

a um “afastamento” do regulador. Aliás, o próprio recorrente admite-o nas suas alegações (artigo 34, a fls. 16971).

Quanto à segunda vertente da questão, embora por referência a preceitos diversos, a questão normativa em apreço já foi objeto de decisão no sentido da não inconstitucionalidade por parte deste Tribunal.

Assim, no Acórdão n.º 340/2013, de 17 de junho de 2013, este Tribunal julgou não inconstitucional a norma resultante da interpretação do disposto nos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), e 125.º, do Código de Processo Penal, com o sentido de que os documentos obtidos por uma inspeção tributária, ao abrigo do dever de cooperação imposto nos artigos 9.º, n.º 1, 28.º, n.º 1 e 2, 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de dezembro, e nos artigos 31.º, n.º 2, e 59.º, n.º 4, da LGT, podem posteriormente vir a ser usados como prova em processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal movido contra o contribuinte.

Ora, a fundamentação constante deste Acórdão é totalmente transponível para os presentes autos.

III — DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

a) julgar não inconstitucional a interpretação normativa retirada dos artigos 383.º a 386.º do CVM, com o sentido de permitir “*que, obtido o conhecimento de factos suscetíveis de ser qualificados como crimes contra o mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, sem que para tal esteja mandatada pelo Ministério Público, a CMVM possa instaurar e promover um processo de averiguações para apurar a possível existência, da notícia de um crime, sem qualquer limitação temporal, e à revelia de um processo formalmente organizado*”;

b) julgar não inconstitucional a interpretação normativa retirada dos artigos 116.º e 120.º do RGICSF, 361.º do CVM, 41.º e 54.º do RGCO, e 126.º e 261.º do CPP, com o sentido de que, “*após notícia do ilícito, os Reguladores podem intimar os supervisionados visados a fornecer documentação, sob cominação de sanção por incumprimento do dever de colaboração, fora do quadro de um processo sancionatório formalmente organizado, podendo essa documentação assim obtida, ser utilizada como prova contra o visado/Arguido e/ou outros, em processos sancionatórios futuros*”;

e, em consequência,

c) julgar improcedente o recurso interposto por JORGE MANUEL JARDIM GONÇALVES.

Custas devidas pelo recorrente JORGE MANUEL JARDIM GONÇALVES, fixando-se a taxa de justiça em 25 UC’s, nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro.

Lisboa, 8 de junho de 2016. — Ana Guerra Martins — Fernando Vaz Ventura — João Cura Mariano — Joaquim de Sousa Ribeiro.

210113321

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Deliberação (extrato) n.º 5/2017

Por deliberação do Plenário do Conselho Superior da Magistratura, de 20 de dezembro de 2016, foi nomeado como Presidente da Comarca de Santarém, em comissão de serviço, pelo período de três anos, nos termos e ao abrigo do artigo 92.º, n.º 1 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, o Exmo. Juiz de Direito Dr. Luís Miguel Simão da Silva Caldas.

29 de dezembro de 2016. — O Vogal do CSM, de turno, Narciso Rodrigues.

210138992

MINISTÉRIO PÚBLICO

Procuradoria-Geral da República

Parecer n.º 12/2016

Pesquisa de Petróleo
Formação do Contrato
Contrato de Concessão
Negociação Direta
Idoneidade Técnica
Relatório Técnico e Financeiro
Caução Bancária
Avaliação do Impacto Ambiental
Reserva Ecológica Nacional

Reserva Agrícola Nacional
Rede Natura 2000
Área Protegida
Agência Portuguesa do Ambiente
Validade
Anulabilidade
Nulidade
Norma Geral
Norma Especial
Discrecionariedade Administrativa
Cláusula Arbitral
Impugnação Contenciosa

P.º n.º 12/2016

1.ª - Os contratos outorgados pelo Estado em 25/9/2015 à Petróleo — Petróleo e Gás de Portugal, L.ª, são contratos administrativos de concessão do uso privativo, constituindo na esfera jurídica da contratante, por um lado, o direito a empreender pesquisas e sondagens de hidrocarbonetos em duas áreas que se encontravam sob oferta permanente desde 21/7/1994, e, por outro lado, o interesse legalmente protegido de, na hipótese de descoberta de petróleo a extrair de forma economicamente viável, obter o exclusivo da exploração, desenvolvimento e produção nas áreas delimitadas. Isto, mediante contrapartidas patrimoniais várias para o Estado.

2.ª - Não obstante a revogação pelo artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, «de toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível», aos contratos administrativos referidos na Conclusão 1.ª aplica-se o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, incluindo o procedimento da sua formação, e neste, o despacho do Senhor Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e da Energia que atribuiu as concessões em 19/6/2015.

3.ª - Pese embora este corpo consultivo, no parecer n.º 72/2008, votado em 16/1/2009 (inédito), tenha concluído pela revogação das normas do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, sobre formação dos contratos, o certo é que, entretanto, a ordem jurídica recuou no alcance revogatório do Código dos Contratos Públicos.

4.ª - Com efeito, o legislador veio determinar a novação do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, ou mesmo até confessar — em interpretação autêntica — não ter tido intenção de o revogar globalmente, nem sequer de eliminar as normas sobre formação dos contratos e adjudicação. Fê-lo de modo particularmente inequívoco através do artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, mas também por via do artigo 35.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março.

5.ª - Por seu turno, a Comissão Europeia reconheceu a isenção prevista no artigo 13.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, permitindo não se aplicar aos contratos de prospeção de petróleo, em Portugal, a Parte II do referido Código.

6.ª - O ato que deferiu as duas concessões integra-se num procedimento de negociação direta, previsto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, iniciado por uma manifestação de interesse da parte da candidata.

7.ª - A aferição da idoneidade técnica e económica das candidatas em procedimento de concurso ou de negociação direta opera-se nos termos do artigo 11.º, cujos n.ºs 3 e 4, ao serem contrapostos, deixam entrever um poder discricionário do órgão competente para dispensar a apresentação de determinados elementos sem poder proceder de igual modo quanto a outros.

8.ª - Ao serem enunciados os requisitos a cumprir pelo interessado desdobrados por duas disposições normativas ordenadas consecutivamente sob o mesmo artigo (artigo 11.º) e em um deles se integra o advérbio *sempre* (n.º 4) está a admitir-se *a contrario* que o cumprimento dos outros requisitos (n.º 3) é desejável, mas nem sempre necessário, por considerações de oportunidade e conveniência para o interesse público.

9.ª - A consagração de um poder discricionário não se encontra vinculada ao uso de fórmulas típicas ou convencionais, sendo passível de identificação a partir da conjugação dos elementos literal e sistemático de normas diferentes, sobretudo quando é possível discernir sem demasiada ambiguidade o fim em vista.

10.ª - Os atos preparatórios do procedimento de formação dos dois contratos administrativos permitem identificar como motivo principalmente determinante da dispensa de apresentação de alguns elementos o interesse público no conhecimento dos recursos energéticos jacentes no subsolo. Valoriza elementos que indiciam qualificações técnico-científicas disponíveis no presente, em detrimento da experiência pré-terita do concessionário ou candidato a concessionário. Num território como o português em que a produção de petróleo é nula e em que a investigação das potenciais jazidas de hidrocarbonetos no subsolo revela um estado embrionário, parece justificado o interesse público em valorizar as atividades de pesquisa e prospeção.

11.ª - Porque se trata do exercício de um *poder discricionário de dispensa* e sem se descortinar nenhum dos vícios próprios que podem comprometer a validade dos atos a partir do seu lastro de autonomia pública, não se confirma a preterição das formalidades essenciais enunciadas no artigo 11.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, motivo por que se conclui que o ato não é inválido por infração deste comando jurídico.

12.ª - Em face da precedente conclusão, também não há motivo para apontar invalidade derivada à aprovação das minutas, em 9/9/2015, nem à outorga dos contratos, em 25/9/2015.

13.ª - Sobre a relevância da existência de outros interessados na concessão do uso privativo das mesmas áreas, só a formalização de um requerimento com inequívoca e tempestiva manifestação de interesse obrigaria a administração pública a ponderar a abertura de um concurso público. Mas, não mais do que a ponderar. A única previsão legal de concurso público necessário é a de serem disputadas áreas contíguas a outras zonas anteriormente concessionadas.

14.ª - As restrições de interesse público e servidões administrativas decorrentes da proteção e valorização de bens ambientais, nomeadamente a Reserva Agrícola Nacional e a Reserva Ecológica Nacional podem condicionar a exata localização das pesquisas, sondagens e eventual extração de petróleo, mas o meio adequado de controlo é o da aprovação dos planos anuais de trabalhos ou de desenvolvimento (se a concessão chegar a esse ponto) e dos projetos de trabalhos de campo. Isto se vier a confirmar-se o uso de solos classificados na Reserva Agrícola Nacional ou a afetação de bens salvaguardados pela Reserva Ecológica Nacional.

15.ª - O mesmo vale com as devidas adaptações para as limitações que possam justificar-se por via do Plano de Ordenamento do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina, diretamente ou por incorporação em plano municipal, assim como as restrições justificadas pela Zona de Proteção Especial Costa Sudoeste (PTZPE0015) ou pelo Sítio Costa Sudoeste (PTCON0012), no âmbito da Rede Natura 2000.

16.ª - Em certas áreas de *proteção integral e de proteção parcial* do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina, as atividades em causa encontram-se absolutamente interditas.

17.ª - Seja por analogia, seja por maioria de razão, nas áreas de *proteção complementar* do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina devem, no mínimo, aplicar-se as limitações impostas às perfurações para captação de águas subterrâneas.

18.ª - Nos demais casos, os impedimentos previstos na lei, em programas e planos territoriais ou em outros regulamentos raramente são absolutos ou dirimentes, admitindo comunicações prévias, pareceres vinculativos ou declarações de excecional interesse público em cujo teor se podem harmonizar interesses públicos conflitantes.

19.ª - É na apreciação de cada um dos programas anuais de trabalhos e dos projetos de trabalho de campo, em especial a partir do momento em que se já prevejam perfurações (quarto ano) que se oferecem à administração pública — em especial, à Entidade Nacional para o Mercado dos Combustíveis, E. P. E., ao Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas, I. P., à Agência Portuguesa do Ambiente, I. P. e à Entidade Regional da Reserva Agrícola Nacional — os meios e os tempos próprios para impedir operações nas áreas interditas e para ajustar a localização dos furos à conservação da natureza, à segurança ambiental e à valorização dos solos com especiais aptidões agrícolas.

20.ª - A concessão do uso privativo constitui apenas um direito de gozo sobre bens dominiais públicos, pelo que não isenta o concessionário, como também não isentaria o concedente, do cumprimento das prescrições legais e regulamentares de ordenamento do território e conservação da natureza.

21.ª - O *princípio de relatividade* do objeto da concessão do uso privativo de bens do domínio público é corolário do *princípio da competência*, que é de ordem pública, de sorte que o órgão adjudicatário invadiria os poderes e atribuições alheios, caso atribuisse a concessão sem reserva do cumprimento de prescrições legais e regulamentares cujo controlo é incumbido a outros órgãos, porventura de outras pessoas coletivas públicas.

22.ª - Conquanto a localização em área sensível possa justificar uma avaliação de impacto ambiental, este procedimento já se encontra previsto nos contratos, segundo os exatos termos que resultam da lei, ou seja, se houver necessidade de perfurações por meios não convencionais, designadamente fraturação hidráulica.

23.ª - A avaliação de impacto ambiental, a ter lugar, precisa de um projeto e não se basta simplesmente com uma conceção, uma ideia ou uma eventualidade, de modo que a condição resolutiva estipulada no despacho ministerial de 19/6/2015 mostra-se adequada ao cumprimento do regime jurídico da avaliação de impacto ambiental.

24.ª - A publicação do Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março, transpondo a Diretiva n.º 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013, embora privilegiando as atividades petrolíferas a partir do mar (*offshore*), contém normas que reforçam

substancialmente a segurança ambiental das atividades de pesquisa e sondagem *onshore* (em terra emersa ou nas águas interiores), normas essas que se aplicam de imediato às concessões já outorgadas. Sobressai a intervenção de um verificador independente. Este diploma traz consigo, bem assim, a introdução de meios participativos das populações por meio de consultas públicas a promover antes de cada pesquisa ou sondagem serem aprovadas.

25.ª - Ainda que, por hipótese, o despacho de 19/6/2015 fosse inválido e, por consequência, inválidos os contratos de concessão outorgados, ter-se-ia já esgotado o prazo de seis meses para o Governo dar início à impugnação contenciosa, de acordo com o que se dispunha no artigo 41.º, n.º 2, *in fine*, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, e depois deste ter entrado em vigor, no artigo 77.º-B, n.º 2.

26.ª - Sem prejuízo de o termo *a quo* do mesmo prazo, relativamente ao Ministério Público, ser contado apenas da tomada de conhecimento dos contratos administrativos não é intentada ação administrativa pública por não se confirmarem as invalidades apontadas.

27.ª - Este facto em nada impede a ulterior impugnação pelo Ministério Público dos atos administrativos que ilegalmente aprovelem programas de trabalhos ou projetos de campo da iniciativa da concessionária com atropelo das restrições de utilidade pública, das servidões administrativas, dos programas e planos territoriais ou de alguma outra prescrição legal ou regulamentar cuja esfera de proteção conceda abrigo a valores ambientais, culturais ou de ordenamento do território.

28.ª - Embora o Governo, através do Ministro ou do Secretário de Estado com atribuições no setor, disponha de poderes próprios ou delegados para resolver unilateralmente os contratos administrativos por violação grave de deveres contratuais, por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, por incumprimento ou por razões de superior interesse público, não pode anular graciosamente os contratos administrativos, de acordo com o artigo 307.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, nem sequer anular os atos do procedimento de formação e adjudicação, pelo menos, depois de celebrados os contratos.

29.ª - Por imperativo do artigo 80.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, foi convencionado um meio arbitral que, a despeito de não vincular o Ministério Público e apesar de restrito «à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes» terá de ser tomado em linha de conta pelo Governo e pela concessionária.

Senhor Secretário de Estado da Energia, Excelência:

Entendeu Vossa Excelência¹, Senhor Secretário de Estado da Energia, pedir a este Conselho Consultivo² que se pronunciasse, com urgência, acerca da invalidade que encontra no despacho do Senhor Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e da Energia do XIX Governo Constitucional, que, em 19/06/2015, atribuiu à Portfuel — Petróleos e Gás de Portugal, L. da, a concessão das atividades de prospeção e pesquisa, desenvolvimento e produção de hidrocarbonetos, designadamente de petróleo, em dois locais da designada Bacia Algarvia: nos concelhos de Aljezur e de Tavira.

1 — Razão de ordem

Estes locais fazem parte das áreas declaradas disponíveis, por Aviso publicado oficialmente em 21 de julho de 1994³.

Pretende Vossa Excelência saber se a invalidade do ato praticado configura anulabilidade ou se, pelo contrário, o despacho deve ter-se como nulo.

Expõe que o procedimento administrativo, cuja disciplina se encontra no Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril (Regime Jurídico das Atividades de Prospeção, Pesquisa e Produção de Petróleo) partiu de iniciativa particular: uma manifestação de interesse na atribuição de quatro áreas de concessão para atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo por parte da sociedade comercial identificada, recebida na Direção-Geral de Energia e Geologia (DGEG) em 21/11/2014⁴.

Relevam para a consulta apenas duas áreas em terra firme (*onshore*) nas áreas disponíveis dos concelhos de Aljezur e Tavira, sítos na Bacia do Algarve.

A instrução do procedimento encontra-se descrita em informação da Divisão para a Pesquisa e Exploração de Petróleo, de 4/12/2014⁵, apresentada ao Senhor Diretor-Geral: definição e número de lotes delimitadores das áreas requeridas, dos programas de trabalho e seus custos mínimos de investimento, da demonstração da idoneidade técnica e financeira da interessada e do acerto de rendas, taxas e outras contrapartidas.

Terá faltado porém a apresentação pela requerente dos balanços dos últimos três anos sobre a sua experiência na atividade, o que se imputou à recente constituição da sociedade. Não se encontrando constituída há três anos, não pode cumprir esta formalidade.

Concluiu-se na informação que, não obstante a falta dos referidos balanços, seria conveniente para o interesse público admitir a iniciativa, por constituir uma oportunidade de se conhecer e fixar o mapeamento da Bacia Algarvia, na falta de outras manifestações de interessados.

Observava-se, todavia, que os programas de trabalhos não se encontravam devidamente orçamentados e que a demonstração das aptidões técnicas deveria ser aperfeiçoada.

A demonstração da capacidade financeira veio a produzir-se mediante declaração prestada por instituição financeira, de 1/12/2014, em cujo teor se lê:

«A empresa [...] possui idoneidade comercial e capacidade económica e financeira para os montantes⁶ e fins descritos⁷».

Considera Vossa Excelência que dos requisitos mínimos, a candidatura apenas preencheria um: a declaração bancária.

O Senhor Diretor-Geral concordou com a informação e determinou, por despacho de 17/12/2014, que a manifestação de interesse fosse devidamente aperfeiçoada.

Em 15/1/2015, a interessada indicou novos consultores técnicos e seus *curricula*, do mesmo passo que apresentou uma revisão do programa de trabalhos.

Em 26/1/2015, voltou a rever o programa e substituiu a declaração bancária de 1/12/2014 por novas declarações de 20/1/2015, atestando idoneidade comercial e capacidade económica e financeira para um valor patrimonial muito superior ao da manifestação de interesse originária⁸.

O deferimento seria proposto ao Senhor Diretor-Geral, em 9/2/2015⁹, considerando que a idoneidade técnica se apresentava reforçada e que, não obstante os programas dos trabalhos deixarem a desejar do ponto de vista metodológico, para o interesse público seria importante conhecer áreas pouco ou nada prospeccionadas.

Ignorando-se outros efetivos interessados, não haveria termo de comparação.

Mas não sem deixar por assinalar fragilidades técnico-científicas à motivação exposta, de par com a estimativa orçamental para duas das sondagens previstas, demasiado exigua para situações de alguma profundidade no subsolo.

E mais importando asseverar a responsabilidade civil da proponente por danos ao Estado ou a terceiros, a assumir contratualmente, sem prejuízo do cumprimento das normas ambientais, designadamente de recuperação paisagística, e das prescrições de segurança, saúde e higiene no trabalho.

Em 2/3/2015, o Senhor Diretor-Geral exarou o despacho que seguiu-se transcreve:

«As candidaturas cumprem com os requisitos de candidatura e a equipa técnica foi reforçada. Põe-se à consideração superior a aprovação das candidaturas, após a qual se remeterão as minutas de contrato».

Depois de informado o procedimento¹⁰ pelo Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Energia, este remeteu-o, com a sua aprovação, ao Gabinete do Senhor Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e da Energia.

Com a atribuição das duas concessões, em 19/6/2015, o Senhor Ministro determinou que as minutas dos contratos deveriam incluir, como condição, a prévia avaliação do impacto ambiental, a menos que apenas se adotassem métodos convencionais na pesquisa e na eventual produção de petróleo:

«Aprovo a atribuição de duas áreas de concessão (Aljezur e Tavira) para prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo onshore da Bacia do Algarve à Portfuel — Petróleos e Gás de Portugal, L.^{da}

As minutas dos contratos de concessão devem ainda ser sujeitas a aprovação ministerial.

Nas minutas dos contratos de concessão deve constar como condição contratual a sujeição a um procedimento formal de avaliação de impacto ambiental qualquer atividade (seja produção ou pesquisa) que utilize métodos não convencionais (designadamente fratura hidráulica), possibilidade prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 1.º do regime jurídico de avaliação de impacto ambiental.

Informe-se a APA da decisão relativa à AIA.

19/06/2015 [...]

Como entretanto tivesse sido concluída a reorganização da DGEG, a articulação das minutas dos contratos já veio a ser pedida à ENMC — Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E. P. E. (abreviadamente, ENMC, doravante).

A aprovação das minutas teve lugar em 9/9/2015, por despacho do Senhor Ministro, delegando-se a assinatura na outorga dos contratos de

concessão nos Senhores Presidente e Vice-Presidente da ENMC¹¹, missão de que se desincumbiram na sessão pública de 25/9/2015.

Os contratos concedem o exercício de atividades de prospeção, pesquisa e desenvolvimento de petróleo, na área n.º 82.

Um para a área denominada “Aljezur” e o outro para a área denominada “Tavira”, cada qual compreendendo um bloco composto por 16 lotes¹².

Com especial relevância para a consulta afigura-se o clausulado do artigo 1.º, n.º 2:

«Os trabalhos a desenvolver no âmbito deste Contrato de Concessão em áreas sujeitas a servidões administrativas, restrições de utilidade pública ou a quaisquer outras limitações de índole administrativa carecem das legais autorizações, licenças, aprovações ou pareceres favoráveis das entidades com jurisdição nessas áreas, na medida em que o exercício de direitos conferidos pelo Contrato de Concessão esteja ou possa estar proibido, limitado ou bem assim condicionado pela respetiva legislação específica».

O contrato não concede de antemão o direito de exploração das jazidas de petróleo que possam ser descobertas.

Ao longo de oito anos, a concessionária obriga-se a diferentes prestações anuais mínimas de prospeção e pesquisa, que começam pela consulta de dados geológicos e geofísicos, pelo levantamento de dados e recolha de amostras e estudos geológicos, prosseguindo com a aquisição e interpretação de dados, primeiro, geofísicos, depois, sísmicos, para passar depois à execução de sondagens de pesquisa, tudo isto, segundo planos anuais a aprovar pela ENMC¹³.

Ao cabo de cinco anos, a concessionária haverá de pôr termo ao uso privativo de 50 % da área concessionada e no termo do oitavo ano, se requerer a prorrogação da concessão¹⁴, conserva apenas 25 % da área concessionada.

A demarcação definitiva de eventuais campos petrolíferos há de encontrar-se cumprida «no prazo de cinco anos a contar da data da aprovação de cada plano geral de desenvolvimento e produção¹⁵».

Em conformidade com o disposto no artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, obriga-se a «minimizar o impacto ambiental, assegurando a proteção do ecossistema e a salvaguarda do património cultural».

Anualmente, fará prova de seguro de responsabilidade civil pelo risco a contratar com empresa internacional de reputação reconhecida, quando da apresentação de cada plano de trabalhos¹⁶.

Estipulou-se que o incumprimento de cada um destes dois deveres faz incorrer a concessionária em violação grave das suas obrigações e justifica a rescisão¹⁷.

A ser achado petróleo de exploração viável, admite-se viabilizar a produção por 25 anos, sem embargo de prorrogações num cúmulo máximo de 15 anos¹⁸.

Contudo, a extração de petróleo não se encontra apenas sujeita a esta condição.

Só se «a concessionária obtiver a aprovação de um plano geral de desenvolvimento e produção, o prazo da concessão será acrescido de mais vinte e cinco anos a contar da data da aprovação do referido plano (expressão dos direitos aquisitivos em matéria de exploração mineira¹⁹)».

O Estado arrecada taxas²⁰ como contrapartidas imediatas, rendas de superfície²¹ e vários financiamentos de «programas de transferência de tecnologia, formação e ações de promoção, de aquisição e/ou contratação de equipamento e meios técnicos especializados, e de preservação e tratamento de dados e informação técnica²²».

Por fim, o Estado obtém uma determinada quota da produção de petróleo líquida²³.

Para garantir o cumprimento das obrigações pela concessionária, a ENMC ficou investida em poderes de fiscalização²⁴ e a primeira comprometeu-se ao depósito inicial de uma caução, numa das modalidades previstas no artigo 21.º, n.º 2: depósito bancário à ordem da ENMC, garantia bancária autónoma pagável à primeira solicitação ou seguro-caução com cláusula análoga. Seguem-se cauções anuais.

Sem se terem estipulado outros factos extintivos, remeteu-se neste ponto simplesmente para o disposto no artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril:

- caducidade,
- rescisão (ou resolução unilateral²⁵),
- revogação,
- renúncia da concessionária, ou
- resgate da concessão.

No anexo III²⁶ convencionou-se um tribunal arbitral *ad hoc* com jurisdição sobre questões de interpretação e aplicação das disposições legais e negociais e com poderes para decretar «medidas cautelares ou conservatórias» e cujas deliberações não admitem recurso.

Desde o termo inicial que o cumprimento dos contratos parece ter vindo a suscitar reservas, pois a ENMC, em análise dos mesmos ponderou junto de Vossa Excelência propor a rescisão, considerando que a falta de apresentação da apólice de seguro fazia incorrer a concessionária em violação grave dos deveres contratuais e pediu orientações para o efeito.

Entendeu Vossa Excelência, por despacho de 12/2/2016, que seria de fazer incidir a apreciação a montante, ou seja, nos pressupostos e requisitos da adjudicação, sem prejuízo de se continuar a acompanhar a execução dos contratos.

Considerava não ser evidente que faltassem outros interessados, ao tempo da negociação direta empreendida, e opôs como especialmente relevante o facto de não terem sido exigidos à adjudicatária os relatórios técnicos e financeiros previstos no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, o que se conjectura ser a razão por que tardava a sociedade em apresentar caução e apólice de seguro.

Determina, por fim, à ENMC que proceda a uma auditoria dos contratos.

A ENMC entendeu iniciar procedimento de rescisão dos contratos, facultando prévia audiência à interessada, nessa mesma data.

Ao que parece, nada de substancial terá resultado da oposição deduzida pela concessionária.

Em 7/4/2016, a ENMC terá informado Vossa Excelência acerca destes desenvolvimentos, reservando-se considerar que o poder para fazer cessar unilateralmente os contratos é do membro do Governo.

Sem deixar de apontar as possibilidades de resgate da concessão ou de revogação (por acordo), propõe a rescisão, nos termos do artigo 61.º, alínea d), com os fundamentos seguintes:

— Incumprimento da obrigação de apresentar pontual e exatamente os planos de trabalhos devidamente pormenorizados e orçamentados;

— Incumprimento da obrigação de prestar pontualmente caução em valor correspondente ao de metade dos trabalhos orçamentados, segundo os termos e a forma adequados;

— Incumprimento da constituição de seguro de responsabilidade civil, nos termos apropriados, pois ter-se-á limitado a apresentar uma declaração passada por empresa seguradora, no decurso da audiência prévia, e que apenas dá conta de um seguro de responsabilidade civil sobre a exploração, com termo inicial reportado a 1/1/2016.

É sobre o cumprimento do artigo 11.º que é pedido parecer.

Não sobre os indícios de incumprimento contratual da parte da concessionária, o que nos faz remontar, por conseguinte, à formação dos contratos e ao procedimento administrativo adotado.

Transcreve-se integralmente o teor da primeira pergunta:

«a) O ato administrativo que aprovou a atribuição das duas concessões no Algarve fez essa atribuição a uma empresa cuja candidatura foi admitida sem que tenha sido feita prova da idoneidade técnica e económico-financeira para o exercício das atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

Na verdade, trata-se de um ato que, dos três requisitos mínimos cumulativos legalmente exigidos para aferir da idoneidade da empresa, acabou por ser praticado sem que tenham sido apresentados os balanços da empresa concorrente referentes aos últimos 3 anos de atividade e os elementos sobre a experiência anterior no âmbito da prospeção, pesquisa e produção de petróleo.

A violação destes requisitos legais determina a anulabilidade ou nulidade do despacho de 19 de junho de 2015, do Governo com tutela pela área da energia, que aprovou a atribuição das concessões, desenvolvimento e produção de petróleo nas áreas disponíveis Aljezur e Tavira à sociedade comercial Portfuel — Petróleos e Gás de Portugal, L.ª?»

São ainda suscitadas outras questões a respeito do ato, do procedimento de adjudicação e dos contratos que o Estado veio a outorgar consequentemente.

Embora a apreciação urgente só tenha sido requerida e deferida quanto à primeira, entendeu-se prolatar parecer, de imediato, sobre todas, uma vez que a possível convalidação de atos anuláveis pelo decurso dos prazos de impugnação contenciosa era igualmente pertinente em relação às demais:

«b) As questões relativas à ausência de valorização da Reserva Agrícola Nacional e da Reserva Ecológica Nacional são determinantes para a ilegalidade deste mesmo ato administrativo, da aprovação da minuta e do contrato que veio a ser assinado?

c) Se a eventual invalidade [nulidade ou anulabilidade por violação da lei referida em a)²] do despacho de atribuição das concessões à Portfuel, em 19.6.2015, repercute-se nos atos subsequentes, nomea-

damente nas minutas e contratos de concessão celebrados com a Portfuel em 25 de setembro de 2015?

d) Podem ser atribuídas concessões por negociação direta com entidades interessadas em áreas previamente declaradas disponíveis numa base permanente quando no momento em que é efetuado o pedido são conhecidos outros interessados para essas áreas?»

O pedido de parecer é acompanhado por uma pasta documental organizada por dez separadores, a saber:

1) Aprovação das minutas:

- informação n.º 1349/2015 SE Energia;
- informação n.º 79/2015/MAOTE;
- informação n.º 45/2015 ENMC e CE 512/2015;
- cópia das minutas enviadas para aprovação.

2) Cópia dos contratos:

- Aljezur, Tavira e nota sumária sobre os contratos;

3) Manifestação de interesse da Portfuel, L.ª, na concessão;

4) Submissão da candidatura ao órgão competente:

- informação n.º 51/2015/MAOTE;
- informação n.º 57/GSE Energia/2015;

Anexo 1 — candidatura da Portfuel;

Anexo 2 — primeira retificação da candidatura da Portfuel;

Anexo 3 — informação 33-DPEP/2014 com despacho do Senhor Diretor-Geral da Energia e Geologia;

Anexo 4 — segunda retificação da candidatura da Portfuel;

5) Concessão «Aljezur», planos de trabalhos e submissão de trabalhos (2016);

6) Concessão «Tavira», planos de trabalhos e submissão de trabalhos (2016);

7) Currícula de novos técnicos;

8) Esclarecimentos sobre documentos apresentados na candidatura;

9) Requerimento para suprimir irregularidades ou deficiências;

10) Auditoria (análise) dos contratos de concessão.

Ulteriormente, por ofício de 13/5/2016²⁸, o Senhor Chefe do Gabinete de Vossa Excelência veio trazer um aditamento ao pedido de parecer:

«[...] solicitar que a pronúncia, para além de ter em conta na apreciação da legalidade ou validade do ato administrativo do Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território sub judice, tratar-se de uma autorização para prospeção, pesquisa e produção de petróleo em territórios que integram a Reserva Agrícola Nacional e da Reserva Ecológica Nacional, com possibilidade de utilização de métodos não convencionais, esses territórios encontram-se ainda sujeitos a medidas especiais de proteção no âmbito do Sistema de Gestão Territorial, por integrarem o Plano de Ordenamento do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina».

Cumpre-nos apreciar as questões controvertidas — expressa ou implicitamente — e formular parecer com a urgência reconhecida pelo Senhor Vice Procurador-Geral da República, por despacho de 21/4/2016²⁹.

2 — Da aplicabilidade do regime contido no Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril

O procedimento fez aplicação do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, e o pedido de parecer dá como certa a sua aplicabilidade.

Na verdade, as concessões em execução — cerca de uma dezena³⁰ — foram todas adjudicadas ao abrigo deste regime jurídico³¹.

Contudo, mostra-se necessário saber previamente da aplicação do disposto no Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril; se este regime jurídico se encontrava em condições de ser aplicado à formação dos contratos identificados.

A questão da aplicabilidade das disposições que vimos de citar do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, em especial, do artigo 11.º, n.º 3, deve-se, a título principal, à relação deste regime jurídico com o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro³².

É que apesar de o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, não constar do enunciado de atos legislativos expressamente revogados pelo diploma que aprova o CCP (artigo 14.º, n.º 1), acrescenta-se o seguinte no n.º 2:

«É igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível».

E precisamente acerca do efeito desta norma revogatória na eficácia do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, deliberou este Conselho Consultivo, ao aprovar parecer no processo n.º 72/2008, em 16/1/2009³³, considerar revogadas as disposições do mesmo, no que concerne à formação de contratos de concessão, aplicando-se as normas da Parte II do CCP³⁴.

Como entendeu, bem assim, terem sido tacitamente revogados os Decretos-Leis n.ºs 90/90³⁵, 85/90³⁶, 86/90³⁷, 87/90³⁸ e 88/90³⁹, todos de 16 de março.

Já as normas substantivas do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, segundo o mesmo parecer, continuariam a aplicar-se, beneficiando, a título subsidiário, da Secção I do Capítulo II do Título II da Parte III do CCP, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 408.º e 280.º, n.º 2, deste último.

De resto, o CCP, no artigo 9.º, n.º 1, alínea b), i), qualifica como atividades no setor da energia «as relativas à exploração de uma área geográfica com a finalidade de prospetar ou proceder à extração de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos».

À luz deste pressuposto, o teor do artigo 12.º não deixaria dúvidas⁴⁰:

«Artigo 12.º

Extensão do âmbito da contratação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

À formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais são aplicáveis as regras especiais previstas no presente Código relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma dessas atividades».

Veremos se é de conservar o entendimento contrário à aplicação do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril⁴¹, ou se porventura ocorreu alguma vicissitude na ordem jurídica que leve a infletir a posição adotada.

Não se justifica na economia do presente parecer um discurso desenvolvido acerca da preparação e aprovação do Código dos Contratos Públicos e das diretivas que se propôs transpor.

Sempre se dirá, contudo, que entre as finalidades visadas não era de menor peso a de alcançar as vantagens da codificação num domínio legislativo prolixo, fragmentado e, por isso mesmo, portador de incoerências.

Nem se justifica tão-pouco discorrer sobre o âmbito objetivo de aplicação do CCP, designadamente quanto a delimitar o que sejam prestações insuscetíveis de concorrência no mercado, em face da exclusão que se abre no artigo 5.º, n.º 1:

«A Parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação».

Isto, porque, na verdade, o que está em causa é a revogação global expressa de toda a legislação que trate de matérias reguladas no CCP, ainda que se mostrem compatíveis (artigo 14.º, n.º 2, do diploma preambular).

As normas que o legislador quis salvaguardar assinalou-as especificadamente no artigo 14.º, n.º 1, ao optar pela revogação parcial de certos atos legislativos, como sucedeu com os artigos 10.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 390/82, de 17 de setembro, com os artigos 16.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, com os artigos 14.º a 17.º e 24.º a 31.º do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto, com as alíneas a) a e) e i) do n.º 2 do artigo 24.º e com as alíneas a) a e) do n.º 3 do artigo 37.º, ambos do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro, com o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro, e com o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 50-B/2007, de 28 de fevereiro.

Nestes termos, a sobrevigência de normas extravagantes em matéria de formação de contratos que haveria de poder sustentar-se na posição de normas especiais (artigo 7.º, n.º 3, do Código Civil) sugere-se liminarmente afastada por uma intenção inequívoca de sinal contrário pelo legislador:

«Artigo 7.º

(Cessação da vigência da lei)

[...]

3 — A lei geral não revoga a lei especial, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador».

Em abono desta linha de entendimento, recenseamos a posição de JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ.⁴² que, por via do artigo 280.º do CCP concluem que a norma revogatória do artigo 14.º, n.º 2, do diploma preambular confina a inequívoca intenção revogatória ao regime pré-contratual, ou seja, às matérias reguladas na Parte II.

São várias e autorizadas, no entanto, as vozes discordantes na doutrina nacional e com argumentos ponderosos.

Assim, há quem entenda (GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE⁴³) que falta precisamente uma inequívoca intenção do legislador, «tendo aqui plena aplicação o disposto na parte final do n.º 3 do artigo 7.º do Código Civil. Ou seja, entendemos que a legislação especial anterior ao Código se deve considerar em vigor, a menos que se verifique inequivocamente que outra foi a intenção do legislador do CCP».

Há quem considere (PEDRO NUNES RODRIGUES⁴⁴) que o CCP não dispõe de normas relativas à concessão de usos privativos de bens do domínio público, o que deixaria o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, a salvo da revogação global afirmada no artigo 14.º, n.º 2, do diploma preambular.

Há ainda quem alcance a mesma conclusão a partir da diferença entre procedimentos de contratação por iniciativa pública e procedimentos cujo início decorre de uma manifestação de interesse exógena e sem haver pretensões concorrenciais (MARK KIRKBY⁴⁵).

Por outro lado MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁴⁶ consideram que a revogação global tácita determinada no artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, «deve ser procurada conjugadamente com as soluções dos artigos 4.º e seguintes do Código». Ao CCP simplesmente não interessam os contratos por si excluídos do seu âmbito, que «estejam sujeitos a este ou àquele regime de contratação. E se para o Código isso é irrelevante, então não há motivo para que ele interfira nos regimes que os vinculam, que os derogue». E propõem um critério a empregar para sabermos se o CCP regula determinada matéria: «verificar se há no Código disposições que tenham o mesmo objeto⁴⁷».

Para JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE/RUI DE FIGUEIREDO MARCOS⁴⁸ deveria, em princípio, aplicar-se o CCP aos contratos de prospeção e exploração de petróleo, uma vez que esta atividade «é expressamente referida no artigo 9.º, n.º 1, b) i), como uma atividade no setor da energia para efeitos do Código, na sequência do disposto no artigo 7.º da Diretiva 2004/17/CE». Mas como a própria diretiva renuncia a sua «aplicação aos contratos de prospeção de petróleo ou de gás celebrados ao abrigo da Diretiva 94/22/CE (cf. artigo 30.º, n.º 3 e Anexo XI) — poderá então concluir-se que também o CCP não pretende abranger estes contratos, quando se fundamentem no regime especial dessa Diretiva, de modo que, na falta de revogação expressa, o Decreto-Lei n.º 109/94, embora não vise transpor a Diretiva, deve considerar-se em vigor, na medida em que seja inteiramente conforme com ela⁴⁹».

Sucedo, em todo o caso, que há novos dados, posteriores ao parecer deste corpo consultivo, que nos levam a considerar ter ocorrido uma alteração significativa dos pressupostos, ao ponto de habilitar este órgão a reconsiderar aplicável o regime previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, pelo menos, no tocante ao procedimento de negociação direta.

Com efeito, a Comissão Europeia, por decisão de 20/11/2015⁵⁰, isentou a prospeção de petróleo e gás natural em Portugal da aplicação da Diretiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Identifica-se no teor da decisão parte da motivação determinante no seguinte trecho:

«(12) Em 2014, as reservas de petróleo e gás natural a nível mundial confirmadas ou prováveis ascendiam a 209 934 817 metros cúbicos padrão de equivalente de petróleo. Em Portugal, o número total de concessões de exploração era de 12 e o número de poços de pesquisa perfurados em Portugal era de 0 em 2014. Não existem atualmente reservas confirmadas de petróleo e de gás em Portugal».

A *ratio decidendi* parece ser esta:

«O mercado de prospeção não é altamente concentrado. Além das empresas públicas, o mercado caracteriza-se pela presença das principais empresas, tais como ExxonMobil, Chevron, Shell, BP e Total».

A interessada — ENI S.p.A. — detém uma quota modesta das reservas mundiais confirmadas (0,9 % a nível mundial, e 4 % nos territórios da União Europeia).

Concedeu a Comissão Europeia que o requisito da condição de acesso ilimitado ao mercado estava cumprido, eximindo as autoridades nacionais ao cumprimento da referida diretiva.

Temos, por conseguinte, que a Comissão Europeia deu por verificada os pressupostos da norma excecional contida no artigo 13.º, n.º 1, alínea b), do CCP:

«Artigo 13.º

Restrição do âmbito da contratação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

1 — A parte II do presente Código não é aplicável à formação dos seguintes contratos referidos nos artigos 11.º e 12.º:

a) [...]

b) A celebrar por uma entidade adjudicante cuja atividade esteja diretamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado, desde que tal seja reconhecido pela Comissão Europeia, a pedido do Estado Português, da entidade adjudicante em causa ou por iniciativa da própria Comissão Europeia, nos termos do disposto no artigo 30.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março;

[...].»

Ainda assim, pode arguir-se que é insuficiente; que esta decisão permite considerar excluída a aplicação da Diretiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e considerar aplicável a exceção consignada no artigo 13.º, n.º 1, alínea b), do CCP, mas que não afasta a revogação determinada pelo artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e, como tal, não repristina as normas procedimentais do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

A decisão faculta ao Governo, isso sim, adotar providências legislativas consonantes com a isenção, a qual, lembra a Comissão, pode ser revista se ocorrer uma alteração das condições de acesso ao mercado da prospeção petrolífera e do gás natural em Portugal.

Ora, temos boas razões para crer que o legislador veio fazê-lo, ainda que de um modo oblíquo.

Com a Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, aprovaram-se as bases do regime jurídico da revelação e do aproveitamento dos recursos geológicos existentes no território nacional, incluindo os localizados no espaço marítimo nacional (artigo 1.º, n.º 1) e, então sim, revogou-se expressamente o Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de março.

Este diploma apresenta perante o artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, exatamente a mesma posição que o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, e fora por isso também dado como tacitamente revogado por este Conselho Consultivo no citado parecer relatado no processo n.º 72/2008 e votado em 16/1/2009.

Vindo o legislador determinar, só agora, a sua expressa revogação vem transmitir um sinal inequívoco de que, afinal, não o considerava revogado.

E se não considerava revogado o Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de março, também não considera revogado o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

A Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, vem afirmá-lo, sem margem para reservas, no artigo 1.º, n.º 4, dispondo o seguinte:

«As ocorrências de hidrocarbonetos são objeto de diploma próprio.»

Por outras palavras, as ocorrências de hidrocarbonetos continuam a ser reguladas pelo Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

Não é apenas futuro. É já, no presente, que as ocorrências de hidrocarbonetos são objeto de diploma próprio. Esse diploma não pode ser outro que não o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

Assim como os direitos de revelação e aproveitamento dos recursos geológicos e os contratos de prospeção e pesquisa continuaram a ser disciplinados pelo Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de março, e são-no hoje pela Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, a pesquisa e prospeção de hidrocarbonetos continuou, para além da entrada em vigor do CCP, a ser regulada pelo Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

Mais ainda. Recentemente, o Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março, veio transpor a Diretiva n.º 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013, relativa à segurança das operações ‘offshore’ de petróleo e gás.

Entre as disposições finais, vem fixar algumas medidas de efeito imediato para a segurança das operações ‘onshore’ que deixou de fora.

No artigo 35.º, n.º 4, determina-se precisamente o seguinte:

«A contagem do prazo de concessão que estiver a decorrer nos termos do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, suspende-se durante o período fixado pela AC para efeitos de realização do procedimento de consulta pública decorrente do previsto no artigo 16.º ou do procedimento de avaliação referido no número anterior.»

A referência circunscreve-se a concessões outorgadas e disciplinadas pelo Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril. Não se refere a concessões outorgadas por aplicação do CCP como sucederia, desde a sua entrada em vigor, se o legislador quisesse confirmar a revogação tácita operada por via do artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei preambular.

Acresce ainda o facto de o Decreto-Lei n.º 165/2013, de 16 de dezembro, ao reestruturar e redenominar a Entidade Gestora de Reservas Estratégicas de Produtos Petrolíferos, E. P. E., desde então, Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E. P. E., ter fixado entre as atribuições desta pessoa coletiva pública:

«Artigo 3.º

(Reestruturação e redenominação)

[...]

3 — A ENMC — Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E. P. E., (ENMC, EPE), na qualidade de entidade central de armazenagem nacional, mantém as atribuições em matéria de constituição, gestão e manutenção das reservas estratégicas de petróleo bruto e de produtos de petróleo e passa a prosseguir atribuições e a exercer competências respeitantes a:

a) [...]

b) *Prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de recursos petrolíferos, na aceção da alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, previstas no artigo 7.º da Portaria n.º 194/2013, de 28 de maio;*

c) [...]

4 — [...]

5 — [...].»

Ora, no artigo 7.º da Portaria n.º 194/2013, de 28 de maio⁵¹, cuidava-se das competências da Direção de Serviços de Recursos Hidrogeológicos, Geotérmicos e Petróleo, e justamente:

«3 — No domínio da prospeção e exploração de petróleo compet[ia] à DSRHGP:

[...]

d) *Proceder à atribuição, transmissão e extinção de direitos relativos à prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de petróleo;*

e) *Acompanhar a execução das licenças de avaliação prévia e dos contratos de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de petróleo;*

f) *Acompanhar a negociação com as empresas e propor as Minutas de Contrato tendo em vista a assinatura de contratos de atribuição de direitos do domínio público;*

g) *Acompanhar a execução e fiscalizar as atividades decorrentes dos contratos e o cumprimento das disposições legais e regulamentares em vigor aplicáveis ao setor dos recursos petrolíferos.*

[...].»

Tudo isto são sinais inequívocos de que o legislador interpretou autenticamente o disposto no artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, como não considerando tratadas no CCP as matérias reguladas no Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, de tal sorte que este diploma continuou e continua em vigor.

Ou se quisermos, numa outra perspetiva, procedeu-se à novação do ato legislativo, na expressão usada por MARK KIRKBY⁵², relativamente a fenómeno análogo, ocorrido com o artigo 31.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro⁵³.

3 — Contratos administrativos e licenças: da prospeção à exploração de petróleo em terra emersa ou no mar

O Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril⁵⁴, não surgiu propriamente como uma novidade na ordem jurídica portuguesa, mesmo atendo-nos ao que era considerado território metropolitano antes da independência das antigas províncias ultramarinas (1974/1975), onde, especialmente em Angola, a produção petrolífera era já ao tempo da administração portuguesa uma atividade com elevado peso económico.

Este diploma marcou uma nova geração de normas jurídicas sobre pesquisa, prospeção e exploração de petróleo, sempre no pressuposto de as jazidas de petróleo na plataforma continental, no leito e subsolo do mar territorial ou em áreas emersas do território nacional (onshore) fazerem parte do domínio público do Estado.

Em todo o caso, a primeira tomada de atenção às atividades de pesquisa, prospeção e aproveitamento de petróleo remonta aos anos 30 do século passado.

Assim, por portaria de 16 de julho de 1936, toda a área do continente da República fora declarada cativa para pesquisas de hidrocarbonetos e

substâncias betuminosas, com base no artigo 5.º do Decreto com força de Lei n.º 18 713, de 1 de agosto de 1930⁵⁵.

As pesquisas encontravam-se sob autorização do Governo e a exploração dos recursos seria outorgada por concessão.

Disponha-se na citada norma o que se transcreve:

«O Governo, ressalvando os direitos adquiridos, poderá declarar cativa qualquer área de terreno em que se tenha reconhecido, ou em que fundamentadamente se presuma, a existência de jazigos ou depósitos minerais que possam ser objeto de concessão.

§ 1.º Ouído o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, poderá o Governo autorizar pesquisas nas áreas cativas, ou conceder os depósitos ou jazigos evidenciados, mediante condições especiais, de conformidade com os interesses do Estado e da economia nacional.

§ 2.º Nas concessões feitas nos termos do parágrafo anterior, em virtude da presunção motivada por um dado trabalho científico, o Governo deverá consignar uma recompensa para o seu autor».

Numa perspetiva programática e ao mesmo tempo integrada com a importação, armazenamento e venda de combustíveis, a Lei n.º 1947, de 12 de fevereiro de 1937, incentivava o Governo a «promover o desenvolvimento das pesquisas e da exploração de jazigos de carvão, de petróleo e de rochas betuminosas que se encontrem no território do continente».

Previam-se concretas medidas públicas de fomento às empresas existentes ou a constituir para o efeito (Base XVIII):

«A) Conceder às empresas existentes ou que se constituam expressamente com os referidos objetivos:

- a) Prémios de exploração, bónus, isenções de direitos ou de contribuições;
- b) Auxílios financeiros diretos ou indiretos;
- c) Preferências para exploração de jazigos cujas concessões tenham caducado ou venham a caducar;
- d) Exclusivos de pesquisas, por tempo limitado, em áreas determinadas.

B) Promover, por conta do Estado, as pesquisas ou ensaios laboratoriais necessários e subvencionar os estudos ou ensaios feitos por particulares, segundo a orientação indicada ou aceite pelo Instituto Português de Combustíveis;

C) Criar, anexa ao Instituto Português de Combustíveis, uma fábrica-piloto para ensaios semi-industriais de hidrogenação direta das lignites portuguesas ou dos pré-alcatrões delas provenientes».

Com a Lei n.º 2 080, de 21 de março de 1956, admitiram-se as concessões além do mar territorial, no leito do mar e subsolo correspondente da plataforma continental, cujos recursos foram então confirmados como domínio público do Estado.

Estas atividades conheceriam desenvolvimento legislativo, primeiro, com o Decreto-Lei n.º 47 973, de 30 de setembro de 1967, depois, com o Decreto-Lei n.º 49 369, de 11 de novembro de 1969. Com o Decreto-Lei n.º 96/74, de 13 de março, iria cuidar-se da plataforma continental para além da batimétrica dos 200 m.

Uma nova geração de diplomas legislativos iniciou-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 543/74, de 16 de outubro. Retoma-se a preocupação com as zonas emersas. O diploma faz-se eco da recente crise petrolífera, numa altura em que tinham sido celebrados 11 contratos de concessão nos últimos 12 meses.

No preâmbulo admitia-se o seguinte:

«A concessão de direitos de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de petróleo na área emersa do território do continente encontra-se sujeita a um regime que, onde não se revela desatualizado, mostra-se indefinido».

O procedimento de adjudicação teria início por concurso público ou simplesmente por negociações particulares (artigo 1.º, n.º 1).

Este último procedimento correspondia a uma forma de progressivo ajustamento entre as partes dos termos do contrato (artigo 6.º).

Expressamente determinava-se que o contrato de concessão não constituía título suficiente para todas as atividades.

O concessionário teria de obter licença do proprietário dos solos (artigo 25.º), das autarquias locais ou institutos públicos em terrenos dos respetivos domínios (artigo 26.º), assim como do próprio Estado (artigo 27.º).

Se o concessionário ficava investido em vários poderes públicos, inclusivamente de expropriação por utilidade pública (artigo 36.º), por outro lado, sujeitava-se a responder civilmente «pelo risco próprio da sua atividade quanto aos prejuízos causados a terceiros e relativamente

aos danos produzidos em recursos naturais de qualquer espécie» (artigo 80.º).

Estipulavam-se as seguintes condições de qualificação:

«Artigo 5.º

(Condições do concurso público)

1 — Nos concursos públicos, além das condições que podem ser fixadas em cada caso, será sempre exigido de cada concorrente:

- a) Programa mínimo de trabalhos, com estimativa dos respetivos custos, para um período de quatro anos;
- b) Declaração dos benefícios oferecidos ao Estado para além das condições fixadas para o concurso;
- c) Elementos comprovativos da respetiva capacidade técnica e financeira;
- d) Se for estrangeiro, declaração de renúncia a qualquer foro especial e submissão ao que se acha prescrito na legislação portuguesa em tudo o que respeitar à sua atividade como concessionário;
- e) Documento comprovativo de ter depositado na Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência a quantia de 50 000\$00, acrescida de 500\$ por cada bloco das áreas a que se referir o concurso.

2 — O depósito [...] tornar-se-á definitivo para o concorrente a quem for feita a adjudicação, revertendo então para o Estado».

Observava-se, pois, uma ampla margem de livre apreciação incumbida ao órgão adjudicante no que respeitava à prova da capacidade financeira.

Em menos de três anos, iria surgir o contrato administrativo de prestação de serviços de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de petróleo no subsolo da área emersa (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 168/77, de 23 de abril).

Ao contrário da concessão, aqui é o Estado a remunerar o adjudicatário, o qual assiste ao interesse público com os seus meios próprios e conhecimentos técnicos. A ser extraído petróleo, o Estado seria o seu único dono (artigo 2.º, n.º 4), ainda que pudesse remunerar o prestador por entrega de uma quota-parte da produção (artigo 7.º).

Em condições que hoje repugnariam à ordem jurídica da União Europeia, estabelecia-se na escolha do cocontratante um princípio de preferência pela indústria nacional (artigo 11.º).

Por via do Decreto-Lei n.º 245/82, de 22 de junho, o ato administrativo de licenciamento era regulado apenas para prospeção. Pretendia-se simplesmente recolher conhecimentos técnicos, por meio de levantamentos magnéticos, gravimétricos ou sísmicos, por medições radiométricas ou fluxos de calor, por colheita de amostras do leito do mar e por levantamentos geoquímicos até 25 metros abaixo do leito marinho (artigo 1.º, n.º 1).

Uma alteração profunda que traria consigo o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, foi a de condensar num só contrato administrativo a concessão para todas as fases de atividade: desde a prospeção à produção de petróleo.

Com efeito, o regime imediatamente antecedente — vertido no Decreto-Lei n.º 141/90, de 2 de maio — ainda previa o deferimento de licenças para prospeção, pesquisa e avaliação. Apenas se outorgava um contrato de concessão no pressuposto da descoberta comercial de petróleo.

Entre um modelo e outro, ressalta o reforço das garantias de concorrência, transparência e não discriminação — todas, por seu turno, favoráveis ao interesse público — perante o primado do concurso acolhido no Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, sem prejuízo de conservar, além da concessão, a figura da simples licença de avaliação prévia (artigo 6.º, n.º 2), a permitir um uso privativo «para a realização de estudos de avaliação prévia da documentação existente relativa a essas áreas» (artigo 9.º), ou seja, «o processamento da informação disponível nos arquivos [...] e a colheita de amostras de superfície e de sondagem existentes para a realização de análises e outros estudos conducentes a um melhor conhecimento do potencial petrolífero da área licenciada» (artigo 24.º, n.º 1).

O Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, de algum modo, antecipava a transposição da Diretiva n.º 94/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 1994⁵⁶.

4 — O regime do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril: prova das qualificações

Para a consulta, releva em especial o disposto no artigo 11.º e que, por isso, transcreve-se integralmente:

«Artigo 11.º

(Requisitos da candidatura)

1 — Serão admitidas a concurso entidades que façam prova de idoneidade técnica e económico-financeira para o exercício das atividades do âmbito de aplicação deste diploma.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, são consideradas entidades as sociedades comerciais, os agrupamentos complementares de empresas (ACE) e os agrupamentos europeus de interesse económico (AEIE).

3 — A prova far-se-á através da apresentação de declarações bancárias apropriadas, dos balanços das empresas concorrentes referentes aos últimos três anos de atividade, dos elementos sobre a experiência anterior no âmbito da prospeção, pesquisa e produção de petróleo e de quaisquer outros elementos que o concorrente considere relevantes para valorização da sua candidatura.

4 — Para além dos requisitos indicados nos números anteriores, serão sempre exigíveis aos candidatos:

- Certidão comprovativa da existência legal;
- Programa de trabalhos proposto e estimativa dos respetivos custos e das fontes de financiamento;
- Prestação de caução provisória referida no artigo 74.º).

O procedimento administrativo sob consulta não constituiu um concurso, nem tinha de o ser.

Partiu de uma iniciativa exógena à administração pública, considerando que o *onshore* da Bacia Algarvia foi declarado disponível a título permanente⁵⁷ e seguiu o procedimento da negociação direta, prevista no artigo 8.º, n.º 2:

«Podem ser atribuídas concessões por negociação direta com entidades interessadas mas apenas relativamente a áreas:

- Previamente declaradas disponíveis numa base permanente;
- Objeto de concurso público anterior de que não tenha resultado a atribuição de uma concessão;
- Restituídas por concessionárias;
- Contíguas às de uma concessão em vigor; se a anexação dessas áreas à referida concessão se justificar por razões de ordem técnica ou económica».

Todavia, o disposto no artigo 11.º aplica-se ao procedimento de negociação direta (*ex vi* do artigo 17.º, n.º 2), motivo por que na sociedade comercial interessada recai o ónus de fazer prova da sua idoneidade técnica e económico-financeira (artigo 11.º, n.º 1), por meio da apresentação dos elementos seguintes (artigo 11.º, n.º 3):

- declarações bancárias apropriadas;
- balanços referentes aos últimos três anos de atividade;
- elementos sobre a experiência anterior no âmbito da prospeção, pesquisa e produção de petróleo, e
- outros considerados relevantes para valorizar a candidatura.

Acresce, de acordo com o disposto no n.º 4, o que seguidamente se transcreve:

«Para além dos requisitos indicados nos números anteriores, serão sempre exigíveis aos candidatos:

- Certidão comprovativa da existência legal;
- Programa de trabalhos proposto e estimativa dos respetivos custos e das fontes de financiamento;
- Prestação de caução provisória referida no artigo 74.º).

Apenas a prestação de caução provisória não tem lugar nos procedimentos de negociação direta (artigo 17.º, n.º 2).

No termo da negociação bilateral, é formulada uma proposta contratual a ser apresentada ao competente membro do Governo, nos 15 dias imediatamente subsequentes (artigo 17.º, n.º 4).

Por último, dispõe-se no artigo 17.º, n.º 5, que:

«Proferido o despacho de aprovação e consequente atribuição da concessão, a outorga do respetivo contrato faz-se nos termos do disposto nos artigos 20.º e 21.º».

No caso concreto, o despacho de aprovação e atribuição das concessões traduziu-se no ato de 19/6/2015.

Só depois se articula a minuta do contrato, «de acordo com as bases contratuais a que se refere o artigo 18.º⁵⁸ e com as cláusulas negociais acordadas, se for o caso» (artigo 20.º, n.º 1).

Em conformidade com o disposto no artigo 20.º, n.º 4 e 5, à rubrica da minuta segue-se a aprovação ministerial, o que terá ocorrido em 9/9/2015, e só finalmente se outorga o contrato de concessão, em ato público (artigo 21.º) como sucedeu em 25/9/2015.

De acordo com o pedido de parecer e com os elementos documentais que o acompanham, terá sido preterida a apresentação dos balanços relativos aos últimos três anos de atividade da concessionária, em desconformidade com o artigo 11.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

Uma análise cuidada desta disposição no contraponto com a disposição imediatamente subsequente (n.º 4) faz ressaltar uma diferença que embora subtil não deixa de possuir um peso hermenêutico substancial.

No n.º 4, determina-se que além dos requisitos indicados nos números anteriores, designadamente o da apresentação dos balanços referentes aos últimos três anos de atividade, há outros três requisitos que «serão sempre exigíveis aos candidatos».

Se estes — que se apresentam como requisitos de habilitação — têm de ser exigidos *sempre*, e sem prejuízo dos requisitos de habilitação previstos nos artigos 81.º a 87.º do CCP⁵⁹ os anteriores, *a contrario*, podem ser dispensados.

A diferença literal entre um e o outro corpo de requisitos revela a diferença entre discricionariedade e vinculação.

O poder discricionário, embora em casos isolados, pode simplesmente deduzir-se «de uma interpretação sistemática do contexto global da regulação», como assinala HARTMUT MAURER⁶⁰, mas nem por isso é menos considerado.

Na concisa lição de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, a discricionariedade administrativa conhece várias extensões:

«A discricionariedade consiste, pois, na liberdade conferida pela lei a um órgão administrativo para que este escolha, de entre uma série limitada ou ilimitada de comportamentos possíveis, aquele que lhe pareça em concreto mais adequado à satisfação da necessidade pública específica prevista nessa lei.

Quando se diz que a escolha deve recair numa série limitada de comportamentos quer-se significar que nuns casos é o legislador que determina quais as opções possíveis, enquanto noutros o órgão administrativo pode optar por qualquer uma de entre todas as que se mostrem teoricamente adequáveis⁶¹».

O órgão competente pode considerar que os requisitos de aptidão financeira da sociedade ou do agrupamento interessados sejam dados a revelar por outros meios (artigo 11.º, n.º 2 e n.º 3) desde que se prossiga o fim em vista que a norma jurídica implicitamente consagra: conhecer o melhor possível as jazidas de hidrocarbonetos na parcela territorial delimitada.

Trata-se, neste caso, de um *poder discricionário de dispensa*.

O que não se pode é abrir mão da apresentação de um programa de trabalhos, de uma estimativa de custos ou do conhecimento das fontes de financiamento, pois aqui o órgão encontra-se vinculado *sempre* (artigo 11.º, n.º 4).

Não é de estranhar que a lei confira ao órgão este poder discricionário se tivermos presente que as concessões têm sempre um interesse público subjacente, mais intensamente nas concessões de exploração do que nas de simples uso privativo de bens do domínio público⁶².

Se ponderarmos a hipótese de um agrupamento acabado de constituir, embora reunindo empresas incontroladamente instaladas no mercado, e que não deixam dúvidas acerca da sua aptidão, a candidatura teria de ser deixada de fora por não haver balanços do agrupamento relativos aos três últimos anos.

Há mesmo quem alvitre que em futura revisão do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, importaria distinguir, como que em comandada, entidades operadoras e entidades financeiras com diferentes tipos de qualificações:

«O processo de concurso estabelecido para a atribuição de concessões destina-se a selecionar empresas que tenham a capacidade técnica para realizar as atividades de pesquisa e produção, comumente designadas de “operador”. Assim é que o artigo 11.º, n.º 1, exige que as entidades admitidas a concurso façam prova da sua idoneidade “técnica e económico-financeira”. Sucede, porém, que poderá haver interesse em fazer participar numa determinada concessão empresas que não tenham capacidade operacional, como é o caso de entidades meramente financeiras. Nesse caso, justificar-se-ia criar dois procedimentos de concurso que poderiam ter lugar de forma sequencial: o primeiro destinado a escolher a entidade operadora e o segundo para selecionar entidades não-operadoras⁶³».

O certo é que no exercício de um poder discricionário e sem aparentes vícios próprios ou derivados, o órgão competente entendeu dispensar a apresentação de alguns elementos no procedimento de negociação direta.

A ter-se tratado de um concurso, teria de admitir a todos por igual que se abstivessem de apresentar o balanço dos últimos três anos de atividade, mas no caso concreto encontramos-nos diante de um procedimento adjudicatório de iniciativa externa à administração pública, a partir de uma única manifestação de interesse. O procedimento designado negociação direta.

5 — Da pluralidade de interessados na mesma área declarada disponível

É ainda perguntado a este corpo consultivo se, uma vez havendo notícia de outros interessados, podiam ter sido adjudicadas por negociação direta as concessões sob análise.

Não nos são fornecidos elementos que permitam identificar outras manifestações de interesse para as mesmas áreas para ajuizar sobre a constituição de um verdadeiro interesse legalmente protegido.

Na hipótese de tais interesses não terem passado de conjeturas ou de simples declarações de intenções, nunca tendo tomado a forma própria de uma manifestação de interesse a proteção que a ordem jurídica lhes confere é diminuta.

Retomemos o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril:

«Artigo 8.º

Atribuição de concessões

1 — A abertura de concurso público para atribuição de uma ou mais concessões poderá ter lugar a todo o tempo, por iniciativa do Governo, através do ministro da tutela ou quando for apresentada qualquer candidatura para o exercício de atividades em determinada área, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 — Podem ser atribuídas concessões por negociação direta com entidades interessadas mas apenas relativamente a áreas:

- a) Previamente declaradas disponíveis numa base permanente;
- b) Objeto de concurso público anterior de que não tenha resultado a atribuição de uma concessão;
- c) Restituídas por concessionárias;
- d) Contíguas às de uma concessão em vigor, se a anexação dessas áreas à referida concessão se justificar por razões de ordem técnica ou económica.

3 — Na situação referida na alínea d) do número anterior, havendo mais de uma concessão contígua nas condições indicadas será aberto concurso, limitado às concessionárias confinantes com a área em questão».

Na verdade, estas áreas encontravam-se previamente disponíveis numa base permanente, preenchendo o requisito do artigo 8.º, n.º 2, alínea a).

De acordo com o artigo 17.º, n.º 1, a iniciativa de manifestação de interesse constitui um verdadeiro e próprio requerimento a apresentar nos termos do artigo 11.º, em termos análogos aos do requerimento de candidatura a um concurso público.

Todavia, o único caso em que se descortina um verdadeiro e próprio dever de abrir um concurso é o do artigo 8.º, n.º 3, o que pressupõe uma pluralidade de manifestações de interesse em relação a uma determinada área por parte de concessionários de áreas contíguas, sendo que, nesse caso, o concurso é limitado aos titulares deste direito de preferência legal.

Diversamente, o Decreto-Lei n.º 141/90, de 2 de maio, dispunha que em face de um requerimento para licença de pesquisa — e na falta de áreas em disponibilidade permanente — as autoridades fariam «publicar anúncio no *Diário da República* e em revista ou jornal estrangeiro da especialidade, nele indicando a legislação aplicável e identificando uma área dentro da qual se inscreve a área ou áreas pretendidas» (artigo 17.º). Seguir-se-ia um prazo de 45 dias para a receção de outras manifestações de interesse (artigo 18.º).

Este regime jurídico foi, no entanto, globalmente revogado (artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril), não havendo razão alguma para considerar que os citados artigos 17.º e 18.º tenham subsistido.

6 — Da salvaguarda de solos e outros recursos naturais classificados na RAN ou na REN.

Este anterior regime jurídico — Decreto-Lei n.º 141/90, de 2 de maio — também previa expressamente (artigo 84.º, n.º 1) um princípio de relatividade da concessão, deixando bem claro que a aprovação

dos projetos, designadamente de pesquisa e sondagem «não dispensa o licenciado ou o concessionário de requerer as demais autorizações, aprovações ou licenças legalmente exigíveis».

Cremos porém que não é por faltar norma idêntica ao Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, que o mesmo princípio deixa de valer.

É que se o princípio resulta da própria natureza, objeto e conteúdo da concessão, assim como da esfera de proteção das normas que regulam a sua atribuição, por outro lado, é corolário do princípio da competência.

O conteúdo do ato ou contrato de utilização privativa é, segundo o artigo 28.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, um conjunto de «poderes exclusivos de fruição de bens do domínio público». Nem menos, mas nem mais do que isso.

A fruição permitida pela concessão remove o impedimento geral que recai sobre a exploração ou o uso privativo de um certo bem do domínio público ou de uma sua parcela e constitui no concessionário um direito exclusivo do seu aproveitamento, mas segundo as prescrições legais, regulamentares e contratuais em que esse direito pode ser exercido.

Observava MARCELLO CAETANO, ao comparar as concessões de exploração de bens do domínio público e as concessões «de mera utilização da coisa pública⁶⁴» que estas «não envolvem transferência de poderes públicos: são simples permissões de uso, dadas pela administração do domínio mediante o pagamento de taxas e nas condições estabelecidas por lei ou especialmente clausuladas⁶⁵».

E, no fundo, é isso que, embora de modo menos claro se dispõe no artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril:

«Em qualquer caso, a atribuição de direitos relativos às atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo só pode ser feita com salvaguarda dos interesses nacionais em matéria de defesa, de ambiente, de navegação e de investigação, de gestão e de preservação dos recursos do mar».

A salvaguarda de tais interesses nacionais, como por exemplo os da Reserva Ecológica Nacional, há de começar pelo cumprimento das prescrições legais e regulamentares que obrigam à obtenção de licenças, autorizações ou aprovações, de acordo com as respetivas esferas de proteção e segundo as pertinentes normas de competência.

E conquanto se determine apenas a audição das entidades setoriais competentes, no n.º 4 do artigo 7.º, essa audição processa-se «nos termos da legislação específica aplicável», o que significa que se for esse o caso, com base na lei, as atividades concessionadas podem ser impedidas por outras autoridades públicas, através do embargo ou de outras medidas de polícia administrativa.

E se alguma dúvida restasse, recordemos que os contratos no artigo 1.º, n.º 2, deixaram inequivocamente estipulado que recai sobre a concessionária o ônus de conformar-se com todas as restrições de interesse público e servidões administrativas que condicionem o aproveitamento dos solos e recursos naturais das áreas concessionadas.

a) Da Reserva Agrícola Nacional

Começemos por uma das hipóteses aventadas no pedido de consulta, segundo a qual, parte da área concessionada encontra-se classificada na Reserva Agrícola Nacional.

A Reserva Agrícola Nacional tem hoje o seu regime jurídico enunciado no Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de março⁶⁶, onde surge qualificada, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, como:

«[U]ma restrição de utilidade pública, à qual se aplica um regime territorial especial, que estabelece um conjunto de condicionamentos à utilização não agrícola do solo, identificando quais as permitidas tendo em conta os objetivos do presente regime nos vários tipos de terras e solos».

Trata-se de selecionar e proteger os solos com melhores aptidões agrícolas, a nível nacional. Nem todos os solos de uso agrícola, em cada município, são classificados na RAN⁶⁷, pois nem todos apresentam as mesmas qualidades, nos termos do artigo 7.º.

Os usos não agrícolas proibidos obedecem a uma tipologia aberta, segundo o critério enunciado no corpo do artigo 21.º:

«São interditas todas as ações que diminuam ou destruam as potencialidades para o exercício da atividade agrícola das terras e solos da RAN, tais como [...]».

É bastante provável que as atividades de sondagem e pesquisa de hidrocarbonetos tenham um destes resultados e que se subsumam a um dos enunciados exemplificativos:

«d) Intervenções ou utilizações que provoquem a degradação do solo, nomeadamente erosão, compactação, desprendimento de terras,

encharcamento, inundações, excesso de salinidade, poluição e outros efeitos perniciosos».

Contudo, no artigo 22.º, admitem-se algumas utilizações não agrícolas se e na medida em que sejam preenchidos determinados requisitos.

Uma das exceções é justamente a prospeção geológica e hidrogeológica, assim como a exploração de recursos geológicos (artigo 22.º, n.º 1, alínea e), observadas as seguintes condições:

— Não causarem grave prejuízo aos objetivos da própria RAN (artigo 4.º),

— Não haver alternativa viável fora das terras classificadas, do ponto de vista técnico, ambiental, económico e cultural,

— Ser respeitada a legislação específica, «nomeadamente no tocante aos planos de recuperação»⁶⁸.

A verificação destes pressupostos, segundo a margem autónoma de apreciação que encerra, a título de prognose, compete à Entidade Regional da RAN que dispõe de 20 dias para formular parecer (artigo 23.º, n.º 1).

Neste sentido, a aprovação dos planos de trabalhos pela ENMC, EPE, nos termos dos artigos 31.º e 32.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, deve ser precedida por parecer favorável da Entidade Regional da RAN ou de outro modo incorre em nulidade (artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de março).

Isto, a menos que as atividades concessionadas venham a ser reconhecidas como de excecional interesse público por despacho dos membros do Governo com atribuições na agricultura e, neste caso, na energia. O reconhecimento tem de ser fundamentado de modo a explicar por que motivo as atividades não podem senão ser empreendidas em terras da RAN (artigo 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de março).

b) Da Reserva Ecológica Nacional

De par com outros regimes de proteção de áreas sensíveis por razões ambientais, designadamente das áreas protegidas ou da orla costeira, e de salvaguarda setorial de recursos naturais, como é o caso do domínio hídrico ou da Rede Natura 2000, a Reserva Ecológica Nacional⁶⁹ tem hoje um estatuto complementar⁷⁰, mas nem por isso despidendo.

Encontra-se vocacionada fundamentalmente para as áreas de proteção do litoral, para as áreas relevantes para a sustentabilidade do ciclo hidrológico e sobretudo para as áreas de prevenção de riscos naturais (v.g. zonas de cheia, terrenos declivosos).

Obedece ao Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de agosto, substancialmente modificado pelo Decreto-Lei n.º 239/2012, de 2 de novembro⁷¹, e à Portaria n.º 419/2012, de 20 de dezembro.

A REN é delimitada a nível municipal (artigo 9.º, n.º 1) e identificadas as manchas cartográficas respetivas nas plantas de condicionantes dos planos municipais ou intermunicipais (n.º 4).

No artigo 20.º estabelecem-se cinco categorias de usos e ações de iniciativa pública ou privada incompatíveis com a classificação, a saber:

a) Operações de loteamento;

b) Obras de urbanização, construção e ampliação;

c) Vias de comunicação

d) Escavações e aterros;

e) Destruição do revestimento vegetal, não incluindo as ações necessárias ao normal e regular desenvolvimento das operações culturais de aproveitamento agrícola do solo e das operações correntes de condução e exploração dos espaços florestais.

A incompatibilidade não é porém absoluta. Os referidos usos podem ser viabilizados:

— Por alteração da concreta delimitação da REN e que determine a exclusão de uma ou várias parcelas (artigos 16.º e 17.º);

— Por serem compatíveis «com os objetivos de proteção ecológica e ambiental e de prevenção e redução de riscos naturais de áreas integradas na REN» (artigo 20.º, n.º 2) desde que preencham todos os seguintes pressupostos:

(i) Não serem em causa as funções das respetivas áreas, nos termos do anexo I (artigo 20.º, n.º 3, alínea a));

(ii) Encontrarem-se isentos de todo e qualquer controlo prévio ou apenas sujeitos a mera comunicação prévia, nos termos do anexo II (artigo 20.º, n.º 3, alínea b)).

— Por não ser rejeitada expressamente a comunicação prévia, dentro do prazo previsto no artigo 22.º, n.º 6.

— Por serem reconhecidos como de relevante interesse público pelo Governo, «desde que não se possam realizar de forma adequada em área não integrada na REN» (artigo 21.º, n.º 1).

A invalidade que resulta da violação de normas de proteção e promoção da REN mostra-se particularmente severa:

«Artigo 27.º

Invalidade dos atos e responsabilidade civil

1 — São nulos os atos administrativos praticados em violação do disposto no presente capítulo⁷² ou que permitam a realização de ações em desconformidade com os fins que determinaram a exclusão das áreas da REN.

2 — [...]

3 — [...]

4 — [...]

No Anexo II, a Secção VI (Prospeção e exploração de recursos geológicos) oferece, de relevante:

— A abertura de sanjas (valas abertas para permitir a execução da parte geotécnica dos projetos de prospeção direta),

— As sondagens mecânicas e outras ações de prospeção e pesquisa geológica de âmbito localizado e

— As novas explorações ou ampliação das existentes.

Se nos detivermos na abertura de sanjas ou valas, teremos de distinguir as comuns e aquelas que possuam extensão superior a 30 m ou profundidade superior a seis metros e largura de base superior a um metro, para assinalar que a incompatibilidade é, nesses casos, praticamente total.

Assim apenas se admitem sob comunicação prévia e contanto que se localizem em áreas da REN classificadas estritamente para prevenção de riscos naturais, com exceção das áreas de instabilidade de vertentes.

Localizando-se em outras áreas da REN só o reconhecimento de um relevante interesse público permite a execução.

A comunicação prévia deve ser instruída com parecer favorável da Agência Portuguesa do Ambiente (APA), IP, sempre que situadas as operações em:

— Área estratégica de proteção e recarga de aquíferos;

— Área de elevado risco de erosão hídrica do solo;

— Zona adjacente ou ameaçada por cheias ou pelo mar.

As primeiras, de menor impacto, admitem-se também nas áreas classificadas por razões de sustentabilidade do ciclo da água com exceção dos leitos de lagoas, lagos e albufeiras.

Em outras áreas da REN, só o reconhecimento de um relevante interesse público permite a execução.

Requerem parecer favorável da APA, IP, nas seguintes hipóteses de localização:

— Faixa marítima de proteção costeira;

— Faixa de proteção às águas de transição, fora da margem;

— Leitos e margens dos cursos de água;

— Faixa de proteção de lagos e lagoas;

— Faixa de proteção de albufeiras;

— Áreas de elevado risco de erosão hídrica do solo;

— Zonas adjacentes ou ameaçadas por cheias ou pelo mar.

Já por seu turno, as sondagens mecânicas parecem conviver melhor com a REN.

Absolutamente interditas são apenas as que tiverem lugar: nas praias, nas barreiras detriticas⁷³, em sapais, nas arribas e suas faixas de proteção, nas dunas costeiras e outras não fósseis, nos leitos de lagoas, lagos e albufeiras e, por fim, nas áreas de instabilidade e de vertentes.

Obrigam a prévio parecer favorável da APA, IP, no caso de a localização qualificar-se como:

— Faixa de proteção às águas de transição, fora da margem;

— Leitos e margens dos cursos de água;

— Áreas estratégicas de proteção e recarga de aquíferos;

— Áreas de elevado risco de erosão hídrica do solo;

— Zonas adjacentes ou ameaçadas por cheias ou pelo mar.

Por fim, as novas explorações são fortemente restringidas nas áreas classificadas da REN por razões de proteção do litoral ou de sustentabilidade do ciclo da água.

Mediante comunicação prévia, podem ser permitidas em águas de transição e leitos, margens e faixas de proteção, nos leitos e margens de cursos de água.

Já no que toca a áreas classificadas em razão de riscos naturais e sua prevenção, só as áreas de instabilidade e de vertentes constituem impedimento dirimente.

O parecer favorável da APA, IP, é requisito prévio, nos casos seguintes:

— Faixas de proteção às águas de transição, fora da margem;

— Leitos e margens dos cursos de água;

- Áreas de elevado risco de erosão hídrica do solo;
- Zonas adjacentes ou ameaçadas por cheias ou pelo mar.

Em todo o caso, as ações encontram-se sempre limitadas pelos condicionamentos definidos na Portaria n.º 419/2012, de 20 de dezembro, importando fazer notar que também os caminhos de apoio exteriores à área licenciada ou concessionada não podem ter mais de seis metros de largo, têm de usar pavimento permeável ou semipermeável, adotar um traçado conforme à topografia sem aterros nem escavações relevantes, terão de respeitar a drenagem natural do terreno e garantir o enquadramento ambiental e paisagístico⁷⁴.

De acordo com o mesmo regulamento, impõe-se para qualquer uma destas utilizações assegurar a livre circulação de águas se porventura se situarem «em zonas adjacentes ou em zonas ameaçadas pelas cheias e pelo mar» (artigo 3.º).

Diante deste contexto legislativo e regulamentar e sem dispormos de elementos que nos permitam confirmar se as áreas concessionadas à Portfuel, L.^{da}, compreendem alguma área classificada na REN, seja pelos planos diretores municipais de Aljezur e de Tavira, seja por planos especiais de ordenamento do território que permaneçam diretamente aplicáveis⁷⁵, somos de parecer que a validade dos contratos não se encontra comprometida.

Só a execução dos contratos de concessão e os concretos locais onde se preveja que venham a ser executadas operações condicionadas pelo regime da REN permitem aferir do cumprimento do disposto nos artigos 20.º a 27.º do Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de agosto, na sua atual redação.

Não são os contratos de concessão nem a sua formação a submeterem-se ao regime jurídico da REN, mas sim as concretas ações ou usos incompatíveis com as áreas classificadas.

De resto, o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, determina que as operações a empreender sejam previamente controladas pela ENMC, e é esse o momento próprio para submeter a autorização ou protestar comunicação prévia de ações ou usos que possam ter lugar em áreas da REN e que se mostrem incompatíveis.

Em cada ano, a concessionária tem o ónus de apresentar o plano anual de trabalhos, nos termos do artigo 31.º:

«Artigo 31.º

Apresentação dos planos anuais de trabalhos

1 — Os trabalhos a que se refere o artigo anterior⁷⁶ constarão de um plano anual, devidamente pormenorizado e orçamentado, a apresentar na [ENMC, EPE] até ao final do mês de outubro do ano anterior àquele a que respeitam.

2 — O primeiro plano anual de trabalhos deverá ser apresentado dentro do prazo de 60 dias a contar da data da assinatura do contrato de concessão.

3 — Caso o contrato de concessão seja outorgado durante o 2.º semestre do ano, o plano anual deverá incluir os trabalhos a executar na restante parte desse ano e no ano imediato».

A apreciação dá lugar a um ato administrativo de aprovação do plano ou sua recusa:

«Artigo 32.º

Apreciação dos planos anuais de trabalhos

1 — O plano anual de trabalhos será apreciado pel[a ENMC, EPE], que só poderá recusar a sua aprovação no caso de desrespeito pelo disposto na lei ou no contrato de concessão.

2 — Em caso de recusa da totalidade ou de parte do plano anual, deverá [a ENMC, EPE] comunicar o facto à concessionária, indicando os respetivos fundamentos, dentro do prazo de 15 dias após a data da sua receção.

3 — Verificando-se a recusa referida no número anterior, a concessionária deverá elaborar novo plano, ou retificar o anterior, submetendo-o [à ENMC, EPE] no prazo de 30 dias após a data da comunicação da recusa.

4 — Não havendo recusa do plano dentro do prazo referido no n.º 2, o plano considera-se tacitamente aprovado.

5 — A concessionária poderá apresentar aditamentos ao plano anual de trabalhos, desde que tecnicamente justificados e mediante prévia comunicação [à ENMC, EPE], para efeitos de aprovação, nos termos do disposto nos números anteriores».

A eventualidade de a aprovação resultar de deferimento tácito em nada diminui a sua invalidade, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 27.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de agosto.

Acresce uma ulterior fase de controlo para os concretos e individuais trabalhos de campo, nos termos do artigo 33.º:

«Artigo 33.º

Projetos de trabalhos de campo

1 — Para os efeitos previstos neste diploma, consideram-se trabalhos de campo os efetuados no terreno, relativos a levantamentos geológicos e geofísicos de qualquer espécie, as sondagens de pesquisa, assim como a colheita de amostras para estudo.

2 — Nenhum trabalho de campo de prospeção ou de pesquisa constante do plano anual de trabalhos pode ser iniciado sem prévia apresentação [à ENMC, EPE], do respetivo projeto.

3 — Os projetos previstos no número anterior deverão ser apresentados n[a ENMC, EPE], com antecedência não inferior a 30 dias relativamente ao início dos respetivos trabalhos.

4 — A [ENMC, EPE] dará conhecimento à concessionária das instruções técnicas que entender pertinentes, relativamente aos projetos de trabalhos a que se refere este artigo».

Temos a concluir, em síntese, que é na aprovação dos planos anuais de trabalhos e dos projetos de trabalhos de campo que deve ter lugar a verificação administrativa da conformidade com as restrições de interesse público identificadas como RAN e como REN.

Note-se, de resto, que segundo o estipulado em ambos os contratos, só no quarto ano de vigência das concessões é que se preveem as primeiras sondagens de pesquisa.

Até lá, as operações a praticar estimam-se de diminuta relevância em termos ambientais:

«Artigo Segundo

(Prospeção e Pesquisa)

1 — Sem prejuízo da faculdade de renúncia a que se refere o artigo 63.º do DL 109/94, a Concessionária efetuará, durante o período inicial, pelo menos, os seguintes trabalhos de prospeção e pesquisa:

Primeiro ano: Consulta de dados geológicos/geofísicos, levantamento de dados e recolha de amostras e realização de estudos geológicos, com um investimento estimado de 30.000,00 € (trinta mil euros).

Segundo ano: Aquisição e interpretação de dados geofísicos (gravimétricos e/ou magnéticos) e geológicos (geoquímicos) com um investimento estimado de 75.000,00 € (setenta e cinco mil euros)

Terceiro ano: Aquisição e interpretação de dados sísmicos em alvos selecionados, com um investimento estimado de 150.000,00 € (cento e cinquenta mil euros)

Quarto ano: Execução de uma (1) sondagem de pesquisa, com um investimento estimado de 415.000,00 € (quatrocentos e quinze mil euros)[...].

Seguem-se outras sondagens: pelo menos, uma por ano, em cada concessão.

7 — Da avaliação do impacto ambiental

A atribuição das concessões sob apreciação encontra-se condicionada, nos termos dos contratos, pela avaliação de impacto ambiental de qualquer atividade que use métodos não convencionais, nomeadamente a fraturação hidráulica.

Importa saber se esta condição é suficiente para garantir a validade dos contratos administrativos outorgados.

Do ponto de vista da prognose técnico-científica, parece provável a necessidade de virem a ser empregues meios não convencionais, uma vez que são assinaladas formações do tipo “shale gas” e visto que «as áreas apresentam geologia complexa, onde não foram adquiridos dados sísmicos nem realizadas sondagens de pesquisa».

Questiona-se porém se antes da concessão deveria ter sido obtida declaração favorável de impacto ambiental, nos termos do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro⁷⁷, independentemente do uso, ou não, de métodos não convencionais pela concessionária.

Isto, porque, segundo o disposto no artigo 1.º, n.º 3, alínea b), ii), não são apenas os projetos enunciados no anexo I⁷⁸, como também os projetos tipificados no anexo II, desde que «se localizem parcial ou totalmente, em área sensível e sejam considerados, por decisão da autoridade de AIA, como suscetíveis de provocar impacte significativo no ambiente em função da sua localização, dimensão ou natureza, de acordo com os critérios estabelecidos no anexo III (.).».

Por sua vez, parte da zona sob uso privativo encontra-se em parque natural, o que faz dela uma zona sensível:

«Artigo 2.º

Conceitos

Para efeitos de aplicação do presente Decreto-Lei, entende-se por:

a) «Áreas sensíveis»,

i) Áreas protegidas, classificadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de julho; [...].»

No anexo II, deparámo-nos na redação originária apenas com a extração de petróleo, no §2.º, alínea b), e desde que superior a 300 t/dia, mas não a pesquisa e exploração. A extração de petróleo subsumia-se ainda à alínea e), se a área afetada fosse igual ou superior a 10 hectares.

Todavia, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 179/2015, de 27 de agosto, acrescentou ao §2.º, alínea b) do anexo II, em geral, a «sondagem de pesquisa e/ou extração de hidrocarbonetos por métodos não convencionais (incluindo fraturação hidráulica), e para as áreas sensíveis «todas as que não se encontrem abrangidas pelos limiares definidos para o caso geral», mas sob uma análise casuística.

Por seu turno, a alínea e) passou a incluir também uma disposição idêntica, tendo como principal critério de distinção o uso, ou não, de métodos convencionais.

Estas alterações, segundo se determina no artigo 4.º, «aplicam-se aos procedimentos pendentes à data da entrada em vigor do presente Decreto-Lei⁷⁹, sem prejuízo dos atos já praticados e da salvaguarda dos respetivos efeitos».

Ora, justamente fizera-se esta ponderação, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 179/2015, de 27 de agosto, impondo às minutas e depois aos contratos outorgados a condição de procedimento da avaliação do impacto ambiental, no caso de virem a ser usados métodos não convencionais.

Sem saber de antemão do uso de métodos não convencionais de sondagem e pesquisa de hidrocarbonetos, mas condicionando a execução e o cumprimento do contrato a uma condição adequada, não é possível reconhecer nos atos do procedimento adjudicatório violação do disposto no artigo 1.º, n.º 3, do Regime Jurídico da Avaliação do Impacto Ambiental.

De resto, no Código dos Contratos Públicos (CCP) apenas a empreitada de obras públicas se acha condicionada pela prestação de estudos ambientais, «incluindo a declaração de impacto ambiental, nos termos da legislação aplicável» (artigo 43.º, n.º 5, alínea c)) no procedimento de escolha, mais especificamente com o projeto de execução que há de fazer parte do caderno de encargos (artigo 43.º, n.º 1), sob cominação expressa de nulidade (artigo 43.º, n.º 8, alínea c)).

É que na empreitada há um projeto de execução. A avaliação do impacto ambiental incide num projeto, numa concreta iniciativa. Não numa eventualidade, numa conceção ou numa ideia a concretizar.

Ainda que possa estender-se aquele requisito à concessão de obras públicas⁸⁰, a mesma ordem de razão não vale para a concessão de uso privativo nem para a concessão da exploração de bens do domínio público.

O que se presta a maiores dúvidas é saber se a adjudicação não deveria ter sido precedida por avaliação ambiental estratégica que é própria «dos planos e programas no ambiente» (artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de junho⁸¹, na hipótese de o programa do concurso e o caderno de encargos deverem ser qualificados como planos ou programas a enquadrarem a «futura aprovação de projetos e que sejam qualificados como suscetíveis de ter efeitos significativos no ambiente» (artigo 3.º, n.º 1, alínea c⁸²)).

Esse enquadramento de futuros projetos, de acordo com o artigo 3.º, n.º 5, refere-se:

«[...] [a]os planos e programas que contenham disposições relevantes para a subsequente tomada de decisões de aprovação, nomeadamente respeitantes à sua necessidade, dimensão, localização, natureza ou condições de operação».

Acresce porém, e cumulativamente, um outro requisito: o de o projeto poder ou dever ser qualificado como suscetível de ter efeitos significativos no ambiente (artigo 3.º, n.º 1, alínea c)).

O Governo dispõe aqui de uma amplíssima margem de livre apreciação, não obstante os parâmetros para cujo teor remete o disposto no artigo 3.º,

n.º 6: os parâmetros descritos no anexo ao Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de junho:

«ANEXO

(a que se refere o n.º 6 do artigo 3.º)

Crítérios de determinação da probabilidade de efeitos significativos no ambiente:

1 — *Características dos planos e programas, tendo em conta, nomeadamente:*

a) *O grau em que o plano ou programa estabelece um quadro para os projetos e outras atividades no que respeita à localização, natureza, dimensão e condições de funcionamento ou pela afetação de recursos;*

b) *O grau em que o plano ou programa influencia outros planos ou programas, incluindo os inseridos numa hierarquia;*

c) *A pertinência do plano ou programa para a integração de considerações ambientais, em especial com vista a promover o desenvolvimento sustentável;*

d) *Os problemas ambientais pertinentes para o plano ou programa;*

e) *A pertinência do plano ou programa para a implementação da legislação em matéria de ambiente.*

2 — *Características dos impactes e da área suscetível de ser afetada, tendo em conta, nomeadamente:*

a) *A probabilidade, a duração, a frequência e a reversibilidade dos efeitos;*

b) *A natureza cumulativa dos efeitos;*

c) *A natureza transfronteiriça dos efeitos;*

d) *Os riscos para a saúde humana ou para o ambiente, designadamente devido a acidentes;*

e) *A dimensão e extensão espacial dos efeitos, em termos de área geográfica e dimensão da população suscetível de ser afetada;*

f) *O valor e a vulnerabilidade da área suscetível de ser afetada, devido a:*

i) *Características naturais específicas ou património cultural;*

ii) *Ultrapassagem das normas ou valores limite em matéria de qualidade ambiental;*

iii) *Utilização intensiva do solo;*

g) *Os efeitos sobre as áreas ou paisagens com estatuto protegido a nível nacional, comunitário ou internacional».*

Estes critérios deixam, cada um por si ou conjuntamente, uma elevadíssima margem de livre apreciação ao órgão competente e a que muito dificilmente pode ser apontado erro manifesto de apreciação, quando, como se viu, o próprio regime da avaliação do impacto ambiental desconsidera a generalidade das operações de sondagem e pesquisa de hidrocarbonetos por métodos convencionais de perfuração.

Por outro lado, seria forçado considerar as concessões como planos ou programas para esse efeito, uma vez que é o Estado a definir, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, «as áreas destinadas ao exercício das atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo e, de entre essas áreas, as consideradas disponíveis numa base permanente [...]».

Ao tê-lo feito, por meio do Aviso publicado em 21/7/1994, de certo modo aprovou-se um anteprograma, muito antes, no entanto, de a avaliação ambiental estratégica ter surgido na ordem jurídica portuguesa.

8 — Da localização parcial no perímetro do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina e em áreas da Rede Natura.

Não fica porém esgotada a relevância da localização de parte da área concessionada em área protegida e classificada como parque natural, a despeito de o pedido de consulta não identificar concretamente as parcelas, de modo a podermos aferir da intensidade das restrições e limitações aplicáveis em cumprimento do plano de ordenamento.

a) Do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina

De todo o modo, em geral, resultam condicionadas por força do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de julho⁸³, as atividades que possuam maior incidência ambiental:

«Artigo 23.º-B

Atividades condicionadas

1 — *Os programas especiais das áreas protegidas podem sujeitar a execução de determinadas ações, atos ou atividades a parecer prévio vinculativo ou autorização da autoridade nacional.*

2 — Salvo nos casos expressamente previstos nos programas especiais, o parecer da autoridade nacional não incide sobre o uso, a ocupação e a transformação do solo em matéria urbanística.

3 — O prazo para a emissão de autorizações e pareceres pela autoridade nacional, no âmbito da aplicação dos programas especiais, é de 30 dias, sem prejuízo do disposto no regime jurídico da urbanização e edificação.

4 — A ausência de autorização ou parecer no prazo fixado nos termos do número anterior equivale à emissão de autorização ou parecer favorável.

5 — Os pareceres ou autorizações da autoridade nacional caducam no prazo de dois anos, salvo quando integrados em procedimentos no âmbito dos regimes de controlo prévio de operações urbanísticas ou de regulamentação do exercício de atividades, caso em que prevalecem os prazos neles previstos.

6 — Quando sejam previsíveis impactes sobre o património natural, o programa especial das áreas protegidas pode fazer depender a prática de determinadas ações ou projetos de análise de incidências ambientais.

7 — Os programas especiais das áreas protegidas podem estabelecer que determinadas atividades, ações ou projetos por eles, em geral, não admitidos, possam ser autorizados pela autoridade nacional, devendo estabelecer expressamente os condicionalismos em que tal se pode verificar.

8 — A autorização a que se refere o número anterior está sempre condicionada à ausência de impactes negativos significativos em matéria de proteção e salvaguarda de recursos naturais».

É expressamente proibido, nas áreas protegidas, e constitui ilícito de mera ordenação social «o corte, extração, pesquisa ou exploração de recursos geológicos, nomeadamente de massas minerais e inertes» (artigo 43.º), mas não as operações de pesquisa de hidrocarbonetos.

O Plano de Ordenamento do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina foi aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 11-B/2011, de 4 de fevereiro⁸⁴.

As atividades de pesquisa e sondagem de petróleo não se inscrevem entre as atividades interditas (artigo 8.º) nem condicionadas sequer (artigo 9.º).

Todavia, há certas áreas do Parque Natural, onde uma especial vulnerabilidade ecológica justifica a proibição generalizada de atividades, como acontece com as áreas de proteção total (artigo 12.º). O simples acesso por terceiros é proibido (artigo 13.º).

Trata-se dos locais seguintes, de acordo com o artigo 12.º, n.º 2:

«[E]scarpa da ribeira do Torgal, as furnas da praia de Odeceixe, as áreas colonizadas pela espécie *Plantago almogravensis*, a sul da praia das Furnas e a arriba a nascente da Boca do Rio».

Temos, depois, as áreas de proteção parcial do tipo I (artigo 15.º), que, de acordo com o n.º 1:

«[I]ntegram áreas onde a ausência de perturbação é fundamental para a salvaguarda dos valores naturais e paisagísticos que suportam, compreendendo dunas primárias, dunas secundárias, plataformas litorais sobrelevadas, arribas e áreas adjacentes, onde ocorrem comunidades biológicas características de promontórios rochosos, bosques renaturalizados, as lagoas temporárias do Malhão, a ribeira do Torgal e zona adjacente, lagoas temporárias com ocorrência de crustáceos endémicos e pteridófilos raros (*Isoetes spp* e *Pilularia minuta*), a área de matos endémicos com *Cistus ladanifer ssp. Sulcatus* (= *Cistus palhinhae*) na Zambujeira do Mar e no Martinhal, bem como parte da área classificada como Reserva Biogenética da Ponta de Sagres».

Em qualquer um destes locais, a atividade de sondagem e pesquisa de petróleo não é permitida (artigo 15.º, n.º 1).

Em terceiro lugar, ocorrem as áreas de proteção parcial II, enunciadas no artigo 16.º, n.º 2:

«[O]s charcos, lagoachos e depressões temporariamente húmidas e respetiva faixa de proteção com uma largura mínima de 50 m, matos autóctones, montados, florestas mistas com montado, pinhal de Vale Santo, cursos de água e comunidades ripícolas arbustivas, arbóreas e herbáceas, cursos de água permanentes e praias e areais, de acordo com o cartografado na planta de síntese».

Também nestes locais a atividade de sondagem e pesquisa de petróleo mostra-se interdita (artigo 17.º, n.º 1).

Já para as áreas de proteção complementar do tipo I, deve entender-se que, sendo condicionada a parecer do Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas, IP, «a abertura de furos e poços com o objetivo de abastecimento de água a edificações isoladas» (artigo 19.º, n.º 1,

alínea f)), são por maioria de razão condicionados todos os demais furos, designadamente para sondagem de hidrocarbonetos.

E o mesmo vale para as áreas de proteção complementar do tipo II, de acordo com o artigo 21.º, n.º 1, alínea g).

Há ainda algumas áreas de intervenção específica, previstas no artigo 22.º, n.º 4, que se encontram no município de Aljezur, como a da Ribeira de Aljezur, as Arribas da Carrapateira, Vila Rosalinda, Espartal, Vale da Telha, Paisagem Oceano e parte do perímetro de rega do Mira.

Por fim, acrescem as áreas de proteção total, parcial e complementar nas zonas marinhas e fluviais enunciadas a partir do disposto nos artigos 63.º e seguintes.

Sem dispormos de elementos cartográficos acerca da coincidência com os lotes concessionados à Portfuel, L.^{da}, não é possível formular conclusões mais precisas.

b) Da Rede Natura 2000

Importa ainda saber se as operações nas áreas concessionadas brigam com áreas classificadas da Rede Natura 2000 — zonas especiais de conservação⁸⁵ ou zonas de proteção especial⁸⁶ — situação que obrigaria a um estudo de incidências ambientais, nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril⁸⁷.

Sob a referência PTCO012, encontra-se classificado o denominado Sítio Costa Sudoeste, nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 142/97, de 28 de agosto, abrangendo cerca de 49 % do território municipal de Aljezur e sobrepondo-se em perto de 2/3 à área do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina⁸⁸.

É caracterizada geologicamente, de acordo com o Plano Setorial para a Rede Natura 2000⁸⁹, nos termos seguintes:

«Área litoral de extraordinária qualidade paisagística e ecológica, com grande importância em termos de conservação. Litologicamente, esta região inclui um território silicioso, constituído por rochas sedimentares e metamórficas, das quais predominam os litossolos de xistos e grauvaques dispostos em bancadas alternantes e um território de arenitos dunares de génese particular muito raros em Portugal, aos quais está associado um elenco florístico de singular importância».

E como principais fatores de ameaça são-lhe vaticinados os seguintes:

“- Perturbação e degradação dos sistemas litorais, designadamente as dunas, os matos litorais e as falésias, causada por pisoteio excessivo e uso desregrado de veículos todo-o-terreno, por vezes com vandalismo associado; estas pressões sobre os sistemas litorais decorrem do desordenamento dos acessos ao litoral e têm tendência para aumentar, dada a procura continuada de pesqueiros, praias e percursos na natureza;

— Empobrecimento do mosaico agrícola e desaparecimento dos sistemas agrícolas extensivos associada à crescente intensificação agrícola, em particular na área do Aproveitamento Hidro-Agrícola do Mira; as ameaças específicas nesta área são o desaparecimento da rotação tradicional, degradação e destruição de lagoas temporárias e instalação de culturas de regadio.

Outros fatores de ameaça prendem-se com a ausência de regulamentação da pesca e da apanha de marisco e de isco vivo, a mortalidade de espécies da fauna associada a estruturas lineares (infraestruturas rodoviárias, linhas de transporte de energia) e parques eólicos, pressão turística e urbanística; exploração ilegal de areias; colheita de espécies vegetais ameaçadas e fogos florestais».

A mesma área coincide em boa parte com a Zona de Proteção Especial denominada Costa Sudoeste, sob a referência PTZPE0015, classificada pelo Decreto-Lei n.º 384-B/99, de 23 de setembro.

Esta compreende 43 % da superfície do município de Aljezur e surge destacada fundamentalmente pelo seguinte:

«[...] é reconhecida uma das áreas com maior importância para a conservação da avifauna, constituindo um importante corredor migratório para as aves planadoras, aves marinhas e passeriformes migradores transarianos. A diversidade que alberga (cerca de 230 espécies de presença regular e cerca de 40 de presença irregular ou accidental, incluindo dezenas de espécies migradoras de passagem), e as particularidades que algumas populações apresentam, conferem-lhe um valor inigualável no contexto da conservação das aves a nível nacional e internacional».

Uma vez mais, contudo, não é propriamente a validade da concessão que suscita reservas. O controlo da conformidade, designadamente com as atividades condicionadas, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril, há de efetuar-se quando da aprovação

dos planos anuais e dos projetos de trabalhos de campo a empreender, se ocorrerem nas áreas classificadas.

Podem assumir especial relevo para o caso concreto:

- As alterações à morfologia do solo (alínea d);
- A alteração do uso atual dos terrenos das zonas húmidas e marinhas, bem como da sua configuração e topografia (alínea e);
- A abertura de novas vias de comunicação (alínea g).

Se estas atividades não estiverem ainda incorporadas em plano territorial diretamente aplicável aos particulares, só podem ser praticadas com parecer favorável do Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas, IP, ou segundo diretrizes governamentais, pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional.

Acresce que a afetação indireta, por via das previstas operações de pesquisa e sondagem, que em princípio determinaria uma simples avaliação de incidências ambientais, dá lugar a uma avaliação do impacto ambiental, nos termos do artigo 10.º, n.º 2, em face da condição imposta com o despacho de 19/6/2015.

Como compensação, podem vir a ser definidas medidas complementares, nos termos do artigo 7.º, n.º 3, sejam planos de gestão ou instrumentos regulamentares ou contratuais.

Não deve impressionar demasiado que a incerteza e os encargos associados à conservação da natureza possam onerar apenas a concessionária.

É que foi esta a tomar a iniciativa, por sua espontânea vontade, ao manifestar o interesse nas concessões.

A assunção do risco é própria do concessionário, como resulta do artigo 413.º do CCP *ex vi* do artigo 408.º que manda aplicar subsidiariamente o regime comum das concessões de obras e serviços públicos à concessão de exploração de bens do domínio público⁹⁰, entendida esta como «o contrato administrativo pelo qual um particular se encarrega de gerir ou explorar um bem do domínio público⁹¹».

E, por maioria de razão, aplica-se à concessão do uso privativo, prevista nos artigos 27.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto⁹². Vejamos.

Na concessão da exploração de bens do domínio público há uma relação jurídica de colaboração entre o concessionário e a administração pública⁹³. Aquele, embora por sua conta e risco, atua como se fosse a própria administração⁹⁴. Na simples concessão do uso privativo, «o concessionário é um mero utente de um bem dominial gerido por uma entidade pública, continuando esta no exercício da sua atividade pública e o concessionário no desempenho da sua atividade privada⁹⁵».

9 — Da transposição da Diretiva n.º 2013/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013

Dá-se o caso, porém, de já depois de outorgados os contratos de concessão, ter sido publicado o referido Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março, o qual, pese embora estabeleça os requisitos mínimos para a prevenção dos acidentes graves nas operações *offshore* de petróleo e gás (artigo 1.º) contém algumas disposições relativas a zonas emersas, no seu artigo 35.º, e cuja pertinência para o objeto da consulta nos parece inequívoca:

«Artigo 35.º

Operações de sondagem onshore

1 — Até à entrada em vigor do regime jurídico da segurança das operações petrolíferas onshore, o disposto no n.º 1 do artigo 16.º e no artigo 17.º, bem como nos anexos I a VI ao presente Decreto-Lei é aplicável, com as necessárias adaptações, à realização de sondagens nesse espaço territorial.

2 — Para efeitos do número anterior, cabe à ENMC, E. P. E., exercer as competências da AC⁹⁶.

3 — Quando a realização de sondagens deva ser precedida de procedimento de avaliação de impacte ambiental ou de incidências ambientais nos termos do respetivo regime jurídico, o procedimento de consulta pública do artigo 16.º é substituído por aquele que for realizado no âmbito desta avaliação ambiental.

4 — A contagem do prazo de concessão que estiver a decorrer nos termos do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, suspende-se durante o período fixado pela AC para efeitos de realização do procedimento de consulta pública decorrente do previsto no artigo 16.º ou do procedimento de avaliação referido no número anterior»,

Este Decreto-Lei veio transpor a Diretiva n.º 2013/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013⁹⁷, e impõe vários deveres aos concessionários que levem a cabo sondagens de pesquisa e prospeção de petróleo, mesmo usando os meios convencionais de perfuração.

Assim, e por aplicação do artigo 16.º, n.º 1, terão de obter autorização para cada sondagem de pesquisa e publicitar a iniciativa.

Segue-se uma fase de participação pública cujos resultados serão ponderados pela ENMC, EPE.

Por seu turno, no artigo 17.º, estipulam-se múltiplos ónus que recaem sobre as concessionárias para instrução do requerimento de autorização:

«CAPÍTULO IV

Preparação e Execução das Operações Offshore de Petróleo e Gás

Artigo 17.º

Documentos a submeter

1 — Para a realização de operações de sondagens e de instalações de produção e de não-produção [...] de petróleo e gás, o operador deve submeter à [ENMC, EPE] a seguinte documentação:

a) Política da empresa relativa à prevenção dos acidentes graves que informe sobre os objetivos globais e disposições sobre o controlo do risco de acidentes graves, bem como a forma como esses objetivos são atingidos, devendo a respetiva documentação ser elaborada de acordo com o disposto nos anexos I e IV ao presente Decreto-Lei, do qual fazem parte integrante;

b) Sistema de gestão ambiental e de segurança aplicável à instalação, ou uma descrição adequada do mesmo, elaborado de acordo com o disposto nos anexos I e IV ao presente Decreto-Lei, que estabeleça os objetivos globais e disposições sobre o controlo do risco de acidentes graves, bem como a forma como esses objetivos são atingidos, devendo este sistema incluir uma descrição:

i) Das disposições organizacionais para o controlo dos riscos graves;

ii) Das disposições relativas à elaboração e submissão dos relatórios sobre riscos graves e de outros documentos, consoante o caso, nos termos do presente Decreto-Lei;

iii) Dos mecanismos de verificação independente estabelecidos nos termos da alínea seguinte;

c) Uma descrição do mecanismo de verificação independente, integrando as informações a que se refere o anexo I ao presente Decreto-Lei, e que respeite os critérios indicados no anexo V ao presente Decreto-Lei, do qual faz parte integrante, em relação:

i) Às instalações, para garantir que os elementos críticos para a segurança e o ambiente identificados na avaliação dos riscos da instalação, conforme descritos no relatório sobre riscos graves, são adequados, e que o calendário de exame e ensaio desses elementos críticos é também adequado, está atualizado e é executado como previsto;

ii) À notificação das operações de sondagem, para assegurar uma garantia independente de que a conceção e as medidas de controlo da sondagem são adequadas às condições previstas;

d) O plano interno de resposta a emergências ou uma descrição adequada do mesmo, nos termos dos artigos 21.º e 25.º, articulado com outras medidas relativas à proteção e ao salvamento do pessoal da instalação atingida;

e) Um relatório sobre riscos graves, que integre os elementos a que se referem as alíneas anteriores;

f) Qualquer outro documento pertinente solicitado pela [ENMC, EPE].

2 — A documentação a que se refere a alínea a) do número anterior, pode ser substituída por uma adequada descrição da mesma, desde que se assegure que a política é aplicada em todas as operações [...] de petróleo e gás, incluindo instalações fora da União Europeia, através da adoção de disposições adequadas em matéria de monitorização que assegure a eficácia da política e que contenha as informações a que se referem os anexos I e IV ao presente Decreto-Lei».

Daqui resulta, entre outros controlos, um mecanismo de verificação independente (anexo I, n.º 3, alínea m), e n.º 5) que tem de compreender, nomeadamente:

«i) Exames e testes dos elementos críticos para a segurança e o ambiente, realizados por verificadores competentes e independentes;

ii) Verificação da conceção, das normas, da certificação ou de outro sistema utilizado para garantir a conformidade dos elementos críticos para a segurança e o ambiente;

- iii) Exame dos trabalhos em curso;
- iv) Comunicação dos casos de incumprimento;
- v) Medidas corretivas tomadas pelo Operador e pelo responsável pela instalação.

E, em matéria de independência do verificador, garante-se no anexo V o que seguidamente se transcreve:

«ANEXO V

(a que se refere o artigo 17.º)

Escolha do verificador independente e a conceção do mecanismo de verificação independente

1 — O operador garante que estão preenchidas as condições de independência do verificador em relação ao operador, nos seguintes termos:

a) As suas funções não exigem do verificador independente a análise de aspetos de elementos críticos para a segurança e a proteção ambiental ou qualquer parte de uma instalação, ou de uma sondagem ou de uma conceção de sondagem a que o verificador tenha estado ligado antes da sua atividade de verificação ou em que a sua objetividade possa ser comprometida;

b) O verificador independente é suficientemente independente de um sistema de gestão que tenha tido ou tenha responsabilidade por qualquer aspeto de um componente abrangido pelo mecanismo de verificação independente ou do exame de uma sondagem, de modo a assegurar que exerce as suas funções de forma objetiva no âmbito do mecanismo.

2 — O operador garante que, em relação ao mecanismo de verificação independente relativo a uma instalação ou a uma sondagem, estão preenchidas as seguintes condições:

a) O verificador possui competência técnica adequada, incluindo, se necessário, pessoal adequadamente qualificado e experiente, em número suficiente e que cumpra os requisitos previstos no ponto 1 do presente anexo;

b) Afetação adequada das tarefas pelo verificador independente, ao abrigo do mecanismo de verificação independente, a pessoal qualificado para as executar;

c) Estão estabelecidas medidas adequadas para assegurar o fluxo de informações entre o operador ou proprietário e o verificador independente;

d) São atribuídos poderes suficientes ao verificador independente para este exercer as suas funções de modo eficaz.

3 — As alterações substantivas devem ser comunicadas ao verificador independente para nova verificação em conformidade com o mecanismo de verificação independente, cujos resultados são comunicados à Autoridade Competente, se solicitado».

Quer isto dizer que independentemente de vir a verificar-se o emprego de meios não convencionais de perfuração, as atividades concessionadas passaram a estar sujeitas a um controlo redobrado, agora com especial inclinação para aspetos de acidentes graves e de segurança ambiental.

E, do mesmo passo, abre-se o procedimento à participação pública, através da consulta determinada com interrupção do prazo das concessões.

10 — Dos pressupostos e requisitos da impugnação contenciosa dos despachos de 19/6/2015 e de 9/9/2015.

Pese embora não se tenha confirmado a invalidade que vinha apontada no pedido de consulta, sempre se dirá que, na falta de expressa indicação em contrário, a preterição do disposto no artigo 11.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, apenas atingiria o ato com anulabilidade⁹⁸, a qual, por sua vez, faria do contrato anulável (artigo 283.º, n.º 2, do CCP).

Com a aprovação do CCP, o legislador continuou a renunciar absolutamente a poderes de autotutela declarativa⁹⁹ relativos não só à validade dos contratos administrativos, como também dos atos procedimentais próprios da sua formação¹⁰⁰.

Por princípio, e de acordo com o artigo 307.º, n.º 1:

«[...] as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à ação administrativa comum».

E, por seu turno, dispõe-se no artigo 283.º, n.º 2 e n.º 3, o seguinte:

«2 — Os contratos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração.

3 — O disposto no número anterior não é aplicável quando o ato procedimental anulável em que tenha assentado a celebração do contrato se consolide na ordem jurídica, se convalide ou seja renovado, sem reincidência nas mesmas causas de invalidade.

[...]

Explica DIOGO FREITAS DO AMARAL¹⁰¹, a respeito dos atos do procedimento adjudicatório que:

«[A] cominação do desvalor do ato procedimental ao contrato não é automática: só são suscetíveis de relevar as invalidades procedimentais judicialmente reconhecidas; não basta a declaração de nulidade ou a revogação do ato com fundamento na sua invalidade».

Em todo o caso, o termo final para a impugnação contenciosa dos contratos cumpriu-se seis meses após a sua celebração, em 25/9/2015, nos termos do artigo 41.º, n.º 2, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos¹⁰², segundo a redação anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro¹⁰³.

Embora o termo inicial desse prazo para o Ministério Público ocorra apenas com o conhecimento dos contratos, a verdade é que não encontraram razões suficientes para propor a impugnação contenciosa.

Em relação aos atos administrativos praticados no procedimento de formação e adjudicação, como o despacho de atribuição das concessões, de 19/6/2015, ou a aprovação das minutas, em 9/9/2015, poder-se-ia julgar que pudessem ainda ser tempestivamente impugnados, considerando o prazo de um ano fixado no artigo 58.º, n.º 1, alínea a), do CPTA (ou no artigo 287.º, n.º 1, do Código Civil, como se entenda). Mas, além de não se ter confirmado a invalidade que era apontado, o certo é que se deve entender que a celebração dos contratos obriga a neles concentrar os meios de reação, ainda que uma hipotética invalidade dos contratos fosse derivada, ou seja, decorrente da ilegalidade da sua formação.

Celebrados os contratos administrativos e esgotado o prazo para intentar ação administrativa de anulação, a impugnação dos atos de adjudicação só poderia ser tentada como ação de simples apreciação sob o ónus de demonstrar um interesse processual atendível (artigo 39.º do CPTA).

Nem se oponha, a fim de insistir na tempestividade de impugnação, que se trata de contratos cujo objeto e regulamentação da situação concreta pudessem ter sido objeto de ato administrativo, nos termos do n.º 1 do artigo 285.º do CCP¹⁰⁴.

É que a concessão das atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não pode ser objeto senão de contrato administrativo (artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril).

O que se justificará, da parte do Ministério Público, isso sim, é a defesa da legalidade e da valorização ambiental orientada para os atos de aprovação anual dos programas de trabalhos, de modo a escrutinar o rigoroso cumprimento das prescrições legais e regulamentares de ordenamento do território e de conservação da natureza.

Por fim, há de ser tido em conta que por imperativo do artigo 80.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, foi convencionado um meio arbitral «relativamente à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes».

Sem prejuízo de o Ministério Público, no exercício da ação pública, não se encontrar vinculado ao compromisso arbitral e considerando que este não consome todas as questões emergentes, designadamente em matéria de validade dos atos e dos contratos, não pode o Governo deixar de tomar em consideração a respetiva cláusula em conjugação com o já citado artigo 307.º, n.º 1, do CCP, no tocante à natureza jurídica puramente negocial das suas declarações.

Conclusões

1.ª - Os contratos outorgados pelo Estado em 25/9/2015 à Portfuel — Petróleo e Gás de Portugal, L.ª, são contratos administrativos de concessão do uso privativo, constituindo na esfera jurídica da cocontratante, por um lado, o direito a empreender pesquisas e sondagens de hidrocarbonetos em duas áreas que se encontravam sob oferta permanente desde 21/7/1994, e, por outro lado, o interesse legalmente protegido de, na hipótese de descoberta de petróleo a extrair de forma economicamente viável, obter o exclusivo da exploração, desenvolvimento e produção nas áreas delimitadas. Isto, mediante contrapartidas patrimoniais várias para o Estado.

2.ª - Não obstante a revogação pelo artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, «de toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele

incompatível», aos contratos administrativos referidos na Conclusão 1.ª aplica-se o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, incluindo o procedimento da sua formação, e neste, o despacho do Senhor Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e da Energia que atribuiu as concessões em 19/6/2015.

3.ª - Pese embora este corpo consultivo, no parecer n.º 72/2008, votado em 16/1/2009 (inédito), tenha concluído pela revogação das normas do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, sobre formação dos contratos, o certo é que, entretanto, a ordem jurídica recuou no alcance revogatório do Código dos Contratos Públicos.

4.ª - Com efeito, o legislador veio determinar a novação do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, ou mesmo até confessar — em interpretação autêntica — não ter tido intenção de o revogar globalmente, nem sequer de eliminar as normas sobre formação dos contratos e adjudicação. Fê-lo de modo particularmente inequívoco através do artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, mas também por via do artigo 35.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março.

5.ª - Por seu turno, a Comissão Europeia reconheceu a isenção prevista no artigo 13.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, permitindo não se aplicar aos contratos de prospeção de petróleo, em Portugal, a Parte II do referido Código.

6.ª - O ato que deferiu as duas concessões integra-se num procedimento de negociação direta, previsto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, iniciado por uma manifestação de interesse da parte da candidata.

7.ª - A aferição da idoneidade técnica e económica das candidatas em procedimento de concurso ou de negociação direta opera-se nos termos do artigo 11.º, cujos n.ºs 3 e 4, ao serem contrapostos, deixam entrever um poder discricionário do órgão competente para dispensar a apresentação de determinados elementos sem poder proceder de igual modo quanto a outros.

8.ª - Ao serem enunciados os requisitos a cumprir pelo interessado desdobrados por duas disposições normativas ordenadas consecutivamente sob o mesmo artigo (artigo 11.º) e em um deles se integra o advérbio *sempre* (n.º 4) está a admitir-se a *contrario* que o cumprimento dos outros requisitos (n.º 3) é desejável, mas nem sempre necessário, por considerações de oportunidade e conveniência para o interesse público.

9.ª - A consagração de um poder discricionário não se encontra vinculada ao uso de fórmulas típicas ou convencionais, sendo passível de identificação a partir da conjugação dos elementos literal e sistemático de normas diferentes, sobretudo quando é possível discernir sem demasiada ambiguidade o fim em vista.

10.ª - Os atos preparatórios do procedimento de formação dos dois contratos administrativos permitem identificar como motivo principalmente determinante da dispensa de apresentação de alguns elementos o interesse público no conhecimento dos recursos energéticos jacentes no subsolo. Valoriza elementos que indiciam qualificações técnico-científicas disponíveis no presente, em detrimento da experiência pré-terita do concessionário ou candidato a concessionário. Num território como o português em que a produção de petróleo é nula e em que a investigação das potenciais jazidas de hidrocarbonetos no subsolo revela um estado embrionário, parece justificado o interesse público em valorizar as atividades de pesquisa e prospeção.

11.ª - Porque se trata do exercício de um *poder discricionário de dispensa* e sem se descortinar nenhum dos vícios próprios que podem comprometer a validade dos atos a partir do seu lastro de autonomia pública, não se confirma a preterição das formalidades essenciais enunciadas no artigo 11.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, motivo por que se conclui que o ato não é inválido por infração deste comando jurídico.

12.ª - Em face da precedente conclusão, também não há motivo para apontar invalidade derivada à aprovação das minutas, em 9/9/2015, nem à outorga dos contratos, em 25/9/2015.

13.ª - Sobre a relevância da existência de outros interessados na concessão do uso privativo das mesmas áreas, só a formalização de um requerimento com inequívoca e tempestiva manifestação de interesse obrigaria a administração pública a ponderar a abertura de um concurso público. Mas, não mais do que a ponderar. A única previsão legal de concurso público necessário é a de serem disputadas áreas contíguas a outras zonas anteriormente concessionadas.

14.ª - As restrições de interesse público e servidões administrativas decorrentes da proteção e valorização de bens ambientais, nomeadamente a Reserva Agrícola Nacional e a Reserva Ecológica Nacional podem condicionar a exata localização das pesquisas, sondagens e eventual extração de petróleo, mas o meio adequado de controlo é o da aprovação dos planos anuais de trabalhos ou de desenvolvimento (se a concessão chegar a esse ponto) e dos projetos de trabalhos de campo. Isto se vier a confirmar — se o uso de solos classificados na Reserva Agrícola Nacional ou a afetação de bens salvaguardados pela Reserva Ecológica Nacional.

15.ª - O mesmo vale com as devidas adaptações para as limitações que possam justificar-se por via do Plano de Ordenamento do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina, diretamente ou por incorporação em plano municipal, assim como as restrições justificadas pela Zona de Proteção Especial Costa Sudoeste (PTZPE0015) ou pelo Sítio Costa Sudoeste (PTCON0012), no âmbito da Rede Natura 2000.

16.ª - Em certas *áreas de proteção integral e de proteção parcial* do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina, as atividades em causa encontram-se absolutamente interditas.

17.ª - Seja por analogia, seja por maioria de razão, *nas áreas de proteção complementar* do Parque Natural do Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina devem, no mínimo, aplicar-se as limitações impostas às perfurações para captação de águas subterrâneas.

18.ª - Nos demais casos, os impedimentos previstos na lei, em programas e planos territoriais ou em outros regulamentos raramente são absolutos ou dirimentes, admitindo comunicações prévias, pareceres vinculativos ou declarações de excecional interesse público em cujo teor se podem harmonizar interesses públicos conflitantes.

19.ª - É na apreciação de cada um dos programas anuais de trabalhos e dos projetos de trabalho de campo, em especial a partir do momento em que se já prevejam perfurações (quarto ano) que se oferecem à administração pública — em especial, à Entidade Nacional para o Mercado dos Combustíveis, E. P. E., ao Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas, I. P., à Agência Portuguesa do Ambiente, I. P. e à Entidade Regional da Reserva Agrícola Nacional — os meios e os tempos próprios para impedir operações nas áreas interditas e para ajustar a localização dos furos à conservação da natureza, à segurança ambiental e à valorização dos solos com especiais aptidões agrícolas.

20.ª - A concessão do uso privativo constitui apenas um direito de gozo sobre bens dominiais públicos, pelo que não isenta o concessionário, como também não isentaria o concedente, do cumprimento das prescrições legais e regulamentares de ordenamento do território e conservação da natureza.

21.ª - O *princípio de relatividade* do objeto da concessão do uso privativo de bens do domínio público é corolário do *princípio da competência*, que é de ordem pública, de sorte que o órgão adjudicatário invadiria os poderes e atribuições alheios, caso atribuisse a concessão sem reserva do cumprimento de prescrições legais e regulamentares cujo controlo é incumbido a outros órgãos, porventura de outras pessoas coletivas públicas.

22.ª - Conquanto a localização em área sensível possa justificar uma avaliação de impacto ambiental, este procedimento já se encontra previsto nos contratos, segundo os exatos termos que resultam da lei, ou seja, se houver necessidade de perfurações por meios não convencionais, designadamente fraturação hidráulica.

23.ª - A avaliação de impacto ambiental, a ter lugar, precisa de um projeto e não se basta simplesmente com uma conceção, uma ideia ou uma eventualidade, de modo que a condição resolutive estipulada no despacho ministerial de 19/6/2015 mostra-se adequada ao cumprimento do regime jurídico da avaliação de impacto ambiental.

24.ª - A publicação do Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março, transpondo a Diretiva n.º 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013, embora privilegiando as atividades petrolíferas a partir do mar (*offshore*), contém normas que reforçam substancialmente a segurança ambiental das atividades de pesquisa e sondagem *onshore* (em terra emersa ou nas águas interiores), normas essas que se aplicam de imediato às concessões já outorgadas. Sobressai a intervenção de um verificador independente. Este diploma traz consigo, bem assim, a introdução de meios participativos das populações por meio de consultas públicas a promover antes de cada pesquisa ou sondagem serem aprovadas.

25.ª - Ainda que, por hipótese, o despacho de 19/6/2015 fosse inválido e, por consequência, inválidos os contratos de concessão outorgados, ter-se-ia já esgotado o prazo de seis meses para o Governo dar início à impugnação contenciosa, de acordo com o que se dispunha no artigo 41.º, n.º 2, *in fine*, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, e depois deste ter entrado em vigor, no artigo 77.º-B, n.º 2.

26.ª - Sem prejuízo de o termo *a quo* do mesmo prazo, relativamente ao Ministério Público, ser contado apenas da tomada de conhecimento dos contratos administrativos não é intentada ação administrativa pública por não se confirmarem as invalidades apontadas.

27.ª - Este facto em nada impede a ulterior impugnação pelo Ministério Público dos atos administrativos que ilegalmente aprovem programas de trabalhos ou projetos de campo da iniciativa da concessionária com atropelo das restrições de utilidade pública, das servidões administrativas, dos programas e planos territoriais ou de alguma outra prescrição legal ou regulamentar cuja esfera de proteção conceda abrigo a valores ambientais, culturais ou de ordenamento do território.

28.ª - Embora o Governo, através do Ministro ou do Secretário de Estado com atribuições no setor, disponha de poderes próprios ou delegados

para resolver unilateralmente os contratos administrativos por violação grave de deveres contratuais, por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, por incumprimento ou por razões de superior interesse público, não pode anular graciosamente os contratos administrativos, de acordo com o artigo 307.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, nem sequer anular os atos do procedimento de formação e adjudicação, pelo menos, depois de celebrados os contratos.

29.ª - Por imperativo do artigo 80.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, foi convencionado um meio arbitral que, a despeito de não vincular o Ministério Público e apesar de restrito «à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes» terá de ser tomado em linha de conta pelo Governo e pela concessionária.

Este Parecer Foi Votado na Sessão do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 06 de junho de 2016.

Maria Joana Raposo Marques Vidal — Eduardo André Folque da Costa Ferreira (Relator) — Fernando Bento — Maria Manuela Flores Ferreira — (Com declaração de voto de vencida) — Paulo Joaquim da Mota Osório Dá Mesquita — Luis Armando Bilro Verão.

Maria Manuela Flores Ferreira — votei vencida nos termos e pelas razões que a seguir, e desde logo dada a urgência, sinteticamente, diria mesmo telegraficamente, se expõem.

1 — No que concerne ao procedimento de formação do contrato em apreço, não se me afigura que as normas referenciadas no parecer inculquem que o procedimento previsto no Decreto-Lei n.º 109/94 não tenha sido revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008.

De todo o modo, mesmo que se considere não ser de aplicar o Código dos Contratos Públicos, entendimento que, aliás, conquanto noutra domínio, já defendemos¹⁰⁵, há que ter em devida conta os princípios comunitários e a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Usando as palavras de CLÁUDIA VIANA, a celebração de quaisquer contratos públicos, enquanto transações económicas celebradas no espaço comunitário europeu, não constitui matéria do foro “doméstico” ou meramente nacional, estando o legislador nacional vinculado à jurisprudência “principalista” do Tribunal de Justiça¹⁰⁶.

Ora, no caso sob consulta, a atribuição da concessão mediante negociação nos termos que nos foram apresentados traduz-se num *ajuste direto*. E como tal dificilmente compatível com os princípios da concorrência e da transparência¹⁰⁷.

Deverá, ainda, sublinhar-se que a concessão visa não só a prospeção, mas também a exploração.

Entendemos, pois, que a validade do despacho de atribuição tem também de ser analisada a esta luz.

2 — Para além da questão do procedimento concorrencial, o despacho de atribuição da concessão tem também de ser apreciado à luz, designadamente, dos regimes referidos nas conclusões 14.ª, 15.ª, 16.ª e 17.ª.

Tal implicará, todavia, a devida apreciação de todos os contornos fácticos do objeto da concessão.

3 — A nosso ver, após apurados aqueles contornos, deverá, ainda, ser analisada a necessidade de avaliação de impacte ambiental.

E, de todo o modo, deve, pelo menos, ser ponderado, face ao impacte, que se perspetiva, no ambiente e nas condições de vida das populações abrangidas, o dever de prévia audiência nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto¹⁰⁸ — Lei da Ação Popular e Participação Procedimental.

4 — Em suma, entendo que, independentemente dos procedimentos que a execução do contrato suscite, o despacho de atribuição de concessão coloca-nos, com efeito, questões quanto à sua validade.

Extravassando a investigação da factualidade pertinente as atribuições deste Conselho Consultivo, tal deverá ser feito pelo Ministério Público junto do Tribunal Administrativo competente para, sendo caso disso, impugnar aquele despacho.

5 — Acrescente-se que, mesmo que os (ou alguns) eventuais vícios acarretem tão-somente a anulabilidade da adjudicação, o Ministério Público ainda está em tempo para atuar (cf. n.º 1 do artigo 58.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos)¹⁰⁹.

Por outro lado, relativamente ao prazo de seis meses referido no parecer¹¹⁰, deve notar-se que este não pode iniciar-se, nas situações de *invalidade consequente*, antes do momento da invalidação do ato pré-contratual¹¹¹.

¹ Ofício do Senhor Chefe do Gabinete de Vossa Excelência n.º 1381, de 19 de abril de 2016, remetido à Senhora Chefe do Gabinete de Sua Excelência a Conselheira Procuradora-Geral da República.

² Nos termos do artigo 37.º, alínea a), do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, na redação que lhe foi conferida pela 14.ª alteração, aprovada pela Lei n.º 9/2011, de 12 de abril.

³ *Diário da República*, 3.ª série, n.º 167, de 21 de julho de 1994; *Jornal Oficial da Comunidade Europeia*, de 9 de agosto de 1994.

⁴ O Decreto-Lei n.º 165/2013, de 16 de dezembro, procedera à reestruturação e redenominação da Entidade Gestora de Reservas Estratégicas de Produtos Petrolíferos, E. P. E., que passou a designar-se por ENMC — Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E. P. E., prevendo-se o alargamento das suas atribuições, cujos estatutos foram para o efeito publicados em anexo. Contudo, só o termo da reorganização da DGEG daria início ao exercício das atribuições devolvidas à ENMC, EPE. O Decreto-Lei n.º 165/2013, de 16 de dezembro, veio a conhecer modificações introduzidas, primeiro pelo Decreto-Lei n.º 130/2014, de 29 de agosto, e, depois, pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março (OE 2016).

⁵ Inf. 33-DPEP/2014.

⁶ € 1 362 265,00.

⁷ «[D]esenvolvimento de projetos de prospeção e exploração onshore de petróleo e gás».

⁸ € 2 300 000, 00.

⁹ Inf. 09-DPEP/2015.

¹⁰ Inf. N.º 57/GSE/Energia/2015, de 6 de março.

¹¹ Despacho n.º 10 629/2015, de 16 de setembro (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 87, de 24 de setembro de 2015).

¹² Cf. Artigo 1.º

¹³ Cf. Artigo 2.º

¹⁴ Cf. Artigo 3.º

¹⁵ Cf. Artigo 4.º, n.º 3.

¹⁶ Cf. Artigo 8.º, n.º 2.

¹⁷ Cf. Artigo 8.º, n.º 4.

¹⁸ Cf. Artigo 11.º

¹⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE/RUI DE FIGUEIREDO MARCOS (coord.), *Direito do Petróleo*, Universidade de Coimbra, 2013, p. 132.

²⁰ Cf. Artigo 13.º

²¹ Cf. Artigo 15.º

²² Cf. Artigo 17.º, n.º 1.

²³ Cf. Artigo 17.º, n.º 2.

²⁴ Cf. Artigos 20.º e 21.º

²⁵ Na terminologia do CCP, v.g. artigo 307.º, n.º 2, alínea d), artigos 330.º e seguintes.

²⁶ Cf. Artigo 23.º, e não o inexistente artigo 25.º invocado no próprio anexo.

²⁷ Trata-se da aludida violação do disposto no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril.

²⁸ Ofício n.º 1724, rececionado em 16/5/2016.

²⁹ Veio ainda remetida a Sua Excelência a Conselheira Procuradora-Geral da República, em 2/5/2016, uma comunicação eletrónica da parte de mandatário identificado da Portfuel — Petróleo e Gás de Portugal, L.ª, solicitando a atenção deste corpo consultivo para os demais contratos outorgados pelo Estado para atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo. Não dispo de manifestamente a Requerente de legitimidade para ampliar o pedido de pronúncia, o relator limitou-se a juntar o expediente ao processo n.º 12/2016.

³⁰ Segundo informação divulgada pela ENMC, o mapa das concessões atuais pode resumir-se do seguinte modo: (1) *Onshore* — Bacia Lusitânica: três áreas. A Australis Oil & Gas Ltd. requereu a atribuição de três concessões, por negociação direta. Os contratos de concessão das áreas denominadas “Batalha” e “Pombal” foram assinados, em 30/09/2015, com a empresa Australis Oil & Gas Portugal. (2) *Onshore* — Bacia do Algarve: duas áreas. Os contratos de concessão foram assinados, em 25/9/2015, com a empresa Portfuel, Petróleos e Gás de Portugal L.ª. (3) *Deep-Offshore* — Bacia do Alentejo: duas áreas. A Kosmos Energy LLC requereu a atribuição de duas concessões, por negociação direta. (4) *Deep-Offshore* — Bacia do Algarve: Áreas “Sapateira” e “Caranguejo”. Os contratos de concessão foram assinados, em 4/09/2015, com o consórcio Repsol/Partex. (5) *Deep-Offshore* — Bacia do Algarve: Áreas “Lagosta” e “Lagostim”. Os contratos de concessão foram assinados, em 21/10/2011, com o consórcio Repsol/RWE. Desde 13/9/2012, por aditamentos aos contratos, estas concessões são detidas pelo consórcio Repsol/Partex. (6) *Deep-Offshore* — Bacia de Peniche: Áreas “Camarão”, “Amêijoia”, “Mexilhão” e “Ostra”. Os contratos de concessão foram assinados, em 18/5/2007, com o consórcio Petrobras/Galp/Partex. Desde 18/5/2013, estas concessões são detidas pelo consórcio Repsol/Kosmos/ Galp/Partex. (7) *Deep-Offshore* — Bacia do Alentejo: Áreas “Lavagante”, “Santola” e “Gamba”. Os contratos de concessão foram assinados, em 1/2/2007, com o consórcio Hardman/Galp/Partex. A partir de 25/3/2010, estas concessões transmitiram-se ao consórcio Petrobras/Galp, e desde 1/2/2014, à Galp. Desde 18/12/2014, ao consórcio ENI/Galp. Para o ano 2015/16 encontram-se previstas duas sondagens no *Deep-Offshore*: Bacia do Alentejo: uma sondagem de pesquisa a realizar pelo consórcio ENI/Galp; Bacia do Algarve: uma sondagem de pesquisa a realizar pelo consórcio Repsol/Partex. Fonte: <http://www.enmc.pt/pt>

-PT/atividades/pesquisa-e-exploracao-de-recursos-petroliferos/contratos-e-concessoes/em-execucao/ (consulta em 31/5/2016).

³¹ JOSÉ CAMELO GOMES/ÂNGELA LIMA, *Lex Petrolea — um estudo comparativo da “lei do petróleo” em países de língua oficial portuguesa*, Petrony ed., Lisboa, 2013, p. 245.

³² Com a redação retificada, nos termos da declaração de retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, e alterada pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

³³ Aprovado por unanimidade (inédito).

³⁴ Cf. Em especial, a 10.ª Conclusão.

³⁵ Aproveitamento de recursos geológicos na crosta terrestre com exceção de hidrocarbonetos.

³⁶ Aproveitamento de águas mineróindustriais.

³⁷ Aproveitamento de águas minerais naturais.

³⁸ Aproveitamento de recursos geotérmicos.

³⁹ Aproveitamento de recursos minerais naturais.

⁴⁰ Sobre esta extensão, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Contratação pública no setor da energia*, in Estudos sobre Contratos Públicos, AAFDL ed., Lisboa, 2010, pp. 55 e seguintes.

⁴¹ A favor da aplicação da Parte II do CCP, por via de regra, às concessões dominiais (de exploração ou de uso privativo), v. ANA RAQUEL MONIZ, *Contrato público e domínio público*, in Estudos de Contratação Pública — I (org. PEDRO GONÇALVES), Coimbra Ed., 2008, p. 853.

⁴² *O Regime Jurídico de Exploração de Jogos de Fortuna ou Azar após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos e a Revogação da Legislação Avulsa*, in Temas de Contratação Pública, I, Coimbra ed., 2011, p. 203.

⁴³ *Código dos Contratos Públicos*, vol. I, Regime da Contratação Pública, Comentado, Almedina Ed., 2009, Coimbra, p. 54.

⁴⁴ *As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular*, in Revista de Direito Público e Regulação, CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009 (3), pp. 59 e seguintes.

⁴⁵ *Atos administrativos sujeitos a procedimentos adjudicatórios de contratação pública — o artigo 1.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos*, Revista de Contratos Públicos, n.º 4 (janeiro-abril 2012), pp. 103 e seguintes.

⁴⁶ *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina Ed., 2.ª reimp., Coimbra, 2016, p. 87.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Ob. cit., p. 133.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Decisão de Execução (UE) 2015/2177, *Jornal Oficial da União Europeia*, 25 de novembro de 2015 (L 307/27 a 30).

⁵¹ Revogada pela Portaria n.º 62-A/2015, de 3 de março.

⁵² Loc. cit., p. 113, nota 9.

⁵³ Direitos de utilização de frequências em redes e serviços de comunicações móveis.

⁵⁴ «Regulamenta o acesso e exercício das atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo nas áreas disponíveis da superfície emersa do território nacional, das águas interiores, do mar territorial e da plataforma continental, bem como a realização de estudos de avaliação prévia do potencial interesse no referido exercício da atividade» (artigo 1.º, n.º 1). A redação foi retificada, nos termos da declaração de retificação n.º 64/94, de 31 de maio.

⁵⁵ Curiosamente, o primeiro alvará de concessão para pesquisa de petróleo, emitido em 1938, abrangia, além da Bacia Lusitânica, a Bacia Algarvia (cf. JOSÉ CAMELO GOMES *et al.*, ob. cit., p. 245).

⁵⁶ *Jornal Oficial da Comunidade Europeia* (JOCE), n.º L-164, de 30 de junho de 1994.

⁵⁷ Aviso in *Diário da República*, 3.ª série, n.º 167, de 21 de julho de 1994.

⁵⁸ Aprovadas pela Portaria n.º 790/94, de 5 de setembro.

⁵⁹ Normas imperativamente aplicáveis, mesmo à formação de contratos públicos excluídos do âmbito da Parte II do Código, por força do artigo 5.º, n.º 7 do CCP.

⁶⁰ *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.ª ed., Verlag C. H. Beck, HG, 2009. Segundo a tradução castelhana, *Derecho Administrativo — Parte General*, Marcial Pons ed., Madrid, 2011, p. 168.

⁶¹ *Direito Administrativo*, I, Almedina ed., Coimbra, 1984, p. 242.

⁶² V. ANA RAQUEL MONIZ, *Contrato público e domínio público*, loc. cit., p. 832.

⁶³ RUI AMENDOEIRA, A revisão da legislação petrolífera, <http://www.mirandalawfirm.com/uploadedfiles/39/02/0000239.pdf> (consulta em 31/5/2016).

⁶⁴ *Algumas notas para a interpretação da Lei n.º 2 105*, in Estudos de Direito Administrativo, Ática ed., 1974, Lisboa, p. 286.

⁶⁵ *Idem*, p. 287.

⁶⁶ Na redação do Decreto-Lei n.º 199/2015, de 16 de setembro.

⁶⁷ Obrigatoriamente, a identificação faz-se nas plantas de condicionantes dos planos intermunicipais ou municipais (artigo 11.º) quase sempre, no plano diretor municipal que incorporou a carta RAN.

⁶⁸ O artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, embora sob a epígrafe — Proteção do meio ambiente e recuperação paisagística — nada especifica nos seus dois números acerca desta última.

⁶⁹ V., ainda que publicado antes destas alterações, RUI LANCEIRO, *O novo regime da Reserva Ecológica Nacional*, in O que há de novo no Direito do Ambiente? Atas das Jornadas de Direito do Ambiente, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de outubro de 2008 (org. CARLA AMADO GOMES/TIAGO ANTUNES) Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, Lisboa, pp. 59 e seguintes.

⁷⁰ Área de continuidade, na expressão de TIAGO ANTUNES, in *Singularidades de um Regime Ecológico — O regime jurídico da Rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais*, Contributos para o Estudo da Proteção da Biodiversidade, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Coord. CARLA AMADO GOMES), 2010, p. 158.

⁷¹ Com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 96/2013, de 19 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 11 de maio.

⁷² Artigos 20.º a 27.º

⁷³ Restingas, barreiras soldadas e ilhas-barreira.

⁷⁴ Cfr. Anexo I, Secção VI, alínea f).

⁷⁵ V.g. Planos de ordenamento da orla costeira, planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas.

⁷⁶ Trata-se dos trabalhos descritos no artigo 30.º - os trabalhos de prospeção e pesquisa que são “todos os trabalhos de gabinete, de laboratório e de campo executados na área de concessão, com objetivos conducentes à descoberta e ou avaliação de acumulações de petróleo que não estejam diretamente abrangidos pelo plano geral de desenvolvimento e produção a que se refere o artigo 39.º».

⁷⁷ Regime Jurídico da Avaliação do Impacte Ambiental, com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 47/2014, de 24 de março, e pelo Decreto-Lei n.º 179/2015, de 29 de agosto.

⁷⁸ Onde figura no §14.º, não a pesquisa nem a exploração, mas apenas a extração de petróleo para fins comerciais e apenas se forem extraídas mais de 500 t/dia.

⁷⁹ O prazo corrente: no termo da *vacatio legis*.

⁸⁰ Neste sentido, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A avaliação de impacto ambiental na formação e execução de contratos públicos*, in O Direito, 142.º (2010), p. 207.

⁸¹ Com alterações do Decreto-Lei n.º 58/2011, de 4 de maio.

⁸² Os demais planos e programas, previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 3.º parecem fora de causa. Os primeiros pressupõem o enquadramento de projetos que, por sua vez, encontram-se sob avaliação de impacto ambiental, de acordo com os pertinentes anexos do Decreto-Lei n.º 151-A/2013, de 31 de outubro. Visto que tudo depende do uso, ou não, de métodos não convencionais de perfuração, não pode afirmar-se, à partida, que seja necessária a avaliação ambiental estratégica. De resto, o despacho de 19/6/2015 acautelou a avaliação do impacto ambiental como condição resolutiva. Os segundos pressupõem a necessidade de uma avaliação de incidências ambientais, nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril, na redação do Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de fevereiro, o que importaria saber de antemão que as operações de pesquisa e sondagem afetariam um sítio de interesse comunitário ou uma zona de proteção especial.

⁸³ Redação alterada e republicada pelo Decreto-Lei n.º 242/2015, de 15 de outubro.

⁸⁴ Em vias de ser vertido nos planos territoriais municipais ou intermunicipais, pelo menos as normas diretamente vinculativas dos particulares (artigo 78.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio (Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo).

⁸⁵ Trata-se de executar a Diretiva Habitats (Diretiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de maio de 1992, inicialmente transposta pelo Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de agosto). A delimitação destas áreas resulta de uma prévia apresentação pelos Estados-Membros da lista nacional dos sítios ou, então, de deliberação do Conselho sob proposta da Comissão Europeia. Uma vez aprovada a lista dos sítios de interesse comunitário, cumpre a cada Estado classificar como zonas especiais de conservação as áreas respetivas, entre nós, por decreto regulamentar.

⁸⁶ Em execução da Diretiva Aves (Diretiva n.º 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de abril de 1979) inicialmente transposta pelo Decreto-Lei n.º 75/91, de 14 de fevereiro.

⁸⁷ Na redação alterada pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 156-A/2013, de 8 de novembro.

⁸⁸ Fonte: www.icfn.pt

⁸⁹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 115-A/2008, de 21 de julho.

⁹⁰ Qualificação que merece o acolhimento de FERNANDO ALVES CORREIA para os contratos administrativos outorgados sob a disciplina do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, por pressupor um uso qualificado, para fins produtivos, das coisas públicas dominiais (cf. *A Concessão de Uso Privativo do Domínio Público: Breves notas sobre o regime jurídico de um instrumento de valorização e rentabilização dos bens dominiais*, in *Direito e Justiça* (volume especial) VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2005, p. 101. Por seu turno, SUZANA TAVARES DA SILVA qualifica os contratos administrativos outorgados nos termos do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, como concessões de exploração do domínio público em regime de serviço público (v. *Direito da Energia*, Coimbra ed., 2011, p. 51) por razões que se prendem com os poderes exorbitantes do concedente na aprovação dos planos de trabalho e em toda a orientação e controlo da execução do contrato. A verdade é que nem o uso qualificado nem as prerrogativas do concedente o exercício destes poderes na pesquisa e exploração petrolífera afastam a centralidade do uso privativo. O que parece estar em causa, fundamentalmente é garantir que a atribuição de um direito de exclusivo não é desperdiçada nem afeta excessivamente bens ambientais e culturais de superior valia para o interesse público.

⁹¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2.ª ed., Almedina ed., 2014, p. 576.

⁹² Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, na redação outorgada pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro.

⁹³ V. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Pleno da 1.ª Secção, de 12 de dezembro de 2001 (proc. 45 766): «À atividade administrativa relativa à concessão da exploração de depósitos minerais está ligado o interesse público no seu aproveitamento e assenta numa colaboração entre o Estado e os particulares interessados».

⁹⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, ob. cit., p. 578.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Autoridade competente: segundo a definição do artigo 2.º, alínea g), «a autoridade pública responsável pelas atribuições que lhe são conferidas pelo presente Decreto-Lei».

⁹⁷ *Jornal Oficial da União Europeia*, de 28 de junho de 2013, L 178/66 e seguintes.

⁹⁸ Não se encontraria motivo para enquadrar em nenhuma das previsões do artigo 161.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

⁹⁹ V. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos — Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote ed., Lisboa, 2008, p. 139.

¹⁰⁰ Um setor minoritário da doutrina admite a anulação administrativa de atos do procedimento de escolha do cocontratante e do procedimento de adjudicação, mas nunca depois da celebração do contrato (cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL, ed., Lisboa, 2014, p. 266).

¹⁰¹ *Curso de Direito Administrativo*, II, loc. cit., pp. 611-612.

¹⁰² Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro, pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, e pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

¹⁰³ Em todo o caso, o artigo 77.º-B, n.º 2, conserva prazo idêntico, assim como a nova redação atribuída ao artigo 285.º, n.º 2, do CCP pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

¹⁰⁴ Na redação do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro: «Aos contratos com objeto passível de ato administrativo é aplicável o regime da invalidade previsto para o ato com o mesmo objeto e idêntica regulamentação na situação concreta», o que suportaria o prazo de um ano para impugnar os próprios contratos.

¹⁰⁵ Ver voto de vencida produzido no Parecer n.º 18/2013, de 16 de janeiro de 2014.

¹⁰⁶ «O procedimento de ajuste direto no Código dos Contratos Públicos (e sua aplicação às autarquias locais)», in *Direito Regional e Local*, 6, abril/junho 2009, pág. 5. Ver da mesma Autora *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, págs. 25 e ss.

¹⁰⁷ Para mais desenvolvimento, ver o referido voto de vencida.

E atente-se também nas recentes diretivas: Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, e Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

¹⁰⁸ Alterada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

¹⁰⁹ E não se coloca aqui a aplicação de prazo mais reduzido.

¹¹⁰ Embora aqui se tenha de atender à cláusula arbitral, sem prejuízo da apreciação que ela mereça.

¹¹¹ *Vide*, neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2005, pág. 212, a propósito do então n.º 2 do artigo 41.º, que corresponde ao atual n.º 2 do artigo 77.º-B, que, porém, acrescentou a referência ao Ministério Público. Assim, no que respeita ao Ministério Público, aquele prazo de seis meses, quando aplicável, só se inicia com o respetivo conhecimento.

Este Parecer Foi Homologado Por Despacho de 7 de dezembro de 2016, de Sua Excelência o Secretário de Estado da Energia.

Está Conforme

Lisboa, 21 de dezembro de 2016. — O Secretário da Procuradoria-Geral da República, *Carlos Adérito da Silva Teixeira*.

210112471



PARTE E

ISCTE — INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE LISBOA

Aviso n.º 133/2017

Avisam-se todos os interessados que a lista definitiva de ordenação final dos candidatos ao concurso de professor associado na área disciplinar de Arquitetura ou de Urbanismo, aberto por edital n.º 1170/2015, publicado em DR, 2.ª série, n.º 250, de 23 de dezembro de 2015, encontra-se afixada na vitrine da Unidade de Recursos Humanos, ala Sul, e disponibilizada na página eletrónica do ISCTE-IUL http://www.iscte-iul.pt/quem_somos/Working_at_ISCTE/concursos, pelo período de 5 dias úteis.

20 de dezembro de 2016. — A Administradora, *Teresa Laureano*.
210110998

UNIVERSIDADE DOS AÇORES

Reitoria

Despacho n.º 211/2017

Alteração da designação da Pró-Reitoria para a Comunicação, Imagem e Divulgação

Considerando a alteração aos Estatutos da Universidade dos Açores aprovados pelo Despacho Normativo n.º 8/2016, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 154, de 11 de agosto, e a necessidade de se adequar a designação da pró-reitoria para a Comunicação, Imagem e Divulgação, conforme Despacho n.º 4073/2014, de 10 de março, pu-