suas ideias básicas”<sup>54</sup>. De facto, uma instituição é em princípio uma “unidade fechada e permanente, isto é, não perde a sua identidade, ao menos sempre e necessariamente, pela mudança de alguns dos seus elementos, (...) dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas, e assim por diante. Pode renovar-se e conservar-se a mesma mantendo a sua própria individualidade”<sup>55</sup>. Por este motivo, a alteração de certos aspetos do regime das situações jurídicas contratuais *edificadas sobre* a base de uma instituição não implica necessariamente uma alteração dessa instituição, *i.e.*, não significa que esteja em causa uma alteração de carácter institucional.

---

<sup>50</sup> Cf., para uma visão destas realidades como instituições, por exemplo, JOHN R. SEARLE, ‘What is an Institution?’, in *Journal of Institutional Economics*, 1, 2005, pp. 10 e 11; NEIL MACCORMICK, ‘Norms, Institutions, and Institutional Facts’, in *Law and Philosophy*, 17, 1998, p. 302, *passim*; OTA WEINBERGER, ‘Neo-Institutionalism: My views on the Philosophy of Law’, in *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Berlim, 1999, p. 260; e entre nós, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 14; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>51</sup> Cf. PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire...*, *op. cit.*, p. 423.

<sup>52</sup> Conforme afirma PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire...*, *op. cit.*, p. 424, os contratos são “situações jurídicas secundárias” construídas sobre a base de um «estatuto legal», o qual constitui a “situação jurídica primária”, ideia que veio a ser depois recolhida por J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>53</sup> Cf. *idem*, *ibidem*, p. 423.

<sup>54</sup> Cf. OTA WEINBERGER, ‘Neo-Institutionalism...’, *op. cit.*, p. 260.

<sup>55</sup> Cf. SANTI ROMANO, *L’ordinamento Giuridico*, Florença, 1946, p. 39

Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

18. Alguns exemplos permitem compreender facilmente a distinção acima indicada. Pense-se que, no âmbito do Código de Seabra, *v.g.*, a mulher estava sujeita a uma obrigação de “*prestar obediência*” ao marido, e não podia, salvo autorização deste, exercer o comércio ou, no caso de “*mulher auctora*”, publicar “*os seus escriptos*” (cf. artigos 1185.º e ss.). O Código Civil de 1966 alterou este panorama, eliminando do elenco dos deveres dos cônjuges o dever de obediência referido, e estabelecendo que “[a] *mulher não necessita do consentimento do marido para exercer profissões liberais ou funções públicas, nem para publicar ou fazer representar as suas obras ou dispor da sua propriedade intelectual*” (cf. artigos 1671.º e 1676.º, n.º 1, na redação do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro). Uma alteração legislativa deste teor, como parece evidente, era de aplicar imediatamente a todas as situações jurídicas conjugais e não apenas aos contratos nupciais celebrados depois do início de vigência da lei nova. É que aquelas modificações ao regime do casamento intentam uma reestruturação da instituição nupcial, “como tradução prática do movimento de emancipação da mulher”<sup>56</sup>, e visam, em rigor, criar outra instituição que não aquela desenhada no Código de Seabra. Nesta medida, não atentam aos contratos nupciais em si mesmos, antes abstraem deles ao terem em vista, antes de tudo, a instituição que lhes subjaz<sup>57</sup>.

O mesmo se pode dizer quanto a uma lei que venha aumentar o número de dias de férias a que os trabalhadores têm direito, ou que diminua o número de horas semanais de trabalho. Seria absurdo concluir que os trabalhadores com contratos celebrados na vigência da lei anterior teriam direito a menos férias ou o dever de trabalhar mais horas do que os trabalhadores com contratos celebrados depois do início de vigência da lei nova. Nestas situações, “a lei visa antes regular um estatuto

---

<sup>56</sup> Cf. comunicação de ANTUNES VARELA, então Ministro da Justiça, à Assembleia Nacional, em 26 de novembro de 1966, BMJ, n.º 161, 1966, pp. 5 e ss.

<sup>57</sup> Já uma alteração ao regime de bens do casamento não se aplicará, em princípio, às convenções antenupciais celebradas antes da entrada em vigor dessa mesma alteração; “[c]ompreende-se que esta matéria dos regimes de bens do casamento seja submetida ao regime transitório aplicável aos contratos, dada a ampla liberdade dos particulares em tal matéria” – cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 105.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



profissional que propriamente um contrato”, pelo que são “de aplicação imediata ao conteúdo e efeitos futuros dos contratos anteriores”<sup>58</sup>.

Do mesmo modo, a lei nova que proíbe um contrato de prestação de serviços *perpétuo* tem como fim proteger a liberdade das pessoas, “impedindo uma relação pessoal muito semelhante à escravidão doméstica”<sup>59</sup>, e não propriamente regular um contrato. De facto, uma alteração deste tipo revela claramente uma renovada — quase radical — conceção da instituição jurídica de que aquele específico género de relações contratuais são corolário, e dos princípios que a devem reger.

Nos casos acima descritos, o legislador não pretende regular o «estatuto do contrato» (aspetos como o equilíbrio das prestações, o regime do cumprimento e incumprimento, entre muitos outros), mas sim o «estatuto legal do casamento», o «estatuto legal do trabalhador», ou o «estatuto legal dos prestadores de serviços», abstraindo dos factos (isto é, dos contratos) que deram origem a essas situações jurídicas e sendo-lhe indiferente o momento em que foram constituídas. Em todos estes casos, as novas disposições legais não encaram as partes *enquanto contratantes*, antes *enquanto membros de uma determinada categoria ou classe* (v.g., enquanto *cônjuges* e não como partes num contrato de casamento; enquanto *trabalhadores*, e não como partes num contrato de trabalho)<sup>60</sup>. Como já notava SAVIGNY, quando a LN suprime uma instituição (escravatura, servidão da gleba, corveias, dízimos, fideicomissos familiares, etc), já não é questão de se reconhecer o modo de aquisição dos direitos nos quais aquela se concretizava embora seja verdade que — ressalvada a ordem pública intertemporal — muitas consequências jurídicas produzidas no passado a partir de tais instituições possam sobreviver no presente e no futuro<sup>61</sup>.

Transpondo esta argumentação para o problema de que nos ocupamos, parece inquestionável a razão para sublinhar que a relação jurídica concessória em

---

<sup>58</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>59</sup> Cf. C. F. GABBA, *Retroattività...*, *op. cit.*, pp. 11 e 12.

<sup>60</sup> Cf. PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire...*, *op. cit.*, pp. 428 e 429; J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>61</sup> Cf. ROLANDO QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, Bolonha, Zanichelli Editore, 1974, p. 92.

Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

causa não nasceu no seio de uma instituição extinta, mas de um contrato enquadrado pela instituição da concessão de serviço público, a qual permanece. Não existe, pois, motivo para não reconhecer o modo de aquisição dos direitos contratuais em causa, que nem tiveram a sua génese em instituição extinta, nem se desgarraram do contrato de que brotam, o qual se mantém no ordenamento jurídico.

19. É importante notar, porém, que as normas relativas a um «estatuto legal» não equivalem nem se confundem com normas imperativas ou injuntivas.

Em bom rigor, “não importa que as leis novas venham modificar a liberdade dos contratantes, impondo-lhes outros limites através de disposições imperativas, pois os particulares contrataram tendo em conta as leis em vigor e não tinham de se preocupar com outras leis que posteriormente as poderiam modificar. Noutros termos, **o que importa não é procurar saber se a lei limita mais ou menos a liberdade contratual, mas sim se a lei constrói um novo estatuto e contém a regulamentação orgânica de uma instituição**”<sup>62</sup>. Portanto, para este exercício de qualificação das novas normas legais, “[é] um erro querer distinguir entre as leis imperativas, proibitivas ou de ordem pública, de um lado, e as leis interpretativas ou supletivas da vontade das partes”<sup>63/64</sup>.

---

<sup>62</sup> Cf. PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire...*, *op. cit.*, p. 424, destaque aditado.

<sup>63</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 362; neste mesmo sentido, sustentando também que a lei nova imperativa não cobra aplicação aos contratos celebrados ao abrigo da lei antiga, SAVIGNY, *System...*, *op. cit.*, p. 436; C. F. GABBA, *Retroattività...*, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

<sup>64</sup> Também MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2022, pp. 406-407, insiste em como não é o mero carácter injuntivo das normas da lei nova que pode justificar a afetação das situações jurídicas contratuais constituídas ao abrigo da lei antiga. De acordo com o Autor, só perante “medidas legislativas destinadas a proteger o interesse contratual da parte mais fraca, por exemplo em contratos de adesão (ordem pública económica de proteção), bem como medidas legislativas destinadas a modificar a estrutura da economia ou a equilibrar a conjuntura económica (ordem pública económica de direção)”, é que se pode sustentar a aplicabilidade da lei novo. Assim, “o reconhecimento de que o Estado intervém muitas vezes na economia não nos deve, fora daqueles dois casos extremos, levar a pôr em causa o princípio da aplicação da lei antiga às relações jurídicas contratuais, mesmo que a lei nova se apresente como uma lei injuntiva”. Concluindo: “[s]e as partes celebraram um contrato à luz da lei em vigor no momento, e se essa lei for dispositiva, ou tiver um carácter injuntivo pontual, sem subtrair toda uma área do direito à disposição das partes, deve a

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

20. Por outro lado, as normas relativas a um «estatuto legal» também não se equivalem à ideia de normas de «ordem pública», pelo menos se esta for meramente entendida como o conjunto de normas imperativas da ordem interna<sup>65</sup>. Valem aqui as considerações tecidas no ponto anterior.

Quando muito, poder-se-á aceitar que, frequentemente, as novas normas que concernem a um «estatuto legal» são normas de uma ordem pública especialmente qualificada ou, na esteira do afirmado pela jurisprudência francesa, de uma “ordem pública particularmente imperiosa”<sup>66</sup>. Isto é, trata-se de normas que não se prendem com “simples contingências de regulamentação”, mas antes atingem “as raízes de um determinado sistema, as pedras angulares sobre as quais ele se ergue, se identifica e pervive”<sup>67</sup>. Novamente, são normas que incidem sobre o que há de estrutural num dado complexo regulativo, sobre os “requisitos ou pressupostos básicos do sistema social”<sup>68</sup>. E é esta ordem pública qualificada, por exemplo, “que, impondo o respeito

---

mesma ser aplicável ao longo do período de execução do contrato, mesmo que a lei venha a ser posteriormente alterada em termos injuntivos. Deste modo, quando dispõe em matéria de contratos, o legislador no caso de pretender atingir os contratos em curso, deve ser providente, declarando isso mesmo, isto é, que a lei nova se aplica às relações contratuais decorrentes de contratos já celebrados que se mantenham após a sua entrada em vigor. Caso contrário, se não estiverem em causa questões de ordem pública económica, nos termos apontados, aplica-se a lei antiga, mesmo que a lei nova seja injuntiva”.

<sup>65</sup> Assim a entende a doutrina no contexto do Direito Internacional Privado, por oposição à «ordem pública internacional», cf. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2000, p. 405; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1999, p. 253; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, ‘A Ordem Pública Internacional’, in *Revista de Direito Civil*, 2019, 1, p. 48.

<sup>66</sup> Cf. *Cour de Cassation*, 3 de março de 2019, 07-16.527; por vezes, alude-se também a “motivos imperiosos de interesse geral”, *Cour de Cassation*, Plenário, 23 de janeiro de 2004, 03-13.617; ambos disponíveis em [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Como se pode ler num Relatório de 2014 deste tribunal superior francês, “o recurso à expressão «ordem pública» (...) não se afigura suficiente, segundo a jurisprudência, para justificar a aplicação imediata da lei nova [a contratos subsistentes]”, devendo a lei nova, para que isso aconteça, ser “a expressão de uma ordem pública «reforçada» ou «superior»” - disponível em [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>67</sup> Cf. M. CARNEIRO DA FRADA, ‘A ordem pública no domínio dos contratos’, in *ARS IVDICANDI - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra, 2008, p. 259.

<sup>68</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 261.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



da autonomia privada, veda entre nós contratos com *obrigações perpétuas, ilimitadas* ou, em todo o caso, gravemente *desproporcionadas ('escravizantes')*"<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Cf. *idem, ibidem* p. 265.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

### § 3.º

## A PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE ÁGUAS, SANEAMENTO E RESÍDUOS, PARA REPOSIÇÃO DO SEU EQUILÍBRIO ECONÓMICO-FINANCEIRO

### 3.1. Considerações preliminares

21. Neste horizonte de ideias, está-se em condições de apreciar o caso da Consulta, indo procurar-se compreender, pois, se as normas contidas no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, se aplicam, ou não, aos contratos de concessão outorgados antes da sua entrada em vigor.

Viu-se já que, no que respeita às normas do Decreto-Lei n.º 194/2009 relativas aos contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, o mencionado diploma legal não contém qualquer disposição transitória, formal ou material, que resolva o problema sob análise. Nem determina a sua aplicação aos contratos subsistentes, nem consagra um regime de transição especial, nem declara ter eficácia retroativa de forma a atingir factos e efeitos que, de acordo com as regras gerais de direito transitório, deveriam ficar excluídas do seu domínio.

Ressalva-se aquilo que poderia ser o efeito sistémico da norma do artigo 80.º, n.º 2, ao determinar a adaptação dos contratos da concessão existentes no prazo de três anos após a data da sua publicação, caso o regime de duração da concessão coubesse na previsão da parte final do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, quando estatui a aplicabilidade da lei nova ao conteúdo das relações jurídicas que não dependa dos factos que lhes deram origem. Se fosse esse o caso da relação jurídica (ou segmento de uma relação) que tem por objeto a duração do contrato, então, o artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009 teria, ao remeter para uma *adaptação*, levantado um anteparo à aplicação mecânica do regime do Código Civil, visto deixar a solução à autonomia das partes em concerto ou, na falta deste, à decisão unilateral do contraente público nos termos dos artigos 311.º, n.º 2, e 312.º, alínea b), do Código dos Contratos Públicos.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

De todo o modo, por uma questão de método, importa começar pelo exame mais pormenorizado da competência temporal da norma do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, à luz dos critérios de determinação da competência temporal das «leis não retroativas» consagrados no artigo 12.º, n.º 2 do Código Civil, e saber, então, se tais normas se podem aplicar à execução futura de contratos celebrados ao abrigo da «lei antiga».

22. Todavia, deve-se, antes de mais, fazer uma precisão metodológica de grande importância.

Não é rigorosamente correto pretender avaliar se o Decreto-Lei n.º 194/2009 se aplica, ou não, *em bloco*, aos contratos de concessão pré-existentes. Efetivamente, não impondo aquele diploma legal, expressamente, a aplicação de todas as suas disposições aos contratos em curso, a análise a efetuar acerca da aplicabilidade de tais disposições deve ser necessariamente feita *norma a norma*.

É verdade que é comum na análise destes problemas utilizarem-se locuções tais como «conflito de leis no tempo» ou «aplicação da lei nova» (como, aliás, se foi fazendo ao longo da exposição acima). Contudo, trata-se de meras facilidades de linguagem enraizadas na cultura jurídica. Em bom rigor, a «lei» e os «diplomas legais» não contêm âmbitos de aplicabilidade (temporais, espaciais ou outros). Uma lei, enquanto tal, é um mero ato jurídico que expressa um conjunto de enunciados textuais dos quais se podem retirar, por interpretação, normas jurídicas<sup>70</sup>. E são as normas que possuem âmbitos de aplicabilidade, designadamente temporais<sup>71</sup>, aos casos da vida, porquanto somente elas possuem sentidos deônticos — permitindo, proibindo ou impondo algo<sup>72</sup> —, isto é, apenas elas produzem efeitos de direito.

Daí que não seja terminologicamente preciso afirmar que as normas do artigo 12.º do Código Civil regulam a aplicabilidade da lei no tempo ou conflitos de leis no tempo. Na realidade, aquelas normas regulam, isso sim, a aplicabilidade e o

---

<sup>70</sup> Cf. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 60 e 61.

<sup>71</sup> Cf. BULYGIN, 'Tiempo y validez', *op. cit.*, p. 198 e ss.

<sup>72</sup> Cf. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action – A Logical Enquiry*, Londres, 1963, p. 71.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

conflito *de normas* no tempo<sup>73/74</sup>. Isto porque, “na medida em que são as normas que produzem efeitos, naturalmente só as normas é que podem ser objecto das normas que se dirigem aos seus efeitos”<sup>75</sup>, como o são as normas gerais de direito transitório constantes do Código Civil<sup>76</sup>.

23. Nesta senda, como é evidente, o mesmo diploma legal pode conter, em simultâneo, normas que têm competência para se aplicar imediatamente a relações jurídicas nascidas no passado (veja-se o exemplo do aumento do período de férias dos trabalhadores) e outras que só se podem aplicar a situações jurídicas futuras (pense-se em normas que estabelecem requisitos de validade formal de um contrato de trabalho).

Portanto, e voltando ao caso em apreço, não se extraíndo do Decreto-Lei n.º 194/2009 uma intenção de que todas as suas normas se apliquem aos contratos de concessão em curso à data do seu início de vigência — ou a partir de qualquer outra

---

<sup>73</sup> Como diz muito acertadamente DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade...*, *op. cit.*, p. 70, “a distinção entre enunciado normativo e norma jurídica permite demonstrar (...) algumas das facilidades de linguagem utilizadas na ciência jurídica, e que, em rigor, não se podem considerar como corretas, partindo do pressuposto de só as normas serem sentidos deonticos e de, por isso, só elas poderem produzir efeitos de direito. A expressão revogação de leis é disso exemplo, dado que, em rigor, não há revogação de leis, mas só revogação de normas: a *lei x* não revoga a *lei z*, pois são as normas contidas nos enunciados da *lei x* (ou uma delas) que revogam as normas da *lei z*. A expressão concurso de leis é também, nos mesmos termos, um facilitismo de linguagem, dado que também não há concurso de leis, mas tão só concurso de normas: a *lei x* nunca é uma lei especial relativamente à *lei z*, pois neste concurso aparente são as normas da *lei x* que são especiais relativamente às normas constantes do conjunto unitário de enunciados normativos que a *lei z* consubstancia”.

<sup>74</sup> De resto, ao tratar do problema usualmente denominado por «conflito de leis no tempo», muitos Autores deixam entrever que o problema é na realidade um de conflito de normas – cf., por exemplo, J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, pp. 11 e ss.; do mesmo Autor, ainda que noutra âmbito, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência...*, *op. cit.*, pp. 211 e ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, ‘Inconstitucionalidade pretérita’, in *Escritos Jurídicos*, Vol. I, Coimbra, 2013, p. 78, afirmando que “[o] Direito Transitório ocupa-se das consequências da sucessão temporal de normas”.

<sup>75</sup> Cf. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>76</sup> Refere, justamente, J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 55, que as normas como as que constam do artigo 12.º e 13.º do Código Civil, são “«normas sobre normas» (*ius super jura*, *Rech-über-Recht*) ou «normas de segundo grau»”. Estão em causa, pois, «normas secundárias», na terminologia de H. L. HART, *O Conceito de Direito* (1994), Lisboa, 2007, p. 91.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

data no futuro —, cabe ao intérprete aquilatar se cada uma das normas do diploma em causa se deve, ou não, aplicar aos referidos contratos, num exercício casuístico de resolução de um conflito de normas, e não de leis, no tempo.

Mas haverá que lembrar mais uma vez, quanto às normas com vocação para aplicação imediata ao contrato nos termos do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, se as houver, que sempre, em relação a tal imediatividade, se suscitaria a necessidade de uma intercalação adaptativa de sentido indeterminado *a priori*.

### 3.2. A sujeição de “qualquer prorrogação” ao novo prazo máximo da concessão

24. Como se antecipou, um dos aspetos em que o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, se afastou do regime predecessor concerne ao prazo máximo de duração da concessão. Nos termos do disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, “*não pod[e] este prazo exceder, incluindo a duração de qualquer prorrogação, 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário*”; diversamente, o Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, admitia que as concessões fossem atribuídas até um período máximo de 50 anos (cf. o artigo 8.º)<sup>77</sup>, e não limitava eventuais prorrogações ao prazo máximo previsto.

Ora, o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, contém dois segmentos normativos diferentes: (i) um que reduz o prazo máximo deste tipo de concessão; e (ii) um outro que impede que “qualquer prorrogação” possa ultrapassar este novo prazo máximo. E o que cumpre desvendar, nesta sede, é se estas duas novas injunções são ou não virtualmente aplicáveis aos contratos de concessão já existentes à data da entrada em vigor do regime de 2009.

---

<sup>77</sup> Quanto ao prazo máximo de 15 anos (no caso de não haver investimento significativo), tenha-se presente estar em causa uma limitação já prevista na parte final do n.º 4 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 147/95.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



25. Quanto à norma contida no artigo 34.º daquele diploma legal que abrevia o prazo máximo da concessão, esta incide muito claramente sobre o conteúdo das situações jurídicas contratuais *sem abstrair* do respetivo facto constitutivo.

Isto porque o prazo da concessão é um elemento do negócio intrinsecamente modelado pela vontade das partes, e o equilíbrio do contrato, no seu todo, está dependente do prazo que foi convencionado.

Conforme então se dispunha no artigo 7.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de junho, “o prazo de concessão deverá ser proporcional ao volume de investimento a cargo da concessionária”. Concretamente, o prazo da concessão é fixado inicialmente pelas partes sempre em “função do tempo reputado necessário para a amortização, em normais condições de rendabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para pôr o serviço a funcionar”<sup>78</sup>. Mas, sendo assim, o prazo da concessão assoma como elemento absolutamente essencial *do contrato*<sup>79</sup>, o qual foi determinante para a decisão de contratar e para a composição dos interesses das partes. Como escreve ROUBIER, “[u]m contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis”<sup>80</sup>. Logo, pretender, *v.g.*, que um contrato celebrado ao abrigo do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, teria agora de se reger pelo disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, passando a estar limitado a um prazo de 30 anos, seria potencialmente desfigurar significativamente o equilíbrio contratual pressuposto pelas partes, e colocar em causa a segurança jurídica, princípio consagrado no artigo 2.º da Constituição.

Acresce não ser possível concluir que esta alteração legislativa respeita a um «estatuto legal», isto é, que pretenda regular uma «categoria de situações» que se desprendem do contrato que lhe deu origem. Indiscutivelmente, a modificação do prazo máximo da concessão — de 50 para 30 anos —, não equivale a uma modificação minimamente estrutural da instituição jurídica concessória; tão-só

---

<sup>78</sup> Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 1983, pp. 1117 e 1118, lição que viria a ser acolhida quase *ipsis verbis* no artigo 410.º do Código dos Contratos Públicos.

<sup>79</sup> Cf., neste sentido, LINO TORGAL, ‘Sobre a Nova Definição Europeia de Concessão’, *in Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, 2017, p. 1097 e nota 72.

<sup>80</sup> Cf. PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire...*, *op. cit.*, p. 392.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

consubstancia a aposição de um novo limite à autonomia das partes, o qual, porém, não implica a reconfiguração de quaisquer traços identitários fundamentais do regime jurídico aplicável ao instituto concessório em si mesmo. Traduz, não uma diferente abordagem do legislador quanto aos princípios e regras básicas que enformam a organização das concessões de serviço público, mas apenas uma visão distinta – muito discutível – sobre aquela que deve ser a medida máxima do prazo contratual nas concessões deste setor. Por isso, a alteração legislativa em questão não tem caráter institucional, antes respeita ao «estatuto do contrato», e não ao «*estatuto da concessão*», *abstraindo-se do contrato que lhe deu origem*.

De resto, aliás, a referida limitação do prazo máximo da concessão a 30 anos não assenta de modo algum em razões de “uma ordem pública particularmente imperiosa”<sup>81</sup>. Bem pelo contrário, ou seria dificilmente compreensível que o regime geral da concessão de serviço público constante no Código dos Contratos Públicos («CCP») se limitasse a definir um prazo máximo *supletivo* de 30 anos e deixasse, como efetivamente deixa, “que a fixação do prazo fi[que] totalmente no âmbito da autonomia da vontade contratual das partes”<sup>82</sup> (cf. artigo 410.º, n.º 1). Esta é inclusive a solução que também o legislador europeu adotou na Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (cf. artigo 18.º, n.º 2)<sup>83</sup>. A opção dos legisladores nacional e europeu é a de permitir às partes fixarem casuisticamente o prazo do contrato de concessão que entendem ser adequado para o concessionário poder recuperar os investimentos realizados e remunerar o capital investido. Tudo isto revela bem que a definição de um prazo máximo para a concessão, inderrogável pelas partes, se encontra, no plano mais abrangente do ordenamento jurídico, em contraciclo – tratando-se de

---

<sup>81</sup> Cf. *Cour de Cassation*, 3 de março de 2019, 07-16.527, disponível em [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); é este um critério possível, como se viu acima (cf. § 2.º, 2.3.), para aferir sobre a aplicabilidade de novas normas a contratos passados.

<sup>82</sup> Cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Coimbra, 2010, p. 1024.

<sup>83</sup> Cf. LINO TORRAL, ‘Sobre a Nova Definição...’, *op. cit.*, pp. 1097 e ss.



Sérvulo & Associadas | Sociedade de Advogados, SP, RL



uma “simples contingência de regulamentação”<sup>84</sup> —, tal como revela que aos princípios fundamentais do sistema não repugna, em rigor, que os contratos de concessão ultrapassem os 30 anos — relevante para definir o prazo é apenas, reiterese, que o prazo seja proporcional ao tempo necessário para o investimento ser amortizado e o capital investido remunerado.

Ou seja, a valer a distinção entre normas que se reportam “à estruturação básica do sistema jurídico e da ordem social” e aquelas que se referem “a situações criadas e modeladas pela livre iniciativa dos indivíduos”<sup>85</sup>, não há dúvida de que a prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, que reduz o prazo máximo das concessões se enquadra nas segundas. E neste aspeto, trata-se de uma norma cuja natureza difere de outras constantes do Decreto-Lei n.º 194/2009 e que nitidamente se integram no âmbito de uma ordem pública qualificada, como as que disciplinam as relações entre o concessionário e os utentes (cf., por exemplo, os artigos 61.º, 62.º, 63.º, 66.º e 67.º), ou as que procedem a um enquadramento regulatório, ora impondo diversas obrigações de reporte e garantia repercutidas sobre as entidades titulares e gestoras de serviços, ora contemplando amplas faculdades de intervenção a favor da Entidade Reguladora das Águas e Resíduos («ERSAR») (cf. artigos 8.º e ss.).

Pertinente, neste contexto, é a ideia, veiculada por alguma doutrina, de que a aplicação da lei nova aos contratos celebrados no passado, mas que persistem em vigor, tem sobretudo razão de ser nos *contratos normativos*<sup>86</sup>. Ora, há muito que se considera que algumas disposições dos contratos de concessão de serviços públicos assumem uma natureza ou uma eficácia regulamentar — logo, normativa —, a par de outras que possuem natureza ou eficácia estritamente contratual e interpartes<sup>87</sup>, concretamente: “as primeiras relativas à organização e ao funcionamento do serviço (condições de exploração, tarifas, relações com os funcionários e os utentes), e as segundas (...) relativas às garantias financeiras, privilégios contra a concorrência,

---

<sup>84</sup> Cf. M. CARNEIRO DA FRADA, ‘A ordem pública...’, *op. cit.*, p. 259.

<sup>85</sup> Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>86</sup> Cf. *idem*, *ibidem*, p. 123.

<sup>87</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, pp. 191 a 193, e 200 a 203.

Sérvato & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

*duração da concessão, etc*<sup>88</sup>. Nesta perspectiva, pode afirmar-se, coerentemente, que as novas normas que incidem sobre aspectos da concessão vertidos em cláusulas de natureza intrinsecamente contratual, e não regulamentar, não devem, em princípio, aplicar-se aos contratos pretéritos. E entre elas, como resulta da transcrição acima, contam-se as que respeitam à duração da concessão.

Enfim, é perfeitamente evidente que a norma em análise se dirige às partes enquanto *contratantes* que têm de fixar um prazo à concessão, e não como membros de uma classe ou de uma categoria, por exemplo, enquanto *municípios* ou enquanto *privados com funções públicas*.

Deste modo, **o disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 quanto ao prazo máximo da concessão não se aplica aos contratos pré-existentes àquele diploma legal. Por outras palavras, o prazo máximo das concessões de águas, saneamento e resíduos, para os contratos celebrados antes do início de vigência do regime de 2009, continua a ser 50 anos, fixado pelo artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro.**

26. Contra isto não colhe a invocação do disposto no artigo 297.º, n.º 1, do Código Civil, nos termos do qual se estabelece que *“a lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar”*.

Como é reconhecido, o artigo 297.º vem simplesmente concretizar os critérios gerais de direito transitório que resultam do artigo 12.º do Código Civil<sup>89</sup>, pelo que a aplicação de uma nova disposição que venha encurtar um prazo fixado por uma lei anterior só ocorre quando as soluções contidas no referido artigo 12.º apontem para tal. Nesta senda, rigorosamente, o estatuído no artigo 297.º do Código Civil não se aplica a todos os prazos fixados por uma lei nova. É inegável que “o art. 297.º, n.º 1 e 2, CC, não é aplicável quando os prazos tenham sido definidos pelas partes

---

<sup>88</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 192, destaque aditado.

<sup>89</sup> Cf., por exemplo, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *op. cit.*, pp. 242 e 243;



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



ou quando estas não tenham estipulado quaisquer prazos e tenham aceite os prazos legais supletivos. Nesta hipótese, nada justifica que se afaste a solução que vale, em termos gerais, para as estipulações negociais: dado que o conteúdo das situações decorrentes de negócios jurídicos não abstrai do respectivo título constitutivo, não lhe é aplicável o disposto no artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, CC, pelo que, quanto a esse conteúdo, se verifica a sobrevivência da LA<sup>90</sup>.

27. O segundo segmento relevante do enunciado do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, é aquele onde se afirma que o prazo máximo da concessão *inclui a duração de qualquer prorrogação*. Dele se infere com segurança, (i) desde logo, que **a prorrogação do prazo da concessão é admitida pelo legislador**; e ainda que (ii) as prorrogações do prazo das concessões **não são ilimitadas, devendo conter-se dentro daqueles prazos máximos**.

O problema está em que, pela formulação do enunciado daquele artigo 34.º — *“qualquer prorrogação”* —, surge a dúvida sobre se não estão também limitadas ao prazo máximo definido aquelas prorrogações que se destinam a repor o equilíbrio económico-financeiro da concessão. A utilização do pronome *“qualquer”* inculca a ideia de indeterminação do nome a que se refere e de indiferença relativamente à sua espécie, parecendo dali retirar-se, então, que independentemente do tipo ou modalidade de prorrogação em causa o legislador impõe a observância dos limites temporais ali previstos. Logo, segundo este raciocínio, os contratos de concessão não poderiam sofrer uma extensão do seu prazo de vigência, fossem quais fossem as razões que a determinassem, para lá do prazo legal máximo previsto neste artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto (*“30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário”*)

Ora, ainda que seja de sustentar que o preceituado no artigo 34.º, ao limitar as prorrogações ao prazo máximo da concessão aí previsto, deve ser alvo de uma interpretação restritiva, não abrangendo as prorrogações ditas «corretoras», isto é,

---

<sup>90</sup> Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, *op. cit.*, pp. 297 e 298.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



aquelas que traduzem “uma medida compensatória, por intermédio da qual a Administração intenta (...) através do alongamento do prazo da concessão (...), ressarcir o concessionário do prejuízo adveniente da quebra do equilíbrio em que o contrato originalmente repousava”<sup>91</sup>, a verdade é que, independentemente disto, **também o disposto nesta parte do artigo 34.º não pode ser aplicado aos contratos anteriores ao Decreto-Lei n.º 194/2009 (e que subsistem para lá deste).**

Novamente, está-se também perante uma alteração legislativa que pretende regular o regime ou o «estatuto do contrato», não se abstraindo, por isso, do facto constitutivo das relações contratuais em causa.

Em primeiro lugar, recorde-se que, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, não impedia sobre as partes num contrato de concessão de serviços públicos de águas, saneamento e resíduos, um confinamento das prorrogações para reposição do equilíbrio económico-financeiro ao prazo legal máximo da concessão.

Com efeito, quer o Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, quer o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de junho, não previam de que modo um eventual reequilíbrio da concessão deveria ser realizado — ainda que previssem a necessidade de ser feita a reposição do equilíbrio ocorridos certos factos (cf. artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 379/93, e artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 147/95) —, nem impediam que as prorrogações com esse fim ultrapassassem o prazo máximo da concessão. Significa isto que, à época, concedente e concessionário podiam acordar sobre qual a forma de reequilíbrio da concessão, podendo fazê-lo, por exemplo, *através da prorrogação da vigência do contrato para lá do prazo máximo legalmente prescrito*.

A situação não se alterou com a entrada em vigor do CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro. Este diploma, desde logo, determinou não serem aplicáveis as suas normas relativas à execução dos contratos administrativos

---

<sup>91</sup> Tem alguma doutrina distinguido as «prorrogações corretoras» das «prorrogações premiais». As primeiras, como referido, configuram uma medida de reposição do equilíbrio económico-financeiro, isto é, apresentam-se como “um modo possível de cumprimento do dever jurídico (que sobre aquela impende) de corrigir o desequilíbrio verificado na economia da concessão”. Já diferentemente, as segundas são “uma contrapartida pela execução meritória do contrato pelo concessionário” – cf. LINO TORRALBA, ‘A prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos’, *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 1 (janeiro-abril 2011), pp. 232 e 230.

Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

aos contratos celebrados antes da entrada em vigor do CCP (cf. artigo 16.º, n.º 1), e determinou igualmente que tal código não tem aplicação “a prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objeto de contratos públicos cujo procedimento tenha sido iniciado previamente à data de entrada em vigor daquele” (cf. artigo 16.º, n.º 2). Portanto, para os contratos de concessão de águas, saneamentos e resíduos, anteriores ao seu início de vigência, continuou a reger exclusivamente o quadro legislativo prévio, nomeadamente o contido no Decreto-Lei n.º 379/93 e no Decreto-Lei n.º 147/95.

Num outro plano, o CCP veio consagrar expressamente que a reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos é efetuada, “na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações” (cf. artigo 282.º, n.º 2), deixando às partes, pois, total liberdade quanto aos termos em que o reequilíbrio pode ser efetuado<sup>92</sup>, podendo concluir-se que, ao contrário do que sucede para os factos ou causas geradoras da necessidade de reequilíbrio, “aqui, a autonomia contratual não é a exceção, mas sim a regra (ou o princípio), tendo a lei – o CCP – uma função *supletiva*”<sup>93</sup>. Quer isto dizer, em suma: “o artigo 282.º, n.º 1, estabelece a excecionalidade do contrato apenas para as causas ou fatores geradores do reequilíbrio e não para os termos e modos em que este pode, contratualmente, efetuar-se. Aqui, *vigora o princípio da autonomia contratual das partes*”<sup>94</sup>.

É certo que, de acordo com o prescrito no artigo 410.º, n.º 2, do CCP, “[n]a falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista, sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo”. Contudo, não há dúvidas que a prorrogação evidenciada nesta norma é tão-só a prorrogação dita «*premier*», expressão esta que enfatiza “o aspeto de essa medida consubstanciar, em parte, uma

---

<sup>92</sup> Cf. L. LOPES MARTINS, *Empreitada de Obras Públicas. O modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra, 2014, p. 579.

<sup>93</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 579.

<sup>94</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 621.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

contrapartida pela execução meritória do contrato pelo concessionário”<sup>95</sup>. É que esta prorrogação, para ser válida, deve estar expressamente habilitada no contrato (leia-se, no caderno de encargos que o precedeu) – e daí que o artigo 410.º, n.º 1, do CCP aluda a uma “*prorrogação contratualmente prevista*” –, sob pena de, assim não sendo, se dever ter por violado o princípio da concorrência<sup>96</sup> e se dever considerar, à luz do direito europeu da contratação pública<sup>97</sup>, tal prorrogação como uma modificação substancial do contrato, *i.e.*, como um novo contrato, que deve dar lugar a um novo procedimento pré-contratual para escolha do cocontratante.

Em síntese, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, às partes em contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, não era de modo algum vedado (i) repor o equilíbrio económico-financeiro da concessão mediante uma prorrogação do prazo do contrato (ii) para além do prazo máximo da concessão legalmente previsto.

Assim, caso se pretendesse que o disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, impede que as prorrogações corretoras superem o prazo legal máximo da concessão, isso significaria que qualquer contrato que tivesse sido originariamente celebrado pelo prazo máximo legalmente permitido não poderia sofrer uma extensão do seu prazo de vigência, e isto mesmo que essa extensão visasse apenas colmatar um desequilíbrio económico-financeiro; já um contrato celebrado por um período inferior ao prazo máximo, poderia ainda ser prorrogado na medida dessa, e só dessa, diferença.

Acontece que podendo as partes estipular no contrato de concessão, antes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que o restauro do equilíbrio económico-financeiro da concessão se realizaria por uma prorrogação do prazo do contrato, sustentar agora que uma tal prorrogação estaria limitada ao prazo legal máximo da

---

<sup>95</sup> Cf. LINO TORGAL, ‘A Prorrogação...’, *op. cit.*, p. 230.

<sup>96</sup> Cf., neste sentido, *idem, ibidem*, p. 230.

<sup>97</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19 de junho de 2008, Processo C-454/06 – *Pressetext*; e sobre este mesmo Acórdão, *vide* PEDRO GONÇALVES, ‘Acórdão Pressetext: Modificação de Contrato Existente vs. Adjudicação de Novo Contrato’, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009, pp. 1 e ss., e particularmente, para o tema em discussão no texto, p. 15.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



concessão equivaleria, na maior parte dos casos: (i) ora a impedir que a reposição do equilíbrio económico se operasse mediante prorrogação, o que sucederia quando o contrato de concessão fosse celebrado *ab initio* pelo prazo legal máximo; (ii) ora a impedir, eventualmente, que a prorrogação, acordada como modo de reposição do equilíbrio, não pudesse repor integralmente, só por si, esse equilíbrio<sup>98</sup>.

Como é por demais evidente, tanto na primeira como na segunda hipótese a nova lei viria bulir frontalmente com a vontade das partes expressa no contrato de concessão, suprimindo a possibilidade, ou restringindo o alcance, da prorrogação prevista para efeitos de reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão. E isto quando, insista-se, antes do início de vigência do Decreto-Lei n.º 194/2009, a contratualização da prorrogação como forma de reposição do equilíbrio do contrato não estava sujeita a qualquer limite (temporal ou outro), regendo a esse propósito o “*princípio da autonomia contratual das partes*”<sup>99</sup>.

Ora, justamente, *in casu*, as partes tinham determinado, na Cláusula 87.<sup>a</sup>, n.º 3, do Contrato de Concessão, que “[s]empre que haja lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, tal reposição poderá ter lugar através de qualquer uma das seguintes modalidades, aplicando-se, de entre elas, a que, para cada caso for escolhida por acordo entre as Partes (...)”, elencando-se de seguida diversas formas possíveis de reequilibrar a concessão, entre as quais se conta a “*Alteração do prazo da Concessão*”.

28. Nestes termos, nunca se poderia considerar que a alteração legislativa sob análise, a dar-se-lhe o sentido de abranger as prorrogações destinadas a repor o equilíbrio da concessão, abstrairia do facto constitutivo das situações contratuais jurídico-concessórias, pois o título constitutivo dessas relações contratuais modelou

---

<sup>98</sup> Imagine-se, por exemplo, que um contrato de concessão é celebrado por uma duração de 25 anos e que o prazo máximo da concessão legalmente previsto é de 30 anos. Nesta situação, havendo que restaurar o equilíbrio económico-financeiro da concessão, as partes apenas poderiam prorrogar o contrato por 5 anos adicionais, quando é certo que o desequilíbrio poderia, face às circunstâncias do caso concreto, exigir mais 15 anos de vigência do contrato para lá do prazo estabelecido inicialmente.

<sup>99</sup> Cf. L. LOPES MARTINS, *Empreitada*, *op. cit.*, p. 621.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



o seu conteúdo no que respeita à adoção da prorrogação como modo de reposição do equilíbrio e quanto ao seu alcance.

Adicionalmente, repare-se, uma tal limitação jamais poderia ser vista como pertencendo a uma ordem pública qualificada, estando a confirmá-lo o facto de o CCP, diploma legal que regula genericamente os contratos de concessão de serviços públicos, admitir sem reservas que as prorrogações corretoras ultrapassem o prazo máximo supletivamente previsto no seu artigo 410.º, n.º 1. E a verdade é que não se entreveem razões que tornem uma tal solução restritiva particularmente premente e imperiosa no setor das águas, saneamento e resíduos. Tratar-se-ia, isso sim, mais uma vez, de uma medida legislativa fortuita e acidental no quadro da regulação dos meios de reequilíbrio das concessões.

Nesta ótica, sempre será de concluir que o disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, ainda que — numa hipótese que, porém, se julga ser incorreta — tivesse também por objetivo vetar prorrogações corretoras, e não só prorrogações premiais, não é temporalmente competente para regular as concessões outorgadas antes do aparecimento daquele regime de 2009.

29. Todavia, refira-se o seguinte: mesmo que se propugnasse que o prescrito no aludido artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, na dimensão vinda de dissecar, se aplicaria aos contratos de concessão passados — e, portanto, que as prorrogações de tais contratos ter-se-iam de conter no prazo máximo legal da concessão —, **a prorrogação corretora, para tais contratos, sempre poderia ser determinada até um prazo máximo de 50 anos**, porquanto o segmento normativo do citado artigo 34.º que reduz o prazo máximo das concessões — segmento com um âmbito temporal de competência autónomo e próprio — não lhes é, como acima exhaustivamente demonstrado, aplicável.

É esta uma afirmação tornada possível pela correção de perspetiva já acima realizada: são as normas jurídicas, e apenas elas, que têm âmbitos de aplicabilidade. Por outro lado, um mesmo enunciado normativo — entendido como a expressão textual ou simbólica da norma, correspondendo esta ao significado representado,



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



permitindo, proibindo ou impondo algo – pode conter mais do que uma norma jurídica, *i.e.*, “em virtude de razões ligadas à construção sintáctica dos enunciados, bem como por opções de natureza estética, de natureza narrativa e, também, de organização sistemática dos conteúdos, (...) a uma formulação normativa (...) pode corresponder mais de uma norma”<sup>100</sup>.

Aceitando isto, nada de estranho há na conclusão vinda de expor, de que de um enunciado se podem extrair duas normas diversas, por sua vez com dois âmbitos de aplicabilidade temporal distintos.

**30.** Perdoe-se-nos, porém, a insistência quanto a três pontos que gostaríamos de deixar bem claros:

- (i) As leis não têm por vocação revogar cláusulas de contratos anteriores a menos que existam razões de ordem pública especialmente imperiosas que levem a que expressamente o façam;
- (ii) Mas, ainda que o n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil merecesse ser entendido no sentido de reger também relações entre a lei nova e as estipulações contratuais anteriores, o certo é que este preceito não desencadearia uma interação entre o citado artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 e o regime da vigência temporal do contrato em causa visto que, se o fizesse, não estaria a abstrair dos factos que deram origem a esse segmento da relação jurídica concessória;
- (iii) E se, em última análise, as duas asserções anteriores se não mostrassem corretas, nem por isso a aplicação do Decreto-Lei n.º 194/2009 ao contrato em causa estaria sendo imediatamente regida pelo n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, visto que a disposição do n.º 2 do artigo 80.º deste diploma legal afastaria tal incidência imediata ao remeter para uma *aplicação meramente adaptativa* que, por natureza, nunca poderá acarretar uma transposição mecânica e não transformativa dos dispositivos legais.

---

<sup>100</sup> Cf. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade...*, *op. cit.*, p. 66.

Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

#### § 4.º

#### CONCLUSÕES

31. Perante o exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

#### (A)

- 1.<sup>a</sup> Considerando (i) a identidade de âmbito material entre disposições do Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, do Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de junho, e aquelas constantes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, (ii) a divergência de soluções propostas nessas disposições, e, por fim, (iii) a continuidade de concessões outorgadas para além da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, é inevitável concluir que as situações jurídicas emergentes daqueles contratos estão numa encruzilhada que é qualificável como um verdadeiro conflito de leis no tempo.
- 2.<sup>a</sup> Os conflitos de normas no tempo gerados pela entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, no que respeita às concessões de águas, saneamento e resíduos, têm necessariamente de ser solucionados com recurso aos critérios gerais de direito transitório constantes do Código Civil sem perder de vista as consequências do comando de adaptação inscrito no artigo 80.º, n.º 2, deste diploma.
- 3.<sup>a</sup> Resulta do disposto no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009:
  - (i) Que o clausulado dos contratos de concessão aos quais o diploma se aplica pode permanecer intocado pelo prazo de três anos, que é o termo final para a adaptação que ali se determina;
  - (ii) Que se não identificam os preceitos do Decreto-Lei que devam servir de padrão à adaptação;



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



- (iii) Que se haverá de proceder à adaptação de pelo menos algumas cláusulas do contrato, o que não significa uma transposição pura e simples de novas regras legais para o texto do contrato pois que, se fosse este o propósito legislativo, a metodologia adequada consistiria na determinação da conformação das estipulações contratuais aos preceitos da nova lei, ao passo que uma *adaptação* deixa autonomia quanto ao teor da aproximação do contrato às novas normas legais.
- 4.<sup>a</sup> Parece claro que, ao determinar uma *adaptação*, o legislador não terá pretendido que as novas normas se imponham na íntegra aos executantes da tarefa adaptativa e muito menos que as novas normas legais substituíssem as cláusulas contratuais desconformes, absorvendo elas próprias o papel dessas cláusulas.
- 5.<sup>a</sup> Ao prescrever, relativamente aos contratos de concessão pré-existentes, que os mesmos “*devem ser adaptados*” ao novo regime legal “*no prazo de três anos após a data da sua publicação*”, ter-se-á de entender que a norma contida no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009 impõe somente uma adaptação aos aspetos do novo regime de 2009 aplicáveis às concessões antigas nos termos do artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil, mas já não daqueles outros que, por aplicação daquelas regras gerais de resolução de problemas de sucessão de normas no tempo, não devam passar a reger tais contratos.
- 6.<sup>a</sup> Em relação ao contrato em causa, o conflito de normas no tempo implicará a determinação, à luz dos critérios gerais do direito transitório constantes do Código Civil, de quais sejam as normas do Decreto-Lei 194/2009 que, por regerem situações contratuais relativamente às quais se não pode abstrair dos factos que presidiram à sua conformação negocial, se não mostram sequer idóneas para impor uma adaptação das cláusulas contratuais que versem o mesmo objeto.



Sérvio & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



- 7.<sup>a</sup> Portanto, quando o artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei determina uma adaptação dos contratos em vigor no prazo de três anos, tem de se entender que apenas se impõe uma adaptação que tome por referência aquelas das normas do Decreto-Lei que caibam na previsão do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil quando estabelece que a lei nova abrange as relações jurídicas já constituídas quando a consideração do respetivo conteúdo deva abstrair dos factos que lhes deram origem.
- 8.<sup>a</sup> E assim sendo, quedar-se-ão fora do âmbito do *dever de adaptação* e, portanto, inalteráveis, aquelas cláusulas dos anteriores contratos de concessão cuja configuração das relações contratuais não deva ser desligada dos factos que deram origem à respetiva estipulação.

(B)

- 9.<sup>a</sup> No caso em apreço, seja, em geral, quanto a todas as disposições do Decreto-Lei n.º 194/2009 aplicáveis aos contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, seja especificamente, quanto à normas prevista no artigo 34.º deste diploma legal, individualmente considerada, o legislador não consagrou qualquer eficácia retroativa, não determinando inequivocamente a aplicação de nenhuma daquelas disposições às relações jurídico-contratuais subsistentes aquando do seu início de vigência.
- 10.<sup>a</sup> Mas o problema da aplicação do disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, a concessões outorgadas antes da sua entrada em vigor não fica imediatamente resolvido. É que, como resulta do artigo 12.º, n.º 2, 2.<sup>a</sup> parte, do Código Civil, situações há em que o legislador considera que uma lei, mesmo sem ter carácter retroativo, pode aplicar-se imediatamente a *efeitos futuros* decorrentes de factos passados, precisamente naquelas situações

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

em que a lei nova pretende aplicar-se de imediato a uma determinada categoria de situações jurídicas “*abstraindo dos factos que lhe deram origem*”.

- 11.<sup>a</sup> No domínio contratual, justifica-se a ideia de que a lei aplicável aos contratos, num conflito de leis no tempo, é, em princípio, a lei vigente à época em que tais contratos foram celebrados.
- 12.<sup>a</sup> E, no que concerne às relações emergentes de contratos, esta proposição tanto vale para os efeitos do contrato que já se produziram no decurso da vigência da lei antiga, como para os efeitos do contrato, celebrado na vigência da lei antiga, mas que se produzam no, ou se prolonguem para, o tempo de vigência da lei nova (*efeitos futuros* do contrato).
- 13.<sup>a</sup> De facto, à luz do estabelecido no artigo 12.º do Código Civil, este critério em matéria de contratos tem razão de ser, pois, à partida, a lei nova que incide sobre situações jurídicas contratuais não abstrai dos factos que lhes deram origem e, por isso, só se aplica aos contratos futuros — estando-se, nestes casos, na situação prevista no artigo 12.º, n.º 2, 1.<sup>a</sup> parte, do Código Civil.
- 14.<sup>a</sup> Com efeito, no caso das situações jurídicas de *tipo contratual*, o seu conteúdo — ou seja, os seus efeitos — é, em regra, intrinsecamente modelado pelo facto constitutivo de tais situações jurídicas, ou seja, pelo contrato.
- 15.<sup>a</sup> Facilmente se apreende a *ratio* e a bondade desta solução: o contrato é um acto de previsão, e as partes, naturalmente, gizaram o seu conteúdo e os seus efeitos contando com a lei vigente à época, sendo também em função desta que foi composto o equilíbrio de interesses (*v.g.*, económicos e financeiros) que constitui a base contratual para a execução futura do contrato; logo, pretender que alterações ao regime legal que as partes tomaram como pressuposto no momento da celebração do contrato se lhe poderiam aplicar transtornaria o



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



equilíbrio encontrado, sendo, assim, uma solução tendencialmente rejeitada pelo ordenamento jurídico português, dado que atenta diretamente contra valores elementares de segurança jurídica.

- 16.<sup>a</sup> Portanto, quando surgem disposições legais que impactam diretamente no conjunto de matérias que integram o denominado «estatuto do contrato» haverá que concluir que a lei nova, não sendo retroativa, apenas pode aplicar-se a efeitos futuros de contratos celebrados ao abrigo da nova lei, *estando vedada a sua aplicação imediata inclusive a efeitos futuros de contratos passados*. E não custa perceber que integram o referido «estatuto do contrato», imune à lei nova, à partida, todas as matérias que são suscetíveis de interferir com a composição de interesses e com o programa contratual que as partes acertaram entre si no momento da celebração do contrato, e que poderiam ter sido diferentes se as partes pudessem ter antecipado o regime da nova lei.
- 17.<sup>a</sup> Não obstante, por vezes admite-se que a lei nova, mesmo referindo-se a contratos e impactando no seu conteúdo, possa abstrair do facto constitutivo dessas situações jurídicas quando diga respeito a um «estatuto legal».
- 18.<sup>a</sup> O critério de distinção entre o «estatuto contratual» e o «estatuto legal» joga-se na ideia de que as disposições normativas atinentes a um «estatuto legal» assumem um *caráter institucional*, isto é, visam aspetos essenciais de uma «instituição jurídica» — como o são o matrimónio ou a propriedade —, aspetos esses que têm amplo interesse para a sociedade ou para um conjunto alargado de pessoas. Diversamente, as normas de um «estatuto contratual» incidem sobre aspetos das situações jurídicas contratuais especificamente criadas no quadro das instituições jurídicas pré-existentes, e cujo impacto na configuração dessas instituições, na sua morfologia essencial e na sua organização, é reduzido ou mesmo nulo.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



- 19.<sup>a</sup> É importante notar, porém, que as normas relativas a um «estatuto legal» não equivalem nem se confundem com normas injuntivas ou de «ordem pública».
- 20.<sup>a</sup> Quando muito, poder-se-á aceitar que, frequentemente, as novas normas que concernem a um «estatuto legal» são normas que integram uma ordem pública especialmente qualificada, não se prendendo com simples contingências de regulamentação, antes incidindo sobre o que há de estrutural num complexo normativo.

(C)

- 21.<sup>a</sup> A pergunta a que importa responder para resolver os problemas suscitados na Consulta é a de saber qual a competência temporal da norma do artigos 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, à luz dos critérios de determinação da competência temporal das «leis não retroativas» consagrados no artigo 12.º, n.º 2 do Código Civil, e saber, então, se tais normas se podem aplicar à execução futura de contratos celebrados ao abrigo da «lei antiga».
- 22.<sup>a</sup> Deve-se fazer uma precisão terminológica de grande importância. Apesar de na análise destes problemas se utilizarem-se locuções tais como «conflito de leis no tempo» ou «aplicação da lei nova», trata-se na realidade de meras facilidades de linguagem enraizadas na cultura jurídica, pois em bom rigor a «lei» e os «diplomas legais» não contêm âmbitos de aplicabilidade (temporais, espaciais ou outros). Uma lei, enquanto tal, é um mero ato jurídico que expressa um conjunto de enunciados textuais dos quais se podem retirar, por interpretação, normas jurídicas. E são as normas que possuem âmbitos de aplicabilidade, designadamente temporais, aos casos da vida.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

- 23.<sup>a</sup> Não se extraindo do Decreto-Lei n.º 194/2009 uma intenção de que todas as suas normas se apliquem aos contratos de concessão em curso à data do seu início de vigência – ou a partir de qualquer outra data no futuro –, cabe ao intérprete aquilatar se cada uma das normas do diploma em causa se deve, ou não, aplicar aos referidos contratos, num exercício casuístico de resolução de um conflito *de normas*, e não de leis, no tempo.
- 24.<sup>a</sup> Como se antecipou, um dos aspetos em que o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, se afastou do regime predecessor concerne ao prazo máximo de duração da concessão. Nos termos do disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, “*não pod[e] este prazo exceder, incluindo a duração de qualquer prorrogação, 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário*”; diversamente, o Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, admitia que as concessões fossem atribuídas até um período máximo de 50 anos (cf. o artigo 8.º), e não limitava eventuais prorrogações ao prazo máximo previsto.
- 25.<sup>a</sup> Ora, o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, contém dois segmentos normativos diferentes: (i) um que reduz o prazo máximo deste tipo de concessão; e (ii) um outro que impede que “*qualquer prorrogação*” possa ultrapassar este novo prazo máximo. E o que cumpre desvendar, nesta sede, é se estas duas novas injunções são ou não aplicáveis aos contratos de concessão já existentes à data da entrada em vigor do regime de 2009.
- 26.<sup>a</sup> Quanto à norma contida no artigo 34.º daquele diploma legal que abrevia o prazo máximo da concessão, esta incide muito claramente sobre o conteúdo das situações jurídicas contratuais *sem abstrair* do respetivo facto constitutivo, pelas seguintes razões: (i) o prazo da concessão é um elemento do negócio que é intrinsecamente modelado pela vontade das partes, e o equilíbrio do contrato, no seu todo, está dependente desse prazo; (ii) a alteração legislativa

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

em causa não respeita a um «estatuto legal», pois não reconfigura os traços identitários fundamentais das concessões de serviço público, nem assenta em razões de uma ordem pública particularmente imperiosa.

- 27.<sup>a</sup> Pretender, que um contrato celebrado por um prazo superior a 30 anos ao abrigo do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 3 de novembro, teria agora de se reger pelo disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, passando a estar limitado a um prazo máximo de 30 anos, seria desfigurar significativa e violentamente o equilíbrio contratual pressuposto pelas partes, e colocar em causa a segurança jurídica, princípio consagrado no artigo 2.º da Constituição.
- 28.<sup>a</sup> Deste modo, o disposto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 quanto ao prazo máximo da concessão não se aplica aos contratos pré-existentes àquele diploma legal. Ou seja, o prazo máximo das concessões de águas, saneamento e resíduos, para os contratos celebrados antes do início de vigência do regime de 2009, continua a ser 50 anos.
- 29.<sup>a</sup> O segundo segmento relevante do enunciado do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, é aquele onde se afirma que o prazo máximo da concessão *inclui a duração de qualquer prorrogação*.
- 30.<sup>a</sup> O problema está em que, pela formulação do enunciado daquele artigo 34.º – *“qualquer prorrogação”* –, surge a dúvida sobre se não estão também limitadas ao prazo máximo definido aquelas prorrogações que se destinam a repor o equilíbrio económico-financeiro da concessão. A ser assim, os contratos de concessão não poderiam sofrer uma extensão do seu prazo de vigência, fossem quais fossem as razões que a determinassem, para lá do prazo legal máximo previsto neste artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

- 31.<sup>a</sup> Contudo, também o disposto nesta parte do artigo 34.º não pode ser aplicado aos contratos anteriores ao Decreto-Lei n.º 194/2009 (e que subsistem para lá deste), porquanto, novamente, está-se perante uma alteração legislativa que pretende regular o regime ou o «estatuto do contrato», não se abstraindo, por isso, do facto constitutivo das relações contratuais em causa.
- 32.<sup>a</sup> Efetivamente, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, às partes em contratos de concessão de águas, saneamento e resíduos, não era de modo algum vedado (i) repor o equilíbrio económico-financeiro da concessão mediante uma prorrogação do prazo do contrato (ii) para além do prazo máximo da concessão legalmente previsto.
- 33.<sup>a</sup> Nestes termos, nunca se poderia considerar que a alteração legislativa sob análise, a dar-se-lhe o sentido de abranger as prorrogações destinadas à reposição do equilíbrio da concessão, abstraísse do facto constitutivo das situações contratuais jurídico-concessórias, pois o título constitutivo dessas relações contratuais modelou o seu conteúdo no que respeita à adoção da prorrogação como modo de reposição do equilíbrio e quanto ao seu alcance.
- 34.<sup>a</sup> Adicionalmente, repare-se, uma tal limitação jamais poderia ser vista como pertencendo a uma ordem pública qualificada, estando a confirmá-lo o facto de o CCP, diploma legal que regula genericamente os contratos de concessão de serviços públicos, admitir sem reservas que as prorrogações corretoras ultrapassem o prazo máximo supletivamente previsto (cf. artigo 410.º, n.º 1).
- 35.<sup>a</sup> Todavia, refira-se o seguinte: mesmo que se propugnasse que o prescrito no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, na dimensão vinda de dissecar, se aplicava aos contratos de concessão passados, a prorrogação com intuito de reposição do equilíbrio do contrato sempre poderia ser determinada até um prazo máximo de 50 anos, pois o segmento normativo do citado artigo 34.º que

Sêrvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

reduz o prazo máximo das concessões – segmento com um âmbito temporal de competência autónomo e próprio – não lhes é aplicável.

É este, salvo melhor opinião, o nosso parecer.

Lisboa, agosto de 2023

---

**J.M. SÊRVULO CORREIA**

Professor Catedrático Jubilado  
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Doutor e Agregado em Direito

Advogado

---

**JOÃO AMARAL E ALMEIDA**

Docente Convidado da Faculdade de Direito  
da Universidade Católica Portuguesa

Advogado

---

**GONÇALO BARGADO**

Advogado

**PARECER**

**Sobre duas questões relativas ao Terceiro  
Aditamento ao Contrato de Concessão da  
Exploração e Gestão dos Serviços Públicos  
Municipais de Abastecimento de Água e de  
Saneamento de Barcelos**

**Emitido a pedido de Águas de Barcelos, S.A.**

Lisboa, julho de 2023

## Índice

1.	Consulta e razão de ordem	4
2.	Primeira questão: a fiscalização prévia do Terceiro Aditamento	10
2.1	Ponto prévio: Tribunal de Contas, controlo financeiro e visto	10
2.2	Finalidade e efeitos do visto em geral	13
2.3	Incidência do poder de fiscalização prévia do TdC	15
2.3.1	Incidência subjetiva	15
2.3.2	Incidência objetiva	17
2.3.3	O caso particular do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão	21
2.3.3.1	O quadro de poderes de pronúncia do Tribunal de Contas em face dos demais Tribunais	24
2.3.3.2	Consequências ao nível da finalidade e dos limites da fiscalização prévia	27
2.3.3.3	Corolário: confirmação da não sujeição do Terceiro Aditamento a fiscalização prévia do TdC	30
3.	Segunda questão: a prorrogabilidade da Concessão	32
3.1	Ponto prévio: da prorrogabilidade da Concessão à luz do diploma de 2009	33
3.1.1	As duas modalidades de prorrogação dos contratos de obras ou serviços públicos: <i>premia</i> e <i>corretora</i>	34
3.1.1.1	Legitimidade da prorrogação em face do princípio da concorrência	36
3.1.1.2	Incidência de normas de duração máxima	39
3.1.2	Da necessidade de interpretar restritivamente o artigo 34.º do DL 194/2009	41
3.2	O artigo 12.º do CC e as diretrizes constitucionais que o enfermam	46
3.2.1	Os diversos índices em que se estrutura o princípio da confiança	46
3.2.2	O princípio da não retroatividade das leis e sua concretização	50
3.2.3	Corolário: inaplicabilidade do DL 194/2009 à prorrogação do Contrato	54
3.3	Da inaplicabilidade do artigo 297.º do CC ao prazo de vigência da Concessão	54

# GARRIGUES

<b>3.3.1</b>	<b>Exclusão dos prazos fixados pelas partes</b>	<b>55</b>
<b>3.3.2</b>	<b>(Ir)relevância da natureza injuntiva das normas aplicáveis</b>	<b>56</b>
<b>4.</b>	<b>Conclusões</b>	<b>58</b>

## 1. Consulta e razão de ordem

Solicita-nos a Águas de Barcelos, S.A. (“**AdB**”, “**Concessionária**” ou “**Consulente**”) que nos pronunciemos, por um lado, sobre a questão de saber se o *terceiro aditamento* ao Contrato de Concessão da Exploração e Gestão dos Serviços Públicos Municipais de Abastecimento de Água e de Saneamento de Barcelos (“**Contrato de Concessão**” ou, simplesmente, “**Contrato**” ou “**Concessão**”), celebrado em 27.9.2004 por aquela sociedade com o Município de Barcelos (“**MdB**” ou “**Concedente**”) estará juridicamente sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas (“**TdC**”) para que possa produzir os seus efeitos.

Por outro lado, a AdB pede igualmente o nosso Parecer quanto a saber se é juridicamente admissível que as Partes convençionem, no referido aditamento, a prorrogação do prazo inicial do Contrato por um período adicional de 20 anos (perfazendo assim o mesmo uma duração total de 50 anos), enquanto modo de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, entre os vários que se destinam a regular os termos concretos da satisfação do crédito de que o MdB é devedor – e aquela credora – na sequência de decisão arbitral transitada em julgado.

A título de enquadramento, informa-nos a Consulente que:

- a) Em 27.9.2004, foi celebrado, entre o MdB e a AdB, o Contrato de Concessão pelo prazo de 30 anos, contados a partir da data de início do período de funcionamento da Concessão;
- b) Após a celebração pelas Partes de um *primeiro aditamento*, em 7.1.2005, através do qual foi excluído o anexo 16, designado por contrato de construção, o Contrato de Concessão foi visado pelo TdC, em 10.1.2005;
- c) O período de funcionamento da Concessão (*dies a quo*) teve início em 24.1.2005, data em que foi assinado pelas Partes o “Auto de Consignação”;
- d) Em 12.6.2008, as Partes celebraram um *segundo aditamento* ao Contrato de Concessão, com o propósito de substituir a fórmula de revisão do tarifário, clarificar o cálculo da atualização da retribuição do Concedente e rever o plano de investimentos;

# GARRIGUES

- e) Em 10.7.2009, a AdB dirigiu ao Concedente um pedido de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, nos termos previstos na cláusula 87.<sup>a</sup> do Contrato, assente na deteção de elevados desvios entre os caudais de abastecimento previstos no caso base e os caudais reais verificados, com impacto na redução de receitas geradas pelos serviços concedidos, o que terá ainda limitado a continuidade da execução do plano de investimento previsto no Contrato de Concessão;
- f) O MdB não aceitou a pretensão da Concessionária, pelo que esta demandou aquele, em 29.6.2010, desencadeando uma arbitragem cujo Tribunal se constituiu em 22.12.2010, na sequência da notificação às Partes da fixação em definitivo das regras processuais a observar;
- g) Em 18.1.2012, o Tribunal Arbitral proferiu o acórdão (o “**Acórdão Arbitral**”) através do qual julgou procedente o pedido de reposição do equilíbrio económico-financeiro formulado pela Concessionária mediante:
  - (i) A alteração do caso base nos termos constantes da petição inicial da AdB;
  - (ii) O pagamento do Concedente à AdB do valor necessário para repor o equilíbrio posto em causa pelos desvios de caudais dos anos de 2005 a 2009, ou seja, o montante de € 24.602.600,00, acrescido de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não fosse efetuado até ao trânsito em julgado da decisão; e
  - (iii) O pagamento do Concedente à AdB de uma compensação financeira anual entre 2010 e o termo do Contrato no valor anual de € 5.897.179,00, a preços de 2010, sendo cada prestação anual acrescida de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não fosse (seja) efetuado até ao fim do ano do respetivo vencimento.
- h) Posteriormente, foi instaurada pela Concessionária contra o Concedente uma ação executiva para pagamento de compensação financeira, na parte, entretanto, vencida, com base no Acórdão Arbitral, processo que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, 1.<sup>a</sup> unidade orgânica, sob o n.º 408/12.9BELSB;

# GARRIGUES

- i) Por sua vez, o Concedente instaurou contra a Concessionária uma ação de anulação do Acórdão Arbitral, processo que correu termos no Tribunal Central Administrativo Norte (“**TCAN**”), sob o n.º 1/12.6BCPRT;
- j) Foi ainda instaurada pela Concessionária contra o Concedente uma ação relativa à garantia bancária, processo que se encontra pendente no Tribunal da Relação de Lisboa, sob o n.º 788/13.9TVLSB;
- k) Por acórdão de 14.3.2014, o TCAN julgou totalmente improcedente a ação de anulação do Acórdão Arbitral, tendo o Concedente interposto recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, que, entretanto, confirmou a decisão do TCAN, e para o Tribunal Constitucional, que, por seu turno, decidiu não conhecer do mesmo, decisão mantida pela conferência na sequência da reclamação do MdB;
- l) Em face do exposto nas alíneas anteriores, o Acórdão Arbitral transitou em julgado;
- m) Na referida decisão arbitral, sem prejuízo do aí decidido, o Tribunal aludiu à plausibilidade de “outros caminhos para as Partes alcançarem o determinado, caminhos esses que passam pela negociação entre as Partes”, mais referindo que, “[n]o caso de uma tal negociação, o valor da compensação financeira determinada deverá consequentemente ser ajustado”; convocando, por outro lado, o resultado da perícia económico-financeira realizada no âmbito do referido processo, o Tribunal Arbitral sublinhou ainda que “uma «solução mista» (nomeadamente uma que combine o pagamento da compensação financeira com um aumento de tarifas) é provavelmente a que melhor satisfará o conjunto de interesses em presença”, pelo que “os árbitros permitem-se até recomendar que, na eventual e desejável negociação a que as Partes procedam na sequência da presente decisão, sejam tidas em conta as várias configurações que uma «solução mista» pode comportar” (cfr. o Acórdão Arbitral, pp. 225-226);
- n) Em 2.3.2017, foi outorgado entre as Partes um “Memorandum de Entendimento” destinado a acordar os textos das minutas que: (i) visavam ultrapassar por acordo todas as litigâncias pendentes; (ii) regular um acordo de reposição do equilíbrio financeiro da Concessão (assim plasmando, por via de acordo bilateral, os direitos advenientes das decisões arbitrais/judiciais transitadas em julgado); e ainda (iii) enquadrar a transmissão de 49% das ações representativas do capital social da

Concessionária, e de créditos acionistas sobre esta, para a propriedade do Concedente, por via da respetiva aquisição por parte deste;

- o) Tal Memorandum de Entendimento não teve seguimento e acabou por não ser concretizado, nem implementadas as soluções negociais estipuladas, tendo o Concedente, mais tarde, reconhecido que algumas das soluções ali preconizadas não se afiguravam adequadas, seja porque penalizariam excessivamente os utilizadores por via da progressão prevista para as tarifas, seja porque o MdB considerou entretanto que não se afigurava adequada a sua entrada para o capital da Concessionária, em linha com o parecer a esse respeito emitido pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (“**ERSAR**”);
- p) As Partes renegociaram e concluíram, em 22.3.2023, um novo acordo (o “**Acordo**”), através do qual, “[c]om vista ao cumprimento do Acórdão Arbitral e à concretização da reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, (...) acordam em proceder à reposição, alterando o Contrato de Concessão nos termos constantes do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão e seus anexos, cuja minuta final consta do Anexo I [ao Acordo], através das seguintes modalidades cumulativas: a) Prorrogação do prazo do Contrato de Concessão por mais 20 (vinte) anos; b) Revisão do Tarifário; c) Revisão do Plano de Investimentos a cargo da Concessionária; d) Revisão do Plano de Investimentos Municipal; e) Eliminação da obrigação de pagamento de retribuição à Concedente; f) Alteração dos termos do exercício do resgate; g) Pagamento de compensação financeira à Concessionária” no montante de € 18.000.000,00 (cfr. cláusula 2.<sup>a</sup>, n.º 1, do Acordo);
- q) Por via do Acordo, as Partes acordaram “ainda em proceder à adaptação do Contrato de Concessão ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto” (cfr. cláusula 2.<sup>a</sup>, n.º 2);
- r) A produção de efeitos do Acordo ficou sujeita à verificação cumulativa das seguintes condições: (i) obtenção de parecer prévio não vinculativo, ou decurso do prazo para a emissão do mesmo, da ERSAR; (ii) obtenção das autorizações aplicáveis dos bancos financiadores; (iii) obtenção de todas as necessárias deliberações da Câmara Municipal e da Assembleia Municipal de Barcelos e do Conselho de Administração da AdB; (iv) outras condições que possam ser impostas pelos bancos financiadores nos termos das respetivas autorizações; e (v) assinatura do terceiro

aditamento ao Contrato de Concessão e seus anexos – “**Terceiro Aditamento**” (cfr. cláusula 8.<sup>a</sup>, n.º 1, do Acordo);

- s) Na sequência do pedido de parecer submetido pela Câmara Municipal de Barcelos, a ERSAR pronunciou-se, em 19.5.2023, sobre a minuta do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão, nos termos das disposições conjugadas do artigo 11.º, n.º 4, alínea c), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto (“**DL 194/2009**”) e do artigo 24.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, que aprova os Estatutos da ERSAR (o “**Parecer da ERSAR**”);
- t) No Parecer da ERSAR, esta entidade reguladora sublinhou que, sem prejuízo das condicionantes nele identificadas, “não deixa de ser relevante que o presente aditamento consubstancia um entendimento entre as partes que, simultaneamente, extingue as ações judiciais em curso, que consubstanciam um litígio moroso e complexo que em nada beneficia as partes envolvidas, e permite, em princípio, um adequado desenvolvimento dos serviços concessionados” (cfr. o Parecer da ERSAR, p. 7);
- u) No mesmo parecer, o regulador reconhece ainda “que, no caso em discussão, o fundamento que justifica o Acordo Global e, na sua sequência, a modificação do contrato de concessão é complexo e não encontra enquadramento direto no regime contratual e legal [citado pela ERSAR (nomeadamente o DL 194/2009)], porquanto resulta de um Acórdão Arbitral, já transitado em julgado” (cfr. o Parecer da ERSAR, p. 10);
- v) No entanto, quando se pronuncia especificamente sobre a prorrogação do prazo da Concessão, enquanto um dos modos eleitos de reposição do equilíbrio económico-financeiro daquela, a ERSAR acaba por concluir que tal modificação do Contrato é inviável, porquanto o DL 194/2009 – diploma que o referido regulador entende dever ser tido em consideração para efeitos da análise à modificação do Contrato de Concessão, por via da regra contida no respetivo artigo 80.º, n.º 2 – o não permite, uma vez que veio limitar a duração máxima deste tipo de contratos a 30 anos, incluindo prorrogações, sendo certo que o presente Contrato foi já originariamente celebrado por aquele período, ainda que ao abrigo do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro (“**DL 379/93**”);

# GARRIGUES

w) A ERSAR, convocando igualmente o disposto no artigo 297.º do Código Civil (“CC”) – regra geral de direito dirigida à aplicação no tempo de leis sobre prazos –, conclui, assim, que, contrariamente ao pretendido pelas Partes (prorrogação por mais 20 anos, para um total de 50 anos), apenas seria possível em tese prorrogar a duração da Concessão por mais 8 anos, na medida em que: (i) o DL 194/2009 entrou em vigor a 1.1.2010; (ii) assim permitindo a vigência do Contrato até 31.12.2039 (30 anos a contar da entrada em vigor do diploma) – ou seja, mais 5 anos face ao termo atual; (iii) pese embora o DL 194/2009 (artigo 80.º, n.º 2) tenha conferido às Partes um prazo adicional de adaptação de 3 anos, perfazendo-se, deste modo, um total de 8 anos de prorrogação, em abstrato, possível (cfr. o Parecer da ERSAR, pp. 12-13).

É, pois, neste específico contexto que importa responder às questões da Consulta de saber, recordemo-lo, por um lado, se, em face das pertinentes regras aplicáveis, a produção de efeitos do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão estará dependente da obtenção de visto por parte do TdC, no âmbito do competente processo de fiscalização prévia; por outro lado, se, contrariamente ao sustentado pelo regulador setorial no seu Parecer, é juridicamente admissível que as Partes convençionem, no referido aditamento, a prorrogação do prazo inicial do Contrato por um período adicional de 20 anos (perfazendo assim o mesmo uma duração total de 50 anos), enquanto modo de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, considerando, em particular, as disposições conjugadas do DL 194/2009, dos artigos 12.º e 297.º do CC e da Constituição Portuguesa de 1976.

## 2. Primeira questão: a fiscalização prévia do Terceiro Aditamento

### 2.1 Ponto prévio: Tribunal de Contas, controlo financeiro e visto

Como é por demais sabido, toda a atividade de gestão exige, para ser eficaz, um bom sistema de controlo – ideia válida, portanto, para os domínios da *gestão pública* e da *gestão privada*<sup>1</sup>.

A par de um *controlo financeiro interno* – desenvolvido por órgãos e serviços de fiscalização dotados de independência técnica, inseridos na estrutura interna de uma entidade, organismo ou instituição –, as entidades públicas são, hoje, igualmente sujeitas a um *controlo financeiro externo*, o qual revela uma independência mais ampla do órgão de fiscalização, porque livre de ingerências de outros órgãos<sup>2</sup>.

É justamente deste último tipo o controlo exercido, em Portugal, pelo TdC, o qual é, em primeira linha, um órgão de *garantia objetiva da legalidade* e da *boa gestão financeira*, atuando, no fundo, como defensor direto do *interesse público* e como defensor indireto dos *interesses dos cidadãos*<sup>3</sup>.

O TdC é, estrutural e funcionalmente, um *tribunal*, mais propriamente, um *tribunal financeiro*, um *órgão de soberania* independente – seguramente não inserido, portanto, na Administração Pública – cuja organização e atividade encontra respaldo no artigo 214.º da Constituição da República Portuguesa (“**CRP**”) e na Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do TdC – “**LOPTC**”), alterada.

Trata-se de um tribunal supremo, único na sua ordem jurisdicional, de controlo externo e independente da *atividade financeira* (isto é, das receitas, despesas e património públicos), que julga, complementarmente, a responsabilidade financeira<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., nesta linha, JOSÉ F. F. TAVARES, “Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, PEDRO COSTA GONÇALVES (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 967.

<sup>2</sup> Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, “Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas”, cit., p. 968.

<sup>3</sup> Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, “Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas”, cit., p. 969.

<sup>4</sup> Cfr., neste sentido, JOSÉ F. F. TAVARES, “Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas”, cit., p. 971.

Quais são, então, os poderes (leia-se, competências) que a CRP e a LOPTC conferem ao TdC para serem exercidos no quadro da sua jurisdição, com vista à prossecução das respetivas atribuições?

*Primo*, importa mencionar serem múltiplos e complexos os poderes legalmente atribuídos ao TdC, os quais podem diferenciar-se de acordo com os critérios a seguir adiantados, tendo por base o disposto no artigo 214.º da CRP e, designadamente, o previsto nos artigos 5.º e 6.º da LOPTC<sup>5</sup>:

a) *Critério da natureza dos poderes:*

- Poderes de *fiscalização/controlo*: atividade técnica de apreciação da gestão financeira pública, materializada, *v.g.*, nos pareceres sobre a Conta Geral do Estado, em relatórios de auditoria e em relatórios de análise e verificação de contas (cfr. artigo 5.º, n.º 1);
- Poderes *jurisdicionais*: em especial, de julgamento da responsabilidade financeira, tendo como base, designadamente, as contas e os resultados da fiscalização realizada (cfr. artigo 5.º, n.º 1);
- Poderes *consultivos*: competência consultiva relativamente a projetos legislativos em matéria financeira (cfr. artigo 5.º, n.º 2), e competência material complementar em termos de propositura de medidas legislativas e administrativas que se mostrem necessárias ao exercício das suas competências (cfr. artigo 6.º, alínea d)).

b) *Critério do momento do exercício do controlo:*

- Poderes de *fiscalização prévia* (ou *a priori*): visam averiguar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou de responsabilidades financeiras estão conformes com as leis em vigor e se os encargos deles resultantes estão cabimentados em verba orçamental própria (cfr. artigo 44.º, n.º 1);

---

<sup>5</sup> Cfr. de novo JOSÉ F. F. TAVARES, “Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas”, cit., pp. 976 e ss..

- Poderes de *fiscalização concomitante*: traduzidos no acompanhamento da execução de atos, contratos, orçamentos, programas e projetos e, em geral, da atividade financeira pública (cfr. artigo 49.º, n.º 1);
- Poderes de *fiscalização sucessiva* (ou *a posteriori*): função consubstanciada na apreciação da atividade financeira e dos sistemas de gestão e de controlo interno, podendo conduzir ao julgamento da responsabilidade financeira (cfr. artigos 50.º e ss.).

c) *Critério do conteúdo dos poderes de controlo*:

- Controlo da *legalidade stricto sensu* e da *regularidade*: controlo da legalidade e da regularidade das receitas e das despesas públicas (cfr. artigo 5.º, n.º 1);
- Controlo *económico* (economia, eficiência e eficácia): apreciação da boa gestão financeira, numa lógica de juridicidade (cfr. artigo 5.º, n.º 1).

A **fiscalização prévia** (*ex ante audit*) – tema que, aqui, tendo em conta o objeto da Consulta, particularmente nos interessa – configura quer um poder de controlo, quer um poder jurisdicional, conforme tem sido amplamente reconhecido, concretizando-se através do visto do TdC ou da declaração de conformidade emitida pelos serviços de apoio do TdC (serviços administrativos), mas com homologação deste Tribunal.

Na medida em que impliquem a realização de despesas públicas ou envolvam a assunção de responsabilidades financeiras, a lei faz depender a eficácia (jurídica e/ou financeira) de certos atos, contratos e outros instrumentos jurídicos de uma “aprovação” prévia do TdC<sup>6</sup>.

O visto consubstancia, em traços simples, um ato de controlo que incide sobre atos, contratos e outros instrumentos financeiros (tangíveis, por assim dizer) e não sobre atividades globalmente consideradas. Além disso, recai apenas sobre *certos* atos e contratos da Administração no exercício da função administrativa e atos e contratos de direito privado<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 366.

<sup>7</sup> Cfr., sobre o ponto, JOSÉ F. F. TAVARES, *O Tribunal de Contas. Do visto, em especial – conceito, natureza e enquadramento na actividade de administração*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 205-206.

Na definição dada por JOSÉ F. F. TAVARES, o visto consiste num “acto jurídico unilateral no exercício de poderes de autoridade (ou da função) de controlo prévio da validade de actos e contratos de administração, tendo como finalidade essencial a prevenção na realização de despesas públicas em desconformidade com a ordem jurídica”<sup>8</sup>.

Esta noção de visto parece apontar para a natureza materialmente jurisdicional do mesmo<sup>9/10</sup>, pese embora esta posição não seja completamente isenta de controvérsia, havendo Autores que defendem que ele se inseriria antes no exercício da atividade administrativa do TdC<sup>11</sup>. É ponto sobre o qual não importa tomar aqui opinião.

## 2.2 Finalidade e efeitos do visto em geral

A *finalidade* da figura do visto prévio encontra-se expressamente prevista no artigo 44.º, n.º 1, da LOPTC, nos termos do qual “[a] fiscalização prévia tem por fim verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”. Isto mesmo resulta também da primeira parte do n.º 1 do artigo 1.º daquela lei, de acordo com a qual “[o] Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas”.

---

<sup>8</sup> Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, *O Tribunal de Contas. Do visto, em especial – conceito, natureza e enquadramento na actividade de administração*, ob. cit., p. 120.

<sup>9</sup> No mesmo sentido, cfr. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18.6.2003, proferido no processo n.º 041969, onde pode ler-se, logo no ponto I do respetivo Sumário, que: “[o] Tribunal de Contas enquanto “*órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas*”, ao conceder ou recusar o visto, fá-lo ao abrigo de uma competência jurisdicional própria (...)”.

<sup>10</sup> Numa ótica mais genérica, admitindo que o controlo da legalidade financeira, compreendido como controlo formal desta legalidade no sentido tradicional, justifica a aproximação à atividade jurisdicional de controlo da legalidade, cfr. a anotação ao artigo 214.º da Constituição por J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 573 e ss..

<sup>11</sup> Sufragando o entendimento de que o visto do TdC configura um *ato de controlo no exercício da atividade administrativa deste Tribunal*, cfr., entre outros, CARLOS DE ALMEIDA SAMPAIO, “O Tribunal de Contas e a natureza dualista do controlo financeiro externo”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 667; JOÃO CAUPERS, “A Administração entalada: não feche o Tribunal de Contas as portas que o legislador abriu!”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 33, maio/junho de 2002, pp. 3 e ss.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, 10.ª edição, 10.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 288-289 e 526-529; TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª edição, Coimbra, 1995, p. 128, nota 1; TIAGO DUARTE, “Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can!”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 71, setembro/outubro de 2008, pp. 31-37.

A fiscalização prévia situa-se, portanto, no campo estrito da verificação do cumprimento da lei (em sentido amplo), pelo que a recusa de visto tem de se fundamentar, justamente, numa *ilegalidade*.

Constitui, então, motivo de recusa de visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos com as leis em vigor que implique: (i) nulidade; (ii) encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; ou (iii) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro<sup>12</sup> (cfr. artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC).

Sem prejuízo deste prévio enquadramento geral sobre a *finalidade* do visto prévio do TdC, como se verá, justifica-se ainda regressar adiante ao ponto, convocando mais detidamente o elemento *teleológico*, concretamente em sede de interpretação das pertinentes regras disciplinadoras da *incidência objetiva* do poder de fiscalização prévia daquele Tribunal.

Por outro lado, a respeito dos *efeitos do visto*, cumpre salientar que, regra geral, este é apenas condição de *eficácia financeira* dos atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia (*ato integrativo de eficácia*), na medida em que estes instrumentos podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, exceto quanto aos pagamentos a que derem causa e sem prejuízo do disposto nos números seguintes ao n.º 1 do artigo 45.º (“Efeitos do visto”) da LOPTC (cfr. n.º 1 desta disposição legal). Nessas situações, a recusa do visto produz apenas efeitos *prospetivos*, determinando a ineficácia jurídica dos atos, contratos e restantes instrumentos após a data da notificação da respetiva decisão aos serviços ou organismos interessados (cfr. artigo 45.º, n.º 2, da LOPTC).

Por outro lado, os atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do TdC, cujo valor seja superior a € 950.000,00, não produzem *quaisquer efeitos* (nem jurídicos, nem financeiros) antes do visto ou da declaração de conformidade (cfr. artigo 45, n.º 4, da LOPTC) – aspeto este, sublinhe-se, que teria necessariamente de ser tido

---

<sup>12</sup> Nestes casos, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar, no futuro, tais ilegalidades (cfr. artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC).

em conta caso se viesse a entender que o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão estaria sujeito a visto prévio.

## **2.3 Incidência do poder de fiscalização prévia do TdC**

Vimos que o poder de fiscalização prévia do TdC se traduz num poder de concessão ou de recusa de visto (ou declaração de conformidade) para determinados atos, contratos ou instrumentos geradores de despesa pública ou de encargos e responsabilidades financeiras públicas, com vista ao controlo prévio da sua legalidade e cabimento orçamental.

Importa agora, para responder à primeira questão da Consulta, perceber se e em que medida o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão se insere no âmbito de exercício do referido poder por parte do TdC. Assim: a incidência da fiscalização prévia do TdC abrange o acordo modificativo do Contrato de Concessão a celebrar entre o MdB e a AdB?

A incidência do poder de fiscalização é recortada através de pressupostos de índole subjetiva e objetiva, consagrados na LOPTC.

### **2.3.1 Incidência subjetiva**

Num *plano subjetivo*, o poder de fiscalização incide, em geral, sobre o conjunto de entidades previstas no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, por remissão para o artigo 2.º do mesmo diploma, a saber:

(i) Entidades referidas no artigo 2.º, n.º 1, da LOPTC, as quais incluem:

- Estado e seus serviços;
- Regiões Autónomas e seus serviços;
- Autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como áreas metropolitanas;
- Institutos públicos;
- Instituições de segurança social;

- (ii) Entidades mencionadas no artigo 2.º, n.º 2, alíneas a), b) e c), da LOPTC, as quais incluem:
- Associações públicas, associações de entidades públicas ou associações de entidades públicas e privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão;
  - Empresas públicas, incluindo as entidades públicas empresariais;
  - Empresas municipais, intermunicipais e regionais; e
- (iii) Entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou.

Em face do que antecede, é notório que existe, em grande medida, uma coincidência – posto que não perfeita, antes tendencial – entre o âmbito subjetivo de incidência da fiscalização prévia pelo TdC e o âmbito subjetivo de aplicação do Código dos Contratos Públicos (“CCP”)<sup>13</sup>. Isto, na medida em que o âmbito subjetivo de controlo do TdC abrange, de uma forma geral, grande parte das entidades integrantes do *setor público administrativo* e do *setor público empresarial*, pertencentes, por conseguinte, às chamadas *administrações central* (direta e indireta) e *autónoma* (local e regional).

Neste sentido, é, então, possível afirmar que o MdB, Concedente na relação contratual sobre que incidirá o projetado Terceiro Aditamento, por configurar uma *autarquia local*, integrante do setor público administrativo, está sujeito à jurisdição e poderes de controlo financeiro externo do TdC, conforme flui do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.

Mas tal constatação não basta para subsumir o acordo modificativo do Contrato de Concessão no âmbito da fiscalização prévia do TdC.

---

<sup>13</sup> Cfr., a este propósito, os artigos 2.º, 3.º, 7.º e 8.º, todos do CCP. No sentido desta tendencial equivalência, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 369.

## 2.3.2 Incidência objetiva

Em termos objetivos, a fiscalização prévia do TdC incide, em traços largos, sobre “a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento directo ou indirecto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou” (cfr. artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC).

O âmbito objetivo de aplicação da fiscalização prévia, assim genericamente delimitado num dispositivo inicial da LOPTC, é depois explicitado e concretizado no n.º 1 do artigo 46.º, como veremos.

Este último preceito, sob a epígrafe “Incidência da fiscalização prévia”, define o âmbito objetivo de aplicação da fiscalização prévia (nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º) de forma *taxativa*, o que facilmente se compreende se atentarmos na tendência legislativa verificada ao longo dos últimos anos em termos de progressiva redução do campo de ação do controlo financeiro preventivo do TdC, em prol do robustecimento das formas de fiscalização concomitante e sucessiva<sup>14/15</sup>.

De acordo com o n.º 1 do artigo 46.º, estão sujeitos à fiscalização prévia do TdC, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º:

- a) Todos os *atos* de que resulte o aumento da *dívida pública fundada* dos serviços e fundos do Estado e das Regiões Autónomas com autonomia administrativa e financeira, e das demais entidades referidas nas alíneas c) a e) do n.º 1 do artigo 2.º, bem como os *atos* que modifiquem as condições gerais de empréstimos visados;

---

<sup>14</sup> Cfr., sobre o enquadramento legislativo infraconstitucional do TdC (até 1989 e as reformas de 1989, de 1997 e de 2006) na vigência da Constituição de 1976, PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*, 2.ª edição, Editora Petrony, Lisboa, 2017, pp. 101 e ss..

<sup>15</sup> Cfr., neste sentido, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 14/06/1999, n.º PGRP00001094, Relator: Lourenço Martins.

- b) Os *contratos* de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa nos termos do artigo 48.º, quando reduzidos a escrito por força da lei;
- c) As *minutas dos contratos* de valor igual ou superior ao fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração;
- d) Os *atos* ou *contratos* que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras;
- e) Os *atos* ou *contratos* que formalizem modificações objetivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48.º.

No que toca a este n.º 1 do artigo 46.º, cabe frisar que, para os respetivos efeitos, deverão ser remetidos ao TdC os documentos que representem, titulem ou deem execução aos *atos* e *contratos* ali enumerados (cf. n.º 6).

Esclarece, depois, o n.º 2 do mesmo artigo 46.º que, no quadro das alíneas b) a e) do n.º 1, consideram-se *contratos* os acordos, protocolos, apostilhas ou outros instrumentos de que resultem ou possam resultar encargos financeiros ou patrimoniais – trata-se, pois, de um *conceito jurídico-financeiro de contrato*<sup>16</sup>.

Ademais, reza o n.º 4 do artigo 46.º que o TdC e os seus serviços de apoio exercem as respetivas competências de fiscalização prévia de *modo integrado* com as formas de fiscalização concomitante e sucessiva, sendo aquela forma de fiscalização concretizada, como já se disse, através de *visto* ou de *declaração de conformidade*, por conta da qual são devidos emolumentos em ambos os casos (cf. n.º 5).

Recordado isto e indo ao fundo da questão, importa descortinar, seguidamente, se o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão é ou não objetivamente enquadrável no

---

<sup>16</sup> Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 369.

# GARRIGUES

âmbito objetivo de aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC e, por conseguinte, no do n.º 1 do artigo 46.º da mesma lei.

Com efeito, como já se tinha anunciado *supra*, e agora se reforça, o recorte do âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia resulta do artigo 5.º, n.º 1, da LOPTC, complementado pelo disposto nos artigos 46.º e seguintes do mesmo diploma. A demonstrá-lo, está o facto de o próprio artigo 46.º, n.º 1, remeter expressamente para aquele outro preceito. Isto significa que, para que haja fiscalização prévia, necessário se torna, por um lado, que a entidade em causa esteja abrangida pela alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, e, por outro lado, que o contrato em causa esteja abrangido pelo artigo 46.º, e não esteja isento, ou dispensado, dessa fiscalização pelos respetivos artigos 47.º e 48.º.

Assim, para a resolução da primeira questão da Consulta, há que começar por analisar se está ou não preenchido o âmbito de aplicação da fiscalização prévia fixado pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.

É o que se fará de seguida.

Relativamente à alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, é manifesto que esta se divide, essencialmente, em duas partes distintas: uma, que (i) preceitua que compete ao TdC fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades mencionadas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC; e outra, que (ii) precisa que, no âmbito da sujeição à fiscalização prévia, se encontram as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que as criou.

No caso da Consulta, está-se diante um acordo modificativo – um *contrato secundário* – do Contrato de Concessão, no qual se prevê a realização de determinadas despesas por parte do MdB e, desde logo, o pagamento de uma compensação financeira à Concessionária, conforme previsto na cláusula 2.ª, n.º 1, alínea g), do Acordo. Ora, tendo em consideração que, como se viu, o Município Concedente se integra nas

# GARRIGUES

entidades referidas no artigo 2.º, n.º 1, da LOPTC, tal bastaria para dar por verificado o preenchimento da primeira parte do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da mesma lei, e, por conseguinte, para considerar verificado o primeiro requisito da fiscalização prévia o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão.

Haverá agora de se proceder à verificação do seu eventual enquadramento nalguma das alíneas do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC. Conforme dissemos, esta norma remete para o artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da mesma lei, criando-se a necessidade de preenchimento do âmbito de ambas para que se possa concluir que um determinado ato ou contrato está sujeito a fiscalização prévia do TdC.

Pois bem, percorrendo o elenco *taxativo* de atos e contratos referidos no n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, justifica chamar-se desde já a atenção para a alínea que poderia, *prima facie*, sugerir o enquadramento do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão no âmbito de incidência objetiva da fiscalização prévia do TdC. Reportamo-nos ao disposto na alínea d) da referida norma, nos termos da qual estão sujeitos à fiscalização prévia do TdC “[o]s actos ou contratos que formalizem modificações objectivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respectivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras”.

Entretanto, não nos parece que o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão se enquadre em qualquer das situações previstas no artigo 47.º (isenções) ou no artigo 48.º (dispensa da fiscalização prévia), ambos daquele diploma legal. Naturalmente, ambos esses preceitos só podem ter por sentido excluir do visto atos ou contratos que, não fora essa exclusão, estariam sujeitos a fiscalização prévia por força do artigo 46.º, pelo que é nesta eventual sujeição que se justifica centrarmos a nossa análise.

Retomando o tópico, verifica-se desde logo que o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão corresponde incontrovertidamente a um contrato que formaliza uma modificação objetiva a um contrato visado, preenchendo-se, desse modo, a primeira parte da alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.

Mas isso não basta ainda para determinar a sua sujeição a fiscalização prévia do TdC. É preciso que, cumulativamente, tal acordo modificativo implique um agravamento – leia-se, para o MdB – dos encargos financeiros ou das responsabilidades financeiras resultantes do contrato visado.

Ora, conforme introdutoriamente enunciámos, o Terceiro aditamento ao Contrato de Concessão prevê, entre outros aspetos, (i) o pagamento de uma compensação financeira à Concessionária pelo MdB, (ii) a eliminação da obrigação de pagamento de uma retribuição ao Concedente pela AdB e, ainda, (iii) a revisão do plano de investimentos municipal.

Não será, pois, forçado afirmar-se que tais estatuições podem corresponder a um agravamento de encargos financeiros ou responsabilidades financeiras para o MdB.

À partida, dir-se-ia assim concluída a análise no sentido de que, no caso da Consulta, seria necessário obter visto prévio.

Porém, importa, antes de nisso se assentar, responder à pergunta de saber se tais encargos ou responsabilidades têm, no plano juridicamente relevante, por fonte constitutiva o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão (confirmando-se a conclusão preliminar), ou se derivam, afinal, de uma causa situada a montante dele (infirmado-se a conclusão preliminar, por se estar fora do âmbito legal da incidência da fiscalização prévia do Tribunal de Contas).

Aprofundemos, pois, o ponto.

### **2.3.3 O caso particular do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão**

Uma particularidade indiscutível do projetado Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão reside na circunstância de os efeitos de direito nele estipulados ou plasmados não radicarem no exercício espontâneo da autonomia da vontade das Partes (pública e privada).

Pelo contrário, trata-se de um exercício contratual com uma origem bem marcada: tal como flui da cláusula 2.<sup>a</sup>, n.º 1, do referido instrumento, a celebração deste acordo modificativo do Contrato de Concessão surge “[c]om vista ao cumprimento do Acórdão Arbitral e à concretização da reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão”.

É essa a sua causa, é essa a sua função. Pelo menos, a título principal (uma vez que se refere que se pretende aproveitar a oportunidade para, com atraso, adaptar o Contrato ao disposto no DL 194/2009).

O Terceiro Aditamento visa assim assumidamente regular os termos em que será reposto o equilíbrio económico-financeiro da Concessão determinado através do Acórdão Arbitral transitado em julgado.

Deve ter-se, ademais, em consideração que o Acordo que prevê a celebração do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão não foi obtido apenas com base na premissa de que a execução do Acórdão Arbitral, sem mais, “terá consequências económicas insuportáveis para o Município sem permitir garantir de forma alguma a manutenção e qualidade dos sistemas de abastecimento de águas e recolha de afluentes”<sup>17</sup>. Como referido a título introdutório, a negociação de uma “solução mista” que assentasse na conjugação de vários modos ou vias de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, que não só o pagamento de uma compensação financeira pelo Concedente, partiu de recomendação expressa do próprio Tribunal Arbitral que, tendo seguramente em vista a natureza de serviço público implicada no objeto do contrato de concessão e a subordinação do mesmo ao essencial *princípio da continuidade* (isto é, de funcionamento ininterrupto do serviço público, naturalmente em função das particularidades técnicas próprias deste setor de atividade), julgou procedente o pedido de reposição do equilíbrio económico-financeiro formulado pela AdB e, em consequência, condenou o MdB no pagamento (i) do valor necessário para repor o equilíbrio posto em causa pelos desvios de caudais dos anos de 2005 a 2009 e (ii) de uma compensação financeira anual entre 2010 e o termo do Contrato.

Compreende-se, pois, que o acordo modificativo não corresponde, a título principal, a um – nos dizeres do artigo 46.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC – “contrato que formalize uma modificação objetiva a um contrato visado”.

Pelo contrário, o Terceiro Aditamento configura um instrumento regulador do modo como será satisfeito o crédito constituído na esfera na AdB sobre o devedor MdB através de uma sentença arbitral condenatória transitada em julgado. Dito de outro modo, a obrigação de pagamento de que o MdB é devedor não se vai constituir juridicamente por via da outorga do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão – este, quando muito, irá, com o assentimento da Concessionária titular do direito de crédito (constituído por via do trânsito em julgado da sentença arbitral), especificar o modo ou as vias como, sucedaneamente ao determinado no título executivo jurisdicional (e por recomendação

---

<sup>17</sup> Cfr. o Considerando (G) do Acordo de 22.3.2023.

neste contida), será satisfeito pelo devedor o crédito traduzido na reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão.

Em face do exposto, e contanto, naturalmente, as obrigações de índole compensatória espelhadas no Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão se contenham no âmbito objetivo da condenação determinada pelo Acórdão Arbitral, espelhando o aí determinado, ponto sobre o qual não nos cabe emitir qualquer pronúncia, pode afirmar-se que tal acordo modificativo não implica um agravamento dos encargos financeiros ou das responsabilidades assumidas pelo MdB no Contrato originariamente visado, desse modo ficando por preencher a previsão da alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.

Repita-se a ideia: o eventual agravamento dos referidos encargos ou responsabilidades a cargo do ente público de população e território adveio, sim, de uma pronúncia definitiva emitida pelo órgão jurisdicional contratualmente competente para dirimir litígios respeitantes à execução do Contrato – um tribunal arbitral administrativo<sup>18</sup>.

Em consequência, em primeira resposta à inicial questão da Consulta, afigura-se não estar cumprido o segundo pressuposto cumulativo a que alude a alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC e, do mesmo modo, a primeira parte da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da mesma lei, a que *supra* aludimos – segmentos normativos dos quais dependeria necessariamente a sujeição do Terceiro Aditamento a fiscalização prévia do TdC.

Não cabe no caso da Consulta sustentar-se que a negociação pelas Partes de modos alternativos ou complementares de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão – no puro exercício da autonomia pública contratual, neste caso, do MdB – extravasaria de um hipotético modo de satisfação da condenação imperativamente fixado no Acórdão Arbitral. Como se viu, o Tribunal Arbitral referiu-se especificamente a um tal exercício negocial, qualificando-o não só de possível como desde logo “desejável”<sup>19</sup> em face do conjunto de interesses em presença. Ciente dos elevados impactos que a execução do julgado implicaria para o devedor e, por essa via, para a continuidade de um serviço público local essencial, o Tribunal exortou as Partes para a desejável negociação e definição equilibrada do modo de se proceder àquela execução, congregando para o efeito várias vias repositoras. Nesta linha, conforme expusemos na

---

<sup>18</sup> Cfr. a cláusula 103.ª do Contrato de Concessão.

<sup>19</sup> Cfr. o Acórdão Arbitral, pp. 225-226.

Consulta, veio mais tarde a própria ERSAR reconhecer que o Terceiro Aditamento “consubstancia um entendimento entre as partes que, simultaneamente, extingue as ações judiciais em curso, que consubstanciam um litígio moroso e complexo que em nada beneficia as partes envolvidas, e *permite*, em princípio, *um adequado desenvolvimento dos serviços concessionados*”<sup>20</sup> (itálico acrescentado).

Demais, a conclusão a que se chegou é plenamente confirmada pela matriz constitucional dos próprios poderes de pronúncia do Tribunal de Contas em face dos demais Tribunais e ou, retomando um ponto *supra* preliminarmente abordado, pelas consequentes finalidade e limites da fiscalização prévia.

Vejamos.

### **2.3.3.1 O quadro de poderes de pronúncia do Tribunal de Contas em face dos demais Tribunais**

Tal como é reconhecido pelo artigo 209.º, n.º 1, alínea c), da CRP, “o Tribunal de Contas é um verdadeiro tribunal”, ao qual “está constitucionalmente atribuído o exclusivo da jurisdição financeira – fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas –, não se prevendo a partilha desta jurisdição com nenhum outro órgão jurisdicional”<sup>21</sup>.

Reza o artigo 214.º, n.º 1, da CRP que “[o] Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente: a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) Efectivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei; d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.”

O quadro de competências atribuído ao Tribunal de Contas pela LOPTC surge, pois, em *desenvolvimento* do disposto no artigo 214.º da Constituição, cabendo-lhe pronunciar-

---

<sup>20</sup> Cfr. o Parecer da ERSAR, p. 7.

<sup>21</sup> Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume III, 2.ª edição revista, Universidade Católica Editora, 2020, p. 133.

# GARRIGUES

se exclusivamente sobre a legalidade financeira dos atos e contratos das entidades submetidas à sua jurisdição.

E, se o artigo 214.º configura uma reserva de jurisdição do Tribunal de Contas, outros preceitos constitucionais definem outras reservas de outras jurisdições, não podendo esse artigo 214.º, obviamente, inutilizar poderes de pronúncia constitucional e legalmente deferidos aos demais Tribunais.

Se não se pretende questionar os poderes de jurisdição referentes ao controlo da legalidade financeira de atos e contratos de entidades públicas que emergem do artigo 214.º da Constituição, isso não autoriza que se proceda à eliminação dos poderes de pronúncia de outros Tribunais no tocante à identificação de outras obrigações – mesmo que sejam obrigações com efeitos financeiros – que assumam uma natureza contratual, emergindo, por exemplo, de relações jurídicas administrativas, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 212.º da Constituição, incluindo se tais relações, ou outras, forem apreciadas por tribunais administrativos arbitrais, conforme resulta do previsto no n.º 2 do artigo 209.º da Lei Fundamental. Recorde-se, a este respeito, o essencial: estamos também aqui plenamente perante órgãos vocacionados para o exercício da *função jurisdicional*. Efetivamente: está em causa, na atividade que os tribunais arbitrais administrativos desenvolvem, a resolução *heterónoma* (supra-partes) de uma *questão* (de facto e) *de direito*, com vista a obter, a *título central*, a *paz jurídica*.

São, de facto, planos distintos, havendo até quem afirme que certas funções emblemáticas do TdC se revelam “estranhas à *jurisdictio*”, apontando especificamente o caso das competências de *fiscalização da legalidade das despesas públicas*, seja a *fiscalização prévia* (...), a *fiscalização concomitante* (...) ou a *fiscalização sucessiva*”. Para esta linha de pensamento, “[t]rata-se, em todos esses casos, de competências que desconhecem os ingredientes essenciais da função de julgar: correspondem a uma função de *controlo* – ou seja, de verificação e de apreciação da conformidade de atos e de medidas com regras, padrões ou parâmetros (de controlo) que têm de ser observados –, mas em cujo desempenho está radicalmente ausente qualquer

intencionalidade de *resolução de um litígio* e de fazer o TdC intervir como um *terceiro imparcial* e com essa incumbência específica”<sup>22</sup>.

Numa palavra, o veredito oportunamente pronunciado pelo Tribunal Arbitral competente – que, nos termos da convenção de arbitragem, afastou a competência normal dos tribunais administrativos – é insindicável a título de visto prévio pelo TdC quanto à produção dos seus efeitos financeiros. A jurisdição financeira deve respeitar a jurisdição administrativa.

Trata-se de um elementar dever jurídico-constitucional, de resto.

No âmbito da estabilidade das decisões jurisdicionais proferidas pelas várias ordens judiciárias, no âmbito da reserva exclusiva de cada uma, determina o artigo 205.º, n.º 2, da CRP, com efeito, que “[a]s decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades”.

Se o n.º 2 do artigo 205.º da Constituição pretende salvaguardar a estabilidade das decisões jurisdicionais e a segurança jurídica, bem como a própria proteção da autoridade dos Tribunais, o princípio de caso julgado veda que um processo futuro imponha uma nova declaração de autoridade sobre os factos objeto de um processo anterior que contradiga a decisão anterior ou que destrua o seu efeito útil.

Tão elementar, quanto isso.

Se uma entidade jurisdicional, estadual ou arbitral, entende verificarem-se os motivos para proferir uma declaração de ciência sobre uma dada factualidade incerta ou controversa, “a fim de determinar o direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados”<sup>23</sup>, emite essa decisão que se tornará, dessa maneira, completamente firme após o seu trânsito em julgado.

Repare-se, além disso, que “[a] obrigatoriedade das decisões dos tribunais relativamente a entidades públicas e privadas é um corolário lógico do princípio da juridicidade estatal e do princípio da protecção jurisdicional efectiva”. Neste quadro,

---

<sup>22</sup> Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “O Tribunal de Contas e o princípio da separação de poderes”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2 Especial, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, pp. 56-57.

<sup>23</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual da Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, p. 540.

“[a]ssume (...) particular significado, sob a óptica destes princípios jurídico-materiais, a vinculação das entidades públicas pelos actos decisório-jurisdicionais dos tribunais”. Assim, “[o] princípio da obrigatoriedade aponta para a *ilicitude* das condutas das entidades públicas desrespeitadoras das decisões judiciais, quer por acção (actos contrários ou desconformes com as decisões), quer por omissão (inexecução de decisões judiciais)”<sup>24</sup>. Mas “[o] artigo 205.º não tem apenas em vista, para além dos particulares, as autoridades administrativas. Os próprios tribunais encontram-se vinculados pelas decisões transitadas em julgado”<sup>25</sup>. Mais: “o caso julgado vincula igualmente o legislador ordinário”<sup>26</sup>.

Aplicando tais comandos fundamentais à atividade do Tribunal de Contas, constatamos que, por força da norma constitucional mencionada (n.º 2 do artigo 205.º), jamais os poderes de pronúncia deste órgão podem contender com a força de caso julgado de decisões proferidas por outras jurisdições, como sejam os tribunais arbitrais administrativos.

### **2.3.3.2 Consequências ao nível da finalidade e dos limites da fiscalização prévia**

Descendo do terreno das normas constitucionais para as ordinárias, vimos que o objeto da intervenção do TdC, a título de fiscalização prévia, está delimitado no artigo 44.º, n.º 1, da LOPTC, segundo o qual “[a] fiscalização prévia tem por fim verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”.

Naturalmente, em face do exposto *supra*, importa agora sublinhar que a concreta delimitação do âmbito de incidência deste preceito tem de ser enquadrada à luz das funções constitucional e legalmente atribuídas ao TdC – que consistem, designadamente, na fiscalização da regularidade e legalidade das receitas e despesas públicas, na apreciação da boa gestão financeira e na efetivação da responsabilidade por infrações financeiras (cfr. artigo 1.º, n.º 1 da LOPTC) –, em confronto direto com as

---

<sup>24</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 529.

<sup>25</sup> Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 66.

<sup>26</sup> Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 67.

que são correspondentemente atribuídas a outras jurisdições, designadamente a judicial ou a administrativa, seja mediante tribunais estaduais ou tribunais arbitrais. Noutra formulação, “a apreciação da legalidade ou da conformidade com as leis em vigor terá de ser enquadrada num âmbito que tenha em atenção, nomeadamente, a *razão de ser* e as *atribuições* do Tribunal de Contas”<sup>27</sup>.

Para o exercício daquelas atribuições, são concedidos ao TdC um conjunto de poderes de controlo e supervisão, traduzidos numa atividade técnica de apreciação da gestão financeira pública destinada a garantir que os atos praticados neste domínio são ajustados aos objetivos que visam atingir e às regras e critérios a que devem obedecer.

Quando esses poderes são exercidos em *momento prévio* do facto gerador de despesa pública, também já o sabemos, estamos perante uma atividade de fiscalização prévia, regulada naquele artigo 44.º e seguintes.

Ora, qualquer que seja o momento do exercício do controlo e os instrumentos em que se traduza, o fim último da intervenção do TdC vai para além do de atestar a legalidade financeira em termos objetivos, competindo-lhe tutelar o interesse, que é de todos os cidadãos, de garantir que os recursos financeiros e patrimoniais públicos que, na realidade lhes pertencem, são bem geridos pela Administração Pública (mandatada constitucionalmente para lhes dar destino em atividades de interesse público), assegurando-se a economia, eficiência e racionalidade das decisões por si mais ou menos livremente tomadas no exercício da função administrativa geradoras de despesa ou encargos. O âmbito de incidência dos poderes de controlo do Tribunal de Contas – incluindo o poder de fiscalização prévia – tem, pois, de ser delimitado à luz desta finalidade.

Neste quadro, o tipo de atos que a *ratio* subjacente ao artigo 44.º exige que estejam sujeitos à fiscalização prévia são aqueles que traduzem uma **decisão autónoma e discricionária** de um órgão administrativo no sentido de, no exercício da função administrativa, afetar uma determinada verba do (limitado) orçamento que dispõe a certa forma de prossecução das necessidades coletivas de interesse público da pessoa

---

<sup>27</sup> Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, *O Tribunal de Contas. Do visto, em especial – conceito, natureza e enquadramento na actividade de administração*, ob. cit., p. 190.

coletiva em que tal órgão se insere por entender que desse modo resolverá um determinado problema administrativo.

É relativamente a estas decisões geradoras de despesa (ou implicando a assunção de responsabilidades financeiras) que se coloca a questão de saber se elas estão adequadamente fundamentadas no ponto de vista da relação custo/benefício e, se a autorização para a assunção do respetivo encargo financeiro, se processou de acordo com as normas e procedimentos aplicáveis à utilização de dinheiros públicos. É nesta base que se afirma que, “[s]ob o ponto de vista *teleológico*, a fiscalização prévia tem, hoje, ou melhor, conserva a finalidade, o escopo que sempre esteve na sua base – *prevenir e acautelar* o exercício da actividade financeira em desconformidade com a ordem jurídica. Daí também, por vezes, designar-se a *fiscalização prévia* por *fiscalização preventiva*”<sup>28</sup>.

Ao invés, se o facto gerador de despesa não reside naquela autónoma e constitutiva decisão jurídico-pública da Administração, mas, por exemplo, na subsunção de certos pressupostos de facto à previsão de um dispositivo legal (indemnização ou compensação), ou numa prévia decisão jurisdicional coberta pela força do n.º 2 do artigo 205.º da Constituição, não compete ao TdC fiscalizar a sua regularidade e racionalidade. Nesta última hipótese, que é a que se assemelha ao caso da Consulta, não haverá que prevenir e acautelar que o exercício de um autónomo poder administrativo financeiro se efetua em conformidade com a ordem jurídica. Apenas está aí em causa a execução subordinada de um comando ou imposição que, sendo fonte de encargos financeiros, é de origem jurisdicional e tem carácter obrigatório para o ente público devedor, pelo que nada justifica a intervenção preventiva do TdC em termos condicionadores dos efeitos jurídico-financeiros da atividade administrativa executiva em que ela se traduz.

Se, com efeito, os artigos 5.º, 44.º e 46.º da LOPTC configuram, como vimos, uma ampla jurisdição do Tribunal de Contas em sede de controlo da legalidade das despesas públicas, jamais eles tiveram o efeito de abrir ou permitir a pronúncia deste Tribunal – e menos ainda de lhe dar uma “reserva” exclusiva – sobre as fontes de constituição, por exemplo, de obrigações contratuais de natureza ressarcitória que possam impender

---

<sup>28</sup> Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, *O Tribunal de Contas. Do visto, em especial – conceito, natureza e enquadramento na actividade de administração*, ob. cit., p. 187.

sobre entidades públicas, na sequência da prolação de decisões jurisdicionais (judiciais ou arbitrais) transitadas em julgado.

### **2.3.3.3 Corolário: confirmação da não sujeição do Terceiro Aditamento a fiscalização prévia do TdC**

Um exemplo de situação em que o facto gerador de despesa não reside na autónoma e constitutiva decisão jurídico-pública da Administração é, precisamente, parece-nos, a que subjaz ao projetado Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão em apreço.

Com efeito, ao acordar a referida modificação das condições contratuais no estrito respeito, pelo que somos informados, do julgado arbitral, a entidade administrativa em causa – o MdB – está, antes de mais, a dar cumprimento a uma vinculação jurisdicional, que sobre ela impende, já, de repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão.

Vinculação essa que resulta, inequivocamente, de uma decisão arbitral transitada em julgado. A obrigação de compensar a cargo do Concedente nasceu, pois, independentemente do concreto modo de a satisfazer, por força da sentença constitutiva, e independentemente da vontade das Partes.

Se aquela obrigação deriva de decisão arbitral constitutiva e existe, de per si, independentemente da sua aceitação por uma ou por ambas as Partes do Contrato, o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão, nesse plano, mais não faz do que concretizar – por recomendação do próprio Tribunal Arbitral, recorda-se uma vez mais – o modo como é posta em prática uma realidade prévia e independente de tal Contrato, cujo sentido, existência, validade e eficácia não depende obviamente de uma pronúncia do Tribunal de Contas.

Assim, como referido, na medida em que o Terceiro Aditamento a celebrar não constitui ele próprio um facto gerador de despesa pública, antes representa uma convenção concretizadora do direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro, por outras palavras, um instrumento de definição, por acordo, das condições em que o Acórdão Arbitral deve ser cumprido – residindo nessa vinculação, verdadeiramente, o facto gerador da despesa e responsabilidades em causa –, entendemos que ele não está submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, sob pena de resultarem violados quer o artigo 205.º, n.º 2, da CRP quer as normas da LOPTC que, em desenvolvimento

# GARRIGUES

do artigo 214.º da Constituição, concretizariam, neste caso, o poder de fiscalização prévia do TdC – o artigo 5.º, n.º 1, alínea c), o artigo 44.º e ainda o artigo 46.º, n.º 1, alínea d).

Não deixamos, entretanto, de notar que, ainda que se considere que o MdB não tem, por lei, de submeter tal Terceiro Aditamento a fiscalização prévia, o mesmo poderá ser alvo de um processo de fiscalização concomitante, nos termos do artigo 49.º e seguintes da LOPTC. Nesta sede, o n.º 2 da referida disposição permite ao TdC, caso este apure a eventual ilegalidade de contrato ainda não executado, notificar a entidade competente para autorizar a despesa para remeter o referido contrato à fiscalização prévia e não lhe dar execução antes de obtido o visto prévio, sob pena de responsabilidade financeira.

### 3. Segunda questão: a prorrogabilidade da Concessão

A segunda questão da Consulta reside em saber se é juridicamente admissível as Partes convencionarem, no Terceiro Aditamento, a prorrogação do prazo inicial do Contrato por um período de 20 anos – perfazendo, assim, o mesmo a duração total de 50 anos –, enquanto um dos modos de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, isto considerando que o Contrato de Concessão foi celebrado ao abrigo do DL 379/93 – diploma que estabelecia justamente um prazo máximo de 50 anos para a duração deste tipo de acordos –, mas que, entretanto, durante a vigência daquele, entrou em vigor o DL 194/2009, que, de um lado, veio limitar a duração máxima deste tipo de contratos a 30 anos, incluindo prorrogações (cfr. artigo 34.º do DL 194/2009), e, de outro lado, numa norma sob a epígrafe “Aplicação no tempo”, determina que “[o]s contratos de concessão existentes e os regulamentos de serviço vigentes no momento da entrada em vigor do presente decreto-lei devem ser adaptados ao mesmo no prazo de três anos após a data da sua publicação” (cfr. artigo 80.º, n.º 2).

Conforme expressamente assumido pelas Partes, o Terceiro Aditamento visa, não só repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão – em que a prorrogação corresponde apenas a um dos modos eleitos para o efeito –, como também “proceder à adaptação do Contrato de Concessão ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto”, isto em virtude do determinado no n.º 2 do artigo 80.º desse diploma (cfr. cláusula 2.ª, n.º 2, do Acordo que prevê a celebração do Terceiro Aditamento).

Ou seja, convoca-se agora, desde logo, um problema de sucessão de leis no tempo, havendo que determinar qual dos diplomas legais – o DL 379/93 ou o DL 194/2009 – é, a respeito da questão específica sobre a qual nos debruçamos, aplicável ao Contrato de Concessão.

Embora o transcrito n.º 2 do artigo 80.º do DL 194/2009 se apresente como norma relativa à “[a]plicação no tempo”, trata-se de uma disposição de direito transitório que não resolve de modo claro a questão de saber quais as disposições do novo regime legal que se devem aplicar aos contratos de concessão previamente existentes. Pelo contrário, da referida disposição decorre apenas uma *obrigação geral de adaptação* dos contratos de concessão (e regulamentos de serviço) já existentes ao novo diploma, sendo o legislador inteiramente omissivo quanto aos aspetos particulares desse novo regime que se deverão considerar diretamente aplicáveis aos instrumentos contratuais

(e regulamentares) pré-existent. Não se fixa minimamente, numa palavra, o alcance do dever de adaptação.

Na ausência de critério normativo especial constante do DL 194/2009, teremos de resolver o referido problema da sucessão de leis no tempo por apelo ao regime geral previsto e regulado no CC, havendo ainda que, nessa sede, tomar em consideração as diretrizes resultantes da Constituição Portuguesa de 1976.

Porém, antes de nos determos sobre a resolução da questão respeitante à lei aplicável ao Contrato de Concessão e suas modificações, importa perceber se a segunda questão da Consulta não poderá ser solucionada *a montante* daquele problema de interpretação conforme ao sistema jurídico da aludida norma específica direito intertemporal.

Ou seja, sem prejuízo da valia analítica de determinar, com exatidão, o regime jurídico pelo qual se deve moldar o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão no que à prorrogação do prazo de vigência deste diz respeito, a verdade é que se essa prorrogação for *igualmente* admissível em face da lei posterior – o DL 194/2009 – não subsiste um verdadeiro, mas apenas aparente, problema jurídico para resolver à luz do direito transitório. Dizemos igualmente, na medida em que não nos parece que tenham sido suscitadas quaisquer dúvidas quanto à admissibilidade da projetada prorrogação à luz do diploma de 1993, que, como se viu, previa um prazo máximo de 50 anos para contratos deste tipo<sup>29</sup>.

### **3.1 Ponto prévio: da prorrogabilidade da Concessão à luz do diploma de 2009**

A regra que se afigura potencialmente problemática na resposta à segunda questão da Consulta é, não propriamente o artigo 80.º, n.º 2, do DL 194/2009 – disposição de direito transitório –, mas, sim, o artigo 34.º do mesmo diploma, que veio efetivamente encurtar o prazo máximo de duração do tipo contratual “concessões de serviços municipais de abastecimento de água”.

De acordo com a referida disposição, “[a] fixação do prazo da concessão obedece ao disposto no n.º 1 do artigo 410.º do Código dos Contratos Públicos, não podendo este prazo exceder, incluindo a duração de qualquer prorrogação, 30 ou 15 anos consoante

---

<sup>29</sup> Cfr. artigo 8.º do DL 379/93.

haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário”.

A questão que se coloca é a de saber se e quando a norma alude a “qualquer prorrogação” para efeitos de contabilizar o prazo total das concessões está efetivamente a querer dizer isso mesmo e, assim, incluir prorrogações do tipo da prevista no Acordo que prevê a celebração do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão. Antecipamos a nossa resposta: a norma parece sugerir que a prorrogação de contratos de concessão corresponde a uma *figura unitária* no Direito das concessões administrativas, mas não é efetivamente assim, conforme resulta aliás do Direito constituído. Nesse sentido, a letra diz mais do que o pensamento legislativo e deve ser restringida por convocação dos elementos extra-literais: no fundo, vale apenas para prorrogações contratualmente previstas, por motivos de interesse público.

Vejamos.

### **3.1.1 As duas modalidades de prorrogação dos contratos de obras ou serviços públicos: *premia* e *corretora***

A prorrogação dos contratos de matriz concessória e execução duradoura – de que é exemplo o Contrato de Concessão, enquanto contrato de concessão de serviço público – desdobra-se em duas *variantes* fundamentais e muito distintas entre si. Retomando uma classificação que o primeiro signatário deste Parecer teve já oportunidade de aludir num artigo jurídico de 2011 dedicado ao tema, e que foi, entretanto, fazendo algum curso na doutrina e jurisprudência, cumpre distinguir a este propósito entre, de um lado, a prorrogação *premia* e, de outro, a prorrogação *corretora*<sup>30</sup>.

A prorrogação *premia* consiste basicamente num prolongamento da vigência do contrato com fundamento ora em razões de conveniência (interesse público) da Administração concedente em manter o contrato por mais algum tempo, ora em razões de especial mérito da execução contratual levada anteriormente a cabo pela concessionária, ora, normalmente, em ambas as situações. Em qualquer caso, a *praxis* contratual evidencia que, aproximando-se o termo da relação contratual, a concessionária propõe ao concedente, ou vice-versa, que o contrato seja prolongado

---

<sup>30</sup> Cfr. LINO TORRALBA, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, janeiro-abril de 2011, pp. 219 e ss..

por mais algum tempo (geralmente, curto), sendo para o efeito trocadas declarações negociais conducentes à eventual *consensualização* dessa prorrogação, a qual poderá, por fim, ser reduzida a escrito através de um aditamento ou adenda formal ao contrato. Neste aditamento, podem ser eventualmente convencionadas alterações ao regime contratual, tendo sobretudo em vista a possibilidade de os investimentos realizados se encontrarem já amortizados com o decurso do prazo normal<sup>31</sup>.

Muito diferente desta prorrogação é, por seu turno, a chamada prorrogação *corretora* dos contratos de concessão. Esta última não se baseia já em razões de índole *político-administrativa*, atinentes quer à conveniência da Administração concedente, quer ao reconhecimento do mérito da concessionária, quer a ambas as coisas. Diferentemente, consiste numa medida compensatória através da qual as partes intentam restabelecer o equilíbrio económico-financeiro do contrato de concessão, anteriormente abalado ou perturbado nos seus fundamentos por determinados eventos ou fatores de risco<sup>32</sup> que, por força da matriz subjacente ao contrato, devem ser alocados à esfera da Administração.

Com efeito, é sabido que o equilíbrio dos contratos de concessão assenta num determinado modelo – legal e/ou contratual – de alocação de riscos entre as partes, ao abrigo do qual, perante a ocorrência de determinados eventos adversos, poderá ser necessário adotar determinados mecanismos de compensação entre as partes, com vista a repor as condições originárias da concessão em matéria de relação proporcional entre prestação e contraprestação das partes. Entre esses mecanismos compensatórios surge, precisamente, o mecanismo da extensão ou prorrogação do prazo de vigência do contrato (cfr. artigo 282.º do CCP). Através dessa prorrogação, confere-se à concessionária *tempo adicional* de exploração para que esta possa aceder (potencialmente) ao nível de rentabilidade *inicialmente* previsto no contrato, corrigindo-se, assim, o *efeito financeiro adverso* de determinados fatores ou eventos de risco

---

<sup>31</sup> Cfr. LINO TORGAL, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *cit.*, pp. 233-248.

<sup>32</sup> Cfr. LINO TORGAL, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *cit.*, pp. 248-263.

entretanto ocorridos e em que, segundo o Direito, existe título de imputação de danos por parte da concessionária ao concedente<sup>33</sup>.

Adiante-se, desde já, que a prorrogação descrita na Consulta se qualifica como uma prorrogação *corretora*, visto ter como finalidade clara a de restabelecer o equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão, anteriormente perturbado pelos efeitos danosos de determinados eventos – tais como a redução consecutiva do caudal de água distribuída abaixo do nível de variação previsto no modelo financeiro do Contrato –, eventos esses atribuídos, segundo acórdão arbitral transitado em julgado, à esfera do concedente.

A distinção entre os referidos dois tipos de prorrogação (premio e corretora) não corresponde a uma clivagem puramente teórico-dogmática, antes apresenta consequências de regime bastante relevantes.

Analisamos em seguida duas dessas consequências.

### **3.1.1.1 Legitimidade da prorrogação em face do princípio da concorrência**

Um dos principais aspetos em que a referida distinção se afigura relevante respeita, desde logo, à análise da admissibilidade da prorrogação em face do *princípio da concorrência*.

Como é sabido, num universo como o dos contratos públicos em que, por regra, a formação dos contratos obedece a um regime procedimentalizado de sujeição à concorrência (decorrência da vigência do princípio central da não discriminação dos operadores económicos, o qual, por sua vez, determina o respeito por obrigações de transparência e de publicidade), a modificação do contrato durante o curso da sua execução (inclusive, quanto ao aspeto da sua *duração*) não poderá servir para defraudar os pressupostos ou critérios da *seriação da concorrência* feita no momento determinante do acesso ao contrato. Vale isto por dizer que, uma vez selecionado o adjudicatário e celebrado o contrato, as partes não poderão, por princípio, modificar seguidamente o mesmo no sentido de atribuir ao cocontratante determinados benefícios económicos que não tenham sido inicialmente licitados, ou ainda no sentido de alterar os termos e

---

<sup>33</sup> Cfr. LINO TORRAL, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *cit.*, pp. 232, 254, 255 e 257-259.

# GARRIGUES

condições do contrato de tal maneira que, se o contrato tivesse sido inicialmente licitado com esse conteúdo, a ordenação das propostas teria sido distinta (a menos que, neste último caso, tenha já decorrido entre o momento da adjudicação e o momento da modificação um período de tempo suficientemente longo que torne aquele juízo de prognose póstuma de muito difícil ou inexecutável realização).

Ora: no caso específico da prorrogação dos contratos de concessão, a análise da sua admissibilidade em face do princípio da concorrência é obviamente diferente consoante a prorrogação seja de tipo premial ou de tipo corretor.

No caso da prorrogação premial, esta envolve, por definição, a atribuição à concessionária de um benefício *especial* ou *extraordinário*, relativo ao período *extra* de que a concessionária disporá para prosseguir na exploração da obra ou do serviço, ampliando, desse modo, potencialmente, a margem de retorno económico associada a essa exploração. Assim, para que a atribuição desse benefício possa ser legítima em face do princípio da concorrência, é indispensável que a possibilidade de prorrogação do contrato nesses precisos termos tenha sido expressamente *prevista* e minimamente *densificada* no caderno de encargos do próprio procedimento de formação do contrato, em termos que acautelem a respetiva legitimidade. Ou seja, é essencial que o contrato de concessão tenha sido inicialmente sujeito à concorrência de mercado como um contrato “prorrogável”, por um determinado período e contanto estejam verificados certos pressupostos desenhados de um modo que não seja completamente aberto. Só desse modo a mencionada prorrogação do contrato não equivalerá a “burlar o princípio da licitação”<sup>34</sup>.

A análise é já completamente distinta no caso da prorrogação *corretora*. Se bem se reparar, num prisma substancial, a prorrogação corretora é exatamente o “inverso” da prorrogação premial: ao invés de implicar a atribuição de benefícios *suplementares* à concessionária (para além dos iniciais, quer-se dizer), a prorrogação corretora visa justamente restituir a concessionária nos benefícios inicialmente previstos na equação económico-financeira subjacente ao contrato, restabelecendo as condições originárias de remuneração e de rentabilidade da exploração que foram prejudicadas por eventos pelos quais deve responder a Administração. Só formalmente, aliás, é que a prorrogação corretora constituirá sequer uma *modificação* do contrato de concessão.

---

<sup>34</sup> Cfr. CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 11.<sup>a</sup> edição, Malheiros, 1999, p. 524.

Na verdade, embora tal prorrogação implique efetivamente uma extensão do prazo do contrato e, portanto, nesse sentido, uma modificação (formal) da *duração* do contrato, essa modificação é introduzida justamente para se poder *cumprir* o contrato (não propriamente para o modificar), repondo o planeamento contratual originária ou anteriormente gizado pelas partes. Desta feita, a conclusão a retirar, genericamente, é que, ao contrário do que sucede com a prorrogação premial, a prorrogação corretora não carece sequer de previsão específica no caderno de encargos do procedimento de formação do contrato (nem tão-pouco no próprio contrato) como condição da sua admissibilidade em face do princípio da concorrência, o que não significa que os pressupostos que a ela possam conduzir e os termos ou limites da sua operatividade não possam ser normativamente enquadrados na lei e no contrato.

A admissibilidade da prorrogação corretora dependerá, efetivamente, de outros fatores, tais como do preenchimento dos pressupostos relativos à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão e/ou à escolha das medidas específicas de reposição desse equilíbrio. Na ausência de normas expressas e claras em contrário na lei ou no contrato, pode até, em geral, afirmar-se que a medida de prorrogação corretora tenderá a beneficiar de um juízo de *preferência* face a outras medidas de reposição do equilíbrio contratual, tais como a medida de *compensação direta* da concessionária pelo concedente ou a medida de *revisão (aumento) das tarifas do serviço*. Com efeito, repare-se que a medida de compensação direta implica onerar a generalidade dos contribuintes (princípio do contribuinte-pagador), o que pode porventura contrariar um princípio de justiça na repartição dos encargos públicos, que recomendaria onerar apenas os utilizadores do serviço. Por seu lado, o aumento das tarifas do serviço (princípio do utilizador-pagador) poderá, pelo menos a partir de certo limiar, revelar-se impraticável ou contrariar mesmo um princípio genérico de *modicidade das tarifas dos serviços públicos*<sup>35</sup>, especialmente em casos, como o da Consulta, em que está em causa um serviço público *essencial* (abastecimento de água às populações). O legislador do DL 194/2009, no seu artigo 35.º, revela aliás uma especial preocupação com a proteção dos utentes ou consumidores, ao limitar acentuadamente os eventos geradores de desequilíbrio que podem ser corrigidos mediante aumento do tarifário. Assim, a prorrogação do contrato poderá efetivamente perfilar-se como a medida que

---

<sup>35</sup> Cfr. LINO TORRAL, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *cit.*, p. 254 e CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo, ob. cit.*, p. 62.

melhor *otimiza* os diversos princípios e interesses concorrentes: embora seja certo que esta medida não é ela própria absolutamente inócua ou destituída de desvantagens (pois implica diferir no tempo a possibilidade de abertura de um novo procedimento de formação do contrato, isto no pressuposto de se manter, no plano das opções de política administrativa, a gestão descentralizada do serviço), na maioria dos casos, e sendo feita de modo equilibrado, não irá ferir desproporcionadamente o interesse de terceiros (os concorrentes da concessionária saberão de antemão que esta poderá beneficiar de prorrogações ante a superveniência de certos eventos desequilibradores do contrato)<sup>36</sup>.

No caso da Consulta, como vimos, a medida de prorrogação corretora não visa repor isoladamente o equilíbrio económico-financeiro da Concessão mas assume, de facto, especial relevância para o equilíbrio da solução obtida, apresentando-se combinada com um conjunto de outras vias repositoras, tendo precisamente por pressuposto, por um lado, a incomportabilidade para o Concedente do pagamento “apenas” de uma compensação financeira – “sem permitir garantir de forma alguma a manutenção e qualidade dos sistemas de abastecimento de águas e recolha de afluentes” – e, por outro, o afastamento de uma excessiva penalização para os utentes do serviço (por via da progressão previstas para as tarifas), como assinalado pelas Partes no Acordo que prevê a celebração do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão<sup>37</sup>. Tudo tal como recomendado pelo Tribunal Arbitral que julgou procedente a pretensão repositora deduzida pela Concessionária, lembramo-lo mais uma vez, e, mais tarde, positivamente sublinhado pela ERSAR. Com efeito, a “solução mista”<sup>38</sup> – onde se inclui a medida de prorrogação corretora – encontrada por via negocial parece ser, de facto, a que permite obviar àquelas consequências, otimizando os diversos princípios e interesses concorrentes.

### **3.1.1.2 Incidência de normas de duração máxima**

Outro aspeto em que a distinção entre as duas modalidades de prorrogação se afigura relevante diz respeito à incidência de normas de duração máxima do contrato de concessão, previstas na lei ou no contrato.

---

<sup>36</sup> Cfr. LINO TORGAL, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *cit.*, p. 255.

<sup>37</sup> Cfr. os Considerandos (G) e (K) do Acordo.

<sup>38</sup> Cfr. o Acórdão Arbitral, pp. 225-226.

Tendo em conta que, das duas modalidades analisadas, apenas a dita prorrogação premial consiste numa verdadeira e genuína *modificação* do prazo de duração do contrato (sendo a prorrogação corretora apenas uma medida compensatória que incidental ou reflexamente se reflete numa extensão do prazo da concessão), será de entender que, à partida e na falta de menção expressa e clara em contrário na lei ou no contrato, *apenas* as prorrogações premiais (e não também as prorrogações corretoras) serão limitadas por aquele tipo de normas, como já tínhamos antecipado.

Este mesmo entendimento surge, de resto, confirmado em face CCP, mais precisamente quanto à norma do artigo 410.º deste diploma, que fixa um prazo global supletivo de 30 anos para as concessões de obras e serviços públicos, “incluindo a duração de qualquer prorrogação *contratualmente prevista*” (cfr. n.º 2 do preceito).

A referência a qualquer prorrogação “contratualmente prevista” circunscreve o âmbito do limite temporal apenas às prorrogações premiais. Isto porque apenas estas prorrogações são (ou devem ser) contratualmente previstas (cfr. artigos 312.º, alínea a) e 96.º, n.º 1, alíneas e) e j)): já as prorrogações corretoras decorrem do instituto geral da reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato, gizado nos termos legais ou contratuais.

O raciocínio é reforçado pelo n.º 3 do artigo 410.º do CCP, no qual se prevê expressamente, à margem do prazo global previsto no n.º 2, uma causa autónoma de prorrogação do prazo de vigência do contrato de concessão, qual seja, justamente, a (aí designada) prorrogação para restabelecimento do equilíbrio económico-financeiro do contrato<sup>39</sup>: a nossa já conhecida *prorrogação corretora*. Mais precisamente, dispõe-se no citado n.º 3 que, “[s]em prejuízo do disposto no n.º 1, o prazo inicial da concessão pode ser prorrogado com fundamento na necessidade de assegurar a amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário, nos termos previstos no artigo 282.º”.

O facto de, neste novo número, se ressaltar expressamente o n.º 1 (que fixa o critério da fixação do prazo, e não um limite máximo deste), mas não o n.º 2 (em que se prevê o prazo global da concessão), torna claro que este último limite temporal do n.º 2 se

---

<sup>39</sup> Cfr. LINO TORRAL, “As concessões”, in CARLA AMADO GOMES / RICARDO PEDRO / TIAGO SERRÃO / MARCO CALDEIRA (coord.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Volume II, 4.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, pp. 687-691.

circunscreve unicamente às prorrogações de tipo premial, assim se permitindo que a prorrogação corretora se não detenha perante um qualquer limite máximo<sup>40</sup>.

Em suma, o argumento sistemático acresce ao teleológico para restringir a letra do artigo 34.º do DL 194/2009 às ditas prorrogações premiais, que são prorrogações diferentes daquela que está subjacente ao Terceiro Aditamento, pelo que a prorrogação corretora por mais 20 anos aqui determinada não se encontra vedada pela norma.

### **3.1.2 Da necessidade de interpretar restritivamente o artigo 34.º do DL 194/2009**

Em face do já exposto nas secções anteriores, torna-se porém a questionar para sedimentar o entendimento: quando a regra do artigo 34.º do DL 194/2009 alude literalmente a “qualquer prorrogação” para efeitos de contabilizar o prazo total máximo das concessões de serviços municipais de abastecimento de água está efetivamente a incluir prorrogações do tipo previsto no Acordo que prevê a celebração do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão, que já vimos corresponder a uma *prorrogação corretora*?

A resposta é, em nossa opinião, convictamente negativa, como também já dissemos e redissemos, apesar de, do ponto de vista literal, o referido preceito – em sentido não coincidente, por exemplo, com o correspondente artigo 410.º, n.º 2, do CCP – não aludir expressamente a “qualquer prorrogação *contratualmente prevista*”, expressão verbal que inequivocamente apontaria no sentido de a norma pretender abranger apenas as *prorrogações premiais*.

No entanto, e convocando agora as regras de interpretação, como é consabido, “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei”, como determina o artigo 9.º, n.º 1, do CC, já que do exame literal do texto não resulta a solução de todos os problemas de interpretação<sup>41</sup>. Se é certo que o elemento literal tem a seu favor a presunção constante do n.º 3 do artigo 9.º do CC – segundo a qual se deve partir do princípio de que o legislador “soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” –, também é

---

<sup>40</sup> Cfr. já assim LINO TORGAL, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *cit.*, p. 259.

<sup>41</sup> Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Coimbra, 2005, p. 397.

verdade que, do mesmo preceito, “consta outra presunção, a que aquela se subordina: a de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas”<sup>42</sup>.

Mesmo na teoria tradicional da interpretação, em que o elemento gramatical assume o lugar de elemento básico e de *critério dos limites da interpretação*<sup>43</sup>, é um dado adquirido que o processo hermenêutico não se pode esgotar aí, não devendo sequer falar-se de uma interpretação literal contraposta à interpretação lógica, que resultaria dos outros elementos da interpretação<sup>44</sup>. “A interpretação é única: os diversos meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente, e assim todos contribuem para a averiguação do sentido legislativo”<sup>45</sup>.

Interpretar a lei é, pois, “uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se torna problemático”<sup>46</sup>, o que pressupõe reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta, como explicita o artigo 9.º do CC, a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

No caso concreto, são vários os elementos a ter em consideração na tarefa de fixação do sentido e alcance da norma preceituada no artigo 34.º do DL 194/2009.

É desde logo indispensável interpretar a regra de acordo com a *ratio* que lhe está subjacente ou, se quisermos, com a *teleologia* que orientou o legislador na elaboração da mesma. Efetivamente, “[o] conhecimento deste fim (...) constitui um subsídio da maior importância para determinar o sentido da norma (...). Sem esquecer ainda que, pela descoberta daquela “racionalidade” que (por vezes inconscientemente) inspirou o legislador na fixação de certo regime jurídico particular, o intérprete se apodera de um

---

<sup>42</sup> Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 397.

<sup>43</sup> Cfr. sobre esta visão, em termos críticos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, pp. 97 e 103 ss..

<sup>44</sup> Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 388 e CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*, ob. cit., p. 106.

<sup>45</sup> Cfr. F. FERRARA, *Interpretação e aplicação das leis*, Coimbra, 1987 (reimp.), p. 195.

<sup>46</sup> Cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, p. 375.

ponto de referência que ao mesmo tempo o habilita a definir o exacto alcance da norma e a discriminar outras situações típicas com o mesmo ou com diferente recorte”<sup>47</sup>.

A este respeito, pelas razões que já tivemos oportunidade de assinalar acima, disposições deste tipo – i.e. normas que fixam o prazo de duração máxima da concessão –, que procuram balizar ou delimitar a duração das concessões, visam, em regra, condicionar apenas – a par, obviamente, da fixação inicial do prazo da concessão – as prorrogações do tipo premial, ou seja, a possibilidade de atribuir benefícios económicos *extra face* àqueles que são possibilitados pelo prazo originário da concessão.

Apenas estas prorrogações são (necessariamente) objeto de estipulação contratual, sofrendo assim a incidência de normas de limitação da autonomia contratual das partes quanto à delimitação temporal da concessão. Já prorrogações do tipo corretor tendem a não justificar a incidência desse tipo de disposições legais, por revestirem uma natureza compensatória-legal, a menos, é claro, que haja indicação clara e expressa do legislador nesse sentido – no caso em apreço, porém, inexistente tal indicação expressa, limitando-se à ambígua expressão “quaisquer prorrogações”.

Noutra formulação, no caso de prorrogações do tipo corretor não se justificam, em princípio, especiais cautelas por parte do legislador na limitação do prazo máximo de duração de concessões, porquanto, nesses, como vimos, não se trata, em rigor, de modificar o contrato com o fito de conceder um *plus* de benefícios económicos ao concessionário. Trata-se, isso sim, de conceder-lhe “o mesmo”, que, entretanto, terá sofrido no decurso da execução contratual uma perturbação resultante da verificação de um risco alocado à esfera do concedente, através de uma via repositora que, simultaneamente, alivia a oneração dos contribuintes e suaviza a penalização dos utentes do serviço.

Por outro lado, a determinação do sentido e alcance do texto legal alicerça-se, também, no denominado elemento *sistemático*, nos termos do qual se obtém genericamente a indicação de que a ordem jurídica forma um sistema e a norma interpretanda deve ser

---

<sup>47</sup> Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pp. 182-183.

# GARRIGUES

tomada como parte de um todo. Noutros termos, a interpretação deve também ter em conta a “*unidade do sistema jurídico*” (artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil).

Ora, a este respeito, identifica-se, no nosso ordenamento jurídico, um dado legislativo relevante que reforça o sentido alcançado por apelo ao elemento *teleológico*.

Reportamo-nos ao mencionado artigo 410.º do CCP – disciplina hoje aplicável às concessões de obras públicas e de serviços públicos –, do qual, como vimos, se extrai inequivocamente a conclusão de que o *limite temporal das concessões se circunscreve unicamente às prorrogações de tipo premial*. Já as prorrogações corretoras, enquanto concretização do instituto da reposição do equilíbrio económico-financeiro dos contratos, tendem a não estar sujeitas a limites daquele tipo, como é evidenciado por outro dado do sistema: o artigo 282.º do CCP, que, no seu n.º 3, prevê diversos modos repositores daquele equilíbrio, ao tratar “da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato”, jamais alude à imposição de qualquer limite temporal respeitante a tal via corretora.

Por último, neste sentido conflui também o direito europeu derivado das concessões plasmado na Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro. Segundo a lei europeia, estas têm uma duração “limitada” (cfr. artigo 18.º, n.º 1) – a concessão corresponde à categoria negócios que, mais do que proporcionarem uma transferência de um bem ou a realização de um serviço espontâneo, estabelecem um quadro relacional duradouro –, caducando após o decurso do prazo. Mas, de acordo com a Diretiva 2014/23/UE, o prazo deve ser calculado “em função das obras ou serviços solicitados ao concessionário” (artigo 18.º, n.º 1). Esclarece-se aí que, “para as concessões de prazo superior a cinco anos, a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos” (artigo 18.º, n.º 2, primeira parte), relevando para o cálculo do prazo “tanto os investimentos iniciais como os realizados durante o prazo da concessão” (artigo 18.º, n.º 2, segunda parte), que sejam à partida previsíveis, “em particular despesas de infraestruturas, direitos de autor, patentes, equipamentos, logística, contratação, formação de pessoal, e as despesas iniciais” (cfr. considerando 52). Ou seja, o prazo deve ser o que se estimar em condições normais necessário para cobrir

*capex*, *opex* e obter um benefício industrial razoável, sem que seja fixado em algum lugar no dispositivo europeu qualquer limite máximo que bloqueie a operatividade do princípio da proporcionalidade.

Em suma, quer das evidências que ditam a “coerência intrínseca do ordenamento”, quer sobretudo da *razão de ser* de normas do tipo da do artigo 34.º do DL 194/2009, “o intérprete chega à conclusão de que o legislador adoptou um texto que atraiçoa o seu pensamento, na medida em que diz mais do que aquilo que pretendia dizer”<sup>48</sup>.

Nestes casos – especificamente no caso do artigo 34.º do referido diploma legal –, não temos uma dúvida: “[o] intérprete não deve deixar-se arrastar pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de o tornar compatível com o pensamento legislativo”, convocando assim, em homenagem aos elementos extra-literais apontados, o brocardo “*cessante ratione legis cessat eius dispositio* (lá onde termina a razão de ser da lei termina o seu alcance)”<sup>49</sup>.

Quando objeto de uma *interpretação restritiva* – como, pelas razões apontadas, deve ser –, o artigo 34.º do DL 194/2009 deve ser lido no sentido em que limita a duração máxima das concessões de serviços municipais de abastecimento de água a 15 ou 30 anos, “incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista”, consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário. Por outras palavras, ela implica, por conseguinte, e na prática, que os investimentos iniciais a fazer em determinados setores de atividade não ascendam a uma dimensão tal que não sejam, num cenário de normalidade, amortizáveis e remuneráveis, de forma justa, dentro do prazo indicado na lei; ela parametriza a dimensão máxima dos projectos concedíveis nesse sector de atividade<sup>50</sup>.

Já não limita, todavia, e à luz do que acima se referiu, a fixação de uma prorrogação corretora de prazo que, em concreto, signifique a continuidade do vínculo além do prazo máximo de 30 anos nela legalmente fixado.

---

<sup>48</sup> Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, ob. cit., p. 186.

<sup>49</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>50</sup> Cfr. LINO TORRAL, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *cit.*, p. 260.

Em suma, e respondendo à segunda questão da Consulta: considerando o sentido correto da norma do artigo 34.º do DL 194/2009 para que remeteria o n.º 2 do artigo 80.º do mesmo diploma, somos de parecer que nada impede juridicamente a prorrogação do prazo da Concessão por mais 20 anos, tal como previsto pelas Partes no Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão.

## **3.2 O artigo 12.º do CC e as diretrizes constitucionais que o enfermam**

Admitindo, sem conceder, que o artigo 34.º do DL 194/2009 não teria o sentido a que chegámos – como parece resultar do entendimento plasmado pela ERSAR no seu Parecer de maio de 2023 –, haveria, aí sim, de solucionar o problema à luz do direito intertemporal especial, que aparentemente parece residir no artigo 80.º, n.º 2, do DL 194/2009.

Porém, embora este se apresente como norma relativa à “[a]plicação no tempo”, trata-se de uma disposição de direito transitório que não resolve de modo claro a questão de saber quais as disposições do novo regime legal que se devem aplicar aos contratos de concessão já existentes, não se fixando aí minimamente, como dissemos, o alcance do dever de adaptação a cargo dos contraentes.

Assim, na ausência de critério normativo especial constante do DL 194/2009, teremos de resolver o problema da sucessão de leis no tempo por apelo ao regime geral de aplicação das leis no tempo previsto e regulado no CC, havendo ainda que, nessa sede, tomar em consideração as diretrizes resultantes da Constituição Portuguesa de 1976.

Começemos por percorrer estas últimas.

### **3.2.1 Os diversos índices em que se estrutura o princípio da confiança**

Como é sabido, não procede, na ordem jurídica portuguesa, uma proibição geral e absoluta de retroatividade dos efeitos normativos, não estando o legislador impedido de alterar o sistema legal, quando daí resulte a afetação de relações jurídicas já constituídas. Pelo contrário, é doutrina assente que “ninguém é titular de um direito à inalterabilidade do direito que o afecta”<sup>51</sup>, e ninguém goza de um “direito à não-

---

<sup>51</sup> Cfr. M. LÚCIA AMARAL, *A Forma da República, Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 184.

frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados”<sup>52</sup>. Vale, nestes termos, uma ideia de *autorevisibilidade* das leis, em concretização do *indirizzo político* democraticamente legitimado.

Sem prejuízo disso, não se pode deixar de atender aos efeitos do princípio da segurança jurídica, enquanto projeção do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP<sup>53</sup>). Há muito que a doutrina e a jurisprudência constitucionais radicaram nesta proclamação sintética da Lei Fundamental o princípio da proteção da confiança legítima, querendo com ele significar-se, em traço largo, que a calculabilidade e previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos é condição essencial para a planificação e conformação autónoma e responsável da vida de cada indivíduo ou empresa<sup>54</sup>.

Nas palavras de Maria Lúcia Amaral<sup>55</sup>, “para os cidadãos, a actuação dos poderes públicos deve ser sempre uma actuação antevísivel, calculável e mensurável. Num Estado de direito, as pessoas devem poder saber com o que contam. As relações entre o poder e os seus destinatários têm por isso que ser fundadas a partir da ideia segundo a qual o comportamento dos poderes públicos deve ser um comportamento confiável”.

Esta matéria tem sido longamente tratada pelo Tribunal Constitucional, aqui se fazendo particular apelo ao Acórdão n.º 287/90 de 30 de outubro, *leading case* na matéria, o qual é base da jurisprudência posterior. Neste sentido, têm os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional entendido que só será intolerável a retroatividade que afete “de forma inadmissível e arbitrária” os direitos e as expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos, podendo as exigências do princípio da proteção da confiança, num juízo de ponderação, projetar-se de modo diverso na atuação do Estado-legislador, exigindo

---

<sup>52</sup> Cfr. Acórdão n.º 287/90 do Tribunal Constitucional.

<sup>53</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 205 e 206.

<sup>54</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, p. 257.

<sup>55</sup> Cfr. M. LÚCIA AMARAL, *A Forma da República, Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, *ob. cit.*, p. 178.

a adoção de formas de proteção primária (manutenção do quadro legislativo) ou secundária (compensação).

A afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será, nestes termos, inadmissível, (a) quando a medida constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os seus destinatários não possam contar; e, ainda (b), quando a medida não for ditada pela necessidade de salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição)<sup>56</sup>. Pelo primeiro critério, a afetação de expectativas inadmissível será a que se revelar extraordinariamente onerosa, desde logo pela sua imprevisibilidade. Pelo segundo, que deve acrescer ao primeiro – os dois critérios completam-se, como é, de resto, sugerido pelo regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição –, essa onerosidade excessiva pode ressaltar, também, do cariz injustificado ou desequilibrado da lei. Em suma, para apreciar a existência de excesso na «onerosidade», é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas.

Em 2009, numa perspetiva substancialmente idêntica, mas diferente do prisma metodológico, o TC afirmou, no Acórdão n.º 128/2009, a propósito deste tema, que “os dois critérios enunciados (...) são, no fundo, reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou «testes». Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspetiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa” 19.

---

<sup>56</sup> Cfr. Acórdão n.º 287/90 do Tribunal Constitucional.

O princípio postula, pois, segundo esta jurisprudência do Tribunal Constitucional, uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na estabilidade da ordem jurídica e na constância da atuação dos poderes públicos, mormente do Estado.

É que, como nota a doutrina, “ninguém dá hoje, para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações”<sup>57</sup>, sendo a frustração das expectativas do cocontratante ainda mais séria no quadro aqui equacionado, na medida em que, justamente, “o Estado, por ser Estado, é uma entidade adequada a gerar confiança” naqueles que com ele negociam<sup>58</sup>.

Todavia, a confiança, aqui, não é uma confiança qualquer: se ela não reunir os quatro requisitos que acima ficaram formulados – e que são exigentes – a Constituição (artigo 2.º) não lhe atribui proteção.

É que ainda que se dê por assente a prevalência do interesse público sobre as expectativas dos particulares, será sempre necessário verificar se a afetação correspondente observou as diferentes exigências do princípio proporcionalidade e da proibição do excesso (aptidão, indispensabilidade, proporcionalidade e razoabilidade), nomeadamente no juízo de ponderação que precede a comparação e avaliação das alternativas disponíveis ao legislador.

Neste plano, e o ponto nem carece de especial desenvolvimento, parece manifesto que nada justificaria, do ponto de vista constitucional, o sacrifício das legítimas expectativas dos concessionários do sector em causa quanto à manutenção dos termos essenciais da relação contratual celebrada com a Administração – no que em particular concerne à relação proporcional entre prestação e contraprestação –, por via da aplicação *in totum* de um regime em vários aspetos nucleares contrário às estipulações que haviam sido ajustadas.

Isto dito, e olhando especificamente para o artigo 34.º do DL 194/2009, relativo à fixação do prazo da concessão e à sua duração máxima (incluindo prorrogações), pode desde já adiantar-se que jamais esta disposição poderia aplicar-se diretamente e sem mais

---

<sup>57</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, p. 414.

<sup>58</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, “A Nova Dogmática do Direito Administrativo: O Caso da Administração por Compromissos”, in *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, PEDRO GONÇALVES (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 932.

aos contratos de concessão preexistentes, em termos de conduzir, por exemplo, à cessação abrupta de contratos cuja duração tivesse já ultrapassado o limite temporal máximo fixado em alternativa naquele preceito ou à obstaculização de prorrogações corretoras que signifiquem a ultrapassagem daquele máximo.

Admitir essa possibilidade seria abrir caminho a uma aplicação retroativa em absoluto desrazoável (e flagrantemente inconstitucional) do novo regime, pois jamais as referidas consequências poderiam conciliar-se com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da proteção da confiança, *inter alia*, e com garantias constitucionais como a da livre iniciativa económica e a da propriedade privada.

Será, pois, esta a matriz a ter em conta na convocação das normas infraconstitucionais de direito transitório.

### **3.2.2 O princípio da não retroatividade das leis e sua concretização**

A disposição primeira a convocar a este propósito é o artigo 12.º do CC. Vale a pena transcrever o teor literal do mencionado preceito, que tem os seguintes dizeres:

#### **“Artigo 12.º**

##### ***Aplicação das leis no tempo. Princípio geral***

*1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.*

*2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.”.*

Neste preceito do CC consagra-se e densifica-se um princípio geral de não retroatividade das leis nos termos do qual qualquer alteração normativa vale para o futuro, aplicando-se, porém, aos efeitos futuros das relações jurídicas que subsistam à data da entrada em vigor da lei nova (artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC).

Este princípio aplica-se transversalmente em todo o Ordenamento Jurídico, incluindo nas áreas dominadas pelo Direito Administrativo, como é o caso (aqui em análise) das concessões de serviços públicos municipais de abastecimento de água.

O n.º 1 do artigo 12.º estabelece um princípio geral com pouca utilidade aplicativa para o nosso caso, limitando-se a preceituar que a lei nova dispõe apenas para o futuro, salvaguardando-se os efeitos produzidos no passado. Ou seja, mesmo que o autor da lei lhe confira eficácia retroativa, presume-se, neste caso – determina-o a segunda parte do n.º 1 do citado artigo 12.º –, que a lei nova apenas abrange os efeitos pendentes e os efeitos futuros dos factos pretéritos, ficando ressalvados os efeitos pretéritos e, por maioria de razão, conquanto o preceito não o diga expressa e claramente, os próprios factos em si.

Já o n.º 2 estabelece um conjunto de critérios que são bastante relevantes na determinação da aplicabilidade de leis novas a relações jurídicas duradouras já existentes, como é o caso da relação jurídica de execução sucessiva ou duradoura constituída em 2004 entre o MdB e a AdB. De entre esses critérios, há que reter fundamentalmente o seguinte:

- Sempre que a lei nova vise dispor sobre as condições de validade substancial ou formal de factos jurídicos ou seus efeitos (por exemplo, sujeitando a celebração de certo tipo de contratos a escritura pública), entende-se, em caso de dúvida, que apenas se aplica aos factos (contratos) novos (ocorridos após o início de vigência da lei);
- Já se a lei nova pretender regular diretamente o conteúdo das relações jurídicas decorrentes daqueles factos (por exemplo, regulando diretamente o conteúdo do serviço público concedido), então a lei nova será (retrospectivamente) aplicável às relações jurídicas já constituídas anteriormente e que subsistam à data da sua entrada em vigor, salvo se a lei nova não abstrair dos factos (contratos) que deram origem a essas relações.

Distinguem-se, a este propósito, dois graus distintos de retroatividade: a de primeiro grau, que se traduz na aplicação da lei nova a factos pertencentes ao passado e já definitivamente estabilizados (proibida genericamente pela ordem jurídica); e a retrospectividade, caracterizada pela aplicação imediata de uma nova lei a situações de

facto nascidas no passado mas que continuam a existir no presente, isto é, os casos “em que uma lei pretendendo vigorar apenas para o futuro (eficácia *ex nunc*) acaba por «tocar» situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidos no passado mas ainda existentes (retroactividade quanto a efeitos jurídicos)”<sup>59</sup>.

Vejamos em que medida estes critérios se poderão aplicar ao caso específico do citado DL 194/2009, tendo especialmente em vista a norma desse diploma relativa à admissibilidade de prorrogações do tipo da prevista na Consulta.

Ora, a nosso ver, o artigo 34.º não seria passível de aplicação ao Contrato de Concessão à luz dos critérios previstos no artigo 12.º, n.º 2, do CC. Isto porque, ao dispor sobre o conteúdo das estipulações contratuais referentes ao prazo da concessão e, portanto, sobre a validade substancial (tratando-se de aspetos injuntivos do conteúdo) do próprio contrato, aquele preceito é aplicável apenas a factos jurídicos novos (o mesmo é dizer: a cadernos de encargos elaborados e a subseqüentes contratos celebrados em data subseqüente à da entrada em vigor da lei nova).

Parece-nos claro que disposição legal citada manifestamente não abstrai do facto constitutivo da relação concessória, pelo que, de acordo com o critério estabelecido na segunda parte do n.º 2 do artigo 12.º do CC, lido em conformidade com os ditames do princípio da proteção da confiança consagrado no artigo 2.º da Constituição, não é aplicável ao Contrato de Concessão.

A temática em causa – i.e. a equação económico-financeira, leia-se a igualdade matemática ou proporcional entre prestação e contraprestação tal qual as partes a definiram no momento da outorga – é justamente daquelas que dizem respeito aos aspetos subjetivos nucleares do contrato de concessão, ao seu código genético, e que se consideram, por isso, imodificáveis ou intangíveis, seja por ação unilateral adotada pela Administração ao abrigo dos seus poderes de conformação, seja por via de ato legislativo, isto para proteger a legítima confiança do cocontratante. O seu não respeito ou quebra será, assim, pura e simplesmente, fundamento de responsabilidade contratual.

---

<sup>59</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., pp. 261-262.

# GARRIGUES

É para nós claro que a acima referida disposição do diploma legal de 2009 é uma disposição que concerne a um aspeto verdadeiramente medular, no plano substantivo, das representações feitas por qualquer concessionário quando aceita celebrar um contrato de concessão.

É, justamente, porque se garante ao concessionário que à sua prestação corresponde, durante certo período, uma determinada contrapartida (seja apenas o direito de exploração do serviço, seja, além disso, eventualmente, a atribuição de um preço) e, bem assim, porque se define claramente a internalização na sua esfera de risco de um conjunto específico de eventos contingentes, por ele conhecidos, cabendo em contrapartida à Administração suportar outros eventos do mesmo tipo, também à partida pelo primeiro conhecidos, que o concessionário decide contratar e arcar, por via disso, com um conjunto pesado de compromissos.

Esse binómio entre prestação e contraprestação passa a formar uma igualdade matemática substancial, um equilíbrio originário, que tem de ser preservado durante a vigência do contrato de concessão, sob pena de, num aspeto verdadeiramente nuclear da relação contratual, se passar ilegitimamente de um contrato a outro, à revelia do interesse do cocontratante e de forma absolutamente arbitrária e inesperada, sem que uma tal mudança se possa ainda fundamentar num interesse público que justifique o sacrifício dos direitos patrimoniais privados do cocontratante.

Uma reviravolta desse tipo, decorrente de um impedimento em operar, através da prorrogação do prazo, o reequilíbrio financeiro perante a ocorrência de certos eventos danosos, implicaria, claramente, uma interferência com o facto jurídico-contratual originador da relação concessória (pelo que não se poderia considerar que tal regulação estaria, para utilizar a terminologia do artigo 12.º, n.º 2, do CC, a abstrair do contrato anterior), para além de que implicaria, já sob um prisma de análise constitucional, a proscricção do princípio da confiança legítima que, como acima dissemos, postula, em ampla síntese, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, a proteção firme da crença dos cidadãos e da comunidade na estabilidade da ordem jurídica e na constância da atuação dos poderes públicos, mormente do Estado.

### **3.2.3 Corolário: inaplicabilidade do DL 194/2009 à prorrogação do Contrato**

Nos termos que resultam das secções antecedentes, parece-nos que, nesta matéria, a interpretação e aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do CC (em necessária complementaridade à disposição transitória do artigo 80.º, n.º 2, do diploma de 2009, por força da incompletude desta última), assim como do artigo 2.º da Constituição (parâmetro que enuncia, como acima vimos, os diversos índices em que se estrutura o princípio da confiança), não consente outra conclusão que não seja a de que a disposição consagrada no artigo 34.º do DL 194/2009 é inaplicável ao Contrato de Concessão

A matriz da admissibilidade da prorrogação programada pelas Partes para o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão deve ser assim equacionada em face da lei antiga – o disposto no DL 379/93, bem como, perante o teor absolutamente lacónico desta lei especial no que concerne ao regime de modificação dos contratos aí previstos, em face em face de princípios gerais do Direito Administrativo que, já em 1993, compunham (e continuam atualmente a compor), o bloco de legalidade aplicável ao específico aspeto da prorrogação do Contrato de Concessão.

A esta luz, considerando o há muito reconhecido *princípio geral de liberdade contratual da Administração*, bem como a circunstância de essa liberdade de modificação não ser abalada pelo *princípio da concorrência* – porquanto a prorrogação (i) não implica a substituição do objeto original do contrato por outro nem (ii) visa conferir à Concessionária qualquer benefício especial ou extraordinário, mas sim restabelecer as condições económico-financeiras originárias da exploração de atividades –, conclui-se que a prorrogação prevista no Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão é admissível.

### **3.3 Da inaplicabilidade do artigo 297.º do CC ao prazo de vigência da Concessão**

Nem se diga, por último, como parece sustentar a ERSAR no seu Parecer de maio de 2023, que a norma de direito transitório aplicável ao caso da Consulta seria a que resulta do disposto no artigo 297.º, n.º 1, do CC, que, dispondo sobre sucessão no tempo de leis sobre prazos, seria aplicável à questão da prorrogabilidade do prazo de vigência do Contrato de Concessão.

O artigo 297.º do CC “não passa de uma aplicação directa dos critérios gerais de direito transitório”<sup>60</sup> previstos no artigo 12.º do mesmo diploma legal – contemplando igualmente a matriz constitucional que os enferma –, constituindo, por isso, lei especial (e não excepcional) em face do artigo 12.º do CC, ou seja, devendo aplicar-se se e na medida em que com este se conforme.

### 3.3.1 Exclusão dos prazos fixados pelas partes

Neste quadro, o artigo 297.º do CC não é aplicável a todos e quaisquer prazos que sejam fixados por lei nova, afastando-se, desde logo, os prazos que tenham sido definidos pelas Partes, como sucede no caso da Consulta.

Neste sentido aponta precisamente a Doutrina ao sustentar claramente que a referida norma “não é aplicável quando os prazos tenham sido definidos pelas partes”<sup>61</sup>.

Considerando a especificidade da procedimentalização da atividade administrativa, o acordo das Partes quanto ao prazo de vigência da Concessão obteve-se sucessivamente, de um lado, através da disponibilização ao mercado, pelo MdB, de um caderno de encargos contendo o prazo pré-parametrizado e, de outro, pela apresentação, por parte da AdB, de uma proposta na qual declarou aceitar o conteúdo do referido documento conformador do procedimento.

Foi, deste modo, um prazo definido pelas partes outorgantes do Contrato de Concessão.

Precisamente em concretização do disposto no artigo 12.º do CC, a inaplicabilidade do artigo 297.º, n.º 1, do CC, a prazos definidos no quadro da autonomia (pública e privada) das Partes resulta do facto de “o conteúdo das situações decorrentes de negócios jurídicos não abstrai[r] do respectivo título constitutivo”<sup>62</sup>, pelo que, aí vigora a lei antiga (artigo 12.º, n.º 2, 1ª parte, do CC).

No caso do Contrato de Concessão, a situação jurídica que se constituiu em 2004, com a outorga daquele, na esfera da Concessionária reside no direito à execução da

---

<sup>60</sup> Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, ob. cit., p. 242. No mesmo sentido, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 411.

<sup>61</sup> Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 297.

<sup>62</sup> Cfr. *Ibidem*.

Concessão por 30 anos, isto com o equilíbrio prestacional à data ajustado e tendo presente a regra paralelamente vigente segundo a qual o prazo máximo de contratos daquele tipo era de 50 anos.

Considerando que a lei que venha encurtar o prazo máximo das concessões dos serviços municipais de abastecimento de água – como veio o DL 194/2009 – jamais o poderia fazer abstraindo dos factos que originaram a relação jurídica preteritamente constituída, o direito à reposição do equilíbrio prestacional originariamente estabelecido e sua efetivação através, entre outras vias, da prorrogação do prazo de vigência da Concessão, deve, de acordo com o critério do artigo 12.º, n.º 2, do CC (e não do artigo 297.º, n.º 1), ser governado pela lei antiga.

### **3.3.2 (Ir)relevância da natureza injuntiva das normas aplicáveis**

Nem se diga, ainda, que esta conclusão seria afastada pela circunstância de estarmos diante um contrato administrativo em que a regulação aplicável ao mesmo é predominantemente injuntiva – como é desde logo a que resulta das leis extravagantes de 1993 e de 2009 disciplinadoras das concessões dos serviços municipais de abastecimento de água –, tendo subjacente uma intenção *protetora* ou *diretora* da ordem pública económica, casos em que a lei nova seria imediatamente aplicável, isto em desarticulação com os critérios do artigo 12.º do CC.

Apenas seria assim hipoteticamente nos casos em que o legislador, na sequência de uma ponderação valorativa dos interesses em confronto, tivesse sido previdente<sup>63</sup> (leia-se: absolutamente explícito) ao ponto de clarificar, sem margem para dúvidas, a sua intenção de aplicar imediatamente determinadas disposições a relações jurídicas já constituídas, o que, no caso da Consulta, manifestamente não fez, limitando-se a enunciar no diploma de 2009 um amplíssimo e vago dever de adaptação.

Fora dos referidos casos de inequívoca intencionalidade legislativa, mesmo estando perante normas injuntivas, deve presumir-se a prevalência da autonomia privada também presente em relações concessórias do tipo enunciado e pressupor-se que a ponderação valorativa dos vários interesses em confronto, atendendo desde logo ao disposto nos artigos 2.º, 18.º e 26.º da Constituição (sede do direito fundamental à

---

<sup>63</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, *ob. cit.*, pp. 406-407.

# GARRIGUES

autonomia privada), ditou a sobrevigência da lei antiga a relações jurídicas já constituídas relativamente a aspetos a respeito dos quais a aplicação da lei nova não se abstraía dos factos constitutivos daquela.

\*

Em suma, também pela via da convocação do direito transitório concretamente aplicável ao caso da Consulta se conclui que nada impede a prorrogação do prazo de vigência do Contrato de Concessão por mais 20 anos, nos termos previsto no Terceiro Aditamento, discordando-se abertamente do douto entendimento da ERSAR.

## 4. Conclusões

Em face do exposto, extraímos, em síntese, que:

(I)

- A) O Tribunal de Contas é um verdadeiro tribunal, como tal reconhecido pelo artigo 209.º, n.º 1, alínea c), da CRP;
- B) No quadro de competências que lhe é atribuído pela LOPTC – em *desenvolvimento* do disposto no artigo 214.º da Constituição –, encontra-se a de se pronunciar exclusivamente sobre a legalidade financeira dos atos e contratos das entidades submetidas à sua jurisdição;
- C) A concreta delimitação do âmbito de incidência da fiscalização prévia do TdC tem de ser enquadrada à luz das funções constitucional e legalmente atribuídas a esse Tribunal – que consistem, designadamente, na fiscalização da regularidade e legalidade das receitas e despesas públicas, na apreciação da boa gestão financeira e na efetivação da responsabilidade por infrações financeiras (cfr. artigo 1.º, n.º 1 da LOPTC) –, em confronto direto com as que são correspondentemente atribuídas a outras jurisdições, designadamente a judicial ou a administrativa (seja esta levada a cabo mediante tribunais estaduais ou tribunais arbitrais);
- D) Sem questionar os poderes de jurisdição do TdC referentes ao controlo da legalidade financeira de atos e contratos de entidades públicas que emergem do artigo 214.º da Constituição, tal não prejudica os poderes de pronúncia de outros Tribunais quanto a obrigações – mesmo com efeitos financeiros – de natureza contratual emergentes de relações jurídicas administrativas (nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 212.º da CRP), incluindo por parte de tribunais administrativos arbitrais (cfr. o n.º 2 do artigo 209.º da Lei Fundamental);
- E) O n.º 2 do artigo 205.º da Constituição pretende salvaguardar a estabilidade das decisões jurisdicionais e a segurança jurídica, bem como a própria proteção da autoridade dos Tribunais, vedando o princípio de caso julgado que um processo futuro imponha uma nova declaração de autoridade sobre os factos objeto de um processo anterior que contradiga a decisão anterior ou que destrua o seu efeito útil, pelo que os poderes de pronúncia do TdC não podem contender com a força

# GARRIGUES

de caso julgado de decisões proferidas por tribunais integrados noutras jurisdições, como sejam os tribunais administrativos (estaduais ou arbitrais);

- F)** O âmbito de incidência dos poderes de controlo do TdC – incluindo o poder de fiscalização prévia – tem de ser delimitado à luz, por um lado, da Constituição e, por outro, do fim último da intervenção do TdC, que vai para além do de atestar a legalidade financeira em termos objetivos, competindo-lhe tutelar o interesse, que é de todos os cidadãos, de garantir que os recursos financeiros e patrimoniais públicos que, na realidade lhes pertencem, são bem geridos pela Administração Pública (mandatada constitucionalmente para lhes dar destino em atividades de interesse público), assegurando-se a economia, eficiência e racionalidade das decisões por si tomadas que sejam geradoras de despesa ou encargos;
- G)** Neste quadro, o tipo de atos que a *ratio* subjacente aos artigos 5.º, 44.º e 46.º da LOPTC exige que estejam sujeitos à fiscalização prévia são aqueles que traduzem uma decisão autónoma e discricionária de um órgão administrativo no sentido de, no exercício da função administrativa, afetar uma determinada verba do (limitado) orçamento que dispõe a certa forma de prossecução das necessidades coletivas de interesse público da pessoa coletiva em que tal órgão se insere;
- H)** É relativamente às decisões geradoras de despesa que se coloca a questão de saber se elas estão adequadamente fundamentadas do ponto de vista da relação custo/benefício e, se a autorização para a assunção do respetivo encargo financeiro, se processou de acordo com as normas e procedimentos aplicáveis à utilização de dinheiros públicos;
- I)** Ao invés, se o facto gerador de despesa não reside naquela autónoma e constitutiva decisão jurídico-pública da Administração, mas, por exemplo, numa prévia opção a cargo do legislador ao abrigo da sua margem de livre conformação, ou numa prévia decisão jurisdicional coberta pela força do n.º 2 do artigo 205.º da Constituição, não compete ao TdC fiscalizar a sua regularidade e racionalidade;
- J)** Nesta última hipótese, está apenas em causa a execução *subordinada* de um comando ou imposição emanado na função jurisdicional que, sendo fonte de encargos financeiros, é, portanto, de origem e natureza jurisdicional e tem carácter

# GARRIGUES

obrigatório, pelo que não se justifica aí a intervenção preventiva do TdC em termos condicionadores da atividade administrativa *executiva* em que ela se traduz;

- K)** Se os artigos 5.º, 44.º e 46.º da LOPTC configuram uma ampla jurisdição em sede de controlo da legalidade das despesas públicas, jamais eles tiveram o efeito de abrir ou permitir a pronúncia do TdC – e menos ainda de lhe dar uma "reserva" exclusiva – sobre as fontes de constituição, por exemplo, de obrigações contratuais de natureza indemnizatória que possam impender sobre entidades públicas, na sequência da prolação de decisões jurisdicionais (judiciais ou arbitrais) transitadas em julgado;
- L)** Exemplo de uma situação em que o facto gerador de despesa não reside na autónoma e constitutiva decisão jurídico-pública da Administração parece-nos ser precisamente ser o que subjaz ao projetado Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão, porquanto, visando este instrumento regular os termos em que será reposto o equilíbrio económico-financeiro da Concessão determinado através do Acórdão Arbitral transitado em julgado, os efeitos de direito nele plasmados não são fruto exclusivo, ou sequer principal, da autonomia da vontade das Partes;
- M)** A obrigação de pagamento de que o MdB é devedor não se constitui juridicamente por via da outorga do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão – aquele sujeito, quando muito, irá, com o assentimento da Concessionária AdB, titular do direito de crédito (constituído por via do trânsito em julgado da sentença arbitral), estipular de modo específico o modo como, em conformidade com o determinado no título executivo jurisdicional (e aliás por recomendação neste contida), será satisfeito o crédito traduzido na reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão;
- N)** Ao acordar a modificação das condições contratuais, o MdB está, antes de mais, a dar cumprimento a uma vinculação jurisdicional que sobre ele impende, já, de repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão, vinculação essa que resulta, inequivocamente, de uma decisão arbitral transitada em julgado; a obrigação de compensar a cargo do Concedente nasceu, pois, independentemente do concreto modo de a satisfazer ao abrigo de um contrato administrativo secundário, por força da sentença arbitral, e independentemente da vontade das Partes;

# GARRIGUES

- O)** Se aquela obrigação deriva de decisão jurisdicional condenatória e existe, de per si, independentemente da sua aceitação por uma ou por ambas as Partes do Contrato, o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão, nesse plano, mais não faz do que concretizar, por recomendação do próprio Tribunal Arbitral, o modo como é posta em prática uma realidade prévia e independente de tal Contrato, cujo sentido, existência, validade e eficácia não dependente obviamente de uma pronúncia do Tribunal de Contas;
- P)** Pelo exposto, cremos que só numa leitura apressada do disposto nos artigos 5.º, 44.º e 46.º da LOPTC e desunida dos verdadeiros efeitos do Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão poderia concluir-se no sentido de o MdB, a essa luz, ter de submeter este instrumento a fiscalização prévia do TdC, por preenchimento dos respetivos âmbitos de aplicação subjetivo e objetivo (artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC e artigo 46.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC);
- Q)** Assim, em resposta à primeira questão da Consulta, contanto, ressalve-se, as obrigações de índole compensatória espelhadas no Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão se conformem com o âmbito objetivo da condenação determinada pelo Acórdão Arbitral, deve entender-se que, não constituindo aquele instrumento, ele próprio, um facto gerador de despesa pública, aquele não está submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, sob pena de resultarem violados quer o artigo 205.º, n.º 2, da CRP quer o artigo 214.º da Constituição e as normas da LOPTC que, em desenvolvimento deste, concretizariam o poder de fiscalização prévia do TdC – o artigo 5.º, n.º 1, alínea c), o artigo 44.º e ainda o artigo 46.º, n.º 1, alínea d);

## (II)

- R)** Em face do direito material plasmado no DL 194/2009 para que, *prima facie*, remete o artigo 80.º, n.º 2, deste diploma, a regra que se afigura potencialmente problemática na resposta à segunda questão da Consulta é o artigo 34.º do mesmo diploma, que veio encurtar o prazo máximo de duração das concessões de serviços municipais de abastecimento de água;
- S)** Quando aí se alude a “qualquer prorrogação” para efeitos de contabilizar o prazo máximo das concessões (30 anos) põe-se a questão de saber se se está

# GARRIGUES

efetivamente a pretender incluir prorrogações do tipo projetado para o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão;

- T)** Podem distinguir-se dois tipos distintos de prorrogações ou extensões do prazo de duração inicial de um contrato de longa duração (concessão): a (i) *prorrogação*, já chamada de *premia* (baseada em razões de oportunidade e interesse público) e a (ii) *prorrogação corretora* (baseada em razões de elementar justiça);
- U)** O fundamento da prorrogação corretora é distinto do da prorrogação por considerações de oportunidade ou interesse público, encontrando a sua sede nas normas gerais, muitas vezes de valor constitucional, que impõem o dever de corrigir o desequilíbrio perdido em consequência da ocorrência de certos eventos alocados à esfera de risco do concedente, e não em regras específicas sobre o prazo e renovações ordinárias do contrato;
- V)** A prorrogação corretora, ao invés da prorrogação premial, não implica a atribuição de benefícios *suplementares* à concessionária, antes visando justamente restituir a concessionária nos benefícios inicialmente previstos na equação económico-financeira subjacente ao contrato, restabelecendo as condições originárias ou anteriores de remuneração e de rentabilidade da exploração que foram prejudicadas por eventos pelos quais deve responder a Administração;
- W)** Ao contrário do que sucede com a prorrogação premial, a prorrogação corretora não carece sequer de previsão específica no caderno de encargos do procedimento de formação do contrato (nem tão-pouco no próprio contrato) como condição da sua admissibilidade em face do *princípio da concorrência*, o que não significa que os pressupostos que a ela possam conduzir e os termos ou limites da sua operatividade não possam ser normativamente enquadrados na lei e no contrato;
- X)** Na ausência de normas expressas e claras em contrário na lei ou no contrato, pode até, em geral, afirmar-se que a medida de prorrogação corretora tenderá a beneficiar de um juízo de *preferência* face a outras medidas de reposição do equilíbrio contratual, tais como a medida de *compensação direta* da concessionária pelo concedente ou a medida de *revisão (aumento) das tarifas do serviço*;

- Y)** No caso da Consulta, a medida de prorrogação corretora do prazo (em 20 anos) não visa repor isoladamente o equilíbrio económico-financeiro da Concessão mas assume, de facto, especial relevância para o equilíbrio da solução obtida, apresentando-se combinada com um conjunto de outras vias repositoras, tendo por pressuposto, por um lado, a incomportabilidade prática para o Concedente do pagamento “apenas” de uma compensação financeira e, por outro, o afastamento de uma excessiva penalização para os utentes do serviço – tudo aliás tal como recomendado pelo Tribunal Arbitral que julgou procedente a pretensão repositora deduzida pela Concessionária e, mais tarde, positivamente sublinhado pela ERSAR;
- Z)** Na falta de menção expressa e clara em contrário na lei ou no contrato, *apenas* as prorrogações premiais (e não também as prorrogações corretoras) serão limitadas por normas de duração máxima do contrato de concessão, previstas na lei ou no contrato, como é o caso do artigo 34.º do DL 194/2009 – entendimento que surge confirmado em face do CCP (artigo 410.º, n.ºs 2 e 3);
- AA)** Decerto que, do ponto de vista literal, o referido preceito do DL 194/2009 – em sentido não coincidente, por exemplo, com o correspondente artigo 410.º, n.º 2, do CCP – não alude expressamente a “qualquer prorrogação *contratualmente prevista*”, expressão verbal que inequivocamente apontaria no sentido de a norma pretender abranger apenas as *prorrogações premiais*;
- BB)** No entanto, o processo hermenêutico não pode esgotar-se no elemento literal, havendo que, de acordo com o disposto no artigo 9.º do CC, reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada; no caso concreto, são vários os elementos a ter em consideração na tarefa de fixação do sentido e alcance da norma preceituada no artigo 34.º do DL 194/2009;
- CC)** Do ponto de vista *teleológico*, normas que fixam o prazo de duração máxima da concessão visam, em regra, condicionar apenas as prorrogações do tipo premial; já as prorrogações do tipo corretor não justificam, em princípio, especiais cautelas por parte do legislador na limitação do prazo máximo de duração de concessões, porquanto, nessas, não se trata, em rigor, de modificar o contrato com o fito de

# GARRIGUES

conceder um *plus* de benefícios económicos ao concessionário – trata-se, isso sim, de conceder “o mesmo”, que, entretanto, terá sofrido no decurso da execução contratual uma perturbação resultante da verificação de evento alocado à esfera do concedente, através de uma via repositora que, simultaneamente, alivia a oneração dos contribuintes e suaviza a penalização dos utentes do serviço;

- DD)** No plano *sistemático*, da disciplina hoje aplicável às concessões de obras públicas e de serviços públicos (artigos 282.º e 410.º, n.º 3 do CCP) extrai-se a conclusão de que o limite temporal das concessões se circunscreve unicamente às prorrogações de tipo premial, neste sentido confluindo igualmente o direito europeu derivado das concessões plasmado na Diretiva 2014/23/UE;
- EE)** Quer das evidências que ditam a “coerência intrínseca do ordenamento”, quer sobretudo da *razão de ser* de normas do tipo da do artigo 34.º do DL 194/2009, conclui-se que o artigo 34.º do DL 194/2009 deve ser restritivamente lido no sentido de limitar a duração máxima das concessões de serviços municipais de abastecimento de água a 15 ou 30 anos, incluindo a duração de qualquer prorrogação *contratualmente prevista*, consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário;
- FF)** Considerando o sentido hermenêuticamente adequado da norma do artigo 34.º do DL 194/2009, para que remeteria o n.º 2 do artigo 80.º do mesmo diploma, somos, pois, do entendimento que nada impede juridicamente a prorrogação do prazo da Concessão por mais 20 anos, tal como previsto pelas Partes no Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão;
- GG)** Admitindo, sem conceder, que o artigo 34.º do DL 194/2009 não teria o sentido a que chegámos – como parece resultar do entendimento plasmado pela ERSAR no seu Parecer de maio de 2023 –, haveria, aí sim, de solucionar o problema à luz do direito intertemporal especial, que aparentemente parece residir só no artigo 80.º, n.º 2, do DL 194/2009;
- HH)** Porém, embora este se apresente como norma relativa à “[a]plicação no tempo”, trata-se de uma disposição de direito transitório que não resolve de modo claro a questão de saber quais as disposições do novo regime legal que se devem aplicar

aos contratos de concessão já existentes, não se fixando minimamente, dito de outro modo, o alcance do dever de adaptação a cargo dos contraentes;

- II)** Assim, tendo em vista a interpretação e aplicação da referida norma em função e conformidade com os critérios materiais indicados nos artigos 12.º, n.º 2, do CC e 2.º da Constituição (que ampara o princípio da proteção da confiança legítima), não consente outra conclusão que não seja a de que a disposição consagrada no artigo 34.º do DL 194/2009 é inaplicável ao Contrato de Concessão;
- JJ)** A matriz da admissibilidade da prorrogação programada pelas Partes para o Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão deve ser assim equacionada em face da lei antiga – o disposto no DL 379/93, bem como, perante o teor absolutamente lacónico desta lei especial no que concerne ao regime de modificação dos contratos aí previstos, em face em face de princípios gerais do Direito Administrativo que já em 1993 compunham (e continuam atualmente a compor), o bloco de legalidade aplicável ao específico aspeto da prorrogação do Contrato de Concessão;
- KK)** A esta luz, considerando o há muito reconhecido *princípio geral de liberdade contratual da Administração*, bem como a circunstância de essa liberdade de modificação não ser abalada pelo *princípio da concorrência* – porquanto a prorrogação (i) não implica a substituição do objeto original do contrato por outro nem (ii) visa conferir à Concessionária qualquer benefício especial ou extraordinário, mas sim restabelecer as condições económico-financeiras originárias da exploração de atividades –, conclui-se que a prorrogação prevista no Terceiro Aditamento ao Contrato de Concessão é plenamente admissível;
- LL)** Nem se diga, por último, como parece sustentar a ERSAR no seu Parecer de maio de 2023, que a norma de direito transitório aplicável ao caso da Consulta seria a que resulta do disposto no artigo 297.º, n.º 1, do CC, supostamente uma regra que, dispondo sobre sucessão no tempo de leis sobre prazos, seria aplicável à questão da prorrogabilidade do prazo de vigência do Contrato de Concessão;
- MM)** O artigo 297.º do CC não passa de uma aplicação direta dos critérios gerais de direito transitório previstos no artigo 12.º do mesmo diploma legal – contemplando igualmente a matriz constitucional que os enferma –, constituindo, por isso, lei

# GARRIGUES

especial (e não excecional) em face do artigo 12.º, devendo aplicar-se se e na medida em que com este se conforme;

- NN)** Neste quadro, o artigo 297.º do CC não é aplicável a todos e quaisquer prazos que sejam fixados por lei nova, afastando-se, desde logo, os prazos que tenham sido definidos pelas Partes, como sucede no caso da Consulta – considerando a especificidade da procedimentalização da atividade administrativa, o acordo das Partes quanto ao prazo de vigência da Concessão obteve-se sucessivamente, de um lado, através da disponibilização ao mercado, pelo MdB, de um caderno de encargos contendo o prazo pré-parametrizado e, de outro, pela apresentação, por parte da AdB, de uma proposta na qual declarou aceitar o conteúdo do referido documento conformador do procedimento;
- OO)** Precisamente em concretização do disposto no artigo 12.º do CC, a inaplicabilidade do artigo 297.º/1 do CC a prazos definidos no quadro da autonomia (pública e privada) das Partes resulta do facto de o conteúdo das situações decorrentes de negócios jurídicos bilaterais não abstrair por princípio do respetivo título constitutivo, pelo que, aí sobrevigora a lei antiga (artigo 12.º, n.º 2, 1ª parte, do CC);
- PP)** No caso do Contrato de Concessão, a situação jurídica que se constituiu em 2004, com a outorga daquele, reside no direito à execução da Concessão por 30 anos, isto com o equilíbrio prestacional à data ajustado e tendo presente a regra paralelamente vigente segundo a qual o prazo máximo de contratos daquele tipo era de 50 anos;
- QQ)** Considerando que a lei que venha encurtar o prazo máximo das concessões dos serviços municipais de abastecimento de água – como veio o DL 194/2009 – jamais o poderia fazer abstraindo dos factos que originaram a relação jurídica preteritamente constituída, o direito à reposição do equilíbrio prestacional originariamente estabelecido e sua efetivação através, entre outras vias, da prorrogação do prazo de vigência da Concessão, deve, de acordo com o critério do artigo 12.º, n.º 2, do CC (e não do artigo 297.º, n.º 1), ser governado pela lei antiga;

- RR)** Nem se diga, ainda, que esta conclusão seria afastada pela circunstância de estarmos diante um contrato administrativo em que a regulação aplicável ao mesmo é predominantemente injuntiva – como é desde logo a que resulta das leis extravagantes de 1993 e de 2009 disciplinadoras das concessões dos serviços municipais de abastecimento de água –, tendo uma intenção *protetora* ou *diretora* da ordem pública económica, casos em que a lei nova seria imediatamente aplicável, isto em desarticulação com os critérios do artigo 12.º do CC;
- SS)** Apenas seria assim hipoteticamente nos casos em que o legislador, na sequência de uma ponderação valorativa dos interesses em confronto, tivesse sido previdente (leia-se: absolutamente explícito) ao ponto de clarificar, sem margem para dúvidas, a sua intenção de aplicar imediatamente determinadas disposições a relações jurídicas já constituídas, o que, no caso da Consulta, manifestamente não fez, limitando-se a enunciar um amplíssimo e vago dever de adaptação;
- TT)** Fora dos referidos casos de inequívoca intencionalidade legislativa, mesmo estando perante normas injuntivas, deve presumir-se a prevalência da autonomia privada também presente em relações concessórias do tipo enunciado e pressupor-se que a ponderação valorativa dos vários interesses em confronto, atendendo desde logo ao disposto nos artigos 2.º, 18.º e 26.º da Constituição (sede do direito fundamental à autonomia privada), ditou a sobrevivência da lei antiga a relações jurídicas já constituídas relativamente a aspetos a respeito dos quais a aplicação da lei nova não se abstraia dos factos constitutivos daquela;
- UU)** Em suma, também pela via da convocação do direito transitório concretamente aplicável ao caso da Consulta se conclui que nada impede a prorrogação do prazo de vigência do Contrato de Concessão por mais 20 anos, nos termos previsto no Terceiro Aditamento, discordando-se abertamente do douto entendimento da ERSAR.

\* \* \*

Lisboa, julho de 2023.

# GARRIGUES

Esta é, salvo melhor, a opinião de

LINO TORGAL | RAFAEL RIBEIRO



ENTIDADE REGULADORA  
DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS  
THE WATER AND WASTE SERVICES  
REGULATION AUTHORITY

Ex.mo Senhor Presidente do Conselho de Administração  
Águas de Barcelos  
Rua Rosa Ramalho, n.º 9/A  
4750-331 BARCELOS  
[geral@aguasdebarcelos.pt](mailto:geral@aguasdebarcelos.pt)

Cc.: [geral@cm-barcelos.pt](mailto:geral@cm-barcelos.pt)

vossa referência <i>your reference</i>	vossa comunicação <i>your communication</i>	nossa referência <i>our reference</i>	nosso processo <i>our process</i>	data <i>date</i>
		O-003054/2023	28659	2023-05-19
assunto <i>subject</i>	Parecer sobre a minuta do terceiro aditamento ao contrato de concessão da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de saneamento de Barcelos			

Ex.<sup>mo</sup> Senhor,

Junto se envia, para os devidos efeitos, o parecer da ERSAR sobre a minuta do terceiro aditamento ao contrato de concessão da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de saneamento de Barcelos.

Em conformidade com o disposto na alínea b) do n.º 3 do artigo 50.º da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, que aprovou os Estatutos da ERSAR e no n.º 9 do artigo 26º do Regulamento de Procedimentos Regulatórios (Regulamento nº 446/2018, publicado em Diário da República, 2ª série, nº 140, de 23 de julho 2018), o presente parecer será objeto de publicação no sítio da internet desta entidade reguladora.

Assim, solicita-se à entidade gestora que, caso considere existirem informações confidenciais no referido parecer, informe a ERSAR dessa situação nos termos previstos pelo nº 4 do artigo 51º do referido regulamento.

Com os melhores cumprimentos,

Com os melhores cumprimentos,

A Presidente

(Profª Doutora Vera Eiró)

Anexo: I-000617/2023

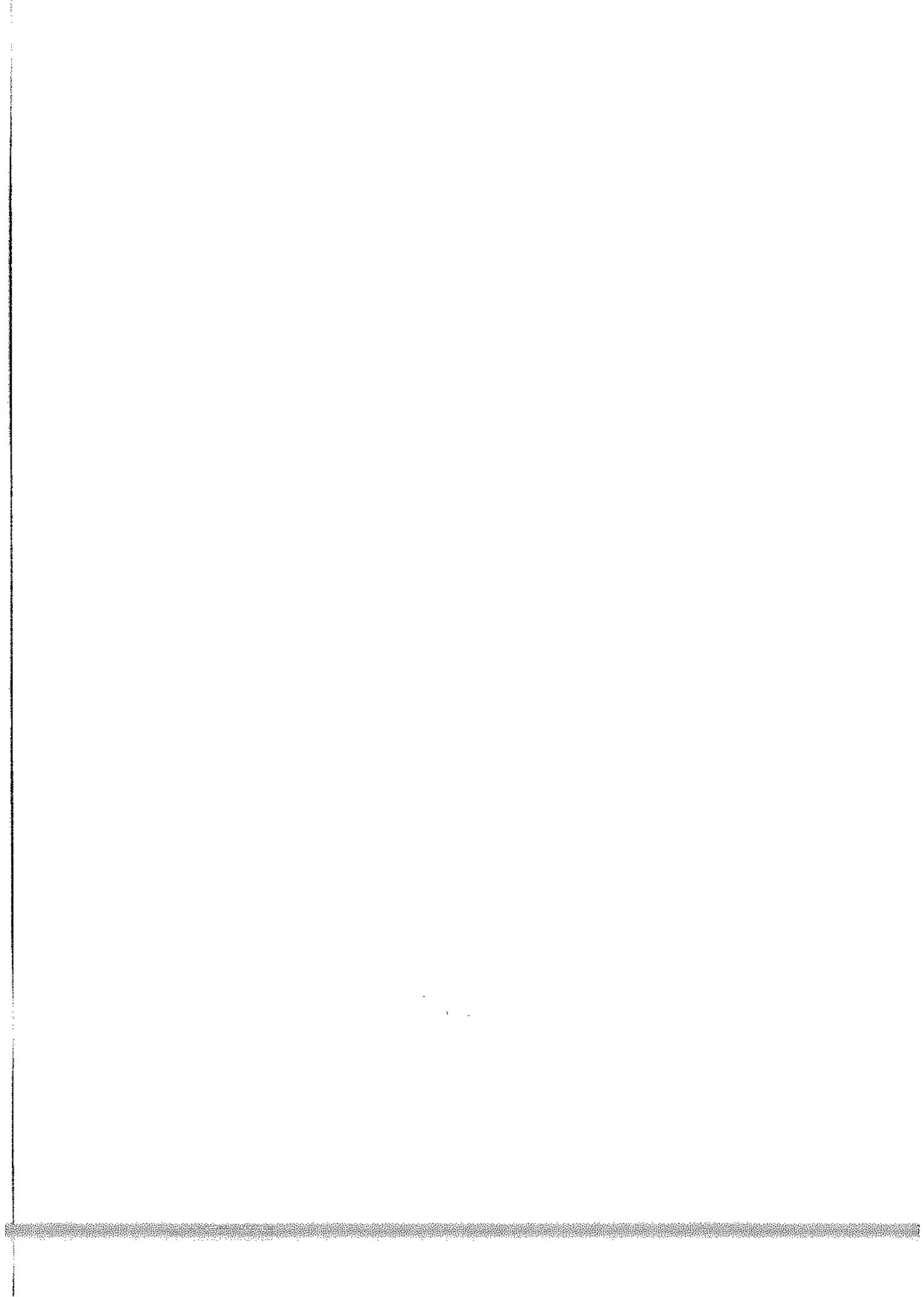
NIPC 504 706 322 | Em futuras comunicações referencie o nosso número de documento e/ou de processo

Rua Tomás da Fonseca, Torre G - 8º  
1600-209 LISBOA - PORTUGAL

T.: +351 210 052 200  
F.: +351 210 052 259

[www.ersar.pt](http://www.ersar.pt)  
[geral@ersar.pt](mailto:geral@ersar.pt)





**Parecer sobre a minuta do terceiro aditamento ao contrato de concessão da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e saneamento de Barcelos**

Processo	28659
Informação	I-000617/2023
Entidade titular	Município de Barcelos
Entidade gestora	Águas de Barcelos, S. A
Serviço(s)	Abastecimento público de água Saneamento de águas residuais
Data da decisão	2023-05-19

## 1. Descrição do Pedido

A Câmara Municipal de Barcelos (doravante designadamente por “CM Barcelos” ou “município”), por ofício rececionado a 5 de abril, submeteu a parecer da ERSAR uma proposta de minuta do terceiro aditamento ao contrato de concessão da exploração dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, que corresponde à concretização de um acordo extrajudicial com a sociedade concessionária Águas de Barcelos (doravante designada “entidade gestora” ou “AdB”) no qual se pretende repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão objeto de litígio e de acórdão arbitral já transitado em julgado.

O pedido parecer foi acompanhado dos seguintes elementos:

- Minuta do terceiro aditamento ao contrato de concessão
- Anexo 1 - Minuta do regulamento de serviço revisto
- Anexo 2 - Caso base revisto (Excel)
- Anexo 3 - Tarifário revisto
- Anexo 4 - Protocolo Tarifário especial
- Anexo 5 - Plano de investimento revisto
- Anexo 6 - Plano de investimento municipal
- Acordo celebrado entre o município de Barcelos e a Águas de Barcelos outorgado em 2023-03-22 (Acordo Global).

Com a presente revisão contratual, as partes pretendem ainda proceder à adaptação do contrato de concessão ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

O pedido formulado à ERSAR funda-se no disposto na alínea c) do n.º 4 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto<sup>1</sup>, conjugado com o disposto na alínea a), do n.º 4 da Lei n.º 10/2014, de 6 de março<sup>2</sup>.

## 2. Enquadramento da Concessão

De seguida apresenta-se o enquadramento legal e contratual do presente pedido de parecer ao terceiro aditamento do contrato de concessão.

### 2.1. Enquadramento legal

O contrato de concessão em análise foi celebrado em 27 de setembro de 2004 ao abrigo do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, pelo prazo de 30 anos a contar da data de início da exploração, que teve lugar em 24 de janeiro de 2005.

O Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, tinha por objeto o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, prevendo a possibilidade de estes serviços serem explorados em regime de concessão por entidade públicas ou privadas, pelo prazo máximo de 50 anos, no caso das concessões municipais, conforme resulta do artigo 8.º do supramencionado diploma legal.

Este diploma veio a ser parcialmente revogado<sup>3</sup> com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que ocorreu no dia 1 de janeiro de 2010.

Resulta do disposto no artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que os contratos de concessão em vigor à data de entrada em vigor deste diploma deveriam ser adaptados ao seu conteúdo no prazo de 3 anos.

---

<sup>1</sup> Regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

<sup>2</sup> Aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos.

<sup>3</sup> O artigo 79.º revogou expressamente os artigos 6.º a 18.º do Decreto-Lei n.º 379/93.

O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, estabelece um regime comum aplicável a todos os serviços municipais de águas e resíduos, independentemente do modelo de gestão adotado, densificando a normas específicas a cada modelo de gestão.

No que respeita ao modelo de gestão concessionada, o referido diploma consagrou um novo prazo máximo para as concessões que, para além de ter de ser fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade de exploração, do capital investido pelos concessionários tem a duração máxima de 30 anos (incluindo a duração de qualquer prorrogação).

Considerando que a concessão implica, por natureza, uma efetiva transferência do risco para a concessionária, foram ainda definidos, no artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, os riscos que permanecem obrigatoriamente na esfera jurídica do Concedente, entre os quais está elencada a modificação unilateral das obrigações previstas no contrato (com exceção da modificação ao plano de investimentos) e qual a forma de compensação pelo impacto desses riscos.

O artigo 80.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, prevê um prazo de 3 anos para adaptação ao regime vertido neste diploma dos contratos de concessão pré-existentes à data da sua entrada vigor. Esta adaptação deve ser feita, segundo o entendimento reiterado da ERSAR, preservando-se a tutela da confiança dos adjudicatários dos procedimentos concursais que resultaram na celebração destes contratos.

Para além dos diferentes diplomas legais que se sucederam no tempo importa ainda tomar em consideração, por um lado, o que dispõe o artigo 12.º do Código Civil a propósito dos critérios gerais de aplicação da lei no tempo e, simultaneamente, o artigo 297.º do Código Civil a propósito dos critérios gerais de aplicação da lei no tempo a prazos. Estas duas normas aplicar-se-ão na falta de norma especial intemporal que estabeleça critérios firmes de aplicação das leis novas a relações contratuais pré-existentes.

Por fim, cumpre fazer referência ao Regulamento dos Procedimentos Regulatórios da ERSAR (Regulamento n.º 446/2018, de 23 de julho, adiante designado RPR), que tem por objeto os procedimentos aplicáveis às relações entre a ERSAR e as entidades gestoras sujeitas à sua regulação, detalha a documentação necessária para efeitos de apreciação e emissão de pareceres, mormente, instrução dos processos relativos à constituição de novos sistemas de gestão e exploração dos serviços de águas e resíduos.

## **2.2. Enquadramento contratual**

### **2.2.1. Contrato de concessão inicial**

Na sequência de um Concurso Público Internacional, lançado em 2003, a CM de Barcelos atribuiu à Águas de Barcelos, S.A. a concessão da exploração e gestão dos serviços públicos de abastecimento de água e de drenagem e tratamento de águas residuais no Município de Barcelos.

O contrato de concessão foi celebrado em 27 de setembro de 2004, pelo prazo de 30 anos. O período normal de funcionamento da Concessão iniciou-se em 24 de janeiro de 2005.

### **2.2.2. Primeiro aditamento**

A 7 de janeiro de 2005, na sequência da análise da fiscalização prévia do Tribunal de Contas foi celebrado entre as partes um primeiro aditamento ao contrato, no qual foi excluído o seu anexo 16, designado por contrato de construção.

### **2.2.3. Protocolo de 2006**

Em abril de 2006 foi celebrado um protocolo entre a CM de Barcelos e a AdB, com vista à comparticipação pelo município da redução de 50% dos encargos decorrentes da instalação de ramais aos municípios com captações de água e/ou fossas sépticas individuais, que não se encontrava prevista no contrato de concessão inicial.

A ERSAR não foi consultada a propósito do referido protocolo, não dispondo de cópia do mesmo nem de informação sobre os termos em que foi executado. De acordo com informação constante do Relatório n.º 03/2014, da 2.ª secção de fevereiro 2014 - Auditoria à Regulação de PPP no Sector das Águas (sistemas em baixa)" efetuada pelo Tribunal de Contas do Tribunal de Contas, no âmbito deste protocolo a CM de Barcelos pagou à concessionária cerca de 5,8 milhões €.

### **2.2.4. Segundo Aditamento**

Em 12 de junho de 2008, por escritura pública, foi celebrado um Aditamento ao Contrato<sup>4</sup>, com o propósito de substituir a fórmula de revisão do tarifário, clarificar o cálculo da atualização da retribuição ao Concedente e rever o plano de investimentos.

---

<sup>4</sup> Objeto de parecer do então IRAR através da Nota técnica O-1542/2008 de 14 de março 2008.

No Aditamento de 2008, embora tenham sido alteradas as condições económico-financeiras, não foi elaborado um novo Caso Base, nem foram introduzidas alterações no Caso Base Original, quer no respeitante ao plano de investimento, quer no respeitante a tarifas, ficando o caso base desajustado da realidade.

### **3. Antecedentes à Solução Proposta – o acórdão arbitral**

Em 10 de julho de 2009, a AdB efetuou um pedido de reposição do equilíbrio económico e financeiro da concessão, nos termos previstos na Cláusula 87.<sup>a</sup> do contrato de concessão, tendo por fundamento desvios elevados entre os caudais de abastecimento de água previstos no Caso Base Original e os caudais reais verificados, com impacto na redução das receitas geradas pelos serviços o que limitou a continuidade da execução do plano de investimento previsto no contrato de concessão.

O Município de Barcelos não aceitou o pedido formulado pelo que foi constituído em 22 de dezembro de 2010 um Tribunal Arbitral que proferiu, em 18 de janeiro de 2012, acórdão já transitado em julgado que julgou procedente o pedido de reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão. Este reequilíbrio deveria ser restabelecido através da:

- a) alteração do Caso Base Original, nos termos constantes da Petição Inicial da AdB; e do
- b) pagamento da CM de Barcelos à AdB de (i) valor necessário para repor o equilíbrio posto em causa pelos desvios verificados nos caudais dos anos de 2005 a 2009, no montante de 24.602.600 € acrescido de juros de mora, à taxa legal, caso o pagamento não fosse efetuado até ao trânsito em julgado da decisão; e de (ii) uma compensação financeira anual entre 2010 e o termo do contrato de concessão no valor anual de 5.897.179 €, a preços de 2010, sendo cada prestação anual acrescida de juros de mora à taxa legal, caso o seu pagamento não fosse efetuado até ao fim de cada ano em que se vencer.

#### **3.1. Memorando de entendimento 2017 e anteriores propostas de aditamento**

Sem prejuízo das ações judiciais intentadas, e dando cumprimento ao Acórdão Arbitral que recomendara uma solução negocial que permitisse, em termos menos onerosos e mais sustentáveis para o município, repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão, as partes assinaram um memorando de entendimento em 13 de julho de 2017.

Este memorando de entendimento veio a ser vertido numa proposta de aditamento que foi submetida a parecer da ERSAR e sobre a qual esta entidade emitiu o parecer consubstanciado na I-00045/2018, que continha algumas recomendações de alteração de alguns aspetos.

Posteriormente o Município de Barcelos apresentou à ERSAR<sup>5</sup> a resposta ao parecer com ref. <sup>a</sup> I-00045/2018 de 21 de março onde juntou novos documentos em aditamento ou substituição da documentação anteriormente apreciada pela ERSAR.

Após a uma sequência de interações, a ERSAR pronunciou-se sobre a nova proposta apresentada pelo município, tendo sido emitido o parecer consubstanciado na I-000070/2019 que continha igualmente um conjunto de recomendações de alteração de vários aspetos.

Segundo a documentação agora submetida à apreciação da ERSAR, o memorando de entendimento assinado em 2017 não teve seguimento e acabou por não ser concretizado, tendo sido reconhecido que, tal como advertido pela ERSAR, algumas das soluções preconizadas nesse memorando não se afiguravam adequadas por penalizarem excessivamente o utilizador e o município.

Neste contexto foi negociado entre as partes (município e AdB) um novo acordo global, assinado em 22 de março de 2023, que visa regular a concretização da reposição do equilíbrio económico e financeiro da concessão e por conseguinte fazer extinguir os processos judiciais existentes (o “Acordo Global”). Este acordo foi vertido na proposta de 3º aditamento submetida agora a parecer da ERSAR.

#### 4. Solução Proposta

De acordo com o Acordo Global de 22 de março de 2023 “*É pretensão do CONCEDENTE, em defesa dos interesses públicos acima enunciados, e do interesse da CONCESSIONÁRIA, repor o equilíbrio económico-financeiro da Concessão da Concessão através de uma solução negocial em termos menos onerosos e mais sustentáveis para o município, e assim viabilizar a extinção dos processos judiciais existentes*” (considerando H do Acordo Global).

Neste contexto, as partes acordaram em proceder à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão, alterando o contrato de concessão nos termos constantes da proposta

---

<sup>5</sup> Por ofício que deu entrada em 2018-07-23.

ao terceiro aditamento ao contrato (Anexo I ao Acordo Global), através das seguintes modalidades cumulativas:

- a) Prorrogação do prazo do contrato por mais 20 (vinte anos)
- b) Revisão do tarifário
- c) Revisão do plano de investimento a cargo da concessionária
- d) Revisão do plano de investimento municipal
- e) Eliminação da obrigação de pagamento da retribuição à concedente
- f) Alteração dos termos do exercício de resgate
- g) Pagamento de compensação financeira à concessionária no valor de €18.000.000,00.

Com a presente revisão contratual, as partes pretendem ainda proceder à adaptação do contrato de concessão ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Sem prejuízo das condicionantes abaixo identificadas do acordo agora celebrado, não deixa de ser relevante que o presente aditamento consubstancia um entendimento entre as partes que, simultaneamente, extingue as ações judiciais em curso, que consubstanciam um litígio moroso e complexo que em nada beneficia as partes envolvidas, e permite, em princípio, um adequado desenvolvimento dos serviços concessionados.

#### **4.1. Considerações prévias**

Em anexo ao pedido de parecer sobre a proposta de terceiro aditamento ao contrato de concessão, o município remeteu também para análise da ERSAR a minuta de regulamento de serviço revisto.

O regulamento de serviço é um instrumento jurídico com eficácia externa que constitui a sede própria para regulamentar os direitos e as obrigações da entidade gestora e dos utilizadores no seu relacionamento, contudo os direitos e obrigações da entidade gestora são, no caso em concreto, definidos e delimitados pelo contrato de concessão.

Neste contexto, é entendimento da ERSAR que o regulamento de serviços só deve ser revisto após a outorga da revisão do contrato de concessão para que possa refletir de forma correta os

direitos e obrigações da entidade gestora e o seu relacionamento com o utilizador final, pelo que não será a referida minuta objeto de análise no presente parecer.

Acresce que, nos termos do n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, a ERSAR se pronuncia sobre os projetos de regulamento de serviço durante o período de consulta pública, razão pela qual é nesse momento que o projeto de regulamento que venha a ser elaborado à luz do terceiro aditamento ao contrato de concessão deve ser submetido à apreciação da ERSAR.

#### **4.2. Análise**

Para efeitos da presente análise são tidos em conta os seguintes documentos:

- Acórdão do Tribunal Arbitral datado de 18 de janeiro de 2012
- Acordo celebrado entre o Município de Barcelos e a Águas de Barcelos, S.A a 22 de março de 2023 (Acordo Global)
- Minuta de terceiro aditamento ao contrato de concessão remetida a 5 de abril de 2023
- Caso base revisto (Excel)
- Tarifário revisto
- Protocolo Tarifário especial
- Plano de investimento revisto
- Plano de investimento municipal.

##### **4.2.1. Caso base revisto**

Nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 13.º do RPR, o pedido de parecer à ERSAR, sobre alterações de contratos de concessão que comportem a reposição do reequilíbrio económico e financeiro da concessão, deve ser instruído com:

- Relatório comparativo do histórico de cumprimentos das obrigações de ambas as partes
- Parecer da respetiva comissão de acompanhamento
- Estudo de viabilidade económica e financeira que retrate, isoladamente, cada evento justificativo da reposição do equilíbrio e o respetivo impacto.

Analisada a documentação recebida, verifica-se que não foi remetido o relatório comparativo do histórico de cumprimentos das obrigações de ambas as partes, bem como o parecer da comissão

de acompanhamento, reconhecendo-se quanto a este último a impossibilidade do seu cumprimento na medida em que a referida comissão de acompanhamento ainda não foi constituída.

Quanto ao caso base revisto, agora em análise, dá-se nota de que o mesmo não retrata, isoladamente, os eventos que deram origem ao reequilíbrio nem o respetivo impacto, obrigatorialidade que decorre do n.º 5 do artigo 13.º do RPR, não sendo igualmente perceptível em que medida é que cada um dos mecanismos de reposição propostos contribui para a reposição do equilíbrio financeiro da concessão.

Mais, de acordo com o Acordo Global a revisão em curso pretende repor o equilíbrio da concessão afetado pela variação de caudais em relação a 2005 e 2009, não estando expressamente identificado qualquer outro evento. No entanto, a Cláusula 4.ª do memorando refere que a revisão do tarifário prevê a recuperação dos seus valores, atenta a não atualização nos anos posteriores a 2009, indiciando que a não atualização tarifária constitui, também, um dos eventos que estão na base do reequilíbrio pretendido.

Importa notar que a fixação de um tarifário diferente daquele que resulta do contrato, por parte do concedente, constitui, nos termos da alínea i) do n.º 1 da Cláusula 87.ª do contrato de concessão, motivo de reequilíbrio, sendo que o impacto decorrente deste evento deveria ser regularizado através de compensação direta entre as partes, à luz do estatuído no n.º 8 da supramencionada Cláusula 87ª do contrato de concessão, bem como da alínea b), do n.º 2 do art.º 35.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Sem prejuízo da obrigatorialidade legal da identificação clara e precisa dos eventos que dão origem ao reequilíbrio, no caso da concessão de Barcelos, esta questão assume relevância também na medida em que, de acordo com os n.ºs 6 e 7 do Cláusula 87.ª do contrato de concessão, a alteração da retribuição à concedente prevista na Cláusula 70.ª e a alteração do prazo da concessão (mecanismos de reposição propostos no reequilíbrio em análise) só podem ser utilizadas para reposições cujos motivos tenham sido verificados após 31 de dezembro de 2010.

Também no n.º 8 da mesma cláusula, está contratualmente definido que existem determinados eventos cuja reposição de reequilíbrio terá necessariamente de ser feita através de uma compensação financeira direta pelo concedente.

Todavia, não pode deixar de reconhecer-se que, no caso em discussão, o fundamento que justifica o Acórdão Global e, na sua sequência, a modificação do contrato de concessão é complexo e não encontra enquadramento direto no regime contratual e legal atrás citado, porquanto resulta de um Acórdão Arbitral, já transitado em julgado, no qual foram já dirimidas e resolvidas as consequências que os eventos atrás referidos determinaram na execução do contrato.

Assim, se é certo que, sem que estejam retratados isoladamente cada um dos eventos subjacentes ao reequilíbrio pretendido bem como os mecanismos utilizados para repor cada um dos eventos e respetivos impactos, a ERSAR não tem condições para aferir da legalidade da utilização de cada um dos mecanismos de reposição autonomamente considerados, entende-se que, à luz do fundamento complexo deste reequilíbrio financeiro, não será desajustado partir-se tão só do decidido no Acórdão Arbitral como causa próxima do reequilíbrio financeiro e da consequente modificação contratual, não estando portanto vedadas às partes, e em abstrato, o elenco geral das modalidades de reposição do equilíbrio financeiro previstas no contrato e na lei.

Ainda a propósito do caso base revisto, parece resultar do mesmo (ver *sheet Track Changes*) que o ponto de partida para a sua elaboração foi o caso base subjacente a um acordo de 2018.

A propósito desta questão, cumpre-nos referir que o acórdão arbitral, tendo transitado em julgado, modificou objetivamente o contrato de concessão através da alteração ao caso base (tendo determinado a existência de um caso base ajustado). Foi em resultado deste caso base ajustado que o Tribunal apurou o valor necessário à reposição do equilíbrio financeiro da concessão. O Tribunal considerou, não obstante, que as partes poderiam, em sede de execução do julgado, encontrar uma “solução mista” que permitisse alcançar os valores apurados como necessários para repor o equilíbrio da concessão sem ser forçosamente através de pagamentos diretos pelo concedente município à concessionária.

Isto significa que o caso base que deve servir como ponto de partida para o processo de reequilíbrio deverá ser o caso base ajustado que resultou da decisão do Tribunal Arbitral (“Caso Base Ajustado, CBA”) e não, como sucedeu, um outro caso base entretanto trabalhado pelas partes.

Por esta razão, não é possível à ERSAR, considerando os elementos que instruíram este procedimento, concluir sobre a adequação entre o montante apurado pelo Tribunal Arbitral como sendo a compensação devida à concessionária pelo reequilíbrio financeiro petitionado e o

complexo cumulativo de modalidades de reposição do equilíbrio financeiro agora propostas (e que não se cingem ao pagamento de um montante fixo pelo concedente à concessionária).

Sem prejuízo do acima exposto, a ERSAR reitera as recomendações já realizadas relativamente aos casos base anteriormente submetidos à apreciação da ERSAR, nomeadamente quanto à circunstância de a reposição do reequilíbrio assentar em valores reais dos pressupostos (o que elimina indevidamente o risco da concessionária, uma característica intrínseca de uma concessão) e quanto ao facto de apenas deverem ser alterados os pressupostos relacionados com os eventos que dão origem ao reequilíbrio.

Neste contexto, importa referir que na minuta de 3º Aditamento agora apresentada, foi eliminada a alínea a) da Cláusula 87.<sup>a</sup>, relativa à variação de caudais totais anuais de água de abastecimento superior a 20%, em relação aos valores previstos para o ano em causa no Caso Base. Conforme mencionado anteriormente<sup>6</sup>, esta eliminação tem um impacto diferente nos cenários de partilha de benefícios e de prejuízos, beneficiando essencialmente a concessionária e eliminando a possibilidade de partilha de eventuais benefícios por procura superior à prevista, correspondendo assim a uma modificação da distribuição de risco. Recomenda-se, por isso, que esta alteração não seja introduzida ao contrato porquanto retira da esfera jurídica do Concedente a possibilidade de beneficiar de uma variação de caudais totais de água de abastecimento substancialmente superior aos valores revistos para aquele ano no CBA.

Por fim, e tendo em atenção a duração do contrato, e complexidade das alterações a efetuar, é entendimento da ERSAR que o pedido de parecer sob resposta deveria ter sido instruído com uma memória descritiva justificativa, na qual fossem detalhadas todas as alterações efetuadas ao Caso Base Ajustado no âmbito deste terceiro aditamento ao contrato de concessão, explicitando os pressupostos assumidos. Considerando a necessidade de emissão do parecer da ERSAR em prazo, não foi solicitada esta informação adicional a qual se sugere que seja fornecida, porém, aquando do envio do aditamento que seja assinado pelas partes juntamente com a fundamentação adicional que se justifique ao caso.

Caso as partes pretendam uma nova pronúncia da ERSAR sobre esta matéria, o pedido a formular deverá, para além de incluir a memória descritiva referida, assentar no CBA e detalhar os eventos

---

<sup>6</sup> Parecer ERSAR I-000045/2018 a coberto do ofício O-002858/2018 de 22 de março.

e a sua correspondência com cada uma das modalidades de reposição do equilíbrio financeiro a ser contratualmente acordadas.

#### 4.2.2. Prorrogação do prazo da concessão

No que respeita à prorrogação do prazo proposta (mais 20 anos), perfazendo um prazo total da concessão de 50 anos, importa referir o seguinte.

O contrato de concessão foi, como acima referido, celebrado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, e, apesar de o contrato inicial ter sido celebrado por 30 anos, a legislação em vigor à data da celebração do contrato admitia uma duração máxima do prazo contratual de 50 anos.

No entanto, o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, limitou essa duração máxima, incluindo a duração de qualquer prorrogação, para 30 anos.

É ainda relevante sublinhar que, com a revisão em curso, para além de reequilibrarem a concessão, as partes pretendem adaptar o contrato de concessão àquele diploma.

A este respeito, tem sido entendimento da ERSAR que, na adaptação ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, não pode deixar de ser tido em conta que os contratos de concessão vigentes à data da publicação daquele diploma foram atribuídos na sequência de um procedimento concursal e que, por esse motivo, a sua aplicação (incluindo obrigação de adaptação ao diploma) deveria ser interpretada com precaução, não devendo impor alterações aos pressupostos do procedimento concursal que estiveram na base da escolha da proposta vencedora.

Para determinação do prazo máximo aplicável ao contrato (incluindo as suas prorrogações), importa não só ter presente o artigo 80.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que prevê expressamente as condições de aplicação desta nova lei aos contratos de concessão vigentes, como também recorrer às regras gerais do direito quanto à aplicação da lei no tempo e, em particular, ao que dispõe o artigo 297.º do Código Civil segundo o qual "*A lei que estabelecer para qualquer efeito, um prazo mais curto do que fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova Lei ...*".

Ora, aplicando esta regra jurídica ao caso em concreto, e tendo em atenção que o regime jurídico decorrente do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, entrou em vigor a 1 de janeiro de 2010, resultaria que o prazo da concessão poderia, no máximo e após a confirmação de que este mecanismo estaria a ser utilizado apenas para *“ocorrências cujos motivos se tenham verificado após 31 de dezembro de 2010”*<sup>7</sup>, ser prorrogado por mais 5 anos (e não 20 anos), até 31 de dezembro de 2039 (1 janeiro de 2010+30 anos).

Considerando que o diploma em causa conferia às partes um prazo adicional de adaptação de 3 anos, poderia, em abstrato, pensar-se que a prorrogação possível seria, no caso, de 8 anos acrescendo 3 anos ao prazo anteriormente referido (e não de 20 anos).

Acresce ao exposto que, em qualquer situação, a alteração do prazo que consubstancie uma prorrogação do mesmo se mostrará, após a celebração deste aditamento, inviável enquanto mecanismo de reposição do equilíbrio financeiro da concessão. Razão pela qual deverá ser eliminada ou adaptada a alínea b) do n.º 3 da cláusula 87.º do contrato de concessão em apreciação.

#### 4.2.3. Revisão do tarifário

Outro dos mecanismos propostos para a reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão é a Revisão do Tarifário.

Sobre a proposta de “Tarifário Revisto” apresentada e dando boa nota da intenção de eliminação de tarifas pela construção de ramais com uma extensão inferior a 20 metros, cumpre referir que a referida proposta contém ainda inúmeros aspetos em que se afasta do preconizado pela ERSAR na Recomendação 1/2022<sup>8</sup> (Recomendação Tarifária), nomeadamente no que respeita à definição das tarifas fixas e variáveis aplicáveis a ambos os serviços. Neste sentido, recomenda-se a revisão do “Tarifário Revisto”, no sentido de o adequar à Recomendação Tarifária acima identificada, do contrato de concessão em apreciação.

---

<sup>7</sup> Conforme resulta do n.º 7 da Cláusula 87.º do contrato de concessão.

<sup>8</sup> Recomendação Tarifária dos Serviço de Águas.

Outro aspeto para o qual importa alertar é o facto da tabela de preços dos serviços auxiliares relativamente ao serviço de saneamento de águas residuais contemplar tarifas referentes ao transporte e destino final de águas residuais provenientes de fossas sépticas.

A este respeito cumpre sublinhar que, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, a recolha, o transporte e o destino final de águas residuais provenientes de fossas sépticas, faz parte integrante do serviço de saneamento. Acresce que o n.º 3 do artigo 59.º do mesmo diploma legal, obriga as entidades gestoras a prestarem o serviço de saneamento, através de meios móveis, quando a rede pública não esteja disponível relativamente ao local a servir. A faturação deste serviço está sujeita às regras previstas no artigo 81.º do Regulamento das Relações Comerciais<sup>9</sup> que, enquanto regulamento com eficácia externa, obriga todas as entidades gestoras de águas e resíduos.

Por conseguinte, a limpeza de fossas sépticas a utilizadores não servidos por rede fixa de drenagem não pode ser faturada como serviço auxiliar, com exceção de serviços adicionais ou urgentes, sob pena de violação dos supramencionados artigos, o que corresponde a uma violação de lei, razão pela qual deve esta matéria ser revista.

Ainda relacionado com o tarifário, em anexo ao Acordo Global, é junta, como anexo 4, uma minuta de Protocolo – Tarifário Especial, que define as condições de admissibilidade e os procedimentos associados à aplicação de tarifários especiais para utilizadores domésticos de menor rendimento ou com necessidades especiais e aos utilizadores “Famílias Numerosas”.

A respeito da atribuição de tarifários especiais a pessoas com menor rendimento ou necessidades especiais, não pode a ERSAR deixar de alertar para a existência do Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro<sup>10</sup>, segundo o qual o financiamento deste tipo de tarifários deve ser da responsabilidade do município, entendimento igualmente preconizado pela ERSAR na Recomendação da ERSAR n.º 02/2018 (Tarifários sociais para os utilizadores domésticos dos serviços de águas e resíduos).

Sem prejuízo de se reconhecer que, nos termos do protocolo submetido, a atribuição dos tarifários especiais será igualmente suportada, financeiramente, pelo município, verifica-se que

---

<sup>9</sup> Regulamento n.º 594/2018 publicado no Diário da República, 2.ª série- n.º 170 – 4 de setembro.

<sup>10</sup> Que estabelece o regime da tarifa social relativa à prestação dos serviços de águas.

as condições de admissibilidade e os procedimentos de aplicação não correspondem aos definidos no supramencionado diploma, razão pela qual se recomenda a revisão do tratamento dado a esta matéria, devendo ser equacionada a adesão ao regime da tarifa social previsto no Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro.

Quanto ao tarifário para famílias numerosas e porque o proposto não acompanha o sugerido pela ERSAR no ponto C2.5.2 da Recomendação Tarifária, recomenda-se a revisão do mesmo no sentido de o adequar ao preconizado por esta entidade reguladora naquela Recomendação.

Cumpra ainda referir que no n.º 9 da Cláusula 68.º do contrato de concessão está prevista a aprovação tácita de tarifas. A respeito desta disposição, e em especial no que se refere a aprovação de tarifários ou a modificações contratuais, destaca-se que as aprovações pelos órgãos autárquicos consubstanciam atos administrativos, e como resulta do prescrito no artigo 130.º, n.º 5 do CPA, a formação tácita de um ato (de aprovação ou autorização) só é legalmente consentida nos casos expressamente previstos na lei, o que não resulta diretamente do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto (alínea b), do n.º 3), ao impor, em específico, a aprovação expressa do tarifário dos serviços para os períodos vinculativos e ratificação das atualizações anuais pelos municípios. Neste sentido, deve ser eliminado o n.º 9 da supramencionada cláusula 68.º do contrato de concessão.

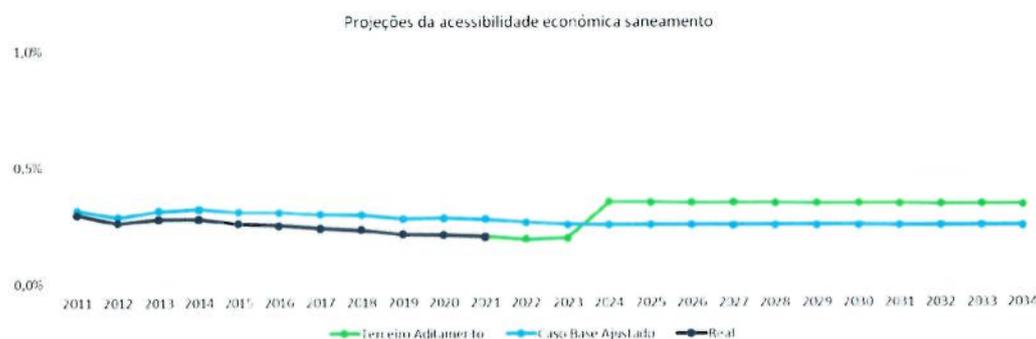
No que respeita ao tarifário geral, verifica-se que, com as alterações de tarifas e da estrutura tarifária na proposta apresentada, o encargo anual associado ao consumo de 120 m<sup>3</sup> de abastecimento de água passa de 167,34€ em 2022, para 180,15€ em 2023 (aumento de 7,7%), e para 152,70€ em 2024 (redução de 15,2% face a 2023). Relativamente ao serviço de saneamento, o encargo anual associado ao consumo de 120 m<sup>3</sup> passa de 78,69€ em 2022, para 84,72€ em 2023 (aumento de 7,7%), e para 156,79€ em 2024 (aumento de 85,1% face a 2023).

A alteração tarifária preconizada tem, à luz dos dados disponíveis na ERSAR, impacto no indicador de acessibilidade económica não colocando, porém, em causa a avaliação positiva deste indicador.

Analisando o indicador de acessibilidade económica desta entidade gestora, observar-se que em termos reais/históricos no serviço de abastecimento se situa numa qualidade de serviço mediana até ao ano 2017 e de 2018 em diante numa qualidade do serviço boa. Esta melhoria da acessibilidade económica deveu-se à não atualização das tarifas desde 2009. Relativamente ao

serviço de saneamento, em termos reais/históricos este situa-se numa qualidade de serviço boa, sempre abaixo dos 0,5%.

Em termos previsionais, com o 3.º aditamento é esperado que, de 2024 em diante, com o ajustamento previsto nas tarifas referido anteriormente<sup>11</sup> o peso de cada um dos serviços no rendimento disponível das famílias em Barcelos se situe em torno nos 0,34%, com uma qualidade de serviço boa em ambos os serviços, conforme se pode observar nos gráficos seguintes.



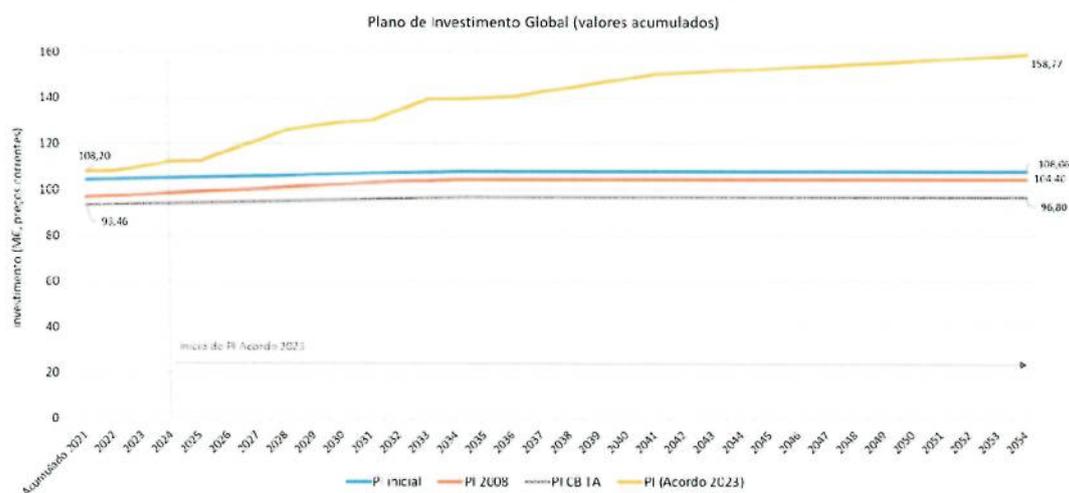
Assim, esta alteração irá permitir melhorar a sustentabilidade económica do serviço de saneamento (embora o caso base revisto apresentado não disponha de uma demonstração de resultados por serviço, tomou-se como referência os resultados reportados à ERSAR em 2021<sup>12</sup>)

<sup>11</sup> Diminuição do encargo anual com 120m3 no serviço de abastecimento em 15,2% face a 2022 e aumento do encargo anual com 120m3 no serviço de saneamento em 85,1% face a 2022.

<sup>12</sup> O resultado líquido do serviço de abastecimento foi de 865 mil euros e do serviço de saneamento foi de -3.143 mil euros.

#### 4.2.4. Revisão do plano de investimento a cargo da Concessionária

Numa primeira análise são apresentados os montantes globais dos planos de investimento (a preços correntes) nos vários casos base da concessão desde o seu início até ao acordo agora alcançado e em análise.



No quadro abaixo apresentam-se os valores acumulados até 2034 (último ano comum a todos os planos), incluindo-se o valor dos investimentos no último ano do plano de investimentos agora em análise (2054):

(milhões de euros, p. correntes)

	Acum. 2021	Acum. 2023	Acum. 2034	Acum. 2054
Caso base inicial (PI inicial)	104,40	104,90	108,06	-
Caso base 2º Aditamento (PI 2008)	96,70	97,96	104,40	-
Caso base ajustado do "tribunal arbitral" (PI CB TA)	93,46	93,93	96,80	-
Caso base proposta 3º aditamento (PI Acordo 2023)	108,20*	110,05	139,68 (31,93 são novos investimentos)	158,77

\* valor real da execução dos investimentos de acordo com o CB em análise

Relativamente aos valores apresentados, ressalva-se que os mesmos estão a preços correntes do ano da sua projeção podendo desde logo justificar uma parte dos desvios apresentados. De qualquer modo, e sem prejuízo do referido, alerta-se para o facto de que o valor acumulado dos novos investimentos não pode exceder em 25% do montante dos investimentos inicialmente previstos, conforme alínea c) do n.º 5 do Artigo 54.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de agosto.

Ora, o valor proposto para os novos investimentos ascende a cerca de 31,93 milhões de euros (a preços correntes) indiciando que o mesmo ultrapassa em cerca de 30% do plano de investimentos inicial (caso base inicial) e em cerca de 33% o plano de investimentos do caso base ajustado que resultou do caso base do Tribunal Arbitral. A confirmar-se, a entidade gestora pode estar perante um incumprimento legal com a proposta de 3º aditamento agora em análise.

Analisando a proposta do novo plano de investimentos (PI Acordo 2023), o seu valor ascende a cerca de 25,46 milhões de euros<sup>13</sup> (a preços constantes de 2022) para o período entre 2024 e 2033, conforme Anexo 5 “Plano de investimento revisto” à “Minuta de Terceiro Aditamento ao contrato de concessão”<sup>14</sup>.

Os investimentos propostos, assumidos pelas partes, distribuem-se da seguinte forma (para o período entre 2024 e 2033):

- Abastecimento de água: cerca de 1,33 milhões €, correspondendo a 5% do total do investimento. Estes investimentos incluem a conservação e manutenção de cerca de 13 km de redes de abastecimento de água e a construção de dois reservatórios.
- Saneamento de águas residuais: cerca de 19,88 milhões €, correspondendo a 78% do total do investimento. Os investimentos incluem a conservação e manutenção de cerca de 140 km de redes de saneamento, a construção de quatro novas ETAR com a consequente inativação de seis ETAR’s compactas existentes na área de intervenção da entidade gestora e a construção de nove estações elevatórias.
  - Relativamente às redes de saneamento de águas residuais, não resulta claro se o investimento agora previsto respeita apenas à manutenção e conservação das redes<sup>15</sup> e/ou se respeita, também, à construção de rede pela concessionária como parece indiciar o Anexo 5 na rubrica “Saneamento – rede solicitada pela CMB”.
  - Sobre as ETAR, e de acordo com os elementos agora remetidos, constata-se que se manteve sob responsabilidade da concessionária a construção da ETAR de

---

<sup>13</sup> A preços correntes corresponde a 31,93 milhões de euros.

<sup>14</sup> Que por sua vez é o Anexo I ao Acordo celebrado entre o Município de Barcelos e a Águas de Barcelos, S.A a 22 de março de 2023.

<sup>15</sup> Como parece estar explícito no caso base agora em análise na folha I\_OPE, linha 464.

Cristelo (prevista para 2025/2026) e da ETAR Vila Cova<sup>16</sup> (prevista para 2032/2033). Apenas a construção da ETAR de Fragoso volta a ser da responsabilidade da Câmara Municipal de Barcelos.

- Comuns: 4,25 milhões €, correspondendo a 17% do total do investimento. Estes investimentos incluem essencialmente a substituição de equipamentos e instalações elétricas de infraestruturas, consultoria/projetos/supervisão de trabalhos e aquisição de terrenos.

Os investimentos de reabilitação/conservação das redes de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais previstos no novo plano de investimento visam a melhoria da gestão do serviço no que respeita à reabilitação daquelas infraestruturas, corroborando as necessidades reveladas pelo desempenho insatisfatório nos indicadores de qualidade do serviço preconizados pela ERSAR de “reabilitação de condutas” e “reabilitação de coletores”, dos últimos 5 anos.

O investimento associado à construção de dois reservatórios, parece contribuir para aumentar a autonomia de fornecimento de água tratada à população que, de acordo com os dados de 2021 da avaliação da qualidade dos serviços prestados aos utilizadores, se situa em 0,1 dias (quando se deve situar entre um e dois dias).

Os investimentos em ETAR e redes associadas visam aumentar a acessibilidade física ao tratamento através de redes fixas e conseqüentemente a acessibilidade física ao tratamento em áreas inicialmente não previstas, mas que, por solicitação do concedente, fazem parte do plano do investimento em análise<sup>17</sup>. Neste sentido, a opção por investimentos no sentido de aumentar a acessibilidade física dos serviços (ou seja, a construção de redes em locais ainda não abrangidos por rede com as respetivas ETAR para tratamento) deve ser devidamente ponderada tendo em consideração que a adesão ao serviço de saneamento nos últimos cinco anos tem-se revelado insatisfatória de acordo com os dados do sistema de avaliação da ERSAR.

Sobre a revisão do plano de investimentos, reitera-se, em tudo o que aplicável, os comentários e recomendações apresentados no ponto 3.1.4 do parecer I-000045/2018 de 13 de março,

---

<sup>16</sup> Solicitada pela Câmara Municipal de Barcelos.

<sup>17</sup> E do memorando anterior.

nomeadamente a necessidade de o plano de investimentos dever incluir, para além do cronograma financeiro enviado, um cronograma físico da sua execução, nos termos do n.º 4 do artigo 14.º do RPR conjugado com a alínea a) do n.º 3 do artigo 14.º do mesmo regulamento.

Analizados os diversos elementos submetidos verifica-se a existência de discrepâncias entre o plano de investimentos do caso base revisto *excel* e o plano de investimentos apresentado no Anexo 5 “Plano de investimento revisto” à “Minuta de Terceiro Aditamento ao contrato de concessão”. Ora, considerando que estes são duas peças contratuais que fazem parte do mesmo contrato deve existir correspondência total entre ambas, recomendando-se a revisão em conformidade.

#### **4.2.5. Revisão do plano de investimentos Municipal**

O plano de investimentos sob responsabilidade municipal ascende a 7 milhões de euros, estando prevista a sua execução entre os anos de 2024 e 2025, conforme Anexo 6 “Plano de investimento municipal” à “Minuta de Terceiro Aditamento ao contrato de concessão”. Os investimentos da responsabilidade do município respeitam à construção da ETAR de Fragoso (anteriormente sob responsabilidade da ADB) e à construção de redes de saneamento de águas residuais nos lugares de Palme, Fragoso e Aldreu.

Tal como o plano de investimentos da concessionária, este plano não tem associado um cronograma físico de execução e/ou a descrição da ETAR a construir, pelo que não é possível aferir se os valores propostos estão dentro dos valores considerados razoáveis para obras deste tipo.

#### **4.2.6. Eliminação da obrigação de pagamento de retribuição à concedente**

Neste âmbito recomenda-se, uma vez mais, a revisão do caso base apresentado, nos termos acima preconizados no ponto 4.2.1.

#### **4.2.7. Alteração dos termos do exercício do direito ao resgate**

Da informação disponível não resulta claro em que medida é que esta alteração ao contrato de concessão consubstancia um mecanismo de reposição do equilíbrio económico-financeiro nem qual a sua valorização financeira para cálculo dos benefícios que desta alteração resultam para as partes (em particular para a concessionária). Assumindo que a alteração das condições de resgate é querida pelas partes, sublinha-se que deverá ter um prazo claramente determinado

(sendo nela fixada uma data) e que, sendo um direito de resgate um direito do concedente, não pode este direito estar excessivamente limitado quanto à sua fundamentação o que implica não poder exigir-se ao concedente, por exemplo, a demonstração de “benefício evidente para os Utilizadores na alteração do modelo de gestão dos serviços”. Deve, por isso, esta cláusula ser alterada em conformidade.

#### **4.2.8. Pagamento de compensação financeira à Concessionária nos termos do presente acordo**

Entende-se que os 18 milhões € acordados entre as partes, e que resultam do acordo presente, correspondem ao eventual remanescente que falta equilibrar depois de ser aplicados todos os mecanismos acima referidos. No entanto, uma vez mais, como os eventos e respetivos mecanismos não foram apresentados de forma isolada, não é possível a esta entidade reguladora aferir se este valor foi corretamente calculado ou não.

A propósito da compensação financeiro, importa reiterar o acima exposto no ponto 4.2.1 no sentido de que a não atualização do tarifário entre 2009 e 2022 é um evento cujo impacto deve, nos termos do n.º 8 da Cláusula 87ª do contrato de concessão, bem como da alínea b), do n.º 2 do art.º 35.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, ser repostado através de uma compensação financeira do concedente.

#### **4.2.9. TIR**

A reposição da taxa interna de rentabilidade (TIR) acionista é um dos critérios elencados no contrato de concessão (alínea c) do n.º 5 da Cláusula 87ª) para verificação da reposição do equilíbrio económico-financeiro.

Importa salientar que, devido à necessária assunção de riscos pela concessionária, a TIR acionista subjacente ao caso base não é, nem pode ser, uma TIR acionista garantida (o que equivaleria à anulação de tais riscos), devendo funcionar apenas como referencial do equilíbrio do contrato.

Desta forma, para efeitos de cálculo da medida de reposição do reequilíbrio económico-financeiro deve ser calculada a TIR acionista que seria atingida caso, face aos elementos constantes do caso base ajustado, apenas se alterassem pressupostos decorrentes desses eventos até ao limite do risco da concessionária. Deve ainda ser assegurada a implementação de medidas que assegurem a reposição do equilíbrio e permitam atingir (e não superar) a TIR que seria alcançada se não se tivessem verificado os eventos que não constituem risco da

concessionária. Essas medidas podem corresponder a uma compensação direta entre as partes, à revisão do tarifário, à alteração do prazo do contrato ou de obrigações contratuais, ou à conjugação das mesmas.

No entanto, no caso em análise não foi seguida a metodologia acima descrita, na medida em que entre outras situações descritas no ponto 4.2.1, foram revistos os pressupostos de todos os anos e não apenas aqueles elegíveis para o reequilíbrio e não foram quantificados os impactos dos eventos de forma isolada.

Importa ainda referir que existem outras remunerações que não estão incluídas como remuneração aos acionistas, como é o caso dos *fees* de gestão relativos à Assistência Técnica, que é determinada em função de uma percentagem dos proveitos apurados.

No caso base revisto agora submetido a parecer, está prevista uma modificação dos pressupostos do caso base ajustado, através da alteração da percentagem dos proveitos apurados, com esta a passar de 3% para 5% de 2024 a 2033<sup>18</sup>. A alteração do método de cálculo juntamente com o aumento da receita tarifária prevista, fazem com que os *fees* de gestão previstos aumentem de 379 mil euros em 2023 para 974 mil euros em 2024, atingindo um máximo de 1.316 mil euros em 2033. Neste sentido, é importante clarificar o que justifica tais valores, por exemplo, especificar que apoio é efetivamente prestado pelos acionistas à entidade gestora que justifique *fees* de gestão na ordem dos 5%. Por último, importa dar nota que a diminuição da TIR de 10,34% constante no caso base ajustado do tribunal arbitral para 6,94% no caso base agora submetido a parecer, poderá não representar uma menor rentabilidade para o mesmo nível de risco, uma vez que foram introduzidas as demonstrações financeiras reais históricas e considerados novos pressupostos alterando-se desta forma o risco subjacente à concessionária.

## 5. Conclusões e Recomendações

Conforme exposto em 4.2.1 o pedido de parecer submetido à apreciação da ERSAR não foi corretamente instruído nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 13.º do RPR, o que não permitiu aferir,

---

<sup>18</sup> Na sheet "Track Changes" do caso base revisto agora submetido este aumento parece ser justificado com a assistência técnica durante a obra.

com rigor, se o equilíbrio económico-financeiro da concessão poderá considerar-se reposto nos termos do n.º 5 da Cláusula 87.ª do contrato de concessão.

Não obstante, tendo em conta a documentação recebida e remetendo para a análise acima realizada, existem aspetos para os quais cumpre alertar as partes, advertindo-se para a obrigatoriedade de correção daqueles que constituem requisitos legais, melhor identificados em 5.1., aconselhando-se, igualmente, que sejam tidas em consideração as recomendações da ERSAR apresentadas em 5.2..

**5.1. Assim, constituem requisitos legais os seguintes aspetos:**

- a. Conforme resulta do ponto 4.2.1, o caso base que deve servir como ponto de partida para o processo de reequilíbrio da concessão é o caso base ajustado, CBA – resultante da decisão do Tribunal Arbitral - na medida em que esta decisão procedeu à modificação do caso base subjacente ao contrato de concessão em vigor;
- b. De acordo com o ponto 4.2.2, a prorrogação do prazo da concessão está limitada ao prazo máximo de 30 anos previsto no Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, por força da aplicação das regras de aplicação da lei no tempo, resultantes do artigo 297.º do Código. Neste sentido, e no caso em concreto, o prazo da concessão não poderia ser prorrogado por prazo diferente do aí preconizado, devendo também ser alterada ou eliminada a cláusula 87.º, n.º 3, alínea b);
- c. De acordo com o ponto 4.2.3, a limpeza de fossas sépticas em locais não dotados de rede pública faz parte integrante do serviço de saneamento de águas residuais, conforme resulta da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, devendo este serviço ser faturado de acordo com o definido no n.º 2 do artigo 81.º do Regulamento das Relações Comerciais;
- d. Conforme exposto em 4.2.3 não existe deferimento tácito de aprovação de tarifas, razão pela qual deve ser eliminado o n.º 9 da cláusula 68.º do contrato de concessão;
- e. Conforme resulta do ponto 4.2.4, o plano de investimentos anexo à revisão contratual apresenta um valor para os novos investimentos que parece ultrapassar os 25% dos investimentos inicialmente previstos. Este aspeto, a confirmar-se, consubstancia uma violação do disposto no n.º 5 do Artigo 54.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 de 20 de agosto;

5.2. **Recomendações que traduzem o entendimento da ERSAR sobre as várias matérias que integram o contrato de concessão:**

- a. Conforme ponto 4.2.1, é entendimento da ERSAR que o pedido de parecer deve ser instruído com uma memória descritiva, na qual sejam detalhadas todas as alterações efetuadas ao caso base revisto no âmbito deste terceiro aditamento ao contrato de concessão, explicitando os pressupostos assumidos;
- b. Conforme explanado no ponto 4.2.1, a eliminação da alínea a) da Cláusula 87.<sup>a</sup>, relativa à variação de caudais totais anuais de água de abastecimento superior a 20%, em relação aos valores previstos para o ano em causa no caso base tem um impacto que parece beneficiar principalmente a concessionária e eliminando a possibilidade de partilha de eventuais benefícios por procura superior à prevista, pelo que se recomenda a manutenção pelo menos na banda superior;
- c. Conforme o ponto 4.2.3, no que respeito da atribuição de tarifários especiais a pessoas com menor rendimento ou necessidades especiais, recomenda-se a adesão ao regime da tarifa social relativa à prestação dos serviços de águas previsto no Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro;
- d. Nos termos do exposto no ponto 4.2.3, recomenda-se a revisão do tarifário para famílias numerosas à luz do preconizado na Recomendação Tarifaria;
- e. Nos termos do exposto no 4.2.7, recomenda-se a alteração dos termos do exercício do direito de resgate;
- f. Conforme exposto no ponto 4.2.9, a TIR acionista subjacente ao caso base não deve corresponder a uma TIR acionista garantida, devendo funcionar apenas como referencial do equilíbrio do contrato, recomendando-se que o seu cálculo seja efetuado à luz do procedimento exposto naquele ponto;
- g. Conforme explanado no ponto 4.2.9, deverá ser clarificado quais os serviços prestados à entidade gestora como contrapartida dos *fees* de gestão.

Por fim, e sem prejuízo de se reconhecer que na minuta da revisão contratual em análise está prevista a criação da comissão de acompanhamento, recomenda-se que a mesma seja

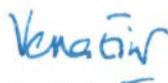
constituída o mais brevemente possível, independentemente da outorga da revisão ao contrato de concessão.

Sublinha-se ainda que a decisão de não acolhimento das recomendações preconizadas pela ERSAR carece de fundamentação expressa, com a exposição circunstanciada dos fundamentos de facto e de direito que justifiquem a motivação do ato, tal como resulta do n.º 8 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

O Conselho de Administração

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Miguel Nunes".

Miguel Nunes  
(Vogal)

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Vera Eiró".

Vera Eiró  
(Presidente)

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Joaquim Barreiros".

Joaquim Barreiros  
(Vogal)

