

EQUILÍBRIO FINANCEIRO E RISCO AMBIENTAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Introdução

O tema da repercussão dos custos ambientais sobre o equilíbrio financeiro da concessão constitui um dos pontos sensíveis da relação concedente/concessionária e uma das *pedras de toque* na execução dos contratos de concessão.

O problema consiste em saber até que ponto, e em que termos, o aumento dos custos resultante da imposição unilateral de condicionamentos de natureza ambiental confere ao concessionário o direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão ou se, pelo contrário, esse risco corre exclusivamente por conta do concessionário, devendo este assumir integralmente o aumento de tais custos, sem direito a qualquer compensação.

A resposta a esta questão depende em grande medida da análise, caso a caso, do clausulado dos contratos de concessão e da forma como estes equacionam o risco ambiental: se este risco está pressuposto na equação financeira da concessão, correndo exclusivamente por conta da concessionária, ou se, pelo contrário, não tendo sido ponderado na definição do equilíbrio das prestações contratuais, deve correr exclusivamente por conta do Estado.

Na maioria dos casos, porém, o contrato não resolve expressamente o problema, prevendo apenas, genericamente, que os riscos implicados na concessão correm por conta da concessionária.

Mas nem todos os riscos podem ser razoavelmente previstos e assumidos pela concessionária e entre estes, importa considerar o risco ambiental, nomeadamente, o risco pelos condicionamentos impostos no âmbito do procedimento de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), cujo grau de previsibilidade é consideravelmente menor.

A questão tem particular relevância no âmbito de contratos de concessão de obras públicas, ou de contratos de concessão cujo objecto integra uma componente de obra pública, susceptíveis de produzir efeitos significativos no ambiente e por isso sujeitas a prévio procedimento de AIA.

Nestes contratos, que apresentam as características de um empreitada de obras públicas, tendo como contrapartida o direito de exploração da obra, a concessionária é responsável pela elaboração dos estudos prévios e projectos, incluindo os Estudos

de Impacto Ambiental (EIA), de acordo com as normas legais e regulamentares em vigor, devendo estes ser submetidos à apreciação das entidades competentes para efeitos de emissão da Declaração de Impacto Ambiental (DIA).

Todavia, pode suceder que a DIA venha estabelecer condicionamentos ambientais que imponham a execução de trabalhos não inicialmente previstos nem na proposta apresentada pela concessionária, nem, tão pouco, no próprio contrato de concessão, envolvendo uma modificação ao conteúdo das prestações contratuais, quer no que se refere à qualidade e quantidade dessas prestações, quer no que se refere às circunstâncias da sua realização ou, no limite, ao próprio objecto do contrato de concessão.

São estes os dados fundamentais do problema, que passamos a analisar.

Do enquadramento jurídico sobre o procedimento de AIA

Nos contratos de concessão de obras públicas sujeitas a prévio procedimento de AIA cujo objecto integra a concepção, projecto e construção da obra, é à concessionária que cabe elaborar e submeter ao concedente os estudos prévios e projectos bem como os correspondentes EIA, os quais são por este enviados ao Ministério do Ambiente, para avaliação ambiental.

Uma vez concluída essa avaliação, com a decisão sobre o procedimento de AIA constante da DIA, prevista nos artigos 17.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 197/2005 de 8 de Novembro, os estudos e projectos de construção apresentados pela concessionária são sujeitos a aprovação pelo concedente.

A DIA apresenta-se não apenas como uma condição de validade formal do acto de aprovação dos estudos e projectos de construção apresentados pela concessionária como, inclusive, uma condição do seu conteúdo.

Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 20.º do citado diploma legal, o acto de autorização dos estudos e projectos «só pode ser praticado após a notificação da respectiva DIA favorável ou condicionalmente favorável». O n.º 2 do artigo 1.º, recentemente introduzido pelo Decreto-Lei n.º 197/2005 de 8 de Novembro, especifica que «a decisão proferida no âmbito do procedimento de AIA é prévia à autorização ou licenciamento de todos os projectos

susceptíveis de provocar efeitos significativos no ambiente».

Aliás, o problema coloca-se, precisamente, porque a DIA é anterior à aprovação do projecto mas posterior à decisão de lançar o empreendimento e mesmo à celebração do contrato e, embora seja possível diminuir o risco associado a esta decisão, por via da avaliação *preliminar* do impacto ambiental dos anteprojectos, antes do lançamento do concurso, não é possível eliminá-lo por completo na medida em que a DIA pode vir impor novos condicionamentos não equacionados naquela avaliação *preliminar*.

Veja-se, a título de exemplo, o caso recente ocorrido no concurso público para a concessão rodoviária do IC16-IC30, em que a DIA desfavorável emitida após a abertura do concurso e a apresentação das propostas determinou a anulação do mesmo porque nenhum dos concorrentes seleccionados para a fase das negociações havia apresentado proposta para o único corredor considerado admissível do ponto de vista ambiental, de entre as duas alternativas possíveis (cfr. C. Monteiro, «O controlo ambiental e urbanístico das obras públicas», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Maio/Junho 2004, pág. 19).

Por outro lado, a DIA apresenta-se como uma condição do conteúdo do acto de aprovação dos estudos e projectos na medida em que o n.º 2 do artigo 20.º do citado diploma legal determina que o referido acto de aprovação compreende a «exigência do cumprimento dos termos e condições prescritos na DIA», nomeadamente, das medidas de minimização dos impactos ambientais negativos dos projectos, às quais se refere o n.º 2 do artigo 17.º do mesmo diploma legal.

Finalmente, o n.º 3 do mesmo artigo culmina com a cominação da nulidade para o acto de autorização desconforme com a respectiva DIA.

Ou seja, nos casos em que a DIA emitida é condicionalmente favorável, impondo medidas de minimização, os estudos e projectos de construção apresentados pela concessionária não poderão ser aprovados se não respeitarem as medidas de minimização constantes da DIA, independentemente da vontade do concedente ou de qualquer outra entidade que, nos termos do contrato de concessão, deva pronunciar-se sobre aqueles estudos e projectos.

O acto que define aqueles condicionamentos ambientais é, pois, um acto administrativo vinculativo, potencialmente lesivo de direitos subjectivos e

interesses legalmente protegidos dos particulares, no sentido em que o mesmo procede unilateralmente à definição dos interesses públicos ambientais a salvaguardar na construção da obra, não restando, assim, quaisquer dúvidas de que os mesmos se impõem, tanto à concessionária que elabora e apresenta os respectivos estudos e projectos, como ao concedente que os aprova.

Da modificação unilateral do conteúdo das prestações contratadas

O que ficou dito até aqui permite-nos, desde já, concluir que os condicionamentos ambientais estabelecidos pela DIA são estranhos à vontade contratual das partes no contrato de concessão, resultando antes de uma imposição unilateral de outro órgão da Administração do Estado, exterior àquela relação contratual.

Em alguns casos aqueles condicionamentos apenas envolvem uma modificação do conteúdo das prestações contratadas, quer no que se refere à qualidade e à quantidade dessas prestações, quer no que se refere às circunstâncias da sua realização.

Veja-se, a título de exemplo, o caso em que, no âmbito de uma concessão que integra a concepção, projecto e construção de determinados laços de uma auto-estrada, são impostas medidas de minimização relativas à geologia e geomorfologia que, a pretexto da necessidade de uma melhor adaptação do traçado da via às características naturais do terreno, impõem a construção de viadutos mais extensos que os inicialmente previstos. Neste caso estaremos apenas perante a realização de trabalhos da mesma espécie em quantidades superiores às inicialmente previstas na proposta.

Mas, noutros casos, os condicionamentos impostos podem implicar uma diminuição ou aumento do objecto do contrato, alterando as características essenciais do mesmo. Refira-se, a este propósito, o caso em que a DIA inviabiliza a solução para o traçado de determinado laço, integrado no objecto da concessão, e impõe um novo traçado.

Os condicionamentos impostos pela DIA configuram-se, pois, inequivocamente, como uma modificação unilateral do conteúdo das prestações do contrato, imposta por acto da Administração.

Tal modificação, porque visa a tutela de interesses públicos diferentes dos interesses prosseguidos com a celebração do contrato, condiciona o desenvolvimento da actividade da concessionária de uma for-

ma com a qual ela não podia razoavelmente contar, introduzindo assim um factor de desequilíbrio na equação financeira da concessão.

De facto, os riscos assumidos pela concessionária com a celebração do Contrato, são os riscos que resultam da «álea económica» comum a qualquer relação contratual e não os que resultam da «álea administrativa» inerente ao exercício do poder de modificação unilateral das condições jurídicas e técnicas da concessão (cfr. J. Manuel Sérvulo Correia, «Contrato Administrativo», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. III, Lisboa, 1990, pág. 83).

Não se afigura justo, do ponto de vista do equilíbrio financeiro da concessão, que a concessionária seja obrigada a suportar o aumento de custos que resultam das modificações impostas unilateralmente pela Administração, independentemente de essa modificação provir do órgão administrativo contratante, ou de outro órgão da pessoa colectiva Estado.

É certo que a concessionária sabe, no momento em que contrata, que os estudos e projectos por si elaborados serão submetidos a prévia avaliação de impacto ambiental, antes da sua aprovação pelo concedente e que há uma margem de risco de, nessa sede, serem impostas medidas fortemente condicionantes, com consideráveis repercussões sobre o equilíbrio financeiro da concessão.

Todavia, o facto de a concessionária saber da existência desse risco não significa necessariamente que tenha de o assumir integralmente.

Desde logo, porque a equação financeira com base na qual a concessionária contrata não entra, nem pode entrar, em linha de conta com esse risco, partindo, pelo contrário, do custo de construção que resulta da proposta.

Por outro lado, porque a concessionária apenas pode assumir os riscos que são inerentes ao cumprimento das suas obrigações contratuais, as únicas que revelam a reciprocidade de interesses equacionados no contrato e que contribuem para o equilíbrio das prestações que aquela equação financeira exprime.

Aliás, a concessionária respeita integralmente as suas obrigações ao elaborar os estudos e projectos de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais imperativas, sem descurar os aspectos de integração ambiental e enquadramento paisagístico da obra, como em regra lhe é imposto no contrato.

Diferentemente, a adequação dos estudos e projectos apresentados aos condicionamentos impostos pela DIA, com os quais a concessionária não podia contar à partida, envolve a criação unilateral de novas obrigações, que para além de impostas sem o seu consentimento, originam um acréscimo de custos em relação aos inicialmente equacionados.

Nesta sede, como em todos os campos da actuação administrativa que envolvem a relação entre a entidade administrativa e os particulares, é fundamental garantir que há uma margem de previsibilidade mínima dentro da qual o risco é integralmente assumido pela concessionária e que as novas obrigações impostas para além desta margem, como é o caso de novos condicionamentos impostos em sede de AIA devem ser devidamente compensadas, sob pena de se frustrar o princípio da protecção da confiança legítima, princípio geral da actividade da Administração.

Do que ficou dito resulta que a DIA traduz o exercício de um poder de modificação unilateral do contrato e que ao exercício daquele poder deve corresponder a alteração proporcional das contrapartidas económicas constantes do contrato a favor da concessionária, que tem de suportar as consequências desse exercício.

Resta agora a tarefa de determinar o fundamento legal desse direito da concessionária à reposição do equilíbrio financeiro da concessão.

Do fundamento legal do direito da concessionária à reposição do equilíbrio financeiro da concessão

O princípio geral de reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos tem consagração legal na alínea a) do artigo 180.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), onde se dispõe que «salvo quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato, a Administração Pública pode: (...) modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro».

Mas que deve entender-se por respeitar o equilíbrio financeiro do contrato?

Em resposta a esta questão Marcello Caetano esclarece que «o exercício do poder de modificação unilateral das prestações contratuais tem como contrapartida o direito do particular de exigir a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, se ele ficou de algum modo afectado pela alteração decidida. Nestes casos, fica a cargo da Administração compensar

a contraparte pelo aumento dos custos (ou diminuição de receitas) daí resultante, em consonância com a equação custos e receitas inerentes à sua vontade de contratar. O que pode naturalmente não se traduzir num cálculo puramente aritmético e proporcional (...) se a modificação introduzida prejudicar a própria equação (e já não apenas o equilíbrio) do contrato (...)» (M. Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, 1973, pág. 618 e segs.).

A reposição do equilíbrio financeiro do contrato deve ter lugar quer quando a Administração exige do co-contratante prestações suplementares ou mais onerosas, quer na hipótese inversa, em que há uma diminuição das receitas, por força de uma modificação unilateral das prestações contratuais. O que interessa reter é, portanto, que a lei confere ao contratante privado o poder de se ressarcir da imposição unilateral de uma prestação quantitativamente diferente, se for afectado o equilíbrio financeiro do contrato.

Em regra os contratos de concessão estabelecem um regime próprio de reposição do seu equilíbrio financeiro. De entre os casos em que é normalmente reconhecido o direito da concessionária a essa reposição contam-se, nomeadamente, aqueles em que haja uma modificação unilateral, imposta pelo concedente, das condições de desenvolvimento das actividades integradas na concessão, desde que, em resultado directo da mesma, se verifique para a concessionária um aumento de custos ou uma perda de receitas.

Ora, tal como se conclui em resultado da presente análise, as modificações impostas unilateralmente, pelo concedente, aos estudos e projectos apresentados, com o objectivo de dar cumprimento a medidas de minimização determinadas pela DIA, traduzem o exercício de um poder de modificação unilateral do contrato e, como tal, conferem à concessionária o direito à reposição do equilíbrio financeiro, na medida em que tais modificações se traduzam num aumento de custos ou numa perda de receitas, para a concessionária.

Assim, neste caso, afiguram-se reunidos os pressupostos para que a concessionária solicite o início de negociações, com vista à reposição do justo equilíbrio financeiro da concessão.

Conclusão

O tema objecto da presente análise, da responsabilidade pelo risco ambiental e da sua repercussão

sobre o equilíbrio financeiro da concessão, não tem sido objecto de tratamento específico na doutrina e na jurisprudência portuguesas. Todavia, trata-se de uma questão da maior relevância em sede de execução dos contratos de concessão de obras públicas.

Com efeito, as recentes alterações ao regime jurídico da avaliação de impacto ambiental introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 197/2005 de 8 de Novembro, clarificam o carácter prévio e vinculativo da DIA no âmbito do processo de autorização ou aprovação de estudos e projectos susceptíveis de provocar efeitos significativos no ambiente.

A questão é da maior relevância nos contratos de concessão em que cabe à concessionária a tarefa de elaborar esses estudos e projectos, submetendo-os a aprovação da entidade concedente, já que essa aprovação pode resultar numa imposição de condicionamentos de natureza ambiental com os quais a concessionária não poderia razoavelmente contar e que afectam o equilíbrio financeiro da concessão na medida em que determinam um aumento dos custos inicialmente equacionados.

A conclusão a que chegámos, de que tais custos não podem ser integralmente suportados pela concessionária sem direito a qualquer contrapartida financeira, parte da análise do problema segundo uma perspectiva de razoabilidade e previsibilidade. Nestes casos a concessionária não pode suportar sozinha um risco com o qual não contou e que extravasa o âmbito das suas obrigações contratuais. O contrário nem seria aceitável, em face do princípio da protecção da confiança.

CLAUDIO MONTEIRO E TERESA MELO (*)

RECENTES DECISÕES DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA NO SECTOR DA ELECTRICIDADE - OS CASOS «ENERNOVA»

1. Introdução

No final do ano de 2005, assistiu-se a um conjunto de decisões por parte da Autoridade da Concorrência («AdC»), no âmbito de operações de concentração, com impacto no mercado da produção da electricidade a nível nacional.

* Advogados do Departamento de Direito Público da Uría Menéndez (Lisboa).