

PODER LOCAL, GOVERNANÇA E FINANCIAMENTO MUNICIPAL

Três tópicos para uma reflexão em torno de decisões jurisprudenciais sobre taxas pela ocupação do domínio público municipal

Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva
Assistente da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

SUMÁRIO

- 1.** As autarquias locais no quadro da organização estadual portuguesa; *1.1.* As entidades supra-municipais; *1.2.* A criação de novos municípios; **2.** A governança e o poder local; *2.1.* A governança e o poder local em Portugal; *2.2.* A governança na intersecção público/privado; *2.3.* A governança e os vários níveis do público; **3.** Tendências recentes na evolução dos modelos (espanhol e português) de organização do poder local; **4.** O financiamento das formas complexas de organização municipal **5.** Tributação pela ocupação do domínio público municipal por infra-estruturas de interesse público: análise jurisprudencial; *5.1.* *Falta de harmonização legislativa em matéria de infra-estruturas;* *5.2.* *Evolução da jurisprudência;* *5.3.* *Apreciação crítica.*

RESUMO

A mudança do paradigma no modelo Estado, decorrente do aprofundamento das teorias organizatório-funcionais promotoras da eficiência, apresenta também reflexos a nível do poder local. Trata-se não apenas da optimização de meios na organização da execução das tarefas, mas também da articulação entre o público e o privado, o que tem justificado a criação de novas formas infra-estaduais de organização do poder local. O crescimento da estrutura e o aumento da sua complexidade suscitam igualmente problemas quanto ao respectivo financiamento, constituindo as taxas o instrumento preferido na obtenção de receitas.

Neste contexto, as empresas prestadoras de serviços essenciais têm assumido protagonismo, contestando a excessiva tributação que incide sobre a sua actividade e que onera, em último termo, os utentes. A situação não é novidade, repetindo-se em outros ordenamentos jurídicos, designadamente no espanhol. A grande capacidade contributiva das empresas que exploram os serviços, aliada às concepções tradicionais do domínio público aplicadas pela jurisprudência têm permitido às autarquias

a obtenção de elevadas receitas com a cobrança das taxas pela ocupação do domínio público, transformando aquele tributo na “galinha dos ovos de ouro”.

The shift in the model of the State, resulting from the deepening of the efficiency-promoting organizational functional theories, also reflects on the local government level. It is not only a question of optimizing means in the organization of the performance of tasks, but also of articulation between the public and the private, which has justified the creation of new infra-State ways of organization of local government. The growth of the structure and the increase in its complexity also raise problems as regards its financing, with municipal rates being the preferred instrument for obtaining revenue.

In such context, the companies providing essential services have become gained importance by contesting the excessive taxation which falls on their activity and which finally encumbers users. The situation is not new, and occurs in other legal systems, namely the Spanish system. The great ability to pay of the companies exploring such services together with the traditional concepts of public domain applied by the courts has allowed local government to obtain high revenues with the charging of rates for the occupation of the public domain, thus transforming such rates into a “golden eggs goose”.

1. As autarquias locais no quadro da organização estadual portuguesa

Antes de procedermos à análise das taxas como receitas municipais, mais precisamente, das taxas devidas pela implantação de infra-estruturas de rede de serviços essenciais, faremos uma breve alusão aos diferentes tipos e níveis de entidades que assumem, entre nós, atribuições e competências ao nível infra-estadual.

A *autonomia local* assenta, constitucionalmente, em alguns princípios fundamentais. A saber: o princípio da unidade do Estado, o princípio da autonomia das autarquias locais e o princípio da subsidiariedade.

O *princípio da unidade do Estado*, vertido no art. 6º da Constituição da República Portuguesa, diz-nos que em Portugal “existe um suporte único para a estatalidade”¹. O mesmo é dizer que nem o regime

¹ Neste sentido, vide, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 359. Segundo o autor, existe um suporte único para a estatalidade quando: 1) existe uma organização política e jurídica à qual se imputa em termos exclusivos a totalidade das competências tipicamente estatais; 2) existe uma só soberania interna e externa; 3) existe uma imediatividade das relações jurídicas entre o poder central e os cidadãos; 4) existe uma indivisibilidade territorial. No mesmo sentido, CASALTA NABAIS caracteriza o princípio do Estado unitário pela inexistência de “qualquer divisão em termos verticais do exercício da soberania”, in “O quadro jurídico das finanças locais em Portugal”,

autonómico insular, nem a autonomia das autarquias locais colocam em crise o princípio do Estado unitário. De acordo com o legislador constituinte, a existência de autarquias locais é uma componente da organização democrática do Estado (art. 235º C.R.P.). Assim, podemos afirmar que se encontra entre nós constitucionalmente salvaguardo o *direito à existência* de autarquias locais², ou seja, à constituição de pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas.

Já o *princípio da autonomia das autarquias locais* compreende um conjunto de dimensões constitucionalmente reconhecidas que vão para além do mero direito à respectiva existência. É o legislador (no caso, a Assembleia da República ou o Governo quando devidamente autorizado — art. 165º/q) da C.R.P.) quem, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa, define o quadro de atribuições das autarquias locais, bem como as competências dos seus órgãos (art. 237º da C.R.P.). A definição daqueles poderes por via legislativa não prejudica, porém, a autonomia das pessoas colectivas territoriais. Na verdade, a definição legal dos poderes das autarquias locais não poderá deixar de ter como referentes o princípio da descentralização administrativa e o princípio da descentralização democrática. Por outras palavras, a constituição de autarquias locais visa não só transferir para pessoas colectivas territoriais diferentes do Estado a resolução de questões que podem e devem ser solucionadas a uma escala mais próxima das populações, como ainda garantir um maior envolvimento das comunidades locais na resolução de problemas próprios daquele nível organizacional.

Pese embora sufragarmos a tese da necessidade da constituição de autarquias locais, não podemos deixar de assinalar alguns aspectos muito negativos que se têm verificado na respectiva instituição em concreto, os quais, em certa medida, se nos afiguram questionáveis até quanto à respectiva conformidade constitucional. De facto, o reconhecimento constitucional da existência do poder local e da respectiva autonomia não significam que não devam ser impostos critérios racionalizadores da criação de autarquias locais ou entidades administrativa que desempenhem a mesma função. O crescente avolumar de novas entidades, obriga-nos a repensar da razão de ser e a legitimidade da respectiva existência. Referimo-nos, essencialmente, a dois tipos de problemas: ao papel das entidades supra-municipais (áreas metropolitanas e comunidades intermunicipais) e a criação de novos municípios.

1.1. As entidades supra-municipais

No que se refere às entidades supra-municipais, convém salientar desde já que a respectiva criação pretende ser uma forma de suplantar a inexistência de regiões administrativas³. Uma vez inviabilizado

Separata da *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, Porto, 2002, p. 34.

² No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., 2003, p. 361.

³ As regiões administrativas estão previstas na C.R.P. (art. 236º/1) como autarquias locais de grau superior no território do

o projecto regionalizador, o legislador optou uma solução alternativa, traduzida na possibilidade de criação de áreas metropolitanas (Lei n.º 10/2003, de 13 de Maio) ou de comunidades intermunicipais de direito público (Lei n.º 11/2003). O carácter sucedâneo destas entidades supra-municipais face ao projecto regionalizador justifica que alguns pressupostos essenciais não tenham sido cumpridos, desde logo, a ponderação à escala nacional. Senão vejamos.

O projecto regionalizador pressupunha uma discussão global sobre a composição de cada uma das regiões e obrigava a uma análise cuidada, à escala nacional, quanto ao equilíbrio da proposta. Com o actual modelo, transferiu-se para os municípios o poder de construir as soluções, prejudicando de imediato a visão nacional sobre o resultado final. À excepção de algumas (poucas) regras mínimas de razoabilidade, o resultado final depende do xadrez desenhado, em cada momento, pelos diferentes municípios.

As limitações impostas pela lei consistem, essencialmente, no seguinte: 1) os municípios não podem integrar mais de uma área metropolitana; 2) os que integrem uma área metropolitana não podem integrar uma comunidade intermunicipal de fins gerais; 2) os municípios só podem fazer parte de uma comunidade intermunicipal de fins gerais; 3) os municípios podem pertencer a várias associações de municípios de fins específicos; 4) exigência de uma continuidade territorial entre os municípios que integrem a mesma área metropolitana; 5) exigência de um nexu territorial entre os municípios que integrem a mesma comunidade intermunicipal⁴; 5) fixação de critérios mínimos para a constituição de áreas metropolitanas (9 municípios com 350.000 habitantes no caso da Grande Área Metropolitana – GAM; 3 municípios com 150.000 habitantes); 6) obrigação de os municípios permanecerem pelo menos cinco anos nas áreas metropolitanas e no caso das comunidades intermunicipais, previsão de uma penalização financeira e administrativa e a proibição de integrar comunidade diversa para municípios que não permanecem pelo menos cinco anos na mesma comunidade (princípio da estabilidade).

O processo está ainda em fase de implementação e discussão, pelo que nos limitamos a tecer críticas a uma opção legislativa que nos parece potencializadora de instabilidade associada ao jogo das maiorias políticas na prossecução de projectos vertebradores das comunidades locais. Todavia, reconhecemos

continente. A Constituição refere ainda o procedimento para a sua criação (art. 255º), bem como as respectivas atribuições (art. 257º). Todavia, apesar de constitucionalmente previstas, as regiões administrativas não chegaram ainda a ser instituídas em concreto, por não se terem ainda verificado os pressupostos mencionados no art. 256º da C.R.P., que exige a realização de uma consulta directa e o voto favorável expresso pela maioria dos cidadãos eleitores.

⁴ Não se compreende se o legislador pretendeu estabelecer alguma distinção com a exigência de um “nexu de continuidade territorial” no caso das áreas metropolitanas e de apenas um “nexu territorial” no caso das comunidades intermunicipais. Em nosso entender, quer num caso quer noutro a exigência deve recair sempre sobre a necessidade de os municípios terem entre si uma ligação territorial que justifique a respectiva integração na entidade de âmbito superior, pois apenas o nexu territorial permite a realização das atribuições que justificam a criação da referida entidade de âmbito superior.

que a avaliação do sistema apenas poderá ser efectuada com rigor daqui a alguns anos, quando todas estas entidades passarem à acção.

1.2. A criação de novos municípios

Também a recente criação de novos municípios nos merece algumas observações críticas. Actualmente Portugal dispõe de trezentos e oito municípios e de quatro mil duzentas e cinquenta e sete freguesias, para uma área total de 91.947 Km² e uma população de 10.356.117 habitantes⁵.

A criação de novos municípios no território do continente⁶ depende, nos termos dos artigos 164º/n) e 166º/3 da Constituição da República Portuguesa, de aprovação, mediante lei da Assembleia da República. A respectiva criação não consubstancia, porém, um poder inteiramente discricionário daquele órgão de soberania. A decisão de criação de um novo município deve respeitar quer o regime de criação e extinção das autarquias locais e de designação e determinação da categoria das povoações (Lei n.º 11/82, de 2 de Junho), quer a lei-quadro⁷ de criação de municípios (Lei n.º 142/85, de 18 de Novembro⁸).

No quadro organizatório dos municípios portugueses encontramos grandes disparidades. Assim, a título de exemplo, referimos alguns números caracterizadores de cinco municípios⁹: 1) Lisboa conta com dezasseis freguesias, tem 85 Km², 540.022 habitantes e obteve em 2003 receitas fiscais (municipais) no valor de 160.652.773€; 2) Porto conta com quinze freguesias, tem 41 Km², 244.998 habitantes e obteve em 2003 receitas fiscais (municipais) no valor de 57.658.111€; 3) São João da Madeira, composto por uma freguesia, tem 8 Km², 21.407 habitantes e obteve em 2003 receitas fiscais no valor de 2.963.384€; 4) Barrancos, composto por uma freguesia, tem 168 Km², 1.841 habitantes e obteve em 2003 receitas fiscais (municipais) no valor de 26.595€; 5) Sabugal conta com quarenta freguesias, tem 823 Km², 14.381 habitantes e obteve em 2003 receitas fiscais (municipais) no valor de 312.497€.

⁵ Números dos censos de 2001.

⁶ No caso das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, a Constituição prevê a possibilidade de as mesmas poderem definir nos respectivos estatutos o poder para criar e extinguir autarquias locais, bem como modificar a respectiva área, nos termos da lei (art. 227º/1 I) da C.R.P.).

⁷ Sobre o conceito de lei-quadro ou lei de enquadramento e respectivo valor paramétrico superior, nos termos do art. 122º/3 da C.R.P., sobre as restantes leis e decretos-lei vide, entre nós, por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., 2003, p. 786.

⁸ Este diploma foi alterado pela Lei n.º 124/97, de 27 de Novembro e pela Lei n.º 32/98, de 18 de Julho.

⁹ As informações sobre cada um dos municípios foram retiradas do site da Associação Nacional de Municípios: <http://www.anmp.pt>.

Assim, apesar dos critérios vertidos no art. 4º da lei-quadro da criação de municípios pretenderem imprimir alguma racionalidade ao desenho do quadro municipal nacional – através, por exemplo, da fixação de parâmetros mínimos (número de eleitores, de residentes, de área da circunscrição e existência de infra-estruturas de saúde, educação, transportes, etc.) –, a prática mostra uma realidade bem diferente. Se atentar-nos nos exemplos anteriormente referenciados, podemos concluir que existem em Portugal municípios que podem ser percorridos a pé em menos duas horas (é o caso de São João da Madeira que tem apenas 8 Km²), outros onde as receitas fiscais anuais não são sequer suficientes para fazer face aos vencimentos dos autarcas e dos funcionários da autarquia (é o caso de barrancos com uma receita fiscal de 26.595€) e outros ainda que contam, em média, com uma freguesia por cada 360 habitantes (é o caso do Sabugal com 14.381 habitantes para quarenta freguesias).

Estes dados obrigam-nos a questionar o verdadeiro alcance da realização do princípio da autonomia do poder local. Por outras palavras, obrigam-nos a questionar se no actual “estado da arte” as autarquias existentes visam realmente a “prosecução de interesses próprios das populações respectivas” e se estão efectivamente dimensionadas para poder fazê-lo. Atrevemo-nos até a questionar se o actual mapa autárquico português serve em primeira instância os interesses das respectivas populações ou antes os interesses político partidários. Um estudo sério e imparcial destas questões, acompanhado de uma auditoria independente às finanças e licenciamentos municipais poderia ser um primeiro passo para se alcançar a tão desejada “recuperação de confiança na classe política”.

As considerações críticas que aqui deixamos prendem-se não apenas com as assimetrias verificadas no território nacional, mas também com a aparente falta de coerência das mais recentes decisões. Desde 1974 foram criados em Portugal quatro novos municípios¹⁰ – dois dos quais no distrito de Lisboa – e dezasseis freguesias¹¹ – sete das quais no concelho de Sintra, também distrito de Lisboa – e não foi extinta nenhuma freguesia ou município.

A geografia nacional mostra, ano após ano, o agravamento da desertificação do interior e um aumento populacional do litoral (em particular do distrito de Lisboa). Neste contexto, caberá perguntar se à falta de medidas que travem ou impeçam esta evolução demográfica, se irá associar a criação cada vez mais intensa de novas autarquias locais, agravadoras das assimetrias do mapa autárquico?

2. A governança e o poder local

¹⁰ Amadora, pela Lei n.º 45/79, de 11 de Setembro, Vizela, pela Lei n.º 63/98, de 1 de Setembro, Trofa, pela Lei n.º 83/98, de 14 de Dezembro e Odivelas, pela Lei n.º 84/98, também de 14 de Dezembro.

¹¹ Barrosa (Benavente), Vale da Pedra (Cartaxo), Granho (Salvaterra de Magos), em 1988, Prior Velho (Loures), em 1989, Olhos de Água (Albufeira), Parchal (Lagoa), Tôr (Loulé), Montenegro (Faro), Casal de Cambra (Sintra), Massamá e Monte Abraão (Sintra, por reestruturação de Queluz), Ferreiras (Abufeira), em 1997, e Aigualva, Cacém, Mira-Sintra e São Marcos (Sintra), em 2001.

2.1. A governança e o poder local em Portugal

A *good governance*, *governança* ou *governação*¹² pretende ser, essencialmente, um novo conceito relativo à “arte de governar”. O conceito tem origem com a criação, em 1992, por Willy Brandt, da *Commission on Global Governance* e enuncia-se, nas suas primeiras publicações, como: “a soma de diferentes modos em que os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, gerem os assuntos comuns”¹³. Posteriormente, outras publicações oficiais têm dinamizado a introdução do conceito nos diferentes ordenamentos jurídicos, visando, sobretudo, uma reforma das instituições políticas e das políticas de governo por elas prosseguidas. Entre essas publicações destaca-se, necessariamente, o livro branco sobre “governança europeia”, publicado pela Comissão das Comunidades Europeias em 2001¹⁴.

A origem da *governança* está intimamente associada ao desenvolvimento da concepção neoliberal do Estado, promotora de uma redução da intervenção do poder público, inspirada em grande medida nas teorias de organização económica defendidas por Coase¹⁵. Este ilustre representante da escola de Chicago apresentou, em 1937, o conceito de «custos de transacção» (todos aqueles em que se incorre na troca de utilidades e na afectação comutativa de recursos, quando se busca uma contraparte, se negocia com ela, se prevêem e supervisionam as contingências do cumprimento), para explicar que o problema da «economia das organizações» passava a residir na determinação da natureza económica da empresa, no problema da sua formação e delimitação¹⁶.

Em termos simplificadores, podemos concluir que a *governança* ou *boa governação* reside essencialmente em repensar a actuação dos poderes públicos de forma a dotá-la de maior eficiência. Uma vez diagnosticado a “doença do Estado” – prossecução ineficiente de tarefas que não se reconduzem ao leque de atribuições que presidiram à respectiva criação –, aponta-se um leque de

¹² ALEXANDRA ARAGÃO propõe, entre nós, como tradução da expressão *good governance*, uma nova expressão: governância. Segundo a autora, nem o termo *governança*, utilizado na tradução oficial da documentação europeia, nem o termo *governação* expressam correctamente o significado da expressão, pois a excessiva proximidade ao termo *governo*, aponta para um sentido que reduziria, no seu entender, a *good governance* apenas a um governo mais eficaz, manifestamente redutor do conceito que se pretende traduzir (Cf. “A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?”, *Studia Iuridica, Ad Honorem 2, Colloquia 14*, p. 105-107). Pela nossa parte, preferimos o termo *governança*, por entendermos que o *punctum saliens* da expressão reside, precisamente, na implementação de melhores estruturas e instrumentos de governo.

¹³ Cf. COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighbourhood*, Oxford, 1995 **apud**, JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN, “La gobernanza local”, *REAL*, 291, 2003, p. 46.

¹⁴ Cf. COM (2001), de 25/07/2001, cuja versão em português pode ser consultada em http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/cnc/2001/com2001_0428pt01.pdf.

¹⁵ JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN, “La gobernanza local”, *ob. cit.*, 2003, p. 47.

¹⁶ Cf. sobre a análise do pensamento de Coase, vide, entre nós, por todos, FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 553 *ess.*

medidas destinadas a combatê-la – redução de tarefas públicas através de privatização, substituição de procedimentos autoritários por actuações informais e de concertação, alargamento de expediente de informação, dinamização da intervenção da sociedade civil, desenvolvimento de mecanismos de decisão à escala internacional e global, democratização de procedimentos e decisões –, as quais constituem, na sua globalidade e interacção, uma forma mais eficiente de os Estados prosseguirem o interesse público.

A partir desta ideia geral, a doutrina têm vindo a desenvolver alguns subconceitos densificadores, dos quais se destacam no âmbito da presente abordagem os de “governança económica” e “governança orgânica”. O nosso destaque deve-se, sobretudo, à questão que está subentendida no presente trabalho: *como deveremos definir a natureza da intervenção (pública ou privada) e o nível público da intervenção (municipal, regional, nacional ou supra-estadual) nos sectores económicos que transitam do tradicional serviço público para a categoria de serviços essenciais?*

A destatalização dos sectores – energia, transportes, telecomunicações – decorrente das directrizes comunitárias que absorveram em grande medida as orientações privatizadoras anglo-saxónicas do governo Thatcher, tem também repercussões ao nível municipal. Alguns dos serviços que faziam (e fazem ainda) parte das respectivas atribuições transitaram para empresas concessionárias do governo. A repartição tradicional de poderes neste âmbito, que em muitos casos não foi ainda articulada com as novas medidas adoptadas ao nível sectorial, justifica muitos dos recentes litígios entre governo e autarquias locais. Por outro lado, trata-se de uma matéria particularmente sensível, na medida em que interfere com as receitas municipais. Assim se justifica que uma parte representativa das decisões jurisprudenciais proferidas no âmbito dos mencionados litígios se fundamente na dimensão financeira do princípio da autonomia do poder local consagrado na Constituição¹⁷.

Ainda no que se reporta à questão que serve de reflexão às presentes considerações, devemos distinguir duas situações a resolver no âmbito da *governança*: qual a articulação entre público e privado? E qual o melhor nível público para a decisão? Ainda o municipal?

2.2. *A governança na intersecção público/privado*

No que se refere ao primeiro problema – articulação público-privado –, devemos começar por referir que se trata de uma questão sobejamente discutida pela doutrina, nos seus diversos aspectos e para a qual o consenso parece estar ainda distante. As transformações operadas têm dado origem à discussão de problemas diversos, tais como o âmbito e objecto da privatização¹⁸, o exercício de poderes de

¹⁷ Cf. a título ilustrativo a decisão do Tribunal Constitucional sobre ...

¹⁸ Cf. GRAMM, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000 e EHLERS, *Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?*, Perter Lang, Frankfurt, 2003.

autoridade por entidades privadas¹⁹, a definição das “*essential facilities*”²⁰ e das “*public utilities*”²¹, o recorte das obrigações de serviço público²² e o direito administrativo societário²³, para enunciar apenas alguns dos mais relevantes.

Na verdade, no momento em que abordamos as questões elas estão ainda em fase de implementação. As próprias directrizes comunitárias contemplam soluções flexíveis que permitem aos diferentes modelos nacionais adoptar ritmos diversos, de forma a garantir a igualdade de oportunidades entre todos os Estados, respeitando, deste modo, os distintos níveis de evolução tecnológica e de modelos legislativo em vigor.

O caso do sector eléctrico é um exemplo dessa flexibilidade. A introdução da concorrência no sector fez-se em momentos distintos em Portugal e em Espanha. Em Espanha, o modelo de regulação para a concorrência foi estabelecido pela Ley 54/97, de 27 de Novembro, prevendo-se desde essa data a criação do mercado de electricidade, bem como a extensão a todos os consumidores da categoria de consumidores qualificados (que podem escolher livremente o fornecedor) a partir de Janeiro de 2003²⁴. No caso português a liberalização apenas veio a ser introduzida, em moldes ainda transitórios, pelo Decreto-Lei n.º 184/2003 e Decreto-Lei n.º 185/2003, ambos de 20 de Agosto, que prevêm a figura do comercializador de energia eléctrica e a criação do mercado eléctrico (ainda não implementado). Por outro lado, o alargamento do conceito de elegibilidade aplicável a todos os consumidores finais de energia eléctrica, por força da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 36/2004, de 26 de Fevereiro, colide com os termos previstos na lei para as concessões municipais de energia eléctrica em baixa tensão. Esta desarticulação legislativa tem inviabilizado, até agora, a aplicação na prática do Decreto-Lei n.º 36/2004.

Em suma, é importante definir, ou pelo menos tomar a uma decisão, sobre a natureza pública ou privada do resultado da transformação dos serviços públicos em actividades privadas de interesse geral, distinguindo entre a prestação do serviço propriamente dito e a gestão da infra-estrutura que lhe serve de suporte. Não resistimos a sublinhar que esta necessidade só existirá se a nova organização prevista

¹⁹ Cf., entre nós, por todos, PEDRO GONÇALVES, *Exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, polic. Coimbra, 2003.

²⁰ HAAS, «*Essential facilities Doctrine*» und *offene Netze*, Nomos, Baden-Baden, 2000.

²¹ Cf. para uma distinção entre *public utilities* e *facilities* nos serviços locais vide, por todos, SALVATORE CHIRI, “Le caratteristiche economiche delle infrastrutture e dei servizi locali di pubblica utilità”, *Dai Municipi all’Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 185-207.

²² Cf. EICHHORN, *Öffentliche Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

²³ THOMAS VON DANWITZ, «Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftrecht – Zu Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mittelbaren Kommunalverwaltung», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Heft 4, 1995.

²⁴ Sobre a organização do sector eléctrico em Espanha vide, por todos, ARIÑO ORTIZ, *Princípios de derecho público económico*, 3ª ed., Comares, Granada, 2004, p. 713-749 e JUAN DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

pelos diplomas legais chegar efectivamente a poder vigorar na prática. Mesmo sem enveredarmos acriticamente pela teoria de Coase na defesa das empresas verticalmente integradas e, nessa medida, na manutenção dos monopólios até aqui vigentes, não podemos deixar de salientar – como bem o fazem algumas vozes de formação económica que trabalharam no terreno –, que os elevados custos fixos (*strained costs*) inevitavelmente indissociáveis do sector eléctrico consubstanciam um obstáculo considerável à criação de um verdadeiro mercado²⁵. Devemos por isso perguntar, em nome da *governança*, se a liberalização deste sector, sua privatização e regulação não constituem apenas “ventos da moda”.

2.3. A governança e os vários níveis do público

A outra questão a que cabe dar resposta ainda no âmbito da *governança*, prende-se com a determinação do nível territorial a que as questões relacionadas com a prestação dos novos serviços essenciais deve ser tratada, sempre e quando se pressuponha a intervenção dos poderes públicos.

A este propósito, Auby salienta que “são as regiões, cujos tamanhos lhes permitem a oportunidade de desenvolver estratégias internacionais, e as grandes áreas metropolitanas, nas quais tendem a concentrar-se de maneira crescente as actividades económicas. Sem dúvida, não é por acaso que é sobre estes dois níveis de organização local que se concentram os esforços de reflexão e de reforma, tanto em França como na maioria dos Estados comparáveis”²⁶.

Para este estado coisas contribuiu também, de forma decisiva, a Carta Europeia de Autonomia Local (CEAL), de 1985²⁷. Este instrumento normativo veio não apenas reforçar o princípio da autonomia local, promovendo o respectivo reconhecimento pelos Estados-membros, sempre que possível a nível constitucional (art. 1º da CEAL), como ainda reforçar a ideia de que a existência de recursos financeiros próprios das autarquias locais, constituídos por impostos locais e taxas, é uma dimensão fundamental da respectiva autonomia (art. 9º da CEAL). Desta forma, as autarquias locais assumem um papel essencial na descentralização do poder político e na “aproximação do poder a espaços mais próximos da participação e da decisão dos cidadãos”²⁸. É neste espaço de legitimidade democrática e de decisão, o qual deve segundo a CEAL assumir o papel principal na prossecução de políticas que possam ser

²⁵ JORGE FABRA UTRAY, *¿Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad*, Marcial Pons, Madrid, 2004 e JENS-PETER SCHNEIDER, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Nomos, Baden-Baden, 1999.

²⁶ AUBY, “Globalização e descentralização”, *RAP*, 156, 2001, p. 19.

²⁷ A Carta Europeia de Autonomia Local foi assinada por Portugal em 15 de Outubro de 1985, aprovada para ratificação pela Assembleia da República em 23 de Outubro de 1990, ratificada pelo Presidente da República na mesma data e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1 de Abril de 1991.

²⁸ JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN, “La gobernanza local”, *ob. cit.*, 2003, p. 65.

resolvidas a esta escala – princípio da subsidiariedade²⁹ –, que faz sentido falar de *governança local* como “o conjunto de regras, estruturas e processos formais e informais que determinam o modo pelo qual as pessoas e as organizações podem influenciar as decisões de terceiros que afectam o seu bem estar no âmbito local”³⁰. Entre os elementos fundamentais da *governança local* a doutrina salienta a “descentralização fiscal” e a reorganização dos serviços públicos locais³¹.

No exemplo português, grande parte dos serviços públicos locais está concessionada a empresas que estruturam o respectivo negócio em áreas geográficas supra-municipais, indiciando o nível a que os mesmos devem ser tratados³². Muitas vezes, a concessão tem como destinatários entidades públicas empresariais ou de capitais mistos, consubstanciando uma contratualização ou externalização de serviços³³, inicialmente prestados directamente pelos municípios³⁴.

3. Tendências recentes na evolução dos modelos (espanhol e português) de organização do poder local

Antes de avançarmos para a análise do caso concreto da rede regional de distribuição de gás natural, não podemos deixar de realçar algumas notas comparativas dos modelos, português e espanhol, referentes à descentralização.

²⁹ O princípio da subsidiariedade estava inicialmente associado à repartição entre competências estaduais e comunitárias, determinando que nos domínios não integrados nas atribuições exclusivas da EU, a mesma apenas deveria prosseguir os objectivos da acção que não pudessem ser suficientemente realizados pelos Estados-membros. Actualmente, o princípio da subsidiariedade tem consagração expressa nos arts. 6º/1 e 7º/6 da Constituição da República Portuguesa, significando que a respectiva aplicação tem lugar não apenas no âmbito das relações internacionais e europeias, mas também no âmbito interno, nas relações entre Estado e autarquias locais. Segundo a doutrina, pretende-se, por esta via, não apenas assimilar os princípios europeus, mas também garantir dimensões fundamentais como a “*democracia da proximidade*”. Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., 2003, p. 386 e 550.

³⁰ JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN, “La gobernanza local”, ob. cit., 2003, p. 67.

³¹ Neste sentido, BOITANI e PETRETTO, “I servizi pubblici locali tra *governance* locale e regolazione economica”, in ROBOTTI, *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 25.

³² No mesmo sentido a propósito do exemplo italiano vide, por todos, SALVATORE CHIRI, “Le caratteristiche economiche delle infrastrutture e dei servizi locali di pubblica utilità”, ob. cit., 2004, p.187.

³³ Trata-se de uma solução adoptada essencialmente no âmbito do abastecimento de água e recolha de resíduos sólidos, de que podemos indicar como exemplo: a VALORSUL, S.A. uma sociedade anónima com 7 accionistas – Câmara Municipal de Lisboa, Câmara Municipal de Loures, Câmara Municipal de Amadora, Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, Parque Expo’98, S.A., Empresa Geral do Fomento, S.A., Electricidade de Portugal, S.A. – constituída no seguimento do Decreto-Lei nº 297/94 de 21 de Novembro, que criou o Sistema Multimunicipal para o Tratamento e Valorização de RSU de Lisboa (Norte), para ser concessionária, em regime de exclusivo (nos termos das bases definidas no Decreto-Lei nº 294/94 de 16 de Novembro), da exploração e gestão do referido sistema.

³⁴ Sublinhe-se que o fenómeno também é comum à experiência espanhola. Cf. DÍAZ LEMA, “La privatización en el ámbito local”, *Os caminhos da privatização da administração pública*, Studia Iurida 60, Coimbra Editora, Coimbra, p. 115 ss e JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN, “La gobernanza local”, ob. cit., 2003, p. 58 e 66.

Partindo de experiências opostas e de modelos quase antagónicos, não podemos deixar de destacar a actual aproximação que se vem registando entre ambos e cuja influência resulta, certamente, do direito comunitário. Vejamos.

A Constituição Espanhola (CE) prevê que o Estado “se organiza territorialmente em municípios, províncias e comunidades autónomas que se constituam, e que todos estas entidades gozam de autonomia para gerir os respectivos interesses” (art. 137º). Deste enunciado resulta que os municípios e as províncias são constitucionalmente necessários, o mesmo não acontecendo com as comunidades autónomas.

Na prática, porém, o resultado tem sido outro. As comunidades autónomas assumem grande parte do protagonismo da descentralização territorial³⁵. Todo o território espanhol acabou por se organizar de acordo com estas formas de auto-governo, assumindo as competências previstas no art. 148º da CE, e dando origem aos actuais dezanove estatutos de autonomia (incluindo os das cidades de Ceuta e Melilla)³⁶.

Neste contexto, as entidades locais territoriais – *município, província e isla* nos arquipélagos balear e canário – adoptaram um papel secundário nas formas de auto-governo, assumindo as competências previstas na *Ley 7/1985*, de 2 de Abril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local* (LRBRL). Entre estas entidades destaca-se o município, pelo seu importante leque de competências em matéria de serviços públicos (art. 25º e 26º da LRBRL). Na verdade, apesar da criação de novas entidades organizativas, os municípios continuam a sentir o peso da responsabilidade pela garantia do desenvolvimento e bem-estar das colectividades que representam³⁷. O mesmo é dizer que apesar da existência de comunidades autónomas, Espanha continua a apostar em formas organizatórias de âmbito municipal para a prossecução de importantes tarefas de interesse das comunidades locais.

A reestruturação do poder local continua a interessar o estado espanhol que para além das figuras tradicionais decorrentes da associação de municípios dentro das comunidades autónomas, como é o caso das *comarcas* (art. 42º da LRBRL) e das *áreas metropolitanas* (art. 43º da LRBRL) e das *mancomunidades* (art. 44º da LRBRL), a *Lei 57/2003*, de 16 de Dezembro, veio recentemente introduzir um novo regime: a “*organización de los municipios de gran población*” (título X da LRBRL). Apesar de alguma doutrina questionar a constitucionalidade desta nova figura³⁸, ela surgiu com o objectivo de dar resposta a questões que pela dimensão dos municípios em questão requeriam soluções diferenciadas

³⁵ Neste sentido, MÍGUEZ MACHO, “El sistema de las competencias locales ante el nuevo pacto local”, *REAL*, 289, 2002, p. 38.

³⁶ Para uma visão global da evolução da organização das formas descentralizadas do poder em Espanha vide TRILLO-FIGUEROA/MARTÍNEZ-CONDE, “Comunidades Autónomas y Administración Local”, *La Administración Pública de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2004, p. 65 ss.

³⁷ MORILLO-VELARDE PÉREZ, “Ante da reforma del Régimen local”, *REAL*, 291, 2003, p. 738.

³⁸ MORILLO-VELARDE PÉREZ, “Ante da reforma del Régimen local”, *ob. cit.*, 2003, p. 740ss.

face a outros municípios. Assim se compreende, por exemplo, que nos “*municipios de gran poblacion*” caiba ao *Pleno* (constituído pelo *Alcalde* e *Concejales*), entre outras atribuições, a determinação das formas de gestão dos serviços, bem como o acordo de criação de organismos autónomos, de entidades públicas empresariais e de sociedades comerciais para a gestão dos serviços de competência municipal, e a aprovação dos expedientes de municipalização (art. 123º/1 *k*) da LRBRL).

No exemplo português, como já referimos anteriormente, as regiões administrativas, apesar de expressamente previstas no texto constitucional, não chegaram ainda a ser implementadas em concreto, razão pela qual o município tem granjeado todo o protagonismo no âmbito do poder local. O extenso leque de atribuições e competências enunciado na Lei n.º 169/99³⁹, de 18 de Setembro, tem sido cumprido através do recurso a expedientes mais ou menos criativos, que vão desde a associação com outros municípios, quase sempre para a prossecução de fins específicos, até à “externalização” de actividades mediante a concessão de serviços e bens e a criação de entidades empresariais, algumas delas de capitais mistos.

As novas entidades criadas pelo legislador – áreas metropolitanas⁴⁰ e comunidades intermunicipais – deverão, neste contexto, permitir um reajustamento da escala a que são promovidas algumas das atribuições municipais. Verifica-se, pois, uma aproximação ao modelo espanhol, que na recente revisão do poder local, e apesar de contar com entidades regionais como são as comunidades autónomas, não deixou de dar ênfase às formas de organização municipal⁴¹.

4. O financiamento no âmbito dos esquemas complexos de organização municipal

O problema fundamental das entidades territoriais infra-estaduais reside, hoje, na falta de recurso financeiros para prosseguir os fins que justificam a sua existência. De facto, não basta indicarmos o nível organizatório ou territorial a que as tarefas e actividades devem ser promovidas, é também necessário fazer corresponder a essa solução meios de financiamento. Para sermos mais rigorosos, a capacidade de financiamento deve ser também um dos elementos a ponderar na determinação do nível a que devem ser promovidas as actividades.

A autonomia financeira, traduzida no direito a dispor de receitas tributárias próprias, é uma das dimensões do princípio da autonomia local que encontra entre nós consagração constitucional expressa

³⁹ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro.

⁴⁰ Sublinhe-se que até à aprovação da Lei n.º 10/2003, de 13 de Maio, Portugal contava já com as áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto criadas pela Lei n.º 44/91, de 2 de Agosto.

⁴¹ Sobre o papel dos municípios na reforma do poder local vide, por todos, MORILLO-VELARDE PÉREZ, “Ante la reforma del Régimen local”, *ob. cit.*, 2003, p. 731-749.

no art. 254º/2 da C.R.P. e que tem concretização na Lei das Finanças Locais (LFL)⁴². De acordo com este diploma, constituem receitas dos municípios, entre outras, o produto da cobrança dos impostos a que os municípios tenham direito⁴³ (imposto municipal sobre imóveis, imposto municipal sobre veículos e imposto municipal sobre transacções onerosas de bens imóveis), o produto da cobrança de derrama (constituída por um *adicional* sobre a colecta de IRC)⁴⁴ e o produto da cobrança de taxas⁴⁵. Para além das receitas fiscais integram-se ainda nas receitas municipais: o produto da prestação de serviços e da gestão dos bens próprios, bem como as transferências anuais das receitas do Estado (art. 10º da LFL), inscritas no orçamento de estado, nas quais as autarquias participam por direito próprio (art. 254º da C.R.P.).

A lei prevê que as áreas metropolitanas disponham, também, de património e finanças próprios, advindo as respectivas receitas, entre outras, das contribuições dos municípios que as integram, das transferências do orçamento de Estado, das transferências dos municípios e das taxas pela prestação de serviços (art. 7º da Lei n.º 10/2003, de 13 de Maio).

No caso das comunidades intermunicipais, está também salvaguardada na lei a possibilidade de disporem de património e finanças próprias, as quais resultarão, entre outras, das contribuições dos municípios que as integram, das transferências resultantes de contratualização com a administração central e outras entidades públicas ou privadas e de taxas de disponibilidade de utilização e de prestação de serviços (art. 6º da Lei n.º 11/2003, de 13 de Maio).

Da leitura das referidas normas podemos inferir que apenas as áreas metropolitanas irão beneficiar directamente da receita fiscal do Estado. As comunidades intermunicipais dependem de contratualização para beneficiarem de transferências financeiras pela administração central, ou seja, interpretamos nós sem referência expressa no texto legal, apenas terão direito a estas receitas se realizarem com a administração central contratos programa de natureza sectorial ou plurisectorial⁴⁶.

⁴² Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, modificada pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril, Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, Lei n.º 94/2001, de 20 de Agosto e Lei orgânica n.º 2/2002, de 28 de Agosto.

⁴³ Trata-se de *impostos não estaduais*, ou seja, de “impostos cuja receita é reservada aos municípios” (receita consignada) Cf. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 57.

⁴⁴ Sobre o conceito de derrama sua qualificação jurídica como *imposto dependente* vide, entre nós, por todos, CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, ob. cit., 2003, p. 60.

⁴⁵ De acordo com o art. 4º/2 da Lei Geral Tributária, “as taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares.

⁴⁶ Os contratos-programa foram criados pelo Decreto-Lei n.º 384/87, de 24 de Dezembro (diploma cuja redacção foi actualizada pelo Decreto-Lei n.º 157/90, de 17 de Maio e pelo Decreto-Lei n.º 319/2001, de 10 de Dezembro), como instrumentos de cooperação técnica e financeira entre Governo e autarquias locais, tendo como objecto a realização de investimentos em áreas específicas. A Lei n.º 94/2001, de 20 de Agosto, que introduziu alterações na Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto (Lei das Finanças Locais) previa que o Governo, através de Decreto-Lei, aprovasse normas específicas sobre a cooperação técnica e financeira entre Administração estadual e autarquias locais, normas que até à data não foram ainda aprovadas, tendo o legislador limitado a sua intervenção às alterações introduzidas no diploma sobre os contratos-programa, alargando o seu âmbito de aplicação às empresas de capitais maioritariamente públicos que preencham os

Menos perceptível é, porém, a cobrança de taxas. No caso das áreas metropolitanas, a cobrança de taxas apenas se refere à contraprestação de um serviço (art. 7º/3 g) da Lei n.º 10/2003). Já no caso das comunidades intermunicipais, essa possibilidade estende-se também aos casos de “disponibilidade de utilização” (art. 6º/3f) da Lei n.º 11/2003), sem que a lei esclareça o sentido da expressão. Em nosso entender, a norma pretende reportar-se a casos em que a comunidade intermunicipal disponibilize a utilização de bens que integram o respectivo património, constituído, nos termos do art. 6º/2 da Lei n.º 11/2003, por “bens e direitos para elas transferidos ou adquiridos a qualquer título”.

A solução não é, todavia, isenta de críticas, podendo mesmo originar divergências no âmbito da respectiva aplicabilidade prática. Reportamo-nos, sobretudo, a um eventual aumento da complexidade da questão relativa às taxas devidas pela ocupação do domínio público municipal com infra-estruturas de rede de serviços essenciais.

O receio de que a questão se torne ainda mais complexa resulta, fundamentalmente, da conjugação dos seguintes elementos: 1) salvaguarda legislativa da propriedade pública das redes que servem de base aos serviços essenciais, embora a mesma se transmita, durante a concessão, para as entidades que as exploram⁴⁷; 2) não aprovação, até à presente data, de diploma que aprove o regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas⁴⁸; 3) inexistência de um regime geral sobre infra-estruturas de serviços essenciais, bem como de uma efectiva repartição de competências entre administração central e autarquias locais sobre a matéria; 4) contradição entre soluções aprovadas ao abrigo de legislação sectorial e demais instrumentos normativos⁴⁹.

requisitos referidos anteriormente. Em sentido favorável à aplicação dos contratos-programa como instrumentos de apoio financeiro do Estado em matéria de protecção do património cultural vide, CASALTA NABAIS, *Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Património Cultural*, CEFA, Coimbra, 1997-1998, p. 90

⁴⁷ É o caso das redes de transporte e distribuição de gás natural que revertem para o Estado no fim da concessão (art. 8º do Decreto-Lei n.º 374/89, na sua redacção actualizada), da rede nacional de transporte (de energia eléctrica) que reverte igualmente para o Estado no fim da concessão (art. 17º/2 do Decreto-Lei n.º 185/95, de 27 de Julho, na sua redacção actualizada), da rede de distribuição de energia eléctrica em média e alta tensão que passará a integrar a titularidade da entidade concessionária da rede nacional de transporte uma vez findas as respectivas concessões (art. 28º do Decreto-Lei n.º 184/95, de 27 de Julho, na sua redacção actualizada) e da rede de distribuição em baixa tensão que reverterá para o respectivo município (art. 4º do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 341/90, de 30 de Outubro e art. 13º do contrato tipo de concessão anexo à Portaria n.º 454/2001, de 5 de Maio). Excepcionando-se apenas a rede básica de telecomunicações, alienada ao operador histórico em 2003. Sublinhe-se, todavia, que o reconhecimento do carácter essencial da mencionada rede para a prestação do serviço universal conduziu à aprovação legislativa de um mecanismo expropriativo especial para aquele bem (Lei n.º 6/2003, de 6 de Março e Decreto-Lei n.º 95/2003, de 3 de Maio).

⁴⁸ A aprovação deste regime integra a matéria de reserva relativa da Assembleia da República, conforme o disposto na alínea j) do art. 165º da C.R.P.

⁴⁹ Cf. A isenção de pagamento de taxas concedida ao operador de redes básicas de telecomunicações pelo art.29º/e) das bases da concessão do serviço público de telecomunicações aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro e mantida pelo art.13º da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto. Esta questão deu origem ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/2004, de 27 de Abril, publicado no D.R., IIª Série, de 9 de Junho, no qual aquele tribunal concluiu, sem grande preocupação em garantir a harmonização legislativa entre os sectores, pela não violação do princípio da autonomia local.

5. Tributação pela ocupação do domínio público municipal por infra-estruturas de interesse público: análise jurisprudencial

A solução do problema da legitimidade ou não da cobrança pelos municípios de taxas pela ocupação do domínio público municipal, em particular o subsolo, com infra-estruturas de rede de serviços essenciais tem-se revelado muito complexa no nosso ordenamento jurídico. A complexidade resulta, em grande medida, de dois problemas fundamentais: por um lado, a falta de harmonização legislativa dos regimes jurídicos disciplinadores das infra-estruturas de rede e, por outro, a utilização pouco criteriosa dos conceitos de taxa e preço.

5.1. Falta de harmonização legislativa em matéria de infra-estruturas

No que respeita à falta de harmonização legislativa, cabe salientar, em primeiro lugar, a existência de lacunas no nosso ordenamento jurídico. A inexistência de um diploma que defina o domínio público municipal e os princípios em que deve assentar a respectiva gestão, a falta de um diploma que estipule os princípios gerais em matéria de taxas e a inexistência de um regime jurídico geral para as infra-estruturas de rede, que as agrupe em diversas categorias (redes privadas de serviço universal, redes privadas de serviço essencial e redes públicas) e defina um regime jurídico uniforme para cada tipo, são alguns dos pontos ainda por regular.

Quando muitos dos monopólios públicos estão ainda em fase de “desmantelamento”, a falta de harmonização legislativa é notória. As novidades são introduzidas pela legislação sectorial, a qual, muitas vezes, não se coordena com as atribuições e competências municipais. Convém não esquecer que entre nós alguns dos serviços públicos, apesar de não se enquadrarem no âmbito do conceito de serviço público municipal, integravam as competências dos municípios e eram prestados em regime de concessão municipal: é o caso da distribuição eléctrica em baixa tensão⁵⁰.

O tribunal concluiu que da autonomia financeira das autarquias locais não resulta uma “garantia de todas e quaisquer posições patrimoniais contra a fixação, pelo Estado e na prossecução das suas incumbências próprias, do regime de utilização de bens como as vias públicas”.

⁵⁰ Na verdade, as concessões municipais de distribuição de energia eléctrica não resultaram de uma iniciativa municipal, mas antes de uma concertação entre o Estado, as autarquias e a empresa pública concessionária do exclusivo do sector. Recordemos brevemente o processo que conduziu à aprovação do Decreto-Lei n.º 344-B/82. Com a nacionalização das sociedades exploradoras do serviço público de produção transporte e distribuição de energia eléctrica, operada pelo Decreto-lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, e a posterior criação, pelo Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, da empresa pública Electricidade de Portugal – EDP, E.P., a quem foi cometida, pelo mesmo diploma, em regime de exclusivo, a exploração daquele serviço público, tornava-se necessário compatibilizar este regime jurídico com os direitos das autarquias locais, as

A reorganização do Estado no que podemos denominar “pós-serviço-público” pressupõe, em nosso entender, uma reflexão mais alargada sobre questões tão diversas como: qual deve ser o papel do Estado no âmbito das actividades económicas? Como devemos entender hoje o domínio público? Quais os princípios fundamentais em matéria de obtenção de receitas e de (re)distribuição de rendimentos? Será correcta uma repartição das tarefas do Estado em tarefas de âmbito económico e tarefas de âmbito institucional? Qual o papel da sociedade civil? Questões cujas respostas, como é bem de ver, não cabem num trabalho deste âmbito, razão pela qual no limitámos à respectiva enunciação.

Do leque problemático enunciado destaca-se uma questão sobre a qual centraremos a nossa atenção. Trata-se da possibilidade de as autarquias locais poderem ou não cobrar taxas pela ocupação do domínio público municipal às empresas que exploram as redes de serviços essenciais.

A questão coloca-se, essencialmente, quanto às denominadas “*infra-estruturas únicas de interesse público em mão privada*”⁵¹, ou seja, infra-estruturas que integram, ou podem passar a integrar⁵², o património dos “operadores da rede” (é o caso das infra-estruturas de distribuição de energia eléctrica e de gás natural) e cuja duplicação não é técnica ou comercialmente possível. A estas opõem-se as *infra-estruturas privadas de interesse público* – ou seja, aquelas que integram a propriedade privada das empresas titulares e na medida em que servem de suporte a um serviço essencial e/ou universal subordinam-se à regulação pública (é o caso das infra-estruturas de telecomunicações) – e as *infra-estruturas públicas* – ou seja, aquelas que são de titularidade pública e algumas incluem-se mesmo no domínio público (é o caso dos caminhos de ferro)⁵³.

As taxas pela ocupação do domínio público cobradas às concessionárias que exploram as redes representam uma fonte de receita municipal que tem originado litígios e soluções jurisprudenciais contraditórias. De resto, a competência das entidades supra-municipais para a coordenação das actuações entre os municípios e os serviços da administração central em matéria de infra-estruturas de abastecimento público (art. 6º/1b)1) da Lei n.º 10/2003 e art. 5º/1b)i) da Lei n.º 11/2003), aliada à possibilidade de as comunidades intermunicipais poderem cobrar as mencionadas “taxas de

quais tinham a seu cargo a distribuição de energia eléctrica em BT. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/82, de 14 de Julho, na sequência do disposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 213-A/80, de 9 de Junho, estabeleceu alguns princípios que apontavam para a concessão, pelas autarquias, dos serviços de distribuição à EDP. O Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, veio dar execução ao disposto nas mencionadas resoluções, estipulando, em termos gerais, as condições a que deveriam obedecer os contratos de concessão. Actualmente, com a extensão da qualidade de clientes elegíveis a todos os consumidores finais de energia eléctrica suscitaram-se problemas quanto à manutenção dos referidos contratos de concessão.

⁵¹ Sobre o conceito vide, por todos, VILLAR EZCURRA, “Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos”, *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, p. 81 -87.

⁵² Como já referimos anteriormente, o legislador português optou por não privatizar a infra-estrutura, concessionando a respectiva exploração e garantindo a sua reversão para o património da Administração uma vez extintos os contratos.

⁵³ As infra-estruturas ferroviárias integram o domínio público do Estado (art. 84º/1e) da C.R.P.) e a respectiva gestão foi confiada à REFER E.P.E. pelo Decreto-Lei n.º 104/97, de 29 de Abril.

disponibilidade de utilização”, levam-nos a pensar que a questão poderá, num futuro próximo, colocar-se também a este nível.

5.2. *Evolução da jurisprudência*

Da jurisprudência emitida sobre a matéria destacamos, por ordem cronológica, o acórdão do Tribunal Central Administrativo no processo n.º 5575/01⁵⁴, de 12 de Março de 2002, o acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 365/2003⁵⁵, de 14 de Julho de 2003 e o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo no processo n.º processo n.º 1338/04⁵⁶, de 27 de Abril de 2005.

A decisão do Tribunal Central Administrativo, proferida em 2002, refere-se à qualificação do tributo liquidado pela Câmara Municipal de Lisboa à Sociedade Distribuidora de Gás Natural de Lisboa, com fundamento na ocupação do domínio público municipal com as tubagens da rede de distribuição de gás. Neste aresto pode ler-se que “uma das características da taxa é a sinalagmaticidade”, a qual apenas pode ser exigida como “contrapartida da utilização individual de um bem semi-público”, ou seja, “de um bem susceptível de satisfazer, além das necessidades colectivas, também necessidades individuais de satisfação activa na medida em que supõem a procura de coisas pelo consumidor”. Neste pressuposto, aquele tribunal conclui que “naquele caso a actuação da concessionária não se dirige à satisfação de um interesse próprio ou individual, mas antes de um interesse público” e que na ocupação do domínio público não existe uma utilização individualizada, mas antes uma situação em que “os bens públicos são utilizados na sua função própria de satisfação de necessidades colectivas – a existência de uma rede de gás natural”. Assim, o acórdão conclui que as quantias liquidadas pela autarquia não podem ser qualificadas como taxas. A decisão esclarece ainda que a harmonização de trabalhos que pressuponham a abertura de valas e o levantamento dos terrenos entre todos os utilizadores do subsolo prevista no contrato de concessão e garantida pelo município, também não pode servir como fundamento para uma eventual sinalagmaticidade justificadora do lançamento de taxas. A garantia da harmonização dos trabalhos deveria ser assegurada, conclui o acórdão, pela celebração de um protocolo entre a Câmara e a concessionária, no âmbito do qual esta última ficaria obrigada ao pagamento de um preço.

No acórdão n.º 365/2003, o Tribunal Constitucional aprecia a conformidade constitucional das normas do Regulamento e Tabela de Taxas e Licenças da Câmara Municipal de Matosinhos, a propósito

⁵⁴ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/a10cb5082dc606f9802565f600569da6/3727917d123dca0f80256bbb003a9cd8?OpenDocument>

⁵⁵ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030365.html>

⁵⁶ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d914dc3a6ca8910980256ff6004b3ecb?OpenDocument&Highlight=0,subsolo,taxa>

da cobrança por aquela autarquia de taxas pela ocupação do subsolo do domínio público municipal com condutas de combustível. O acórdão aborda, particularmente, duas questões muito relevantes: a autonomia do valor económico do subsolo (reconhecido no art. 19º da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto) e os parâmetros de fixação do valor das taxas com base no princípio da proporcionalidade. Sobre a temática em apreço – existência ou não de uma contraprestação específica no caso da ocupação do subsolo com infra-estruturas de interesse público – o tribunal conclui que estamos perante verdadeiras taxas sempre e quando a sua cobrança resulte da utilização de um bem do domínio público.

Na sequência desta decisão, o Supremo Tribunal Administrativo qualificou recentemente como taxas, no acórdão de Abril de 2005, os tributos liquidados pela Câmara Municipal do Barreiro à empresa concessionária da rede de distribuição de gás natural. O referido tribunal conclui que “o facto de a impugnante ser concessionária de um serviço público não afasta a qualificação do tributo como taxa, pois a par da satisfação do interesse público, a sua actividade proporciona-lhe a satisfação dos seus interesses como empresa comercial privada”.

5.3. *Apreciação crítica*

Antes de nos pronunciarmos sobre as decisões jurisprudenciais referenciadas, entendemos ser útil avançar algumas notas sobre a distinção entre taxa e preço (público).

Da legislação fiscal portuguesa resulta uma divisão dicotómica dos tributos⁵⁷. O mesmo é dizer que, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como o espanhol, as contribuições especiais não gozam de “autonomia ou relevo próprio”⁵⁸, reconduzindo-se, em último termo, ao regime jurídico dos impostos ou das taxas (art. 4º/3 da Lei Geral Tributária).

Por outro lado, não tendo ainda sido aprovado entre nós o regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas (art. 3º/3 da Lei Geral Tributária), também a distinção entre as várias figuras que integram os tributos bilaterais tem sido pouco cuidada, desenvolvendo-se, muitas vezes, à custa de decisões jurisprudenciais contraditórias.

É precisamente o caso da distinção entre taxa, tarifa e preço público. Como a doutrina vem referindo, “não obstante a falta de consenso”, podemos concluir que as *tarifas* se reconduzem a um “especial tipo de taxas”, que exprimem “não apenas uma equivalência jurídica entre as prestações (característica a todas as taxas), mas também uma equivalência económica (como é característico dos preços)”⁵⁹. Nesta

⁵⁷ Neste sentido, entre nós, por todos, Cf. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 256 ss. e *Direito Fiscal*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, p. 49ss.

⁵⁸ Neste sentido, entre nós, por todos, Cf. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de pagar Impostos*, ob. cit., 2004, p. 256.

⁵⁹ Cf. Entre nós, por todos CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, ob. cit., 2003, p. 29. Em particular a nota 51 que dá conta da falta de consenso na jurisprudência.

medida, a tarifa distinguir-se-á do *preço público* pelo seu carácter coactivo⁶⁰. Em suma, tarifa e preço têm em comum, por contraposição à taxa, o facto de serem estabelecidos segundo uma equivalência económica entre as prestações e não apenas uma equivalência jurídica. E distinguem-se pelo carácter coactivo e público da tarifa a que se contrapõe o carácter negociado do preço público.

Recorde-se que em Espanha, a distinção entre preço público e taxa suscitou enorme controvérsia no âmbito da tributação local, até à decisão do Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de Dezembro⁶¹. Nessa ocasião, o tribunal veio esclarecer que a diferenciação entre as figuras se deveria fazer a partir do conceito de prestação patrimonial de carácter público e da nota de coactividade (presente apenas nas taxas). De acordo com esta concepção, passou a entender-se que a taxa deveria ser estipulada segundo o princípio do benefício (parâmetro da respectiva quantificação) e que a ela corresponderiam os pagamentos devidos pela utilização privativa e especial do domínio público⁶².

Assim, cabe-nos agora avaliar se a ocupação do subsolo do domínio público com infra-estruturas de rede de serviços essenciais corresponde a um uso privativo, a uma utilização individualizada do domínio público, como concluiu o Supremo Tribunal Administrativo, ou se, pelo contrário, como entendeu o Tribunal Central Administrativo – porque estamos perante redes de serviços essenciais que servem de suporte à prestação de um serviço essencial –, não existe um uso individualizado, mas antes um uso comum do domínio público.

Não existe ainda em nosso entender uma resposta definitiva para a questão. Como temos vindo a salientar neste trabalho, estamos perante uma transformação jurídica que está em curso e cujo modelo final não está ainda definido, se é que alguma vez virá a estar.

Não é apenas a evolução da política comunitária e as suas contingências (umas vezes aproximando-se do modelo liberal anglo-saxónico, outras do modelo francês de serviço público) que ditam a instabilidade na matéria. As próprias vicissitudes da política nacional têm contribuído em larga escala para uma evolução nem sempre ponderada dos sectores. A privatização de infra-estruturas pode resultar apenas de uma necessidade circunstancial de garantir receitas estaduais extraordinárias, antes de fechar as contas anuais⁶³ e não de uma opção política. Assim se explica que o legislador tenha optado por

⁶⁰ CASALTA NABAIS prefere falar em distinção entre *tarifa-taxa* (tributo que se apresenta como uma obrigação *ex lege* e implica a aplicação dum regime de direito público integrado por uma série de prerrogativas atinentes nomeadamente à sua garantia e execução) e tarifa-preço público que tem em comum com a tarifa-taxa a equivalência económica das prestações, mas à qual não se aplica o regime de direito público, *Direito Fiscal*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, p. 30. Sobre os conceitos de taxa e tarifa vide também TEIXEIRA RIBEIRO, “Noção jurídica de taxa”, *RLJ*, 117, p.289 e “Anotação ao Ac. do STA de 2 de Maio de 1996”, *RLJ*, 1997, p. 296ss.

⁶¹ Cf. SIMÓN ACOSTA, *Las Tasas de las Entidades Locales (el hecho imponible)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 75ss.

⁶² Cf. RUIZ GARIJO, *Problemas Actuales de las Tasas*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 160ss. Para uma visão global dos tributos das comunidades autónomas e locais vide, por todos, FERREIRO LAPATZA/SARTOIO ALBALAT, *Derecho Tributario: parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 303ss.

⁶³ Enquadra-se neste exemplo a alienação da rede básica de telecomunicações ao operador histórico, cuja autorização e

soluções de compromisso, transferindo a propriedade das infra-estruturas para as entidades concessionárias – é o caso do gás natural e da electricidade – embora salvaguardando o direito de reversão para o Estado.

Sublinhe-se, porém, que mesmo no assinalado contexto de indefinição, outras soluções seriam possíveis. Por exemplo, a construção, pelas entidades municipais, de galerias subterrâneas destinadas à instalação de infra-estruturas de rede, as quais poderiam ser cedidas às entidades exploradoras das mesmas mediante o pagamento de uma renda. Não podemos esquecer, que o que se discute a propósito do pagamento de uma taxa pela ocupação do domínio público é apenas o pagamento de uma contraprestação pela ocupação do espaço e não pela prestação de qualquer serviço pelo município. O contrário seria o caso das taxas pela emissão das licenças para a realização das obras de implantação das redes.

Assim, neste contexto de “quase-privatização” tem sentido afirmar que a ocupação do domínio público pelas infra-estruturas de serviços essenciais corresponde, no nosso caso, a uma *utilização comum especial* do domínio público, ou seja, um uso comum e acessível a todos em igualdade de circunstâncias embora sujeito a restrições relacionadas com a perigosidade do uso ou a sua intensidade⁶⁴.

Com a liberalização dos mercados, o surgimento de novos serviços, a privatização das empresas (em particular dos operadores históricos, seja em simples operações de respiração do capital⁶⁵, seja com o intuito de atrair o *know how* privado) e o desenvolvimento tecnológico, o domínio público municipal (que até então apenas servia de “suporte” a infra-estruturas de serviço público estadual ou municipal, prestado por empresas públicas) ganhou uma nova dinâmica. A procura do domínio público municipal em termos massivos, por empresas comerciais realça o seu valor económico e obriga-nos a repensar o instituto⁶⁶.

Até que um novo regime jurídico venha a ser aprovado, tomamos como referência o quadro normativo vigente. Quadro que é norteado pela garantia da autonomia do poder local, da qual faz parte a autonomia financeira e, inerente a ela, o direito a rentabilizar os bens que fazem parte do respectivo património ou cuja gestão lhes foi confiada. Assim, a cobrança de taxas pela ocupação do domínio público no caso das infra-estruturas de rede de serviços essenciais exploradas por empresas privadas

desafecção do domínio público foi efectuada pela Lei n.º 29/2002, de 6 de Dezembro. A este propósito refira-se ainda a discussão em torno da possibilidade de alienação ou não da rede nacional de transporte de energia eléctrica RUI MACHETE, “O domínio público e a rede eléctrica nacional”, *ROA*, 61, 2001, p.1367ss.

⁶⁴ Cf. GONZÁLEZ RÍOS, *El Domínio Público Municipal*, 2ª Ed., Comares, Granada, 2005, p. 18, 30 e 31.

⁶⁵ Cf. PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998 e *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, 1999.

⁶⁶ Cf. GONZÁLEZ RÍOS, *El Domínio Público Municipal*, ob. cit., 2005.

concessionárias de serviço público não deve, no actual quadro normativo, entender-se como ilegal ou desconforme aos princípios jurídico-constitucionais e tributários. A taxa é, neste contexto, a nosso ver, a figura jurídico-tributária correcta⁶⁷. Não só pelas razões já mencionadas de adequação ao princípio do benefício, como ainda por ser a que, ao impor-se de forma autoritária, *ex lege* ou melhor *ex regulamenti*, melhor garante a transparência e a igualdade. As negociações com as empresas concessionárias, tendo em vista minorar o impacte económico das taxas no âmbito da prestação de tarefas de “serviço público” devem ser reservadas para o âmbito do contrato de concessão.

De resto, a prática mostra-nos ainda uma realidade esquizofrénica, onde o Estado deixa de ser o titular da empresa pública detentora do monopólio para passar a ser o accionista único da empresa que titula o monopólio, para depois assumir o papel de accionista maioritário nas várias empresas que resultam da desagregação do monopólio, para, por último, ser o accionista com poderes especiais (o titular das *golden share*) que comanda os desígnios da *holding*, que por seu turno controla o sector.

Neste contexto complexo, onde ainda não se desenhou um estratégia séria e de interesse público. Onde, ao invés, se vão servindo os interesses das maiorias parlamentares, dos “governos de interesses” – através da nomeação de gestores e quadros técnicos – e os interesses dos grandes grupos económicos não é condenável que as autarquias possam também reivindicar o seu quinhão.

Panem et circenses (Juvenal, Sátiras, 10, 81)

⁶⁷ Em sentido diverso, vide, entre nós, SALDANHA SANCHES/TABORDA DA GAMA, “Taxas municipais pela ocupação do subsolo”, *Fiscalidade*, 19/20, 2004, p. 5ss.