



CEDIPRE ONLINE | 23

DESCALÇA VAI PARA A FONTE
A ERSAR NO CAMINHO DA AUTONOMIA LOCAL

Bruno Martelo

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

www.cedipre.fd.uc.pt

CEDIPRE ONLINE | 23

DESCALÇA VAI PARA A FONTE
A ERSAR NO CAMINHO DA AUTONOMIA LOCAL

Bruno Martelo



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

TÍTULO	<i>Descalça Vai Para A Fonte - A Ersar no Caminho da Autonomia Local</i>
AUTOR(ES)	Bruno Martelo
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-545 COIMBRA PORTUGAL Tel. Fax: +351 239 836 309 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	<i>Descalça Vai Para A Fonte - A Ersar no Caminho da Autonomia Local</i> , Publicações CEDIPRE Online - 23 http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, agosto de 2014
	COIMBRA SETEMBRO 2014

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	7
II. A AUTONOMIA LOCAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA	9
2.1. O artigo 6.º, n.º 1, da CRP.	
Descentralização, subsidiariedade e autonomia local	9
2.1.1. O princípio da descentralização	9
2.1.2. O princípio da subsidiariedade.....	13
2.1.3. O Princípio da Autonomia Local	15
2.2. O Poder Local	17
2.3. Interesses locais e interesses nacionais	19
2.4. A tutela sobre as autarquias locais.....	21
III. A CARTA EUROPEIA DA AUTONOMIA LOCAL	24
IV. MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE RECOLHA E DE TRATAMENTO DE RESÍDUOS URBANOS	25
4.1. Da lei de “delimitação dos sectores” aos sistemas multimunicipais ..	25
4.2. Sistemas multimunicipais e sistemas municipais. O interesse nacional ..	27
4.3. O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto	28
4.4. O abastecimento de água e o saneamento básico como atribuições próprias dos municípios	29
V. A ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS	30
5.1. De instituto público a autoridade administrativa independente.....	30
5.2. As atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica.....	32
VI. REGULAÇÃO DA ÁGUA E DOS RESÍDUOS E AUTONOMIA LOCAL.....	33
6.1. Tutela administrativa de regulação	33
6.2. Regulamentação das tarifas dos sistemas municipais.....	34
6.3. Fixação de tarifas em caso de incumprimento dos regulamentos tarifários	35
6.4. Instruções vinculativas, recomendações e sanções	36
VII. CONCLUSÃO.....	38

DESCALÇA VAI PARA A FONTE A ERSAR NO CAMINHO DA AUTONOMIA LOCAL

Bruno Martelo

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A autonomia local na Constituição da República Portuguesa. 2.1. O artigo 6.º, n.º 1 da CRP. Descentralização, subsidiariedade e autonomia local. 2.1.1. O princípio da descentralização. 2.1.2 O princípio da subsidiariedade. 2.1.3 .O princípio da autonomia local. 2.2. O poder local. 2.3. Interesses locais e interesses nacionais. 2.4. A tutela sobre as autarquias locais. III A Carta Europeia da Autonomia Local. IV. Modelos de organização dos serviços públicos de abastecimento de água e de recolha e de tratamento de resíduos urbanos. 4.1. Da lei de “delimitação dos sectores” aos sistemas multimunicipais. 4.2. Sistemas multimunicipais e sistemas municipais. O interesse nacional. 4.3. O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto. 4.4. O abastecimento de água e o saneamento básico como atribuições próprias das autarquias locais. V. A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos. 5.1. De instituto público a autoridade administrativa independente. 5.2 As atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica. VI. Regulação da água e dos resíduos e autonomia local. 6.1. Tutela administrativa de regulação. 6.2. Regulamentação das tarifas dos sistemas municipais. 6.3. Fixação de tarifas em caso de incumprimento de regulamentos tarifários; 6.4. Instruções vinculativas, recomendações e sanções. VII. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Mercê da invocada necessidade de zelar pela promoção da qualidade na concepção, execução, gestão e exploração dos sistemas de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos e de, por essa via, defender os direitos dos consumidores e a promoção da sustentabilidade económica, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos - que detinha, desde a sua

criação, a natureza de instituto público¹ - foi, recentemente, transformada em entidade administrativa independente, com funções de regulação e de supervisão².

De acordo com o que se extrai da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 125/XII - que está na génese da Lei n.º 10/2014, de 6 de Março -, a regulação do sector de águas e resíduos, pese embora o reforço que veio conhecendo ao longo dos anos, encontrava-se ainda aquém das “...necessidades de aprofundamento do modelo regulatório, exigindo a reavaliação da natureza administrativa no universo das entidades reguladas e a correspondente independência orgânica e funcional do regulador”. Com efeito, e como dali também se retira, a sujeição do regulador à superintendência e tutela administrativas e aos poderes de orientação do Governo - o que decorria da natureza de instituto público que tinha - era susceptível de bulir com a independência da regulação, além de não oferecer garantias de equilíbrio do mercado, em virtude de uma das partes acumular os papéis de agente e de entidade que estabelecia as regras de funcionamento do sector.

O legislador entendeu, pois, por bem, em ordem a obviar às sobreditas dificuldades de regulação do sector, conferir à ERSAR o estatuto de entidade administrativa independente, no que se compreende uma pletera de atribuições e de poderes de autoridade com vista à salvaguarda dos interesses que lhe incumbe prosseguir, e que têm em vista, sobretudo, as entidades reguladas, mais concretamente as que, como tal, são definidas no artigo 4.º dos Estatutos daquela entidade reguladora.

Ora, no presente excursus - como já vem, aliás, anunciado pelo título que se lhe atribuiu - tem-se em vista a análise das atribuições e poderes da ERSAR enquanto incidentes sobre entidades gestoras de titularidade municipal, em ordem, sobretudo, a aferir da respectiva compatibilidade/conformidade com o princípio da autonomia local, o qual, como é sabido, é um princípio basilar da nossa Constituição.

Há que salientar, porém - em jeito de aviso à navegação -, que nas linhas que se seguem não se pretende fazer uma análise exaustiva dos estatutos da ERSAR em ordem a assinalar a respectiva conformidade, nas várias matérias reguladas, com o aludido princípio. Efectivamente, até pela economia que o presente trabalho impõe, ter-se-á aqui em vista, principalmente, o rol de atribuições do dito regulador em matéria económica, *maxime* no que às tarifas concerne.

Na verdade, e como *infra* se verá, a par do poder de fixação de tarifas para os sistemas de titularidade estatal, são conferidas à ERSAR atribuições para: (i) regulamentar, avaliar e auditar a fixação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal; (ii) emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o regulamento tarifário e demais legislação aplicável e para fiscalizar e sancionar o respectivo incumprimento; (iii) emitir instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor.

¹ A ERSAR, I.P. regia-se pelos estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro.

² A referida transformação foi operada pela Lei n.º 10/2014, de 6 de Março, diploma que aprova os Estatutos da ERSAR.

Tudo está, pois, em saber, se estas atribuições, atento o respectivo alcance, têm, ou não, a virtualidade de afrontar a autonomia local e, conseqüentemente, os preceitos constitucionais que a consagram no nosso ordenamento jurídico.

II. A AUTONOMIA LOCAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

2.1. O artigo 6.º, n.º 1, da CRP. Descentralização, subsidiariedade e autonomia local

Falar-se de autonomia local no âmbito da CRP implica, desde logo, lançar mão do n.º 1 do artigo 6.º, onde se estabelece que “[o] Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública”.

Verifica-se, pois, que o Estado Português é unitário, de onde se retira que existe um único ordenamento jurídico português, uma única soberania e um único poder constituinte.

No entanto, e não obstante esse seu carácter unitário, o Estado não é centralizado, no sentido de que as atribuições administrativas não lhe estão todas cometidas, antes existindo outras pessoas colectivas às quais são atribuídas funções administrativas.

É assim que, logo após anunciar essa unidade do Estado, o legislador constituinte impõe o respeito pelo regime autonómico insular e pelos princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática.

Deixando agora de lado o regime autonómico insular debruçemo-nos - ainda que com a brevidade que o objectivo do presente estudo aconselha - sobre cada um dos sobreditos princípios.

2.1.1. O princípio da descentralização

O conceito de descentralização surgiu em França, após a Revolução de 1789, umbilicalmente ligado à administração municipal, traduzindo-se no reconhecimento às comunidades locais de uma série de atribuições próprias que estas deveriam prosseguir através de órgãos próprios, eleitos pelos membros dessas comunidades, e sujeitos a um limitado controlo governamental^{3 4}.

³ Para uma perspectiva histórica do princípio da descentralização *vide* REBELO, Marta, *Descentralização e Justa Repartição de Recursos entre o Estado e as Autarquias Locais*, Almedina, 2007, pp. 26-37.

⁴ Este reconhecimento de poderes às comunidades locais, ainda que possa, de algum modo, dizer-se filho da Revolução Francesa, veio a ocorrer numa série de outros países europeus, ainda que não necessariamente sob a designação de descentralização. Com efeito, na Alemanha, no âmbito da reforma comunal prussiana, surgiram, impulsionadas por Lorenz Von Stein, as ideias de eleitorado local e de atribuição às comunas de uma esfera de actuação própria. Falava-se, aqui, de auto-governo, no âmbito da doutrina que ficou conhecida como *selbsterwaltung*. Já na Itália, a doutrina construiu o conceito de *autarquia*, o qual, se no seu sentido etimológico traduz auto-suficiência, independência, característica daquele que se basta a si próprio, vem, a nível jurídico a significar a *capacidade que um ente público possui*,

Mais tarde, porém, o conceito - ao menos num sentido amplo - vem a abranger, também, a criação, por parte do Estado, de pessoas colectivas de direito público que são por aquele incumbidas de prosseguir atribuições estatais. Com efeito, ultrapassados os complexos ideológicos do período liberal, o Estado assumiu para si a responsabilidade de satisfazer uma série de necessidades colectivas, quer a nível económico quer a nível social, razão pela qual, e por mor desse aumento exponencial das tarefas a seu cargo, sentiu a necessidade de descongestionar os serviços da Administração Central, criando outros que, com maior agilidade e eficácia, pudessem prosseguir essas mesmas tarefas. Do Estado Polícia passou-se ao Estado Social, ao Estado prestador de serviços e produtor de bens. Nas palavras de Pierre Mimin, “[l]’Etat-gendarme - ce mythe! - n’est plus seulement l’Etat-providence: c’est l’Etat producteur, l’Etat-patron, l’Etat transporteur, l’Etat-marchand”⁵.

Ora, no primeiro caso - reconhecimento de atribuições às comunidades locais - estamos perante aquilo a que se chama *descentralização territorial* e, no segundo, perante a *descentralização funcional ou por serviços*, também usualmente designada por *devolução de poderes*.

Não caberá aqui, na economia do presente estudo, entrar na discussão doutrinária sobre se a devolução de poderes deve, ou não, poder reconduzir-se ao conceito de descentralização. Na verdade, atendendo ao desiderato que vem anunciado, interessamos aqui, essencialmente, a designada descentralização territorial, ou seja, aquela que se corporiza nas autarquias locais⁶.

Dentro desse pressuposto, partamos, pois, com Freitas do Amaral, da ideia de que deve considerar-se centralizado “o sistema em que todas as atribuições administrativas de um dado país são por lei conferidas ao Estado, não existindo, portanto, quaisquer outras pessoas colectivas públicas incumbidas do exercício da função administrativa” ao passo que será descentralizado o sistema em que “a função administrativa esteja confiada não apenas ao Estado, mas também a outras pessoas colectivas territoriais - designadamente as autarquias locais”⁷.

A descentralização - como de forma marcante assinala Baptista Machado - é o *outro nome da Liberdade*⁸. Na verdade, e para além das óbvias vantagens que acarreta

face ao Estado, de administrar por si mesmo os seus próprios interesses (abrangiam-se aqui, portanto, não só as autarquias territoriais mas, também, as designadas autarquias institucionais). Na Grã-Bretanha, por seu turno, é através do conceito de *selfgovernment* que se traduz o exercício de poderes por parte das colectividades territoriais, através de órgãos próprios. Sobre a questão vide MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, pp. 55 e ss.

⁵ MIMIM, Pierre, *Le Socialisme Municipal*, Paris, 1912, p. 2.

⁶ Saliente-se que se fala aqui de descentralização administrativa, sendo que existe, também, a designada descentralização política, que se traduz na atribuição de poderes políticos e legislativos a entidades infra-estaduais e que, no nosso ordenamento jurídico, apenas existe quanto às regiões autónomas da Madeira e dos Açores.

⁷ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 2.ª Edição, 1994, pp. 692-693.

⁸ MACHADO, Baptista, “Participação e Descentralização”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 1978, p. 65.

em termos de eficácia da actuação administrativa face à hipertrofia estatal que resultaria de um sistema centralizado, a descentralização comporta no seu código genético o antagonismo relativamente ao poder estatal absoluto e é um garante das liberdades locais e de um sistema pluralista da Administração Pública.

Trata-se, portanto, de um conceito que traduz um modelo de organização do Estado no que concerne à repartição de funções entre o poder central e o poder local.

É, sobretudo, na distinção entre interesses locais e interesses gerais, e no conseqüente direito subjectivo das comunidades locais de gerirem, por si próprias, aqueles primeiros que a descentralização territorial encontra a sua razão de ser, de sorte que podemos afirmar que “...nasceu (...) como expressão da democracia no âmbito das comunidades locais”⁹.

Para que se possa dizer que estamos perante descentralização territorial é necessário o preenchimento de três condições: (i) o reconhecimento, pelo Estado, de colectividades humanas baseadas numa solidariedade de interesses; (ii) a gestão desses interesses por órgãos eleitos por essas comunidades e delas emanados; (iii) o controlo administrativo sobre esses órgãos, exercido pelo Estado¹⁰.

Fala-se, no que à primeira das aludidas condições concerne, em reconhecimento pelo Estado o que, até pelo sentido etimológico da palavra, pressupõe algo que já era conhecido. Ora, ao carrear-se, para aqui, as apontadas condições - avançadas, como se deixou em nota, por Baptista Machado -, toma-se, conscientemente, parte por um dos lados resultantes da discussão doutrinária relativa à origem da autonomia das autarquias locais. Com efeito, se há quem, ao nível da doutrina, entenda, eventualmente de forma maioritária, que a dita autonomia resulta de uma opção do Estado, tomada através da Constituição e que, portanto, é um poder derivado e não um poder originário ou por natureza¹¹, outros há que defendem que as autarquias locais não podem ser concebidas como uma criação do Estado às quais este atribuiu certos poderes, mas antes que, pelo contrário, a respectiva autonomia é pré e meta-constitucional, sendo os respectivos poderes reconhecidos pelo Estado. O poder local, segundo esta perspectiva, assenta, pois, no “reconhecimento do município como entidade comunitária pré-estatal (Herculano), o que obriga o ordenamento jurídico a pensá-lo e a reconhecê-lo, mas não a criá-lo. O Estado e o seu ordenamento jurídico-constitucional acabam, assim, por crismar juridicamente o poder local, sob a forma estruturante de autarquia local, como pessoa colectiva territorial, com atribuições e poderes próprios”¹².

⁹ QUEIRÓ, Afonso, “Descentralização”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. III, Lisboa, 1990, p. 570.

¹⁰ Cfr. MACHADO, Baptista, “Participação e Descentralização”, cit., p. 27.

¹¹ Cfr. neste sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A Distribuição pelos municípios de energia eléctrica em baixa tensão”, *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, I, pp. 17 e ss.; MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, cit., p. 81; FOLQUE, André, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios*, Coimbra Editora, 2004, p. 99.

¹² ANTUNES, Luis Filipe Colaço, “Poder Local”, *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura*, Edição Séc. XXI, 23, Editorial Verbo, p. 2, *apud* REBELO, Marta, *Descentralização...*, cit., p. 55. No mesmo sentido, *vide* SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica em Baixa Tensão”, *Colectânea de Jurisprudência*, 1988, V, pp. 27 e ss.; MACHADO, Baptista, “Participação e Descentralização”, cit., pp. 8-9,

Há que salientar, porém, até por decurso da unidade proclamada na Constituição, que, pese embora o poder de autodeterminação - a autonomia - das autarquias locais, só o Estado é soberano, razão pela qual *"...a faculdade de orientação político-administrativa dos entes locais territoriais é delimitada pelas normas do Estado. Assim, algumas matérias são totalmente subtraídas ao poder local: tais as relações com países estrangeiros, a jurisdição, a defesa. Outras são-lhe atribuídas dentro de limites positivamente fixados pelas leis do Estado: tais o poder fiscal, os poderes de polícia, etc. Por fim, as restantes matérias cabem no âmbito das atribuições dos entes locais territoriais, mas dentro de limites impostos, por via negativa, por princípios ou por normas imperativas do ordenamento estatal"*¹³.

Por outro lado, há o imperativo constitucional de salvaguardar a eleição dos órgãos deliberativos e executivos das autarquias locais, por forma a que a gestão dos assuntos próprios destas seja feita por estes, em representação dos eleitores, e não em face de orientações estatais. Ou seja, é mister existir efectivo poder de decisão por parte dos entes locais e não apenas meros interesses, opiniões e aspirações sujeitos à vontade e decisão estatal.

Por último, em homenagem à unidade do Estado que a Constituição salvaguarda - e que impede que a descentralização desemboque numa federação de Estados - é necessário que haja um controlo estatal da actividade administrativa local, controlo esse que, como *infra* melhor se verá, tem como pressuposto e limite o interesse geral nacional, incidindo sobre a legalidade da actuação das autarquias locais e não sobre o mérito da mesma.

O n.º 1 do artigo 6.º da CRP proclama pois, entre o mais, que o Estado respeita, na sua organização, o princípio da descentralização, do que se retira, portanto, que por imposição constitucional o sistema administrativo português é um sistema descentralizado, no sentido que lhe vem de ser apontado¹⁴.

¹³ MACHADO, Baptista, "Participação e Descentralização", cit., p. 10.

¹⁴ Há quem defenda que o referido preceito constitucional, ao referir-se à descentralização democrática da Administração Pública, visa, não as autarquias locais mas antes a administração indirecta do Estado e que a expressão "democrática" deve ser lida no sentido de aproximação dos serviços aos cidadãos com a consequente quebra das barreiras burocráticas, no fomento da participação dos cidadãos na Administração Pública. Neste sentido *vide* OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2013, pp. 81-82. Por outro lado, outros há que afirmam que o princípio da descentralização administrativa corresponde à concretização do princípio da autonomia das autarquias locais, sendo instrumental em relação a ele. Assim, *vide*, SOUSA, Marcelo Rebelo de, "Distribuição pelos Municípios...", cit., p. 28. Da redacção deste preceito há ainda quem retire o sentido de que a ali plasmada "descentralização democrática da Administração Pública" constitui uma delimitação externa do princípio fundamental da unidade do Estado, idêntica às que se concretizam no respeito pela autonomia das autarquias locais e na concessão de autonomia político-legislativa às regiões autónomas, e significa o reconhecimento de pólos próprios da administração, distintos da administração estadual, os quais comportam, também eles um conjunto de assuntos próprios. *Vide*, assim, NABAIS, José Casalta, "Considerações sobre a autonomia financeira das universidades", *Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, Almedina, 2010, p. 123.

2.1.2. O princípio da subsidiariedade

A Revisão Constitucional de 1997 veio acrescentar ao n.º 1 do artigo 6.º da CRP uma referência ao princípio da subsidiariedade, no sentido de ser mais um parâmetro a observar pelo Estado nas suas relações com as Regiões Autónomas e com as autarquias locais¹⁵.

A ideia de subsidiariedade - eventualmente mais divulgada ao nível das relações entre a União Europeia e os Estados que a compõem - tem a sua génese na doutrina social católica, sobretudo por força da encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, da qual ressuma uma ideia de justiça material na organização colectiva, no sentido da defesa de uma “autonomia a partir de baixo”¹⁶.

Numa primeira abordagem pode dizer-se que a subsidiariedade se traduz na limitação de poderes de uma instância superior, a qual só deve chamar a si aquelas tarefas que não possam, de forma mais eficaz e adequada, ser prosseguidas pelas instâncias inferiores. Visa-se, sobretudo, na distribuição vertical de poderes, uma aproximação dos cidadãos ao poder político.

O princípio da subsidiariedade foi primeiramente introduzido, ao nível da Constituição, na Revisão Constitucional de 1992, enquanto princípio director da cláusula da União Europeia, condicionando o exercício comum de poderes entre o Estado Português e a União a dois pressupostos: (i) as medidas destinadas à prossecução da União Europeia devem ser adoptadas a nível comunitário quando não possam ser satisfatoriamente adoptadas e concretizadas pelos Estados-membros; (ii) as medidas necessárias à construção da União Europeia podem ser tomadas a nível comunitário quando, em face da sua extensão e efeitos, têm, por aí, melhor possibilidade de concretização¹⁷.

No mesmo sentido, decorre decorre do artigo 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, que esta intervém se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local¹⁸.

¹⁵ A redacção originária era a seguinte: “[o] Estado é unitário e respeita na sua organização os princípios da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”.

¹⁶ Cfr. MORAIS, Carlos Blanco de, “A Dimensão Interna do Princípio da Subsidiariedade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 58, Volume II, Lisboa, Julho, pp. 780-781, nota 5.

¹⁷ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, pp.245.

¹⁸ Do n.º 6 do artigo 7.º da CRP resulta que “Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e defesa comuns, convencionar o exercício em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia”.

De todo o modo - e é isso que aqui importa - a subsidiariedade tem, igualmente, a par dessa dimensão externa, uma vertente ou dimensão interna que, plasmada no sobredito n.º 1 do artigo 6.º da CRP, aponta, justamente, no sentido de que os assuntos que podem ser resolvidos ao nível das Regiões Autónomas ou das autarquias locais não devem ser resolvidos pelo Estado. Ou seja, à instância superior devem reservar-se as tarefas que as instâncias inferiores não têm capacidade para levar a cabo, de modo próprio, pelos seus próprios meios. Assim, enquanto que a promoção e defesa dos interesses regionais (artigo 225.º, n.º 2 da CRP) caberá, em princípio, aos entes territoriais das regiões autónomas, a prossecução de interesses próprios das populações das autarquias locais (artigo 235.º n.º 2 da CRP) caberá, em primeira linha, aos entes autárquicos mais próximos dos cidadãos (municípios e freguesias)¹⁹.

Aliás, a Carta Europeia da Autonomia Local faz, também ela, expressa referência ao referido princípio, mais concretamente no n.º 3 do artigo 4.º onde se estabelece que “[r]egra geral, o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos. A atribuição de uma responsabilidade a uma outra autoridade deve ter em conta a amplitude e a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e de economia”.

Saliente-se, por outro lado, que o princípio da subsidiariedade não actua apenas ao nível das relações entre o Estado e as autarquias locais e regiões autónomas, mas, igualmente, dentro destas, de sorte que as tarefas que possam ser melhor prosseguidas ao nível das freguesias não devem ser confiadas aos municípios, do mesmo passo que aquelas que possam ser bem resolvidas pelos municípios não devem ser atribuídas às regiões autónomas²⁰.

A redacção do artigo 6.º, n.º 1, da CRP tem vindo a ser alvo de críticas por parte de alguma doutrina, exactamente por dali parecer resultar que o princípio da subsidiariedade deve ser lido (e tido) a par dos restantes princípios ali enunciados e não como um critério orientador do estatuto organizatório do Estado²¹.

Procurando dar ao princípio “algum sentido operativo”, Carlos Blanco de Moraes defende que este não pode “flutuar indiferenciadamente a par dos restantes”. Nesse sentido, afirma que o mesmo deve ser interpretado como sendo um parâmetro material de equilíbrio entre o princípio da unidade nacional e os princípios da autonomia política das regiões autónomas e da autonomia administrativa das autarquias locais, os quais garantem o campo útil de auto-regulação de entes territoriais descentralizados. Conclui, assim, que “a subsidiariedade operará como critério reitor de um processo de reivindicação de competências desenvolvido por entidades diversas. Numa qualidade implicará a hierarquização ou a pré-ordenação material do poder de exercício concreto de uma certa responsabilidade pública exercido pelos órgãos de um ente sobre uma área de pertença

¹⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição...*, cit., pp. 233-234.

²⁰ Cfr. OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, cit., p. 80.

²¹ Vide, neste sentido, MORAIS, Carlos Blanco de, “A Dimensão Interna do Princípio da Subsidiariedade”, cit., pp. 791-794 e ALEXANDRINO, José de Melo, “Direito das Autarquias Locais”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Coimbra, 2010, pp. 100-104.

dilemática, em relação ao exercício de um poder concorrente desenvolvido pelos centros institucionais de uma entidade diversa.

Trata-se de uma superioridade puramente funcional, cuja convocação operativa depende de um juízo estimativo sobre a aptidão, idoneidade, indispensabilidade e eficácia de uma medida destinada a preencher um dado fim público, quando confrontada com uma medida idêntica, isomórfica e isométrica, ditada por um centro de poder distinto”²².

Sem querer entrar na contenda doutrinária sobre o verdadeiro alcance do princípio da subsidiariedade na sua dimensão interna, dir-se-á, que o sentido que aqui se lhe dá (ou que dele se retira) é o de que, no âmbito da separação vertical de poderes, os assuntos que podem ser resolvidos ao nível das autarquias locais não devem ser resolvidos a nível superior, designadamente pelo Estado.

2.1.3. O Princípio da Autonomia Local

Em Portugal, o conceito de autarquia é tributário da construção italiana com a qual se pretendeu definir a situação dos entes locais e dos institutos públicos face ao Estado²³.

No entanto, se é certo que o termo foi introduzido na Constituição de 1933, durante o Estado Novo, certo é também que, então, a designada autarquia não passava, em bom rigor, de um verbo de encher, porquanto os presidentes das câmaras municipais não eram eleitos mas sim nomeados pelo Governo, que, igualmente, orientava a actividade municipal. Mais, a actividade das autarquias locais estava sujeita a uma ampla tutela de mérito e o Governo podia, inclusivamente, dissolver os órgãos municipais e substituí-los por comissões administrativas governamentais. Temos, assim, que as autarquias, no que tange à auto-suficiência e independência que estão na génese do próprio conceito, tinham, nessa altura, pouco ou nada, mais não sendo, na realidade, do que meras formas de administração indirecta do Estado. Nas palavras de Vital Moreira, “[é] caso para dizer que elas receberam a designação quando justamente deixaram de ser verdadeiras autarquias”²⁴.

Ora, essa identidade perdida vem a ser recuperada com a Constituição de 1976 que estabelece, no artigo 235.º, n.º 2, que as autarquias locais são “*peçoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas*”.

Aliás, para vincar a natureza das autarquias, apontada ao seu conceito inicial, a Constituição assegura, pleonasticamente, no n.º 1 do artigo 6.º, a “autonomia das autarquias locais”. A autarquia vem, assim, a ser concebida, entre nós, logo a nível constitucional, como “*...a capacidade de uma comunidade para se administrar a si própria,*

²² MORAIS, Carlos Blanco de, “A Dimensão Interna do Princípio da Subsidiariedade”, cit., pp. 793-794.

²³ Cfr. *supra*, nota 5.

²⁴ MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, cit., p. 97.

mediante o desenvolvimento de uma actividade com a mesma natureza e eficácia jurídica da actividade administrativa do Estado"²⁵.

As autarquias locais passaram, pois, a ser tidas como entidades com a capacidade de se administrarem a si próprias, mais concretamente, como entidades autónomas, autonomia essa que o Estado tem, necessariamente, que respeitar. Ou seja, se, durante o Estado Novo as autarquias tinham sido votadas ao estatuto de administração indirecta do Estado, vêem-se agora, pelo contrário, inseridas na administração autónoma.

Ora, seguindo o ensino de Vital Moreira, pode dizer-se que a administração autónoma consiste "*...na administração de interesses públicos, próprios de certas colectividades ou agrupamentos infra-estaduais (de natureza territorial, profissional ou outra), por meio de corporações de direito público ou outras formas de organização representativa, dotadas de poderes administrativos, que exercem sob responsabilidade própria, sem sujeição a um poder de direcção ou de superintendência do Estado nem a formas de tutela de mérito*"²⁶.

Temos, assim, que, nesta linha, para que haja administração autónoma, é necessário existir: (i) um agrupamento ou colectividade infra-estadual (de base territorial, profissional, etc.); (ii) interesses próprios (ou seja, interesses específicos da colectividade em causa que possam ser destacados e geridos autonomamente em relação aos interesses gerais que cabe ao Estado gerir); (iii) autogoverno (no sentido de decisões administrativas tomadas por parte dos destinatários dessas decisões ou por órgãos por eles escolhidos e perante eles responsáveis); (iv) responsabilidade própria (no sentido de serem os organismos em causa a estabelecer a sua própria orientação, livres de instruções estaduais e à margem de controlo de mérito); (v) estar-se no âmbito da Administração Pública (o que exclui a administração autónoma privada)²⁷.

A autonomia das autarquias locais, tal como configurada na nossa Constituição, inclui um núcleo estável e irrevisível (uma vez que, conforme se extrai da alínea n) do artigo 288.º, constitui um limite material de revisão constitucional), do que decorre que o legislador pode criar e extinguir municípios e freguesias mas já não eliminar, pura e simplesmente, as autarquias locais. Há, diga-se assim, uma "*garantia absoluta da subsistência da autonomia das autarquias locais*"²⁸.

Por outro lado, reconhece-se às autarquias locais um direito de organização própria e um direito a competências próprias, por forma a que, através de órgãos represen-

²⁵ NABAIS, José Casalta, "A Autonomia Local (Alguns Aspectos Gerais)", *Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, 2010, p. 62. Este Autor considera, aliás, que autarquia é, sobretudo, autarquia das comunidades territoriais locais, ou seja, autonomia local, o que o leva a concluir que autonomia local e autarquia local são expressões sinónimas. Idem, p. 63. Distinguindo, porém, autonomia local de autarquia local *vide* ALEXANDRINO, José de Melo, "Direito da Autarquias Locais", *cit.*, p. 97.

²⁶ MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, *cit.*, pp. 78-79. Na mesma linha, Diogo Freitas do Amaral, afirma que a administração autónoma "*é aquela que prossegue interesses públicos próprios das pessoas que a constituem e por isso se dirige a si mesma, definindo com independência a orientação das suas actividades, sem sujeição a hierarquia ou a superintendência do Governo*". AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, *cit.*, p. 393.

²⁷ Cfr. MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, *cit.* pp. 79-85.

²⁸ OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2013, p. 104.

tativos, democraticamente eleitos, prossigam, de forma autónoma ou em cooperação com o poder político central ou regional, os interesses próprios das populações respectivas^{29 30}.

Note-se que, em homenagem ao princípio da autonomia local, a lei deve reconhecer às autarquias um feixe de atribuições que permita a estas a satisfação integral dos aludidos interesses próprios, tarefa que deve ser levada a cabo à luz do princípio da subsidiariedade, confiando-se “...às comunidades menores todas aquelas tarefas comunitárias, cuja realização por elas traduza uma vantagem para o funcionamento democrático do Estado e para a eficiência da administração pública no seu todo”³¹.

2.2. O Poder Local

A autonomia local, constitucionalmente consagrada, não resulta apenas do artigo 6.º, n.º 1, da CRP, antes havendo que conjugar este preceito com o Título VIII da Parte III da CRP, referente ao “Poder Local”. É aqui, efectivamente, que se concretiza o princípio da autonomia local.

Ora, mais do que expressão da autonomia administrativa, as autarquias locais são configuradas, ao nível da Constituição, como uma estrutura do poder político - o poder local -, sendo um elemento da organização democrática do Estado (artigo 235.º, n.º 1).

Este poder local, assim configurado, constitui um limite ao poder estatal, na exacta medida em que este o Estado está, necessariamente, obrigado a respeitar a autonomia local e, para além disso, como já se referiu, a conferir às autarquias locais uma série de atribuições que lhes permita a prossecução dos interesses próprios das respectivas populações³².

²⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, 2003, pp. 361 e ss.

³⁰ Em sentido próximo, Marcelo Rebelo de Sousa defende que o princípio da autonomia local garante que as autarquias locais: (i) visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas; (ii) dispõem de autonomia administrativa (incluindo poder regulamentar e gestão de quadros de pessoal específico, património e finanças próprias; (iii) devem ver reconhecidas pela lei atribuições e organização que permitam a prossecução dos interesses próprios das populações que representam; (iv) devem ver acolhidas na lei as competências dos seus órgãos indispensáveis à realização daqueles interesses; (v) são dotados de órgãos representativos, cujos titulares são designados por sufrágio. Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Distribuição pelos Municípios...”, cit., p. 28.

³¹ NABAIS, José Casalta, “A Autonomia Local...”, cit. p. 69.

³² Freitas do Amaral considera, porém, que em Portugal o poder local é um objectivo a atingir e não uma situação adquirida, na medida em que as competências das autarquias locais são restritas, os meios humanos e técnicos disponíveis escassos, os recursos financeiros insuficientes e a tutela do Estado sobre as autarquias é acentuada. Para este autor só pode falar-se em efectivo poder local quando as autarquias locais são verdadeiramente autónomas e têm um amplo grau de autonomia administrativa e financeira, ou seja, quando forem suficientemente largas as suas atribuições e competências, quando forem dotadas dos meios humanos e técnicos necessários, bem como dos recursos materiais suficientes, para as prosseguir e exercer e, por último, quando não estejam excessivamente controladas pela tutela administrativa e financeira do poder central. Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 424-425.

Do artigo 236.º, n.º 1 da CRP retira-se que as autarquias locais são, entre nós, os municípios, as freguesias e essa figura sempre presente e sempre ausente a que se chama região administrativa. Ainda assim, como resulta do n.º 4 daquele artigo, podem ser estabelecidas por lei outras formas de organização territorial autárquica nas grandes áreas urbanas e nas ilhas.

As atribuições e competências das autarquias locais são-lhes atribuídas por lei - lei da competência exclusiva da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo (alínea q) do n.º 1 do artigo 165.º) - sendo que, nessa tarefa, o Estado está vinculado pelo princípio da descentralização administrativa, o qual constitui, aliás, a base do regime do poder local³³. De todo o modo, deve dizer-se que a Constituição, ressalvado o caso do artigo 65.º relativo à habitação e urbanismo, não estabelece um elenco de matérias que devem ser atribuídas às autarquias locais pelo que o elemento norteador há-de ser o referido princípio da descentralização. Ora, aqui, diga-se, se há quem entenda que tem de ser garantido “um mínimo razoável de atribuições” que devem reportar-se aos interesses próprios das autarquias³⁴, encontra-se, igualmente, quem defenda que a lei deve prever o reconhecimento às autarquias locais do “máximo possível de atribuições em cada momento indispensáveis à prossecução de interesses próprios das respectivas populações”³⁵.

A existência de autarquias locais, tal como prevista na Constituição, pressupõe, desde logo, a *autonomia normativa*, ou seja, a capacidade de estas elaborarem, no âmbito dos seus interesses próprios (e circunscritos a esses interesses), regulamentos que não carecem de habilitação legal específica, ou seja, regulamentos autónomos³⁶. Implica, por outro lado, *auto-administração*, ou seja, a existência de órgãos próprios, democraticamente legitimados, para prossecução dos referidos interesses. Impõe, também, *autodeterminação* ou autonomia política, mais concretamente o poder de levarem a cabo uma acção política autárquica própria, que pode, inclusivamente, divergir da orientação política do Estado. É, igualmente, essencial a *autonomia administrativa*, ou seja, o poder de praticarem actos administrativos. Por último, é necessária *autonomia financeira*, ou seja, titularidade “...de receitas suficientes para a prossecução integral dos seus interesses próprios, receitas aplicáveis livremente, segundo orçamento privativo próprio, às despesas decididas por exclusiva autoridade dos órgãos da respectiva comunidade local”³⁷.

³³ Cfr. MARTINS, Afonso D’Oliveira, “La descentralización territorial y la regionalización administrativa en Portugal”, *Documentación Administrativa*, Ministerio de Administraciones Publicas, INAP, n.º 257-258, Madrid, 2000, p. 101.

³⁴ Cfr. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 887.

³⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Distribuição pelos Municípios...”, cit., p.30.

³⁶ Relativamente à temática dos regulamentos autónomos das autarquias locais e respectivo âmbito e limites, vide MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A titularidade do poder regulamentar no Direito Administrativo português”, *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, Almedina, 2013, pp. 92-102.

³⁷ NABAIS, José Casalta, “A Autonomia Local...”, cit., pp. 95-96.

2.3. Interesses locais e interesses nacionais

Nesta breve incursão que vem a ser feita à Constituição, mais concretamente aos preceitos que aí consagram e concretizam a autonomia local, falou-se já, várias vezes, em “interesses próprios” das autarquias locais, ou seja, aqueles que elas estão incumbidas de prosseguir.

Não estando definido, ao nível da Constituição, o que deve entender-se, então, por interesses próprios das autarquias locais, muitas têm sido as teses avançadas em ordem à concretização daquele conceito. Efectivamente, numa perspectiva que vem sendo apodada de clássica, tributária do pensamento de Turgot, existem assuntos locais por natureza, por contraposição aos assuntos gerais de uma comunidade. No seu *“Mémoire sur les municipalités”*, de 1775, Turgot referia-se já a *“les affaires de chaque village”* e a *“affaires particulières des paroisses”*, assuntos em que, segundo entendia, todos os membros de uma paróquia, ricos ou pobres, tinham um interesse comum³⁸.

É assim que, entre nós, Baptista Machado afirma que “[a]utarquias locais como os municípios radicam numa tradição numa tradição histórica de autonomia face ao Estado que não permite concebê-las sem mais como criação deste, como entes que o Estado tenha instituído e aos quais tenha atribuído certos poderes. Com efeito, pelo menos as autarquias municipais são muito anteriores ao Estado moderno”³⁹. Marcelo Rebelo de Sousa refere-se ao princípio da autonomia das autarquias locais como pré e meta-positivo, por entender que a dita autonomia é uma realidade histórica e logicamente anterior ao seu acolhimento na Constituição, sendo superior ao próprio poder constituinte por emanar do direito natural⁴⁰. Já Sérvulo Correia, por seu turno, fala em *“interesses públicos que por sua natureza possam ser prosseguidos à luz da orientação institucionalmente colhida da sua população”*⁴¹. Ou seja, o que se entende, nesta linha de pensamento, é que existe um núcleo essencial de matérias que devem ser prosseguidos pelas autarquias locais, matérias essas *“que têm a sua raiz na comunidade local ou que têm uma relação específica com a comunidade local e que por esta comunidade podem ser tratados de modo autónomo e com responsabilidade própria”*⁴².

No entanto, parte da doutrina tem-se afastado desta tradicional dicotomia assuntos locais - assuntos nacionais, afirmando que o conceito de assuntos locais é uma “noção juridicamente imprecisa” e “historicamente desnaturada e politicamente ambígua”⁴³,

³⁸ Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Turgot y los origenes del municipalismo moderno”, *Revista de Administración Pública*, 33, 1960, p. 88.

³⁹ MACHADO, Baptista, “Participação e Descentralização”, cit., pp. 8-9.

⁴⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Distribuição pelos Municípios...”, cit., pp. 29-30.

⁴¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, p. 275.

⁴² Sentença do Tribunal Constitucional Alemão, n.º 15, de 30 de Julho de 1958, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 8º volume, pág. 134, referido no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 432/93, de 13 de Julho de 1993, disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

⁴³ Detalhadamente, sobre esta perspectiva de assuntos locais, vide OLIVEIRA, António Cândido

para além de que, mercê da cada vez maior complexidade da Administração Pública e das tarefas a cargo desta, tornar-se-á muito difícil ou mesmo impossível proceder à separação entre assuntos do Estado e assuntos das autarquias locais. Fala-se, antes, em “assuntos mistos”, em “sobreposição de interesses”, defendendo-se, por essa via, que a autonomia local visa, sobretudo, assegurar o direito de as autarquias locais participarem na definição e execução das grandes orientações nacionais (leis, planeamento, políticas públicas). A prossecução dos interesses próprios das populações respectivas dá, assim, lugar aos direitos de participação e de colaboração com o Estado no que toque matérias que afectem directamente a esfera de direitos e interesses das entidades locais.

Alinham aqui, à cabeça, as teses de Burmeister, que, efectivamente, configura as entidades locais como elementos de uma administração estadual unitária, tendo como factor distintivo, relativamente a todos os demais “elementos”, o facto de estarem democraticamente legitimadas, através da eleição dos seus órgãos⁴⁴.

Note-se, aliás, que para os defensores desta nova visão da autonomia local (presumindo que haverá, aí, autonomia local), o que se pretende com o abandono da concepção clássica é obviar às consequências negativas que decorrem para as autarquias locais de se cingir a sua actuação ao carácter supostamente local dos assuntos ou interesses públicos. A contraposição entre administração local e administração estatal deixará, assim, de fazer sentido uma vez que, serão, ambas, parte da organização do Estado como um todo⁴⁵.

Temos para nós, porém, que, como refere Freitas do Amaral, “[a] *autonomia local como espaço de livre de decisão das autarquias sobre assuntos do seu interesse próprio não pode ser dispensada, sob pena de se atentar contra o princípio do Estado Democrático: não é por acaso que todas as ditaduras - de direita ou de esquerda - suprimem a autonomia local e, mesmo quando consentem alguma dose de descentralização, colocam sempre à frente dos órgãos políticos de confiança nomeados pelo Governo Central. A autonomia local como liberdade, como direito de decisão não subordinada a outrem, como garantia do pluralismo dos poderes públicos - e, portanto, como forma de limitação do Poder político - é indissociável do Estado de Direito Democrático. Assim o proclamam todas as constituições inspiradas neste modelo; assim o proclama, inequivocamente, a Carta Europeia da Autonomia Local, de 1985, ratificada sem reservas por Portugal em 1985*”⁴⁶.

Um ente local sem poder de efectiva decisão sobre os interesses próprios da população respectiva não será, seguramente, uma autarquia - pelo menos com o alcance que lhe vem traçado e que, se bem se lê, ressuma da Constituição - sendo que as propostas de “participação constitutiva” ou “co-constitutiva”, designadamente por via

de, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, 1993, pp. 135-141, bem como a bibliografia aí citada.

⁴⁴ Cfr. REBELO, Marta, *Descentralização...*, cit., pp. 77-84.

⁴⁵ Cfr. FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos Constitucionales de la Autonomia Local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 285-286.

⁴⁶ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 427.

pareceres vinculativos ou actos pressupostos⁴⁷, não têm, segundo se crê, a virtualidade de ultrapassar o facto de o poder de decisão caber, sempre, a final, ao Estado. A descentralização e a subsidiariedade seriam, por essa via, uma miragem.

Não se perde de vista, é certo, que o mundo hoje não é aquele que Turgot conheceu, e que as tarefas a cargo da Administração Pública, não obstante os movimentos de privatização, atingem hoje domínios que, inelutavelmente, conduzem à impossibilidade de uma divisão totalmente estanque entre assuntos locais e assuntos nacionais. Entende-se, porém, com Cândido de Oliveira, que deve adoptar-se uma concepção de autonomia local que “...confie, por um lado, à administração local o exercício, sob responsabilidade própria, de um conjunto significativo de assuntos, a delimitar na massa das tarefas que incumbem à Administração Pública, e que pela sua proximidade e natureza possam por ela ser levados a cabo, sem prejuízo do princípio da boa administração, e que, reconheça, por outro lado, às autarquias locais o direito de participar (intervir) nas decisões a nível administrativo superior que lhes digam respeito, nomeadamente aquelas que se vão repercutir no território local”⁴⁸.

2.4. A tutela sobre as autarquias locais⁴⁹

Ficou já dito que, pese embora a existência de regiões autónomas e de autarquias locais, o Estado português é unitário, pelo que só o Estado é soberano. Nesta medida, não obstante a autodeterminação de que gozam as autarquias locais, os poderes destas não podem ter-se por ilimitados e incondicionados, sob pena, justamente, de se pôr em causa a unidade que o n.º 1 do artigo 6.º da CRP visa salvaguardar.

Impõe-se, assim, em ordem à defesa do interesse geral do Estado, a existência de mecanismos de controlo administrativo da legalidade da actuação dos entes locais o que acaba por representar um limite à autonomia destes. Ora, à intervenção de uma organização central sobre organizações autónomas dá-se o nome de tutela administrativa, a qual se traduz numa “relação jurídica administrativa externa caracterizada pela atribuição aos órgãos de uma entidade administrativa de um conjunto de poderes para verificação da legalidade ou do mérito da actuação levada a cabo pelos órgãos e serviços de uma outra entidade administrativa que, nos termos da Constituição e da lei, dispõe de uma capacidade para administrar com autonomia os específicos interesses públicos que lhe estão confiados”⁵⁰. Note-se, porém, que esta noção de tutela administrativa traduz a intervenção sobre a actuação de quaisquer entidades autónomas e não apenas sobre as

⁴⁷ Cfr. FOLQUE, André, *A tutela administrativa...*, cit. pp. 96-97.

⁴⁸ OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, 1993, p. 195. No mesmo sentido vide, REBELO, Marta, *Descentralização...*, cit., p. 88.

⁴⁹ Desenvolvidamente, sobre a matéria da tutela sobre as autarquias locais vide, MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, cit., pp. 206 e ss; GONÇALVES, Pedro, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, CEFA, Coimbra, 1997; ALEXANDRINO, José de Melo, “Direito das Autarquias Locais”, cit., pp. 254 e ss; FOLQUE, André, *A tutela administrativa...*, cit. ; FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos Constitucionales...*, cit., pp. 433 e ss.

⁵⁰ GONÇALVES, Pedro, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa...*, cit., p. 8.

autarquias locais. Na verdade, quando há pouco se falava na descentralização administrativa⁵¹, deixou-se expresso que um dos pressupostos desta é o controlo administrativo sobre os órgãos descentralizados, exercido pelo Estado, controlo esse que, no caso das autarquias locais, incide sobre a legalidade da actuação destas e não sobre o mérito dessa actuação.

É assim que Constituição estabelece, no artigo 242.º, n.º 1, que “[a] tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei”. Temos, pois, que são constitucionalmente inadmissíveis as intervenções destinadas a controlar o mérito, a conveniência ou a oportunidade da actuação dos órgãos autárquicos quando na prossecução dos seus interesses próprios.

Saliente-se que a tutela exercida pelo Estado (ou pelas regiões autónomas) é uma tutela externa, na exacta medida em que o titular do poder de tutela intervém em defesa de um interesse distinto daquele que é o interesse do ente tutelado. Ou seja, se, por exemplo, na tutela exercida sobre um instituto público o interesse defendido pelo Estado é o mesmo que é prosseguido pelo dito instituto (ao fim e ao cabo o interesse estadual), o mesmo não se passa com a tutela exercida sobre um município, justamente porque o interesse prosseguido por este não é (nem pode ser) definido nem prosseguido pelo Estado. Consequentemente, se relativamente a um instituto público o órgão estadual, no âmbito dos seus poderes de tutela, pode emanar instruções ou directivas que vinculam o ente tutelado, o mesmo não se passa ao nível da tutela das autarquias locais, as quais, no âmbito dessa relação de tutela, não estão obrigadas a seguir directivas do Governo.

A nossa Constituição reserva para a lei, como ficou visto, o estabelecimento dos casos em que a tutela sobre as autarquias locais é exercida e, bem assim, as formas por que se exerce essa mesma tutela. Há, nesta matéria, um princípio de reserva de lei (lei de valor reforçado - artigo 165, n.º 1, alínea q) da CRP⁵²), além de uma tipicidade das medidas de tutela, que são apenas aquelas que a lei expressamente prevê. Como afirma Baptista Machado, “a tutela não se presume, deve estar expressamente prevista e organizada na lei, deve ser exercida nos estritos limites da lei e nas formas por esta previstas”⁵³.

O regime jurídico da tutela administrativa sobre as autarquias locais está previsto na Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, diploma que, logo no artigo 2.º, prescreve que “[a] tutela administrativa consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos por parte dos órgãos e dos serviços das autarquias locais e entidades equiparadas”. Tal tutela exerce-se, como decorre do artigo 3.º, através da realização de inspecções, inquéritos e sindicâncias. Da conjugação desde preceito com o artigo 242.º, n.º 1, da CRP, *maxime* na parte em que se refere que a tutela consiste na *verificação* do cumprimento da lei, é possível concluir que a modalidade regra de tutela sobre as autarquias locais é, entre

⁵¹ Cfr., *supra*, 2.1.1.

⁵² Vide, neste sentido, ALEXANDRINO, José de Melo, “Direito das Autarquias Locais”, cit., p. 266.

⁵³ MACHADO, Baptista, “Participação e Descentralização”, cit., pp. 21-22.

nós, a tutela inspectiva.

Será já discutível se a tutela prevista na nossa Constituição admite outras formas, para além da tutela inspectiva, e, admitindo-as, quais serão as que ali podem merecer acolhimento. Pronunciando-se sobre esta questão, Pedro Gonçalves admite que possam ser estabelecidas, por lei, outras formas de tutela, nomeadamente: (i) tutela integrativa (exercida através de pareceres vinculantes, autorizações e aprovações que, de todo o modo, não tenham em vista o controlo do mérito da actuação das autarquias locais); (ii) tutela sancionatória (aplicação de medidas sancionatórias nos casos especificamente previstos); (iii) tutela anulatória (poder de anulação de actos administrativos ilegais praticados pelos órgãos autárquicos, anulação essa a ocorrer, nomeadamente, através de um recurso tutelar - o qual, contudo, como resulta do artigo 177.º, n.º 2, tem de estar expressamente previsto na lei e assume, salvo disposição em contrário, carácter facultativo)⁵⁴. Fica, de todo o modo, excluída, logo a nível constitucional, e também de acordo com aquele Autor, a possibilidade de tutela revogatória (revogação de actos do ente tutelado, que pressupõe um juízo sobre o mérito ou a oportunidade desses actos e não apenas, portanto, sobre a legalidade dos mesmos), bem como a tutela substitutiva (poder de o Governo se substituir às autarquias locais na prática de determinados actos administrativos a que aquelas estão obrigadas)⁵⁵.

Quanto à titularidade da tutela sobre as autarquias locais, dispõe o artigo 5.º da Lei n.º 27/96 que a mesma compete ao Governo, sendo assegurada, de forma articulada pelo Ministro das Finanças e pelo Ministro responsável pela área da administração local, para o que contam com o serviço de tutela inspectiva levada a cabo pela Inspeção-Geral de Finanças^{56 57}.

A tutela administrativa sobre as autarquias locais, disse-se já, consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos, aqui estando abrangidas as normas constitucionais, as normas de direito internacional recebidas na ordem interna, as normas de direito público europeu derivado, os princípios gerais de direito público, os actos legislativos, as normas de regulamentos emanados pela própria autarquia, por autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar, sendo que, neste último caso, apenas cingidos aos regulamentos emanados no exercício desse poder tutelar⁵⁸.

Quanto ao objecto da tutela, dir-se-á que esta incide sobre os actos, regulamentos, contratos públicos, omissões juridicamente relevantes e, bem assim, sobre operações materiais, especialmente quando estas devessem ser precedidas de acto adminis-

⁵⁴ Cfr. GONÇALVES, Pedro, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa...*, cit., pp. 14-16.

⁵⁵ Já de acordo com Jorge Miranda e Rui Medeiros, a constituição não admite, relativamente às autarquias locais, a tutela orientadora (instruções, recomendações), a tutela homologatória, a tutela substitutiva e o recurso tutelar. Cfr. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 897.

⁵⁶ Cfr. o artigo 2.º, n.º 3, da Lei n.º 96/2012, de 23 de Abril, que aprova a orgânica da Inspeção-Geral de Finanças.

⁵⁷ Nas regiões autónomas o órgão tutelar é o Governo Regional.

⁵⁸ Cfr., neste sentido, ALEXANDRINO, José de Melo, "Direito das Autarquias Locais", cit., p. 271.

trativo⁵⁹. O que se discute é se, para além destes actos (globalmente considerados), a tutela incide, também, sobre a actividade dos órgãos autárquicos, ou se um tal controlo implica uma ingerência no mérito e na orientação política daqueles, afrontando, por aí, a autonomia local. Mais concretamente, está em causa saber se só perante um actuação ou omissão concreta está o ente tutelar habilitado a exercer os seus poderes de tutela ou se pode, ao invés, exercer um controlo sobre a actividade, em geral, da entidade tutelada. Ora, da Lei n.º 27/96, mais concretamente do artigo 3.º, não parece resultar que a tutela se possa estender à própria actividade dos órgãos, além de que “*tal objecto importaria um juízo de valor a formular sobre um parâmetro que ontologicamente seria incompatível com a autonomia local*”⁶⁰.

III. A CARTA EUROPEIA DA AUTONOMIA LOCAL

Em 27 de Junho de 1985, o Conselho da Europa aprovou a Carta Europeia da Autonomia Local, a qual viria, depois, a ser aberta à assinatura dos respectivos Estados membros durante a XX Sessão da Conferência Permanente dos Poderes Locais e Regionais da Europa, reunida em Estrasburgo de 15 a 17 de Outubro de 1985⁶¹.

Trata-se de uma convenção internacional, já ratificada pela República Portuguesa em 1990⁶², a qual, nessa medida, nos termos do disposto no artigo 8.º, n.º 2.º da CRP, vigora na ordem jurídica interna enquanto vincular internacionalmente o Estado Português.

A Carta começa por estabelecer, no artigo 2.º, que o princípio da autonomia local deve ser reconhecido pela legislação interna e, tanto quanto possível, pela Constituição, definindo a “autonomia local”, no n.º 1 do artigo 3.º, como “o direito e a capacidade efectiva de as autarquias regulamentarem e gerirem, sob sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, uma parte importante dos assuntos públicos”, direito esse que, decorre do n.º 2, “é exercido por conselhos ou assembleias compostos por membros eleitos por sufrágio livre, secreto, igualitário, directo e universal, podendo dispor de órgãos executivos que respondem perante eles”.

Verifica-se que foi abandonado, na Carta, o critério dos “assuntos locais”, sendo substituído pelos “assuntos públicos” com os já aludidos argumentos da “noção imprecisa”, da complexidade das tarefas que, hoje em dia, estão a cargo da Administração Pública e da consequente necessidade de impedir que as autarquias locais sejam relegadas para uma zona marginal na actividade administrativa⁶³.

⁵⁹ Cfr., neste sentido, FOLQUE, André, *A tutela administrativa...*, cit. p.355.

⁶⁰ FOLQUE, André, *A tutela administrativa...*, cit. p. 351. Admitindo a tutela sobre a própria actividade dos órgãos das autarquias locais *vide* ALEXANDRINO, José de Melo, “Direito das Autarquias Locais”, cit., pp. 272-274.

⁶¹ Acerca dos antecedentes da Carta Europeia da Autonomia Local *vide* OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, 2003, cit., pp. 110 e ss.

⁶² Resolução da Assembleia da República n.º 28/1990, de 23 de Outubro e Decreto do Presidente da República n.º 98/1990, de 23 de Outubro.

⁶³ Cfr. OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, 2003, cit., p. 114.

Estabelece-se, por outro lado, que as atribuições fundamentais das autarquias locais são fixadas pela Constituição ou pela lei e que, dentro dos limites da lei, as autarquias locais têm completa liberdade de iniciativa relativamente a qualquer questão que não seja excluída da sua competência ou atribuída a uma outra autoridade (n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º). Aliás, ainda em matéria de atribuições e competências, a Carta é considerada o primeiro instrumento internacional a acolher o princípio da subsidiariedade⁶⁴ ao dispor, no n.º 3 do artigo 4.º, que regra geral o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos.

Importará aqui salientar, ainda, as prescrições da Carta no que concerne à tutela administrativa sobre os actos das autarquias locais, a qual só pode ser exercida segundo as formas e nos casos previstos pela Constituição ou pela lei, além de dever cingir-se a um controlo da legalidade salvo no que tange a atribuições que hajam sido delegadas nas autarquias locais (artigo 8.º).

Fixam-se ali, também, os princípios fundamentais em matéria de recursos financeiros, os quais devem ser adequados e proporcionais às atribuições que estejam cometidas às autarquias locais, além de que devem ser livremente disponíveis na (e para a) prossecução dessas mesmas atribuições (artigo 9.º).

Estamos, pois, independentemente de eventuais divergências quanto a pontos concretos da Carta, perante um instrumento internacional de óbvia importância, não só a nível nacional mas, também, a nível europeu, tanto mais que é a primeira convenção internacional que define e que garante os princípios da autonomia local.

IV. MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE RECOLHA E DE TRATAMENTO DE RESÍDUOS URBANOS

4.1. Da lei de “delimitação dos sectores” aos sistemas multimunicipais

Ainda no fervor da Revolução de Abril de 1974 (e visivelmente imbuída dos ideais que a motivaram ou, pelo menos, que dela emergiram⁶⁵), foi aprovada a Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, que tinha por escopo regular o acesso da iniciativa económica a determinadas actividades, ou, porventura melhor dizendo, *vedar a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza a actividade económica em determinados sectores*.

Ora, de entre o vasto elenco de actividades económicas a que as entidades privadas e outras entidades da mesma natureza não podiam aceder, contava-se, como resulta das alíneas c) e d) do artigo 4.º do dito diploma, a captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas e, bem assim, o saneamento básico.

⁶⁴ Cfr. MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira, “El principio de subsidiariedad y la organización administrativa”, *Documentación Administrativa, Ministerio de Administraciones Publicas, INAP*, n.º 257-258, Madrid, 2000, pp. 80-81.

⁶⁵ Veja-se, por exemplo, o n.º 1 do artigo 2.º daquele diploma legal onde se dispõe que “[t]odas as nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974 são conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras”.

No que especificamente tange ao abastecimento de água e ao saneamento básico, tratava-se de serviços que, de início, eram explorados em regime de monopólio pelos municípios - por si próprios ou organizados em associações de municípios. Vigorava, então, entre nós, neste domínio, um princípio geral de exclusividade municipal⁶⁶.

Esta realidade conheceu, porém, uma modificação com a publicação do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro, o qual, alterando o artigo 4.º da Lei n.º 46/77, introduziu um novo modelo de gestão, permitindo que os serviços de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, em ambos os casos através de redes fixas e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, fossem segmentados em dois sistemas: o sistema municipal, da responsabilidade dos municípios e o sistema multimunicipal, da responsabilidade do Estado. Com efeito, e à luz do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 46/77, com as alterações introduzidas pelo aludido Decreto-Lei n.º 372/93, são sistemas multimunicipais *os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional*, e sistemas municipais *todos os demais, bem como os sistemas geridos através de associações de municípios*.

Para além disso, e ainda por força do Decreto-Lei n.º 372/93, passou a ser possível a concessão dos sistemas multimunicipais a empresas que resultassem da associação de entidades do sector público, designadamente autarquias locais, em posição obrigatoriamente maioritária no capital da nova sociedade, com outras entidades privadas. Ou seja, era já permitida a participação de empresas privadas ou entidades da mesma natureza, ainda que as empresas concessionárias a criar houvessem de ter capital maioritariamente público.

Já quanto aos sistemas municipais, passou a prever-se a possibilidade de concessão, não havendo, neste ponto, qualquer limitação quanto à natureza pública ou privada da concessionária ⁶⁷ ⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. CANOTILHO, Gomes, *parecer inédito emitido para a Associação Nacional dos Municípios Portugueses*, p. 10, disponível em <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d54464451553955554577765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396a4f54686a4e5755354f43316c4d544a694c5451354f444d74595751304e6930325a44686d5a545530595455304e574d756347526d&fich=c98c5e98-e12b-4983-ad46-6d8fe54a545c.pdf&Inline=true>>

⁶⁷ Se quanto a estas actividades apenas se permitiu a participação de privados através de contratos de concessão, o certo é que, quanto a outras, o legislador foi, paulatinamente, franqueando as portas à iniciativa privada, através de alterações introduzidas à Lei n.º 46/77. Foi o que aconteceu, nomeadamente, com o Decreto-Lei n.º 406/83, que permitiu o acesso das empresas privadas às indústrias adubeira e cimenteira; com o Decreto-Lei n.º 449/88, que permitiu o acesso da iniciativa privada às indústrias de refinação de petróleo, petroquímica de base e siderúrgica e ainda a diversas actividades como o serviço de produção e distribuição de gás e energia eléctrica para consumo público, os serviços de telecomunicações complementares à rede básica, os transportes aéreos regulares interiores, os transportes ferroviários não explorados em regime de serviço público e os transportes colectivos urbanos de passageiros; com Decreto-Lei n.º 339/91, que permitiu o acesso às empresas privadas a todo o transporte aéreo regular internacional bem como à exploração de aeroportos.

⁶⁸ Antes desta abertura legislativa, os contratos de concessão eventualmente celebrados, no âmbito das actividades cujo acesso estava vedado à iniciativa privada, eram nulos. Neste sentido, cfr. o Ac. do

4.2. Sistemas multimunicipais e sistemas municipais. O interesse nacional

Aberta que ficou a possibilidade de, por concessão, haver participação de capitais privados nas actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, foi um passo para que, através do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, se estabelecesse 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.

Da noção de sistemas multimunicipais contida neste diploma resulta que os mesmos (só) são criados quando se exija um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, sendo que essa criação tem de ser precedida de parecer dos municípios envolvidos⁶⁹.

Os sistemas multimunicipais são considerados sistemas “em alta”, a montante da distribuição de água, aos quais está, necessariamente, associado um elemento de âmbito territorial, na medida em que o sistema multimunicipal abrange mais do que um município “em baixa”⁷⁰.

Temos, assim, que o Estado, por razões de interesse nacional, assumiu para si a tarefa de captar e transportar água para os municípios (que são os utilizadores dos sistemas multimunicipais⁷¹), ficando estes com a incumbência de distribuir a água aos munícipes.

Como refere Gomes Canotilho, “[o]s motivos que presidem à criação dos sistemas multimunicipais [radicam] na necessidade de proceder à realização de investimentos avultados em infra-estruturas para suportar as actividades a montante de distribuição de água, pressupondo o legislador que, neste campo, os municípios teriam menores apetências e possibilidades financeiras, acrescidas de limitações em termos de gestão. Daí também a criação de entidades concessionárias do Estado, que são encarregadas destas tarefas. Significa isto que os sistemas multimunicipais constituem um plus auxiliar dos sistemas municipais e de existência eventual relativamente a estes. E dizemos eventual porque não são de criação obrigatória. A sua criação e existência (manutenção) só se justifica se e na medida em que se preencherem (e enquanto preencherem) os respectivos pressupostos”⁷².

Aquela que era, como ficou dito, uma incumbência exclusivamente municipal - os municípios asseguravam quer os designados sistemas em alta quer os sistemas em

STA de 21/09/2004, proferido no proc. n.º 47638, disponível em < <http://www.dgsi.pt>>.

⁶⁹ De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 1.º “[s]ão sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, sendo a sua criação precedida de parecer dos municípios territorialmente envolvidos”.

⁷⁰ Cfr. CANOTILHO, Gomes, *Parecer...*, cit., p. 12

⁷¹ Sem prejuízo da possibilidade de cederem a sua posição contratual aos seus concessionários dos sistemas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público,

⁷² Cfr. CANOTILHO, Gomes, *Parecer...*, cit., p. 13.

baixa - passou, por força da lei, a ser partilhada entre os municípios e o Estado.

Por outro lado, através do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro, estabeleceu-se o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, aí se consagrando como objectivos fundamentais dessas exploração e gestão, contribuir para o desenvolvimento económico nacional e para o bem-estar das populações, assegurando nomeadamente:

a) A oferta da água para consumo público adequada, nos termos do contrato de concessão, à satisfação da procura nos municípios utilizadores, sob os aspectos quantitativos e qualitativos;

b) A progressiva redução dos custos através da racionalidade e eficácia dos meios utilizados nas suas diversas fases, desde a captação ao abastecimento das redes municipais.

Quer de um quer de outro dos diplomas legais a que vem de se fazer referência decorre a obrigatoriedade de ligação, por parte dos municípios utilizadores, aos sistemas multimunicipais, sendo que a articulação entre estes sistemas e o sistema correspondente de cada um dos municípios é assegurada através de contratos de fornecimento a celebrar com as concessionárias.

É, pois, a necessidade de realização de investimentos de monta em infra-estruturas, por forma a garantir o normal abastecimento de água em “alta” que leva a que aquela que era, tradicionalmente, uma atribuição exclusiva dos municípios, passe a ser dividida com o Estado.

4.3. O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto

Volvidos cerca de 16 anos desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 379/93, sentiu-se necessidade de rever o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, o que foi feito através do Decreto-Lei n.º 194/2009, que revogou aquele primeiro.

Sem cuidar de fazer aqui uma descrição exaustiva do diploma em questão, importará dizer, quanto ao mesmo, que previu a possibilidade de, para além da prestação directa e da concessão dos sobreditos serviços, os mesmos serem delegados em empresa constituída com o Estado ou em empresa do sector empresarial local. A abertura desta via de delegação dos serviços veio, aliás, na linha do que já se havia previsto na Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro - diploma que aprovou o regime jurídico do sector empresarial local - que abria as portas à delegação em entidades do sector empresarial local, com eventual participação da iniciativa privada.

Para além disso, importará reter, quanto ao Decreto-Lei n.º 194/2009, que este atribuía, na sua versão inicial, à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I.P., em matéria de tarifas, competência para emitir recomendações gerais relativas aos

tarifários dos serviços abrangidos, independentemente do modelo de gestão adoptado para a sua prestação e acompanhar o seu grau de adopção, divulgando os resultados. As decisões das entidades gestoras que se mostrassem desconformes com as recomendações da entidade reguladora deveriam ser fundamentadas. Porém, com a alteração introduzida pela Lei n.º 12/2014, de 6 de Março, estas recomendações gerais passaram a ser “instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor, de acordo com os princípios estabelecidos na Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, e no Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho, permitindo a recuperação gradual dos custos associados, garantindo a transparência na formação da tarifa e assegurando o equilíbrio económico e financeiro do serviço prestado pelas entidades gestoras e de acordo com o princípio geral de equivalência previsto no Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, permitindo a compensação tendencial dos custos sociais e ambientais da atividade de gestão de resíduos urbanos”.

Acresce que esta alteração ao Decreto-Lei n.º 194/2009, operada pela Lei n.º 12/2014, vem aditar um artigo 11.º-B àquele primeiro diploma, no qual se conferem poderes à ERSAR para, em caso de incumprimento dos regulamentos tarifários por parte das entidades gestoras de sistemas municipais, fixar, ela própria, as tarifas para esses sistemas.

4.4. O abastecimento de água e o saneamento básico como atribuições próprias dos municípios

Como acabou de se dizer, quer o abastecimento de água quer o saneamento básico constituíam atribuições exclusivas dos municípios que, por razões de interesse nacional, passaram a ser partilhadas (partilha imposta) com o Estado. De todo o modo, a intervenção estatal, motivada, como vimos, por razões de interesse nacional, apenas pode incidir sobre os sistemas em alta, continuando a gestão dos sistemas em baixa a ser garantida pelos municípios.

Na verdade, o n.º 1 do artigo 6.º da CRP impõe ao Estado, nas suas relações com as autarquias locais, o respeito pelos princípios da descentralização, da subsidiariedade e da autonomia local, do que decorre, entre o mais, que às autarquias deve ser garantido um feixe de atribuições para a prossecução dos interesses próprios das populações respectivas e, bem assim, que a intervenção estatal só deve ocorrer quando a solução não possa ser encontrada junto das entidades mais próximas dos cidadãos. Assim, se a ingerência, ao nível dos sistemas em alta, pode encontrar justificação na invocada necessidade de salvaguarda do interesse nacional (para aí apontando, inclusivamente, por essas mesmas razões, o princípio da subsidiariedade), o mesmo já não sucederá com os sistemas em baixa que, para além de se integrarem no âmbito dos interesses próprios das populações a que alude o artigo 235.º, n.º 2, da CRP, podem, sem óbices de maior, ser geridos pelas autarquias locais de forma mais eficaz do que aquela que resultaria de uma intervenção estatal.

Claro está que, a defenderem-se as teses que advogam a obsolescência da distinção entre interesses locais e interesses nacionais e que acenam com o estandarte da participação e da cooperação enquanto garantes de uma autonomia local reforçada, esta necessária divisão entre intervenção estatal nos sistemas em alta e intervenção dos sistemas em baixa tenderá, eventualmente, a desvanecer-se, abrindo as portas a sistemas mistos.

De todo o modo, e na linha do que já se foi referindo ao longo deste excurso, afigura-se que o abastecimento de água e o saneamento continuam a ser atribuições próprias dos municípios, que o Estado, por força do artigo 6.º, n.º 1, da CRP, tem de respeitar.

V. A ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

5.1. De instituto público a autoridade administrativa independente

Em 30 de Agosto de 1997 foi criado o Instituto Regulador de Águas e Resíduos⁷³ (IRAR), cujo Estatuto veio, posteriormente, a ser aprovado através do Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 151/2002, de 23 de Maio). A criação deste instituto encontrou justificação, segundo decorre do preâmbulo daquele diploma legal, na crescente complexidade dos problemas suscitados pelas áreas de actividade em causa bem como especial relevância destas para as populações. Foram-lhe atribuídas funções reguladoras e orientadoras nos sectores de água de abastecimento público, das águas residuais urbanas e dos resíduos sólidos urbanos, com o fito de defender os direitos dos consumidores e de assegurar a sustentabilidade económica dos sistemas.

Posteriormente, a Lei n.º 53-F/2006 veio sujeitar as entidades do sector empresarial local aos poderes de regulação da respectiva entidade reguladora e a Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro - que aprova a Lei das Finanças Locais - atribuiu à entidade reguladora a responsabilidade pela verificação de disposições relativas ao preços de serviços prestados por entidades de gestão directa municipal ou intermunicipal, incluindo sob a forma de serviços municipalizados ou intermunicipalizados, e por empresas municipais e intermunicipais. Sentiu-se, assim, a necessidade de reavaliar a missão da entidade reguladora, de definir claramente as suas atribuições e de reforçar os seus poderes, o que veio a ser feito através do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro. Também por força deste diploma legal, o IRAR passou a designar-se por Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I.P. (ERSAR, I.P.), mantendo, portanto, a sua natureza de instituto público e a consequente integração na administração indirecta do Estado.

Em matéria de atribuições, cumpre destacar que a ERSAR, I.P. passou a ter responsabilidade para:

- Assegurar a regulação económica das entidades gestoras, garantindo a prática de preços, que, num ambiente de eficiência e eficácia na prestação do

⁷³ A criação deu-se através do Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto.

serviço, permitam assegurar a viabilidade económica e financeira dessas entidades;

- Exercer funções de autoridade reguladora dos serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, aprovando regulamentos com eficácia externa e exercendo poderes sancionatórios;
- Acompanhar a evolução do sector e a implementação dos seus planos estratégicos, recomendar medidas de reordenamento e propor legislação relevante para o sector, elaborar recomendações, propor medidas de racionalização e de resolução de disfunções e emitir pareceres, nomeadamente sobre instrumentos de equidade na aplicação das políticas tarifárias;
- Monitorizar o cumprimento contratual, legal e das demais normas aplicáveis às actividades das entidades gestoras, nomeadamente emitindo recomendações, utilizando os meios procedimentais e processuais que se revelem mais adequados para a garantia do interesse público e da legalidade, designadamente providências cautelares, e cooperando com outras entidades públicas;
- Supervisionar e avaliar as tarifas e outros aspectos económico-financeiros de entidades gestoras, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações.

Recentemente, como já se anunciou em sede de introdução, a ERSAR, I.P. foi transformada em entidade administrativa independente, com funções de regulação e de supervisão, dotada de autonomia de gestão, administrativa e financeira e de património próprio. Temos, assim, que a ERSAR transitou da administração indirecta do Estado para o campo da administração independente, tornando-se uma autoridade reguladora independente⁷⁴, não sujeita, portanto, a qualquer tipo de poder hierárquico ou tutelar. É de notar que a ERSAR, enquanto instituto público, era já uma entidade reguladora - como, aliás, decorria claramente do diploma que a instituiu - pelo que a transformação recentemente operada pela Lei n.º 10/2014 não veio atribuir-lhe um estatuto que já detinha mas antes, como se disse, alterar a sua natureza jurídica⁷⁵.

Está, assim, no lugar de regulador dos serviços de águas e resíduos uma entidade que se caracteriza pela independência orgânica dos seus titulares (requisitos pessoais de designação; regime de incompatibilidades; mandato fixo e inamovível durante o mesmo), pela independência funcional (ausência de ordens, de instruções e de directivas vinculantes; inexistência de controlo de mérito ou da obrigatoriedade de prestação de contas em relação à orientação definida) e pela independência relativamente aos interesses envolvidos na actividade regulada (ausência de título representativo na designa-

⁷⁴ Sobre estas entidades *vide* MOREIRA, Vital/MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra Editora, 2003.

⁷⁵ Como refere Pedro Gonçalves, a associação entre regulação e entidades independentes pode ser excessiva, quer porque a regulação pode caber a entidades administrativas não independentes (como era o caso da ERSAR, I.P.), quer porque há entidades administrativas independentes sem funções de regulação (como a Comissão Nacional de Protecção de Dados). Cfr. GONÇALVES, Pedro, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra Editora, 2008, p. 27, nota 59.

ção dos membros dirigentes e da forma de proceder à sua escolha, assente, sobretudo, em critérios que permitam a nomeação de pessoas efectivamente independentes dos interesses em jogo)⁷⁶.

5.2. As atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica

Importa agora que nos debrucemos sobre as atribuições da ERSAR, sendo que haverá, antes de mais, que salientar que a Proposta de Lei n.º 125/XII, na sua versão inicial, atribuía à ERSAR competência para “[f]ixar, nas situações e termos previstos na lei, as tarifas dos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor”. Pretendia-se, pois, que a entidade reguladora, perante o incumprimento, por parte das entidades gestoras de sistemas municipais, de disposições normativas referentes às tarifas aplicadas, se substituísse a essas entidades e fixasse, ela própria, as ditas tarifas.

A referida atribuição da ERSAR não chegou a conhecer a luz do dia no seio da Lei n.º 10/2014, vindo antes, como já se disse, a ser fixada em aditamento feito pela Lei n.º 12/2014 ao Decreto-lei n.º 194/2009⁷⁷. Ou seja, o que não entrou pela porta acabou por entrar pela janela.

A concessão de um tal poder à ERSAR tem importantes consequências do ponto de vista constitucional, como *infra* se verá. Ainda assim, e porque a fixação de tarifas, por parte da ERSAR, para os sistemas de gestão municipal, não percorre sozinha os ínvios caminhos da constitucionalidade duvidosa, sempre importará referir as atribuições que a Lei n.º 10/2014 confere àquela entidade em matéria económica, e que, mais concretamente, são as de:

- a) Fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, assim como supervisionar outros aspetos económico-financeiros das entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis;
- b) Regulamentar, avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis;
- c) Emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento;
- d) Emitir, nas situações e termos previstos na lei, instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal que não se con-

⁷⁶ Cfr. MOREIRA, Vital/MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, cit., p. 28.

⁷⁷ Cfr. *supra*, 4.3.

formem com as disposições legais e regulamentares em vigor.

- e) Garantir a faturação detalhada pelas entidades prestadoras dos serviços, num quadro de identificação decomposta das várias parcelas que compõe o valor final da fatura, visando a desagregação, perante o utilizador final, das diferentes componentes dos custos respeitantes às atividades de águas, saneamento, gestão de resíduos e outros.

Constata-se, pois, para o que aqui importa considerar, que a ERSAR pode, no que concerne às tarifas dos sistemas municipais, regulamentar, avaliar e auditar a fixação de tarifas; emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estatuído no regulamento tarifário e fiscalizar e sancionar o seu incumprimento; emitir instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas municipais. Importa, assim, de seguida, aferir se tais atribuições - a que se junta o poder de fixação de tarifas contido no Decreto-Lei n.º 194/2009 - afrontam, ou não, o princípio da autonomia local.

VI. REGULAÇÃO DA ÁGUA E DOS RESÍDUOS E AUTONOMIA LOCAL

6.1. Tutela administrativa de regulação

A tutela administrativa sobre as autarquias locais - assim o estabelece a Constituição - consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei.

Ora, não obstante não decorrer do artigo 242.º da CRP a quem cabe o poder de tutela sobre as autarquias locais, é possível, lançando mão de outros preceitos da Lei Fundamental, chegar à conclusão de que o mesmo cabe ao Governo⁷⁸ (ou aos governos regionais, nas regiões autónomas). Efectivamente, da alínea d) do artigo 199.º da CRP decorre que compete ao Governo, no exercício de funções administrativas, “[d]irigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma”. Na mesma linha, estabelece-se na alínea m) do n.º 1 do artigo 227, que compete às regiões autónomas exercer o poder de tutela sobre as autarquias locais.

A própria Lei da Tutela Administrativa (Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro), atribui a titularidade dos poderes de tutela ao Governo.

A Constituição possibilita, inclusivamente, que, num processo de desconcentração, os poderes de tutela sejam conferidos a representantes periféricos do Governo, mais concretamente dos Governadores Cívicos, conforme se extrai do n.º 3 do artigo 291.º. Porém, uma coisa será a tutela ser exercida por um representante do Governo, um subalterno do Governo, sujeito à direcção e supervisão daquele⁷⁹, e outra, distinta,

⁷⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 898.

⁷⁹ Entende-se por administração desconcentrada “o sistema em que o poder decisório se reparte entre o superior e um ou vários órgãos subalternos, os quais, todavia, permanecem, em regra, sujeitos

é o exercício da mesma caber a uma entidade independente que, como ficou visto, é caracterizada, entre o mais, pela independência funcional, não estando, nessa medida, sujeita a ordens a instruções ou a directivas vinculantes nem a um controlo de mérito⁸⁰. Ou seja, o exercício de tutela sobre as autarquias locais por uma entidade administrativa independente está para além do poder que a Constituição confere ao Governo. Não é a mesma coisa nem parece, pelo exposto, ter arrimo do ponto de vista constitucional.

Sobre esta questão, Gomes Canotilho admite, ainda que com reservas, que a Constituição “*possa ser objecto de uma interpretação ‘teleologicamente actualista’ de forma a admitir a abertura do texto constitucional à evolução da realidade constitucional, sendo [...] ‘sensível’ a novos fenómenos regulatórios, exercidos em substituição do Estado, por entidades administrativas independentes*”⁸¹. Não querendo aqui empreender uma batalha de *David* contra *Goliath* (da qual David, contrariando a lenda, sairia certamente perdedor), sempre se dirá que se já é discutível o suporte das entidades administrativas independentes na nossa Constituição⁸², muito mais discutível será a atribuição a estas de poderes de tutela que, expressamente, estão atribuídos ao Governo. Afigura-se que tal atribuição é estender, para lá de limites aceitáveis, o limbo extraconstitucional em que as ditas entidades se encontram. Mais, a autonomia local implica que as autarquias locais possam prosseguir os seus interesses próprios através de órgãos próprios, democraticamente legitimados. A tutela sobre as autarquias locais justifica-se em face da unidade do Estado, para impedir que aquelas possam chegar a ser nocivas para o interesse geral do país⁸³. Ora, se se percebe que a tutela se imponha por razões de interesse nacional e que seja feita por um ente, também ele, democraticamente legitimado (leia-se, o Governo), já custa a aceitar que esse poder tutelar vá recair sobre uma entidade à qual falta, pelo menos de forma directa, um tal tipo de legitimação, desresponsabilizando-se o Governo - é esse o termo⁸⁴ - por uma actividade que, nos termos da Constituição, lhe cabe.

6.2. Regulamentação das tarifas dos sistemas municipais

A questão da possibilidade de a tutela administrativa de regulação ser, ou não, possível, em face da Lei Fundamental suscita, a jusante, um outro problema, que vem a ser o de saber ao abrigo de que poder é emanado o Regulamento Tarifário da ERSAR. Com efeito, a tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos, estando abrangidas, como se viu, as normas constitucionais, as normas de direito internacional recebidas na ordem interna, as normas de direito público europeu derivado, os princípios gerais de direito público, os actos le-

à direcção e supervisão daquele”. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 658.

⁸⁰ Cfr. *supra*, 5.1.

⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Parecer...*, cit. pp. 44-45.

⁸² Cfr. sobre esta questão, MOREIRA, Vital/MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, cit., pp. 41-48.

⁸³ Cfr. FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos Constitucionales...*, cit., p. 129.

⁸⁴ Cfr. MOREIRA, Vital/MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, cit. p. 46.

gislativos, as normas de regulamentos emanados pela própria autarquia, por autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar, sendo que, neste último caso, apenas os regulamentos emanados no exercício desse poder tutelar⁸⁵. Ora, a não poder ter-se a ERSAR como uma entidade com poderes de tutela sobre os autarquias locais, fica, também, por perceber em que medida estão, fora do âmbito de uma relação de tutela, obrigadas a observar as disposições do dito regulamento tarifário.

6.3. Fixação de tarifas em caso de incumprimento dos regulamentos tarifários

Disse-se, ao falar-se na tutela sobre as autarquias locais, que a nossa Constituição, não obstante apontar mais directamente para a tutela inspectiva, poderá admitir outras formas de tutela, nomeadamente a tutela integrativa e a tutela sancionatória. Porém, o que é indubitavelmente inadmissível, seja qual for o prisma por que se olhe para o artigo 242.º da CRP, é a tutela substitutiva, ou seja, o poder de o Governo se substituir às autarquias locais na prática de actos a que aquelas estejam obrigadas. Ora, o poder de fixação de tarifas que se atribui à ERSAR no Decreto-Lei n.º 294/2009 é, justamente, um poder de tutela substitutiva.

A tutela sobre as autarquias locais, recorde-se, é uma tutela de legalidade que consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos. Não cabem aí, de forma alguma, medidas de direcção da actividade administrativa dos órgãos autárquicos, através de ordens ou instruções, porquanto não há, na relação de tutela, o poder de direcção que caracteriza a relação hierárquica. Não cabe sequer, no âmbito dessa relação, o poder de orientação do ente tutelado. Assim, se a entidade tutelar não pode dirigir nem orientar a entidade tutelada, muito menos poderá substituir-se a esta revogando (revogação substitutiva) actos por ela praticados⁸⁶

O que a lei confere à ERSAR é, pois, um poder hierárquico-administrativo sobre as autarquias locais, muito para além daquilo que a figura da tutela administrativa admite e a anos-luz do que a Constituição permite.

E não se diga, para obviar a tal conclusão, que os serviços de abastecimento de água e de saneamento público têm de ser vistos à luz da interpenetração de interesses locais e de interesses nacionais, da igualdade entre os cidadãos e das exigências da modernidade e que, por essa via, não se tratará já aí de interesses próprios das autarquias, que fundamentem uma relação de tutela, mas antes de interesses nacionais relativamente aos quais o Estado *devolve* às autarquias locais os poderes necessários para os prosseguirem. Com efeito, os serviços em questão continuam a ser uma atribuição própria dos municípios, quer por razões de índole constitucional (mais concretamente por se tratar de interesses próprios das populações respectivas), quer porque a própria Lei

⁸⁵ Cfr. *supra*, 2.4.

⁸⁶ Cfr. FOLQUE, André, *A tutela administrativa...*, cit. p. 365. No mesmo sentido, GONÇALVES, Pedro, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa...*, cit., p.p. 14-16.

das Autarquias locais⁸⁷ continua a defini-los como tal⁸⁸. Para além disso, e pelas razões já supra expostas, é nesse sentido que apontam, igualmente, os princípios da descentralização, da autonomia local e da subsidiariedade a que alude o artigo 6.º da CRP.

Crê-se, aliás, que mesmo à luz da restritiva (e escassa) jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao princípio da autonomia local, a aludida substituição na fixação de tarifas tem de ser lida como uma afronta ao núcleo essencial da autonomia local, justamente por traduzir uma tutela que a Constituição não admite ao Governo (e muito menos a uma entidade reguladora independente)⁸⁹.

6.4. Instruções vinculativas, recomendações e sanções

Aquando da sua transformação em entidade reguladora independente a ERSAR recebeu poderes mais musculados do que aqueles que detinha enquanto instituto público. Como já se referiu, aos pareceres, propostas e recomendações sobre a actividade das entidades gestoras de sistemas municipais e multimunicipais⁹⁰ sucedeu-se o poder de emitir instruções vinculativas e de, em face do incumprimento de recomendações, aplicar sanções.

Começando pelas recomendações, deve dizer-se que a redacção da alínea c) do n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 10/2014 não prima pela clareza, não se discernindo, ao menos com a facilidade desejável, a que se dirigem as sanções ali previstas. Com efeito, estabelece aquele preceito normativo como atribuição da ERSAR, “[e]mitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento”. Fica, pois, a dúvida sobre se as sanções são dirigidas ao incumprimento das recomendações ou, ao invés, do regulamento tarifário e demais legislação.

Compulsando a Proposta de Lei n.º 125/XII, na sua versão inicial, verifica-se que o preceito em causa apenas se referia à emissão de “recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável”, resultando a redacção actual de proposta apresentada já no decurso dos trabalhos parlamentares⁹¹. Tendo em conta, porém, que o que está ali em causa é a “emissão de recomendações” por parte da ERSAR, parece apontar-se para que a aditada possibilidade de “sancionar o seu incumprimento” há-de reportar-se a essas mesmas recomendações.

A recomendação insere-se no âmbito das chamadas actuações informais da Ad-

⁸⁷ Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.

⁸⁸ Cfr. CANOTILHO, Gomes, *Parecer...*, cit., p. 17.

⁸⁹ Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao princípio da autonomia local vide MAURÍCIO, Artur, “A Garantia Constitucional da Autonomia Local à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, 2003, pp. 625-657.

⁹⁰ Cfr. *supra*, 5.1.

⁹¹ Proposta 13-C dos Grupos Parlamentares do PSD e do CDS-PP, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37438>>.

ministração, podendo definir-se como “*todo o acto que aconselha o destinatário a adoptar um comportamento, dando-lhe conta, explícita ou implicitamente, dos benefícios que para ele podem resultar da actuação conforme com essa sugestão ou aconselhamento*”⁹². Ou seja, através da recomendação a Administração não tem um conteúdo injuntivo para o destinatário, mantendo este a liberdade de adoptar comportamentos alternativos. A recomendação aconselha, não impõe.

Bem se vê, pois, que sancionar o incumprimento de uma recomendação traduz-se, na prática, em transformar essa recomendação naquilo que ela não é (ou não devia ser): uma ordem. É que, note-se, é justamente a ausência desse comando que define a recomendação, de sorte que se “um acto sem imperatividade é uma recomendação”⁹³, uma recomendação com imperatividade é um acto administrativo. Sob as vestes de uma “actuação informal” teremos, assim, uma estatuição autoritária, relativa a um caso individual, manifestada por um agente da Administração no uso de poderes de Direito Administrativo, pela qual se produzem efeitos jurídicos externos⁹⁴. Porém, a putativa “recomendação” não traz consigo, necessariamente, as garantias do acto administrativo, nomeadamente o procedimento administrativo e o conseqüente direito de participação dos respectivos destinatários.

Temos, por outro lado, também como atribuição da ERSAR, o poder de emitir instruções vinculativas quanto às **tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal** que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor. Uma vez mais os limites da tutela administrativa sobre as autarquias locais parecem ter sido ignorados pelo legislador. Efectivamente - há que reiterá-lo - a tutela do Governo sobre as autarquias locais é uma tutela de legalidade, que consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos⁹⁵. Ainda que, com mais ou menos bondade, se possa ver na Constituição abertura para outras formas de tutela que não a tutela inspectiva, parece inofismável que não cabe ali a tutela orientadora, realizada através de instruções e recomendações (muito menos vinculativas).

Um dos pressupostos da existência de hierarquia é o poder de direcção, o qual se traduz na “*faculdade de o superior hierárquico emanar comandos vinculativos a todos os órgãos subordinados. Esses comandos podem ser específicos para uma situação concreta e individualizada (:ordens), ou gozarem de aplicação generalizada e abstracta para situações futuras (:instruções)*”⁹⁶. A essência do poder de direcção - próprio da hierarquia - reside, pois, na faculdade de o órgão superior emanar ordens e instruções para

⁹² GONÇALVES, Pedro, “Advertências da Administração Pública”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, n.º 61, Coimbra Editora, 2001, p. 743.

⁹³ GOMES, Carla Amado/ LUÍS, Sandra Lopes, “O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal”, p. 7, disponível em <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>>

⁹⁴ Cfr. SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, p. 76.

⁹⁵ Cfr. *supra*, 2.4.

⁹⁶ OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, 1992, pp. 109-110. No mesmo sentido, quanto ao poder de direcção, vide AMARAL, Diogo Freitas do, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, Almedina, 2.ª Edição, 2005, p. 57.

serem acatadas pelo órgão subalterno. Este poder de direcção, essencial no âmbito de uma relação hierárquica, não existe - não pode existir - numa relação tutelar, na exacta medida em que a tutela nunca confere à entidade tutelar a faculdade de emitir ordens ou instruções sobre a actividade da entidade tutelada⁹⁷.

As instruções vinculativas da ERSAR estão, pois, na mesma linha de inconstitucionalidade, por violação do princípio da autonomia local, em que se encontra o poder de fixação de tarifas em caso de incumprimento de regulamentos tarifários.

VII. CONCLUSÃO

Teve-se em vista, nas linhas que antecedem, fazer um percurso, necessariamente breve, sobre os preceitos constitucionais que consagram a autonomia local no nosso ordenamento jurídico, procurando realçar a importância que a mesma tem ainda hoje, no quadro de um país que se quer democrático e que respeita os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Muito ficou, claro está, por dizer. Matérias há que careciam, e mereciam, tratamento mais aprofundado atenta a relevância de que se revestem. De todo o modo, à luz do propósito do presente trabalho, crê-se ser possível divisar as razões por que se entende que os Estatutos da ERSAR violam o princípio da autonomia local.

Note-se que não se tem a veleidade de achar que é aqui, através do presente excursão, que se grita, alto e bom som, que “o rei vai nú” quando todos os demais cuidavam que ia vestido. Na verdade, se é manifesta a dita nudez, não o é menos que outros, até com mais autoridade, já a apontaram.

Causa perplexidade, efectivamente, que através dos estatutos de uma entidade reguladora independente se afronte, de forma tão clara, a Constituição, impondo às autarquias locais uma relação de tutela para qual não se encontra um mínimo de suporte. Com efeito, se já ficam dúvidas sobre a possibilidade de uma entidade reguladora independente poder exercer tutela sobre os órgãos das autarquias locais, pretender transmutar uma tutela de legalidade em tutela substitutiva e orientadora vai para lá de tudo o que é aceitável.

Haverá, certamente, quem não vislumbre nos Estatutos da ERSAR qualquer afronta ao texto constitucional e que, à visão dita clássica da autonomia local e dos poderes administrativos de tutela, contraponha as exigências do interesse nacional, a complexidade dos interesses em jogo e as necessidades de um Estado que se pretende moderno. Por nós, porém, que no início avançámos que a ERSAR ia *descalça para a fonte*, resta-nos, com os clássicos, afirmar, em jeito de conclusão, que aquela *vai fermosa, e não segura*.

⁹⁷ Cfr. OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento...*, cit, pp. 226-227.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José de Melo, “Direito das Autarquias Locais”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Coimbra, 2010;
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, Almedina, 2.ª Edição, 2005;
- *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 2.ª Edição, 1994;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Distribuição pelos municípios de energia eléctrica em baixa tensão”, *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, I, pp. 17-29;
- ANTUNES, Luis Filipe Colaço, “Poder Local”, *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura*, Edição Séc. XXI, 23, Editorial Verbo;
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, 2003;
- *Parecer inédito emitido para a Associação Nacional dos Municípios Portugueses*, p. 10, disponível em <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d54464451553955554577765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396a4f54686a4e5755354f43316c4d544a694c5451354f444d74595751304e6930325a44686d5a545530595455304e574d75634752-6d&fich=c98c5e98-e12b-4983-ad46-6d8fe54a545c.pdf&Inline=true>>;
- CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007;
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987;
- FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos Constitucionales de la Autonomia Local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990;
- FOLQUE, André, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios*, Coimbra Editora, 2004;
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Turgot y los origenes del municipalismo moderno”, *Revista de Administración Pública*, 33, 1960, p. 79-110;
- GOMES, Carla Amado/ LUÍS, Sandra Lopes, “O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal”, disponível em <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>>;
- GONÇALVES, Pedro, “Advertências da Administração Pública”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, 2001, pp. 724-796;
- *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, CEFA, Coimbra, 1997;
- *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra Editora, 2008;
- MACHADO, Baptista, “Participação e Descentralização” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra;

- MARTINS, Afonso d'Oliveira, "La descentralización territorial y la regionalización administrativa en Portugal", *Documentación Administrativa, Ministerio de Administraciones Publicas*, INAP, n.º 257-258, Madrid, 2000, pp. 95-109;
- MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira, "El principio de subsidiariedad y la organización administrativa", *Documentación Administrativa, Ministerio de Administraciones Publicas*, INAP, n.º 257-258, Madrid, 2000, pp. 77-93;
- MAURÍCIO, Artur, "A Garantia Constitucional da Autonomia Local à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional", *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, 2003, pp. 625-657;
- MIMIM, Pierre, *Le Socialisme Municipal*, Paris, 1912;
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2007;
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, "A titularidade do poder regulamentar no Direito Administrativo português", *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, Almedina, 2013, pp. 92-102;
- MORAIS, Carlos Blanco de, "A Dimensão Interna do Princípio da Subsidiariedade", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 58, Volume II, Lisboa, Julho, pp. 779-822;
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997;
- MOREIRA, Vital/MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra Editora, 2003;
- NABAIS, José Casalta, "A Autonomia Local (Alguns Aspectos Gerais)", *Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, Almedina, 2010;
- "Considerações sobre a autonomia financeira das universidades", *Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, Almedina, 2010;
- OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, 1993;
- Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2013;
- OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, 1992;
- QUEIRÓ, Afonso, "Descentralização", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. III, Lisboa, 1990;
- REBELO, Marta, *Descentralização e Justa Repartição de Recursos entre o Estado e as Autarquias Locais*, Almedina, 2007;
- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978;
- SOSA, Marcelo Rebelo de, "Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica em Baixa Tensão", *Colectânea de Jurisprudência*, 1988, V, pp. 27-39.



• U C •



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA