

Andreia Machado

**Futuro dos Serviços Públicos:
Relação entre a Concessão e a Regulação**

Porto

2013

Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto- Polo Foz

Faculdade de Direito

**Futuro dos Serviços Públicos: Relação entre a Concessão e a
Regulação**

Por

Andreia Machado

Dissertação para Mestrado em Direito
Administrativo da Universidade
Católica Portuguesa, sob orientação da
Senhora Professora Doutora Filipa
Calvão

Porto

2013

Aos meus pais.

Agradecimentos

À Senhora Professora Doutora Filipa Calvão, por ter aceitado orientar a presente dissertação e por todo apoio e acompanhamento que prestou ao longo da realização da mesma. Expresso-lhe todo o meu reconhecimento e admiração.

*"Não encontro motivos para querermos
menos do que o máximo com que podemos
sonhar."*

José Luís Peixoto

Índice

Siglas e Abreviaturas.....	3
Introdução.....	4
CAPÍTULO I- Estado, Regulação e a importância das Entidades Reguladoras.....	5
1. Do Estado Liberal ao Estado Regulador.....	5
1.1 O Estado Liberal e a sua contida intervenção estatal.....	5
1.2 Mudança de Paradigma: O Estado Social prestador de serviços públicos.....	6
1.3 A falência do Estado Social: emergência de um Estado Regulador....	7
1.4 Atualidade: O Estado Regulador.....	7
1.5 As Autoridades Reguladoras Independentes.....	9
CAPÍTULO II- Os Serviços Públicos em Portugal: a importância da Regulação neste sector.....	12
2. Conceito de Serviços Públicos.....	14
2.1 Necessidade de evolução do conceito.....	18
2.2 As ARI e os Serviços Públicos na Constituição da República Portuguesa.....	19
2.3 Os Serviços Públicos como Serviços de Interesse Geral.....	22
2.4 Os Serviços Públicos Essenciais.....	25
2.5 Serviço Público e as Obrigações de Serviço Universal.....	26
2.6 Modo de Gestão dos Serviço Públicos.....	29
CAPÍTULO III- A Concessão de Serviços Públicos.....	31
3. Características fundamentais da Concessão de Serviços Públicos.....	36
3.1 A Sua Natureza Jurídica.....	37
3.2 A Concessão no Código da Contratação Pública.....	38
3.3 A Decisão de Contratar.....	39
3.4 Relação entre o concedente e o concessionário: os poderes do concedente.....	40
3.5 Deveres do Concedente.....	42

3.6 O concessionário e os seus direitos.....	43
3.7 Deveres.....	44
3.8 Relação do Concedente e do Concessionário com os utentes.....	44
3.9 Regime Substantivo da Concessão de Serviços Públicos.....	45
Conclusão: A Concessão de Serviços Públicos e a Regulação Administrativa.....	46
Bibliografia.....	50

Lista de Siglas e Abreviaturas

Al.-Alínea

ARI- Autoridades Reguladoras Independentes

Cit. - Citada

CPA- Código do Procedimento Administrativo

CRP- Constituição da República Portuguesa

Ob.- Obra

Org.- Organização

Nº- Número

P.- Página

SS.- Seguintes

SIEG- Serviços de Interesse Económico Geral

Introdução

Existem áreas de atividade económica que por serem essenciais à coletividade, constituem atividades de interesse público. Estas atividades são designadas por serviços públicos. Simplesmente, com a mudança de paradigma em relação às funções do Estado na economia, torna-se necessário repensar a tutela jurídica a que certos setores estão sujeitos.

Com os movimentos de privatização dos anos 80 do Séc. XX, os privados passaram a explorar serviços, anteriormente considerados monopólios naturais do Estado. A prossecução do interesse público foi expandida aos operadores privados. Daqui impõe-se a necessidade de saber como regular estes setores.

Perante este cenário, o Estado poderá optar por três soluções. A primeira solução passa pela abstenção do Estado, não assumindo qualquer papel nos setores económicos. Esta solução faria com que os operadores atuassem e regulassem com total liberdade as atividades podendo por em causa os direitos dos utentes. Não me parece que possamos afastar a figura da regulação dos mercados. Deste modo, a segunda solução, a regulação institucional, foca a importância das entidades reguladoras nos mercados atribuindo-lhes poderes para a regulação dos mesmos. Por último, o Estado pode optar pela técnica concessória, dando foco à intervenção dos particulares nestas áreas como forma de redução do risco da sua atividade e captação de investimento privado, através da concessão de serviços públicos onde se opera a transferência da titularidade do direito de exploração para o privado. Neste caso, estamos perante uma regulação contratual visto que ao Estado, como concedente, é-lhe atribuído poderes que permitem orientar, supervisionar e fiscalizar a atuação do concessionário.

Centrada a nossa atenção nos tradicionais serviços públicos, o Capítulo I aborda a mudança na intervenção do Estado na economia, sobrevalorizando o Estado Regulador como grande impulsionador da intervenção ativa dos privados nestes mercados tendo

por base uma forte fiscalização através de entidades independentes e conhecedoras do sector. Depois desta contextualização, o Capítulo II ocupa-se do conceito de serviço público enquanto atividade essencial à colectividade incumbida ao Estado, como também, se alerta para a necessidade de revisão deste conceito. Por último, o Capítulo III retrata o regime jurídico da Concessão de Serviços Públicos.

Capítulo I- Estado, Regulação e a importância das Entidades Reguladoras

Para responder à questão anteriormente colocada, impõe-se uma análise do papel do Estado e, conseqüentemente, da distribuição de papéis entre o Estado e a Sociedade. Uma maior intervenção estatal na economia resulta numa diminuição do papel dos privados em sectores chave da sociedade. Por seu turno, liberalizar o mercado, significa um papel mais recatado por parte do Estado. No entanto, o Estado não renuncia completamente à sua missão social, daqui surge, nos finais do séc. XXI, a emergência de um Estado Regulador auxiliado pelas Entidades Reguladoras que têm um forte impacto na organização e funcionamento dos sectores económicos¹.

1. Do Estado Liberal ao Estado Regulador

1.1 O Estado Liberal e a sua contida intervenção estatal

O Estado Liberal teve origem nas revoluções liberais de oitocentos ficando associado ao nascimento do princípio da separação entre o Estado e a Sociedade. Este princípio é associado a um papel subsidiário estadual na condução da vida em sociedade. O Estado

¹ “ As funções entregues pelo Estado às autoridades reguladoras correspondem a um conjunto de poderes públicos normalmente exercidos pelas entidades administrativas estaduais, também elas com natureza jurídica caracterizada pela independência.” IN EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Regulação e Concorrência- Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência. A regulação pública como instituto jurídico de criação jurisprudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI*, 2004, Almedina, p. 173.

configurou o seu papel ao mínimo², ocupando-se de matérias como a Fazenda, a Defesa e a Justiça intrinsecamente ligadas ao exercício da soberania e da autoridade. Mesmo no âmbito das suas funções, estas teriam de se limitar ao máximo possível para não resultarem num ataque à liberdade dos cidadãos.

Neste período, aos cidadãos são atribuídos direitos como: liberdade de iniciativa económica, liberdade de circulação, concorrência e livre contratação.

Na segunda metade do Séc. XIX, com a revolução industrial e com o fomento de grandes atividades económicas³, a visão do Estado Liberal desvaneceu dando origem ao aparecimento do Estado Social.

1.2 O Estado Social prestador de serviços públicos

A revolução industrial disputou a criação de infraestruturas para albergarem o grande desenvolvimento das atividades económicas. Com a implementação de infraestruturas a nível nacional, o Estado depara-se com um novo desafio: gerir, disciplinar e explorar essas atividades.

Com esta nova realidade, o Estado Liberal transforma-se num Estado Social que se caracteriza por oferecer uma panóplia de serviços diversificados aos cidadãos. O Estado deixa de ser um intervencionista secundário na sociedade e passa a ter um papel fulcral na economia. Esta evolução reescreve o papel do Estado na sociedade, este passa a ter um fim social onde ganha terreno a clássica relação de autoridade entre a administração e os particulares.

Esta concepção de Estado como prestador de serviços em detrimento dos cidadãos, origina, na Europa, nos anos 80 do séc. XX, um movimento de nacionalização destes

²PEDRO GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS apelidam de “subsidiariedade da intervenção pública” a este fenómeno. Cf. *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador* IN VITAL MOREIRA, (org) *Estudos de Regulação Pública* –I, 2004, Coimbra Editora, p. 174.

³As grandes atividades económicas são, entre outras, os transportes ferroviários, os transportes rodoviários, a eletricidade, o gás e o telefone.

serviços levando à criação da Empresa Pública. A concessão de serviços públicos surge como um modo de intervenção dos particulares na gestão dos serviços de responsabilidade estatal. No fundo, o Estado tinha dois modos de gestão dos serviços, a primeira, através do sector público empresarial e, a segunda, a figura da concessão.

O Estado Social é o pai do serviço público. A noção de serviço público abrange *“conjunto de todas as atividades produtoras de bens e serviços públicos dirigidos à satisfação das necessidades colectivas, e que o Estado deveria exercer de acordo com certos princípios”*.⁴

1.3 A falência do Estado Social: emergência de um Estado Regulador

A ideia de um Estado fortemente intervencionista começou a ser abalada, como refere JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA⁵, pelas alterações demográficas e o abrandamento do crescimento económico. No fundo, a falência do Estado Social é inerente aos problemas denotados pelo Estado Fiscal. Consequentemente, com a diminuição da taxa de natalidade, a sustentabilidade do financiamento dos sistemas de Segurança Social tornaram-se incomportáveis. As receitas fiscais são conseguidas através dos impostos. Estes não são suficientes para garantir os direitos sociais a todos os cidadãos. Porém, a falência do Estado Social não se explica apenas por razões de índole económica mas também pela intervenção comunitária que dá o arranque às privatizações⁶ dos anos 90 do séc. XX.

1.4 A Atualidade: O Estado Regulador

O Estado Regulador representa um recuo nas funções sociais do Estado. Deste modo, o Estado afasta-se da vida económica, os serviços prestados por este que foram

⁴PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 179-180.

⁵J.N. CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, 2008, Almedina, p. 35-39.

⁶Não há um conceito uniforme de privatização. Assim, entende-se por privatização *stricto sensu a transmissão da titularidade de um bem/empresa públicos para o sector privado dos meios de produção. Enquanto, se entendermos uma noção mais ampla de privatização incluímos na noção as concessões de serviços públicos que refletem “situações em que a gestão da propriedade pública é confiada a entes privados”*. Cf. J.N. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 41-43.

anteriormente nacionalizados, são, atualmente, alvo de fenómenos de privatização. Isto não quer dizer que o Estado recue para ideais liberais, visto que, este não se afasta completamente do mercado do sector, modifica apenas o seu papel neste. O Estado reaparece na economia como um “*Estado de Garantia*”⁷, a exploração e gestão do sector será feita por privados munidos de capacidade de investimento e financiamento à muito esgotada pelo Estado, no entanto, este permanece atento a possíveis falhas de mercado sendo a sua função mais vocacionada para a proteção dos consumidores e a garantia de um normal funcionamento de um serviço.

Consoante o tipo de intervenção económica que o Estado assuma e como defende Pedro GONÇALVES⁸, podemos falar em três tipos de responsabilidade. A “*responsabilidade de base*” caracterizadora do Estado Liberal resulta do mesmo se limitar a proteger as “*condições de contexto*”. Com o Estado Social e a sua forte intervenção económica direta estamos perante uma “*responsabilidade de execução*” que se traduz na produção de bens e na prestação de serviços. Finalmente, no Estado Regulador surge uma renovação das funções do Estado em que a economia fica entregue às leis de mercado e da concorrência, onde a “*responsabilidade de execução*” é substituída por uma “*responsabilidade de garantia*”.

O Estado Regulador prossegue dois fins fundamentais, por um lado, garante o correto funcionamento dos sectores que foram privatizados, por outro, tem como função primordial a defesa do consumidor.

O conceito de regulação provem da necessidade de regular o mercado, definindo, *a priori*, as regras de funcionamento do mesmo e, *a posteriori*, o Estado tem a obrigação de fiscalizar e garantir o funcionamento regular e contínuo dos sectores privatizados do mesmo modo como eram prestados anteriormente pelo mesmo. Estas funções são

⁷Expressão utilizada por PEDRO GONÇALVES. Cf. *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*, Estudos de Direito Administrativo da Regulação, 2008, Coimbra Editora, p. 10.

⁸Cf. *Regulação...*, ob. cit., p. 7-12.

exercidas pelas entidades reguladoras independentes munidas de poderes para o correto desempenho das mesmas.

1.5 As Autoridades Reguladoras Independentes

Os movimentos de liberalização económica tiveram origem americana com a criação das "*Independent Agencies*" e as "*Independent Regulatory Commissions*".

Só nos anos 80 do séc. XX a influência americana começou a espalhar-se no velho continente através da adoção das entidades reguladoras por parte da Grã-Bretanha⁹. Como salienta VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, as ARI nascem do reconhecimento de duas ideias fundamentais: a primeira é que, o mercado nem sempre dá garantias de bom funcionamento, não tem capacidade de se autorregulação e que "*o próprio mercado precisa de ser ele mesmo constituído e fomentado pela regulação, quer remediando os defeitos de funcionamento do mercado, quer fazendo valer valores sociais eminentes, nomeadamente no caso dos serviços públicos ou atividades de interesse económico geral*", segunda ideia exposta é que "*a regulação tem uma lógica específica, que deve de ser separada tanto quanto possível da lógica da política propriamente dita, de modo a conferir-lhe estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade.*"¹⁰

i) Principais Características:

Segundo melhor doutrina¹¹, é possível enunciar algumas características inerentes às entidades reguladoras, no que concerne, ao objecto, à natureza administrativa, à independência, à neutralidade e à imparcialidade.

No que respeita ao objecto e na esteira de VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, as ARI atuam em dois domínios fundamentais, designadamente, "*assegurar a regulação de sectores*

⁹Porém, esta realidade não é completamente estranha no ordenamento britânico, visto que já existiam organismos públicos denominados de "*quangos*". Estes organismos visavam controlar determinados sectores económico-sociais invés do governo. Cf. VITAL MOREIRA /FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 20-22.

¹⁰VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 22.

¹¹Cf. VITAL MOREIRA /FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 23- 36

¹²VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 24

sensíveis ou estratégicos, cuja atividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência", em segundo lugar, as entidades reguladoras visam a proteção dos direitos dos administrados.

Quanto à sua natureza, a doutrina diverge. Há autores que defendem que estas entidades têm uma natureza jurisdicional ou quase-jurisdicional, assumindo-as como um "quarto poder" com uma função de garantia.¹² No entanto, é consensual que as ARI têm uma natureza administrativa com características bastantes específicas como a independência e a neutralidade.

A independência manifesta-se num sentido orgânico e num sentido funcional. O primeiro verifica-se com a observância dos seus próprios estatutos que preveem a composição e a titularidade dos seus órgãos, assim como, regras referentes ao mandato e ao regime de incompatibilidades. O sentido funcional prende-se como o facto de as entidades reguladoras atuarem sem qualquer tipo de orientações ou imposições de outras entidades, designadamente, do Governo. As mesmas só são controladas pelos Tribunais.

A raiz do aparecimento destas entidades é a necessidade de independência da regulação de um mercado visto que é necessário uma separação concreta entre o Estado Operador e o Estado Regulador, que faz com que os sectores da atividade social e económica sejam impermeáveis a qualquer pressão política e ideológica.

No exercício das suas funções, as ARI necessitam de técnicos da área que compreendam o sector e as necessidades do mesmo. Assim, os titulares dos órgãos devem pautar as suas decisões por critérios meramente técnicos sem qualquer tipo de influência exterior. Não agredindo de nenhuma forma o interesse público.

A independência e a neutralidade são, deste modo, as principais razões para a criação das ARI.

Outro traço notório que caracteriza as entidades reguladoras é a imparcialidade. A imparcialidade é uma característica da Administração em geral que se traduz num poder-dever no âmbito da tomada das suas decisões para que haja uma valoração de todos os interesses em jogo.

ii) Poderes das ARI

Para o melhor desempenho das suas funções, as entidades reguladoras têm um vasto leque de poderes, como sejam, poderes normativos, consultivos, de supervisão, sancionatórios e até a própria capacidade de dirimir conflitos¹³.

Os poderes normativos compreendem a capacidade das ARI em emitirem normas que se traduzem em regras para um próspero funcionamento do mercado. Todavia, estes sofrem limitações que decorrem da própria obrigação de respeito pela Constituição e pelos regulamentos de hierarquia superior, designadamente, os do Governo. Noutros casos, estes poderes normativos não existem, onde as entidades reguladoras apenas assumem uma função privativa. Os poderes normativos não se esgotam nas regras de funcionamento dos mercados tendo também a faculdade de tomarem decisões concretas e individuais que consistem na aprovação de atos e autorizações, como a capacidade de apreciar as reclamações feitas pelos utentes dos serviços.

As ARI têm também amplos poderes de supervisão que se traduzem na observação das condutas adotadas pelos operadores económicos apreciando se estas estão em conformidade com um bom funcionamento do mercado.

Igualmente, as ARI dispõem de poderes consultivos, estando munidas de informações técnicas sobre o sector, para que deste modo, prossigam, sempre que necessário, à emissão de pareceres que podem ser facultativos ou obrigatórios podendo ser vinculativos ou não. As mesmas, sempre que solicitado, emitem recomendações que

¹³Estes poderes estão contidos nos estatutos que criam e implantam as Entidades Reguladoras. Assim, consoante os casos, a lei atribui-lhes poderes que podem variar consoante a área de atividade e as necessidades da mesma.

representam convites dirigidos ao Governo, Parlamento ou à Administração adotar determinado comportamento que pode resultar em alterações legislativas ou regulamentares.

Para a correta aplicação destes poderes ao sector, as mesmas dispõem de poderes inspectivos de modo a retirarem todas as informações necessárias para as suas funções. Não é estranho que nos próprios estatutos exista uma obrigação de informação por parte dos operadores económicos, de particulares e de empresas para que as entidades reguladoras possam realizar as funções que lhes incumbe. Os poderes inspectivos resultam da faculdade de as ARI poderem desencadear buscas aos locais de atividade do sector, assim como, inquirir testemunhas, aceder a toda a documentação necessária ou exigir a obtenção de dados sem quaisquer limitações sigilosas.

Se no uso dos poderes supra mencionados, as ARI detetarem uma violação das regras que regulam o sector, estas podem agir imediatamente através da emissão de injunções com o intuito de fazer cessar o comportamento violador, ou até mesmo, em situações gravosas, agir judicialmente contra o mesmo.

Quando se torna imperiosamente necessário a adoção de comportamentos punitivos, as ARI podem aplicar medidas de natureza pecuniária que podem cumular com medidas mais gravosas, como a suspensão ou mesmo a revogação do exercício da atividade em causa.

Contudo, o objectivo principal das entidades reguladoras é conciliar ou arbitrar em vez de punir.

Capítulo II- Os Serviços Públicos em Portugal: a importância da Regulação neste sector

Como advertimos na Introdução, este estudo centra-se nos serviços públicos e com ele pretende encontrar-se a resposta à questão de saber qual o modo de gestão de estes serviços mais adequado aos interesses da comunidade tal como hoje se apresentam.

Impõe-se verificar se em relação aos serviços públicos, a regulação é a melhor forma de garantir a tutela dos interesses dos utentes. Para isso, começarei por analisar o conceito de serviço público na medida em que uma compreensão do alcance do mesmo é determinante para o nosso estudo.

O serviço público, em sentido clássico, é visto como uma prestação social a cargo do Estado.

Como destaca, J. N. CALVÃO DA SILVA entre outros, os serviços públicos têm um sentido subjetivo, visto que os mesmos são desenvolvidos pelo Estado e um sentido objectivo ou material que se prende pelo seu interesse colectivo.¹⁴ O mesmo autor, acompanhando a tese de FREITAS DO AMARAL, avança ainda com uma perspectiva organizatória que abarca o serviço público como uma organização humana criada no seio de pessoas colectivas com o fim de desempenhar as suas atribuições, sob a direcção dos respectivos órgãos¹⁵.

Esta forma de conceber o serviço público é uma noção clássica que sofreu distorções com os chamados "*serviços públicos impróprios ou virtuais*"¹⁶ onde se prevê a possibilidade de privados gerirem estes através de autorizações administrativas. A concessão de serviços públicos é uma ênfase deste conceito.

Com a possibilidade de a administração ceder a gestão de atribuições que eram originalmente suas, utilizando a técnica concessória, estamos aqui perante, como vimos, uma responsabilidade de garantia por parte do Estado. No que concerne aos serviços públicos, esta responsabilidade é ainda reforçada, não só pelas ARI mas por obrigações acrescidas existentes nestes sectores como: a igualdade, a transparência, a qualidade, a

¹⁴J. N. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 210-213.

¹⁵DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2006, volume I, 3ª Edição, Almedina, p. 792; J. N. CALVÃO DA SILVA ob. cit., p. 211.

¹⁶J. N. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 211; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, Almedina, p. 33.

¹⁷J. N. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 211; PEDRO GONÇALVES / LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 207-213.

¹⁸VITAL MOREIRA; "Os Serviços Tradicionais sob o Impacto da União Europeia" *in Revista de Direito Público da Economia*, Editora Fórum, ano 1, nº 1, Jan./Mar., p. 227-228.

confiança, a continuidade, a adaptação e a gratuidade. Os serviços públicos são orientados através de princípios que compreendem: o princípio da mutabilidade, o princípio da adaptabilidade, o princípio da universalidade, o princípio da participação, e por fim, o princípio da qualidade do serviço¹⁷.

2. Conceito de Serviços Públicos

A noção de serviços públicos, na tradição francesa, compreende um sentido estrito que abrange prestações organizadas e proporcionadas pelo poder público aos particulares, destinadas a satisfazer necessidades colectivas essenciais susceptíveis de fruição universal. Primordialmente, na concepção clássica francesa, o serviço público é encarado como uma responsabilidade do Estado não admitindo capacidade de prestar estes serviços aos privados, subtraindo a iniciativa privada e a concorrência neste domínio¹⁸.

Para STÉPHANE BRACONNIER¹⁹, a noção de serviços públicos revela-se de *"l'extrême hétérogénéité"* e compreende uma dimensão material e uma dimensão funcional. A primeira dimensão compreende a própria atividade em si enquanto a sua dimensão funcional foca-se no interesse colectivo da mesma, reconhecendo os serviços públicos como uma missão colectiva. Os serviços públicos são deste modo um *"projet de société"*.

Na Itália, a doutrina distingue função pública de serviços públicos²⁰. A função pública representa a atividade autoritária do Estado, invés, os serviços públicos refere-se as prestações sociais a que o mesmo está adstrito. Para a doutrina italiana, o conceito

¹⁹Cf. *Droit des services publics*, 2007, Editor PUF, 2ª Edição, p. 155

²⁰Esta distinção tem origem na doutrina francesa onde a função pública estava reservada para as atividades intrínsecas do Estado enquanto os serviços públicos eram assumidos como tarefas de interesse geral que não pertenciam a essência estadual, não existe neste caso, poder de *"imperium"*. Deste modo, a definição de função pública implica o reconhecimento de poderes de soberania por parte do Estado, em contraposição, com a atividade material, técnica e de produção que caracteriza o serviço público. Esta necessidade de distinção destas figuras nasceu da necessidade em restringir o conceito amplo de serviço público como toda a atividade de interesse geral presseguida por uma entidade pública. Cfr JOSÉ MARÍA. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la administración y el servicio público*, 1998, Editorial Comares, p. 115

²¹ARNALDO DE VALLES, *I servizi pubblici*, 1924, Società Editrice Libreria p 379-385 *apud* PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 25-35

abrange, uma dimensão material e uma dimensão objectiva. A dimensão material caracteriza-se pela obrigação assumida atividade administrativa em prestar os serviços essenciais à comunidade, estamos perante uma componente subjetiva do conceito. Por outro lado, o autor italiano DE VALLES no que concerne á dimensão objectiva distingue "*serviços públicos impróprios ou virtuais*" da noção clássica de serviços públicos. Como já anteriormente adiantado, a noção clássica compreende dimensão subjetiva do conceito sendo titular da prestação do serviço o Estado. No entanto, numa análise objectiva, o importante é a qualificação do legislador de determinada atividade como serviço publico para dar resposta a sociedade nas suas necessidades mais básicas. Assim, num contexto objectivo, admite-se os "*serviços públicos impróprios ou virtuais*" podendo os mesmos serem geridos por entidades privadas²¹. Relativamente à diferença entre serviços públicos próprios e serviços públicos impróprios, note-se que ambos são atividades industriais e comerciais em que os primeiros são prestados diretamente pelo Estado enquanto os segundos, embora tenham a mesma finalidade de satisfação dos interesses colectivos, não são prestados pelo Estado, mas por entidades privadas, o papel estadual será apenas de regulamentação²².

Como defende JORGE GARCÍA, as características essenciais da noção de serviço público dizem respeito, em primeiro lugar, à natureza da própria atividade que é administrativa maioritariamente industrial e comercial voltada para o bem-estar social; em relação à titularidade do serviço, estes serviços são incumbidos às entidades estatais sendo que estas podem delegar as suas atribuições mas nunca perdem o controlo sobre a atividade em questão; quanto ao objecto, a atividade tem por fim satisfazer as necessidades individuais de importância colectiva; por fim; quanto ao regime que regulamenta a

²²JORGE SARMIENTO GARCÍA, *Concesión de Servicios Públicos*, 1999, Ciudad Argentina, p. 65-66

²³JORGE SARMIENTO GARCÍA, ob. cit., p. 71-72

atividade, este é um regime jurídico especial de direito público com o escopo de regular o serviço²³.

A melhor doutrina portuguesa também está em consonância com as doutrinas europeias. Acrescentamos, a esteira de FREITAS DO AMARAL, já anteriormente avançada, que para além das dimensões subjetivas e objectivas aponta uma dimensão orgânica que consubstancia com as *“organizações humanas criadas no seio de cada pessoa colectiva pública com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob a direção dos seus respectivos órgãos.”* Da definição proposta, segundo o autor, depreende-se que os serviços públicos são organizações humanas, os serviços são munidos de recursos humanos para desempenhar o mesmo; os serviços públicos existem no seio de cada pessoa coletiva pública, atuando sob a direção dos seus órgãos no exercício das suas atribuições²⁴.

Na mesma perspectiva clássica, MARCELLO CAETANO reconhecia à Administração Pública a obrigação de satisfação das necessidades da colectividade. Deste modo, os serviços essenciais ao quotidiano da comunidade eram incumbências estaduais estando subtraídos à “mão-privada” e às regras da concorrência. Concomitantemente, o autor apelida de serviço público “ *o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idóneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida.*” O serviço público é um serviço administrativo visto que o seu serviço contínuo e regular resulta das atribuições das pessoas coletivas de direito público sob direção dos seus respectivos órgãos. O serviço público também se caracteriza por ser um serviço destinado a prestações concretas do próprio indivíduo e da sociedade em geral com o intuito de satisfazer necessidades colectivas individualmente sentidas²⁵.

²⁴DIOGO FREITAS DO AMARAL, ob. cit. p.792

²⁵ Cf. *Manuel de Direito Administrativo*, 1980, Volume II, 9ª Edição, Edições Almedina, p. 1067

Para PEDRO GONÇALVES/LICÍNIO MARTINS²⁶, a noção de serviços públicos complementa três elementos. O elemento objectivo, onde o serviço público é encarado como uma atividade prestacional técnica que tem como beneficiários os administrados no intuito de lhes proporcionar a satisfação de necessidades universais. O elemento subjetivo refere-se à titularidade do serviço público considerando tratar-se de atividades subtraídas a uma lógica de mercado. No entanto, é de salientar que estes autores consideram a possibilidade de abertura deste conceito, podendo estas atividades serem exercidas por entidades privadas porém defendem que deve existir *“um vínculo de ligação, direto ou indireto, entre a atividade a considerar e uma entidade de direito público”*²⁷. Foi este o ponto de discussão na doutrina europeia, no sentido de saber, se os serviços públicos, como adianta o elemento subjetivo da sua definição, têm de ser exclusivamente atribuídos ao Estado, ou se, as mesmas possam ser de iniciativa privada. Temos deste modo, duas perspectivas. A primeira, em busca da defesa do conceito tradicional de serviço público, respondendo negativamente à questão, considerando que para haver serviço público é necessário existir um monopólio do Estado nestes serviços. Enquanto, alguma doutrina reconhece o conceito de *“serviços públicos compartilhados”* que a lei os identifica como serviço público mas podem ser prestados em paralelo pela Administração e pelos particulares em regime de concessão²⁸.

Estes autores ainda apontam um terceiro elemento de índole formal, exigindo que estas atividades têm que obedecer a um regime de direito administrativo. Deste modo, o direito público apresenta uma panóplia de direitos e obrigações entre os sujeitos intervenientes, que são, o próprio Estado, os particulares fornecedores do serviço e os utentes.

²⁶PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 184-185.

²⁷Estes autores seguem a posição de CHAPUS e GUGLIEMI. Cf. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, I, 1998, p. 161; GUGLIEMI E KOUBI, *Droit du Service Public*, 2000, p. 535 *apud* PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 184

²⁸A primeira tese é defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA e a segunda por DE LA CUÉTARA. Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de Administración Pública*, 1955, nº 17, Mayo/Agosto; De La Cuétra, *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983, p. 135 *apud* José María Souvirón Morenilla, ob. cit., p. 166-167

2.1 Necessidade de revisão do Conceito Clássico

Apesar do consenso doutrinal, perfilho da opinião de PEDRO GONÇALVES²⁹, no sentido que o elemento subjetivo do conceito necessita de uma evolução. A noção clássica de serviços públicos como prestações adstritas ao Estado encontra-se desatualizada. De facto, os serviços públicos são atribuições do Estado com o objectivo de oferecer à sociedade as comunidades essenciais para o seu quotidiano. Porém, estes serviços já não se encontram na titularidade do Estado mas foram concebidos a entidades privadas sendo que, desta forma, a responsabilidade estadual será apenas indireta. Mesmo no caso das indústrias de rede em que o Estado continua titular, o acesso é objecto de concorrência. Deste modo, com os fenómenos liberalização e a entrega dos serviços em “mão privada”, o papel da ARI torna-se fulcral para supervisionar a qualidade do serviço prestado aos utentes.

Não obstante, tendo em conta a necessidade de incluir as entidades privadas prestadoras destes serviços no seu elemento subjetivo, para uma noção mais aproximada da realidade, alguns autores³⁰ referem que existe uma, denominada, “crise do serviço público”. Efetivamente, esta crise tem origem no conceito de serviço público subjetivo, enquanto serviço pertencente à titularidade de entidades públicas sendo reconhecida uma responsabilidade de execução às mesmas.

Deste modo, a melhor definição de serviços públicos contendo os traços caracterizadores é: *“uma atividade ou tarefa de prestação de bens e serviços que satisfaz necessidades essenciais dos cidadãos e cujo exercício deve ser regulado por regras especiais e assegurado, de forma direta ou indireta, por uma entidade da Administração Pública”*³¹.

A pergunta que se impõe fazer é saber qual o acontecimento que deu origem à primeira crise do conceito clássico de serviço público, relativamente à sua vertente subjetiva. RUI

²⁹Cf. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 35-38

³⁰PEDRO GONÇALVES / LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 186

³¹PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 185 e PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 37

MANCHETE³², é peremptório em afirmar que a distinção entre serviços públicos de carácter administrativo e os serviços públicos de carácter industrial e comercial, desenvolvida pela doutrina francesa, devido ao alargamento das prestações da Administração, e a subjugação dos últimos ao regime de direito privado no que concerne aos estatutos das empresas públicas sob a forma comercial, levou à primeira crise na noção de serviços públicos.

Em relação à segunda crise da noção, esta deveu-se a uma maior globalização dos serviços movidos por ideologias comunitárias como a criação de mercados livres onde a concorrência impera, levaram a uma maior penetração do direito privado nestas matérias. Com os fenómenos de privatização e liberalização dos mercados, os utentes passaram a ser consumidores e as suas relações com os fornecedores privados dos serviços são puramente civilísticas. Nas palavras do autor, *“no sector dos serviços públicos, (...)a concorrência sucede ao monopólio e a regulação à tutela administrativa”*³³.

Penso que o importante é haver um reajustamento da definição de serviço público ao papel atual do Estado. Deste modo, o Estado Regulador atribui um papel central de controlo e garantia às entidades reguladoras de modo a que os privados possam ser titulares destes sectores de modo a integrar os privados no mercado e afastar, cada vez mais, o Estado com intervencionista direto na economia.

2.2 As ARI e os Serviços Públicos na Constituição da República Portuguesa

Independentemente do modelo de gestão, constitui uma incumbência do Estado o fornecimento de todos os bens que a sociedade necessite para a sua sobrevivência. O modo de gestão apenas influencia a responsabilidade do Estado podendo esta ser direta ou indireta consoante seja o próprio Estado, através da sua máquina empresarial, a geri-

³²RUI MANCHETE, *A Evolução Do Conceito De Serviço Público E A Natureza Das Relações Entre Concessionário ou Autorizado e o Utente*, Estudos de Direito Público, 2004, Coimbra Editora, p. 173-179

³³RUI MANCHETE, ob. cit., p. 178

lo, ou, invés, uma entidade particular, fenómeno este derivado do processo de liberalização e privatização.

Assim, a menção aos serviços públicos é feita na denominada *Constituição Económica*. O artigo 86º da CRP dedica-se às empresas privadas sendo que o seu escopo é o estímulo à atividade empresarial, apoio e proteção às pequenas e médias empresas. Através do n.º 3 do artigo 86º, reconhece que existe certo tipo de empresas privadas que estão submetidas a um regime de fiscalização pública especial. Reconhecendo a existência de serviços de interesse económico geral.

Logo é patente que a própria CRP reconhece a possibilidade da gestão do serviço público ser concedida a entidades privadas apesar de a sua génese ter cariz pública.

Para GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA³⁴, com este artigo a Constituição sempre deu por adquiridos os serviços públicos sem nunca lhes garantir expressamente, no entanto, esta reconhece a capacidade das empresas públicas em gerirem os serviços públicos ou delegar esta função às entidades privadas. Acrescentam que, o que caracteriza o serviço público é a sua programação para a satisfação dos utentes e o seu traço característico é a existência obrigações universais. Estes autores referem que a existência das entidades reguladoras sectoriais têm como objeto a defesa dos utentes.

Consequentemente, este artigo abarca a figura da concessão, sendo um instrumento de conceber um direito público existente, ou em certos casos, cria-lo e concede-lo a uma entidade privada afim de esta prosseguir o interesse público.

Deste modo, compreende-se que determinadas empresas privadas estejam adstritas ao controlo e autoridade administrativa.

As ARI encontram o fundamento da sua existência na Constituição, designadamente, entre outros, nas alíneas f) e i) do artigo 81.º. Deste modo, constitui uma incumbência

³⁴ JOSÉ J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 2007, Coimbra Editora, p. 1018-1021

prioritária do Estado assegurar o funcionamento dos mercados fomentando a concorrência contrariando posições monopolistas de modo a garantir a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores. O disposto no artigo 81.º iminente ligado aos direitos sociais, inclui tarefas de promoção da eficiência económica. Na perspectiva de JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, a alínea f) tem a sua génese na preocupação por parte da Constituição em consagrar o princípio da concorrência como um valor objectivo de ordem constitucional. Este princípio constitui “uma garantia- institucional da ordem económica”. O poder do Estado é chamado a intervir e garantir a racionalização económica. Com a mudança de paradigma do papel do Estado na economia, surgindo mercados livres onde o Estado tem uma posição de garante sob os utentes dos serviços, permite os referidos autores defenderem a mutação do Estado Social para um Estado Regulador. No entanto, alertam que o Estado não se pode afastar completamente dos mercados, logo, a forte regulação que hoje se faz sentir não obsta a prossecução do interesse público deste modo, o Estado está incumbindo de defender os interesses dos consumidores, destinatários dos serviços fornecidos³⁵.

A proteção dos consumidores consiste na garantia dos direitos enunciados no artigo 60º., ou seja, *“a proteção de direitos como o direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.”* Para além da missão de defesa dos consumidores, as ARI, são um instrumento de controlo do poder económico dotadas de poderes para o efeito³⁶.

³⁵RUI MEDEIROS/ JORGE MIRANDA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo II, 2006, Coimbra Editora, p. 18 -21

³⁶JOSÉ J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 964-973

³⁷JOSÉ J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, Volume II, 2010, Coimbra Editora, p. 810-811; RUI MEDEIROS/ JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, Tomo III, 2007, Coimbra Editora, p. 18 -21

³⁸JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, Volume II, 2010, Coimbra Editora, p. 805- 811; Medeiros Rui; Miranda, Jorge, *ob. cit.*, Tomo III, 2007, Coimbra Editora, p. 578-587

³⁹PEDRO GONÇALVES, “Regulação...”, *ob. cit.*, p. 64

Deste modo, existem entidades reguladoras sectoriais, especialistas em determinados sectores criadas para obedecer a dois princípios fundamentais: a defesa do consumidor e, por fim, assegurar o bom funcionamento do sector.

A legitimidade constitucional das Entidades Reguladoras Independentes está contida no disposto relativo à organização da administração, nomeadamente, no artigo 267º n.º 3. Em consonância com GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, a criação das referidas entidades é justificada pelos seus fins, que são: *“assegurar a regulação de “sectores sensíveis ou estratégicos”, cuja atividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência” e “proteger os direitos dos cidadãos, nas suas modernas refrações de direito à boa administração, à transparência, à informação”*³⁷.

As ARI são entidades administrativas com personalidade jurídica dotadas de poderes para prosseguir os fins enunciados. Estas entidades pautam-se pela independência, no sentido de, se abstrair de qualquer tipo de pressão por parte de outros tipos de entidades administrativas, garantindo neste modo a imparcialidade dos titulares dos seus órgãos³⁸.

Com a criação destas entidades, o Estado coloca-se no papel de um *“terceiro neutral, indiferente e desinteressado”*³⁹, fruto da reorganização do papel do Estado.

2.3 Os Serviços Públicos como Serviços de Interesse Geral

Tendo uma crescente importância social, faz todo o sentido o abandono da tese subjetiva dos serviços públicos, podendo estes também ser executados por particulares. No entanto, discordo da visão de alguns autores⁴⁰ que não fazem coincidir o conceito de

⁴⁰ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, 2010, Coimbra Editora, p. 51; RODRIGO GOUVEIA, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, 2001, Coimbra Editora, p. 22

⁴¹RODRIGO GOUVEIA, ob. cit., p. 22

⁴²Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº C 281 de 26 de setembro de 1996 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1996:281:0003:0012:PT:PDF>

⁴³Ponto 1º da COM 96/443

⁴⁴Ponto 1º

⁴⁵Ponto 10º

⁴⁶VITAL MOREIRA, *Os Serviços...*, ob. cit., p. 239-240

serviço público com o conceito de serviços de interesse geral. Na esteira de RODRIGO GOUVEIA⁴¹, os serviços de interesse geral são essenciais à vida, à saúde e à participação social vinculando o Estado para assegurar todas as condições para garantir o acesso a estes serviços por parte dos cidadãos. O conceito é utilizado no âmbito comunitário. Tendo a Comissão Europeia um papel preponderante na proteção e desenvolvimento dos serviços de interesse geral. Na sua comunicação COM 96/443⁴², a Comissão Europeia estabelece uma definição de serviço público e de serviços de interesse geral. Deste modo, entende-se por serviço de interesse geral, " *as atividades de serviço, comerciais, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e, por motivo, sujeitas a obrigações específicas de serviço público.*"⁴³ Com esta comunicação, a Comissão Europeia pretendeu realçar a importância destes serviços e a necessidade de implantar obrigações para os Estados-Membros garantirem " *serviços de qualidade por um preço acessível*" " *em contexto de uma economia de mercado aberta e dinâmica*"⁴⁴. Admitindo que constitui uma opção dos Estados-Membros o modo de organização dos serviços. Estes podem ser prestados diretamente pelo Estado ou em regime de concorrência. Estamos perante uma situação de concorrência quando o serviço é prestado por empresas privadas, organismos públicos ou ainda, através, de parcerias publico-privadas. A Comissão Europeia reconhece a necessidade de controlo destas entidades através de " *autoridades locais ou regionais, noutros casos por autoridades nacionais com prerrogativas e estatutos variáveis*"⁴⁵. O controlo destas entidades é feito através das entidades reguladoras sendo a responsabilidade estadual de garantia para acautelar possíveis falhas no mercado.

⁴⁷ RODRIGO GOUVEIA, ob. cit., p. 21

⁴⁸ J. N. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 215-218

As diferenças notórias entre serviços públicos e os SIEG são: a “*mercadorização*” dos serviços públicos estando disponíveis no mercado por um preço; a transformação dos utentes em consumidores, e por fim, a liberdade de escolha do fornecedor dos serviços⁴⁶.

*RODRIGO GOUVEIA*⁴⁷ auxilia-se da posição avançada por PEDRO GONÇALVES de serviço público como tarefa administrativa, para defender, que no caso dos serviços de interesse geral não estamos perante uma incumbência administrativa admitindo a hipótese de os mesmos serem prestados por privados.

Para J. N. CALVÃO DA SILVA⁴⁸, os SIEG surgem da falência do Estado Providência onde os serviços públicos eram de titularidade pública. Com a falência do mesmo e a necessidade de se iniciar movimentos de privatização e liberalização, a concepção clássica de serviço público foi posta em causa dando origem à noção de SIEG. Esta fórmula comunitária garante a concorrência do serviço prestado, independentemente, da titularidade do mesmo. Os SIEG são serviços de natureza económica sujeitos as regras comunitárias de concorrência. A importância destas matérias a nível comunitário é relevante visto que procedeu-se a elaboração de um projeto de “Carta Europeia dos Serviços Públicos” que não logrou. Esta Carta nasceu da interpretação dos Tratados e elegia como princípio geral de funcionamento destes serviços, o princípio da proporcionalidade. Este princípio comunitário referente aos serviços públicos, permite restrições às regras das concorrência quando as mesmas se revelem adequadas e estritamente necessárias à prossecução dos interesses de índole geral que se pretendem acautelar⁴⁹.

⁴⁹PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, ob. cit., 190

⁵⁰Recentemente, alterada pela Lei 10/2013, de 28 de janeiro. Denota-se que são serviços públicos essenciais: serviço de fornecimento de água; serviço de fornecimento de energia eléctrica; serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; serviço de comunicações electrónicas; serviços postais; serviço de recolha e tratamento de águas residuais; serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos; como previsto no artigo 1º.

⁵¹ELIONORA CARDOSO, ob. cit., 56-64.

Considero que os dois conceitos reproduzem a mesma realidade, os SIEG são a prova da necessidade de modificação do conceito clássico de serviços públicos e de uma maior importância das ARI nestas questões.

2.4 Os Serviços Públicos Essenciais

O legislador ordinário preocupou-se em estabelecer um regime de proteção constante na Lei n.º 23/96 de 26 de junho⁵⁰.

Com os movimentos de liberalização do séc. XX, muitas empresas estaduais foram privatizadas. Muitos sectores económicos em que o Estado detinha domínio total do sector, constituindo uma situação de monopólio, foram entregues a uma lógica concorrencial de mercado.

Apesar das opções económicas estaduais, é fulcral a manutenção da qualidade e universalidade destes serviços, daí a existência das entidades reguladoras. Porém a Lei n.º 23/96 constituiu um instrumento inovador no sentido de proteger o utente destes serviços considerando essenciais.

De acordo com ELIONORA CARDOSO⁵¹, os serviços públicos essenciais têm o seu núcleo protegido pelo princípio da boa-fé. O prestador de serviços deve proceder com boa-fé tendo em conta a natureza pública do serviço não podendo fazer valer a sua posição económica com o intuito de suspender ou deixar de fornecer o serviço. Para além deste princípio, o artigo 2º reconhece o direito de participação de organizações representativas de utentes sendo estas consultadas e ouvidas no enquadramento jurídico dos serviços públicos. O dever de informação consta no artigo 4º e consiste num dever simultâneo entre utente e operador devendo o último prestar esclarecimentos sempre que suscitado. Por último, a qualidade do serviço não pode ser afectada como indica o artigo 7º. A referida

lei compreende, de igual modo, um regime especial para estes serviços no que concerne a suspensão do fornecimento do serviço público, o direito à quitação, os consumos mínimos, a facturação, prescrição e caducidade.

A lei de proteção dos serviços essenciais é estruturada para os serviços prestados com base num contrato em que o fornecedor de serviço terá de contratar com o utente sem possibilidade de discriminações. Este regime representa uma limitação à autonomia privada e à liberdade contratual em prol do interesse público.

2.5 Serviço Público e as Obrigações de Serviço Universal

O conceito de serviço universal corresponde a um conjunto de exigências de interesse geral que os fornecedores dos serviços devem de obedecer tendo em conta o cariz social destas atividades⁵².

Para JOSÉ MORENILLA⁵³, os serviços universais são um conjunto de serviços com qualidade determinada que devem de ser prestados a todos os utentes, independentemente da sua situação geográfica, das condições nacionais concretas, a um preço acessível.

Apesar de todas as vantagens decorrentes na privatização dos serviços, não podemos esquecer que os mesmos passam a ser desempenhados por entidades privadas que, primordialmente, têm escopo lucrativo, o que, se não for devidamente controlado, pode por em risco a satisfação do interesse público. Cabe ao Estado programar, orientar e disciplinar a liberdade do mercado, de modo a garantir o cumprimento das obrigações de serviço universal. Esta função é atribuída as ARI que atuam quando estiver em causa o incumprimento destas obrigações de serviço universal, podem aplicar sanções aos operadores económicos. Face ao exposto, *“os serviços de interesse geral têm de ser prestados de forma contínua (princípio da continuidade), com níveis adequados de*

⁵²PEDRO GONÇALVES / LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 205

⁵³Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994 (DO C 48, de 16.2.1994), letra b) *apud* JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA,, ob. cit., p. 315

*qualidade e segurança (princípio da qualidade do serviço), garantindo-se o mais possível, a participação e informação dos utentes (princípio da participação e transparência)*⁵⁴.

VITAL MOREIRA, enuncia o que apelida de “*princípios clássicos de serviço público*” que correspondem às obrigações de serviço público. Elenca, nomeadamente, a garantia de provisão do serviço que significa que não pode deixar de haver oferta; a continuidade do serviço, no sentido, que o fornecimento tem de ser interrompido salvo motivo de força maior; universalidade, os serviços públicos devem de prestados a todos os cidadãos; igualdade de tratamento dos utentes, ou seja, proibição de discriminação entre utentes; retribuição uniforme independentemente dos utentes; tarifas sociais abaixo do custo de produção para certas categorias de utentes, protegendo deste modo os mais desfavorecidos e, por último, adaptabilidade, ou seja, ajustamento do serviço público às necessidades sociais⁵⁵.

Os serviços universais obedecem ao princípio da universalidade. Este princípio implica que o acesso aos serviços públicos seja para todos os cidadãos que queiram beneficiar dos mesmos não sendo possível qualquer tipo de discriminação entre os utentes. O preço tem de ser acessível salvaguardando a população que não tem recursos económicos para acederem aos serviços. Deste princípio depreende-se o princípio da igualdade referente ao acesso, em condições igualitárias, aos serviços universais. A igualdade implica a igualdade de tratamento de todos os utentes. Estes serviços públicos são contínuos, não podendo sofrer interrupções no fornecimento sem motivo aparente obedecendo ao princípio da continuidade. A adaptabilidade verifica-se pela necessidade de estes serviços estarem atentos às alterações tecnológicas e sociais dos utilizadores destes serviços. Apesar de a maioria dos serviços serem prestados por entes privados, a qualidade e a segurança dos mesmos não podem ser descorados.

⁵⁴J. N. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 122-123

⁵⁵VITAL MOREIRA, *Os Serviços Públicos...*, ob. cit., p. 228

Assim, devem registar-se padrões mínimos uma vez que estes serviços são essenciais à vida. Para além dos princípios expostos, pode-se automatizar do princípio da igualdade, o princípio da neutralidade do serviço público, que consiste na objectividade, imparcialidade e neutralidade em que os operadores dos serviços têm de atuar⁵⁶.

As obrigações de serviço universal nascem no âmbito das privatizações. Com a livre concorrência, apareceram em sectores considerados antigos monopólios estaduais, novos operadores económicos que podem fornecer um serviço em termos mais competitivos. Um maior leque de fornecedores do serviço é benéfico para os consumidores embora as ARI devem ter conhecimento personalizado do mercado para fiscalizar comportamentos que ponham em risco os padrões mínimos de fornecimento dos serviços. Neste domínio, as ARI desempenham um papel importante de resolução de conflitos nestes serviços. Estas entidades podem ser a ponte de solução do litígio entre consumidores beneficiários do serviço e o fornecedor do mesmo, tendo em conta que, o papel preponderante da regulação é a defesa dos consumidores. Neste prisma, temos o princípio da participação onde se atribui um papel especial aos utentes e respectivas associações para a construção de serviços que correspondam às exigências colectivas. Por último, a gratuidade revela-se pela necessidade destes serviços serem prestados por preços acessíveis⁵⁷.

Alguns autores falam em *“direito subjetivo à regulação pública”*, reconhecendo que o Estado tem o dever de proteção dos direitos de acesso a estes serviços equilibrando a relação entre entidades reguladoras, fornecedores e utentes. Como afirma JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *“a definição dos standards de qualidade e de segurança dos serviços prestados em contexto de mercado, bem como a garantia do tratamento igualitário e da acessibilidade aos serviços (valores que se reconduzem, afinal, às clássicas “leis do serviço*

⁵⁶JOSÉ MARIA SOUVIRÓN MORENILLA, ob. cit., p. 515

⁵⁷RODRIGO GOUVEIA, ob. cit., p. 26-31; PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, ob. cit. p. 207-214

público”: igualdade, continuidade e adaptação) surgem assim como elementos essenciais da fisionomia do Estado de Garantia⁵⁸.”

Tendo em conta o processo de liberalização dos mercados, estes não implicam um desinteresse total do Estado, uma vez que as autoridades públicas mantêm uma responsabilidade de garantia em relação aos utentes dos serviços. Deste modo, as obrigações de serviço universal servem para evitar “efeitos perversos associados à atuação de mercado em livre concorrência⁵⁹.”

Não há dúvidas da importância das ARI nestas questões, visto que quando os direitos dos utentes são violados estamos perante um princípio dos serviços públicos, o princípio da responsabilidade⁶⁰. Quando estamos perante a gestão direta do serviço por parte do Estado, a responsabilidade é estadual. Quando estamos perante a gestão de um particular este terá poderes de gestão e exploração da atividade, logo, a responsabilidade recairá sobre o mesmo. No entanto, não podemos esquecer que o Estado assume uma posição de garante terá sempre uma responsabilização secundária.

2.6 Modo de Gestão dos Serviços Públicos

Existem duas formas de gestão destes serviços. Originalmente, fruto do Estado Social marcado por uma forte intervenção na economia, a gestão destes serviços seria pública, existindo, em certos setores, uma situação de monopólio estadual. Apesar de, atualmente, ainda existirem sectores, como o caso das indústrias de rede, que ainda representam incumbências estaduais, a verdade é que, com a falência do Estado Social e a evolução do conceito de serviço público, admite-se a gestão privada destes serviços.

A gestão pública de um serviço levada a cabo por uma pessoa colectiva integrada na administração pública pode ser direta ou indireta. A gestão diz-se direta quando é efectuada pelo ente público no quadro das suas atribuições. A gestão é feita

⁵⁸J. N. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 111

⁵⁹Nas palavras de PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, *Os Serviços Públicos...*, ob. cit., p. 204

⁶⁰JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA, ob. cit., p. 517-522

indiretamente quando a entidade titular do serviço atribui a gestão de um serviço a uma organização pública com personalidade jurídica. A gestão de um serviço público também pode ser prosseguida por privados entrando no campo da gestão privada. Esta gestão pode ser realizada por organizações privadas do sector público, ou seja, por entidades em que a sua constituição é formalmente civil cujo os entes públicos exercem domínio sobre as mesmas. Estas entidades exercem a gestão de determinado serviço através da concessão de serviços públicos ou através de ato legislativo. A figura da concessão é, primordialmente, utilizada quando a gestão de um serviço é atribuída a um particular pertencente ao sector privado. Com a concessão, nasce uma relação de colaboração entre o sector privado e o ente público⁶¹.

Por seu turno, MARCELLO CAETANO reconhece que a gestão destes serviços é feita de forma direta ou indireta. A gestão direta é assegurada através de um regime de integração ou de personificação. Os serviços públicos podem ser integrados e geridos diretamente por órgãos da pessoa colectiva de fins múltiplos. Esta integração pode ser indiferenciada, no caso de, não ser feita uma assimilação total do serviço público aos outros serviços de expediente, de apoio, financeiros ou de polícia, ou diferenciada, quando se automatiza regras primitivas de gestão do próprio serviço havendo uma separação entre os serviços públicos e outrem a cargo da pessoa colectiva. A gestão direta dos serviços pode ser feita por personificação visto que alguns serviços necessitam de ser descentralizados. Deste modo, o serviço é prestado por pessoas coletivas de fins especiais, primordialmente, criadas para a gestão de um serviço público, sensivelmente, institutos públicos. A gestão indireta preconiza-se através de delegação ou de concessão. A gestão por delegação diz respeito a possibilidade de confiar o funcionamento de um serviço atribuído a determinada pessoa colectiva pública a outrem, a quem poderá sempre substituir se tal for necessário. Enquanto a gestão por concessão implica confiar o funcionamento de um

⁶¹PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, ob. cit. p. 38-39

serviço a uma empresa privada que, pelo tempo estipulado e por seu risco, exerce a atividade do concedente⁶².

Capítulo III- A Concessão de Serviços Públicos

A concessão de serviços públicos é um modo de gestão indireta que permite uma captação de investimento privado, assim como, uma menor responsabilidade estadual. A concessão representa uma forma de regulação contratual onde, penso que deviam de ser reconhecido uma maior importância ao papel das ARI nesta relação contratual que se forma entre concessionário e concedente. Deste modo, impõe-se a análise do conceito e regime da concessão de serviço público.

A concessão é encarada como uma forma de organização estadual visto que, ainda subsistem atividades, ligadas às indústrias de rede, que permanecem no seio estadual, e que necessitam de ser geridas e exploradas numa época de défice orçamental excessivo. A técnica concessória, associada à construção de infraestruturas, é o corolário da colaboração entre sector público e o sector privado. A colaboração entre sectores permite à Administração desenvolver sectores-chave da colectividade através do investimento e capitais privados. Deste modo, a concessão consiste numa transferência de uma incumbência da administração, transferindo, igualmente, o risco e a responsabilidade no desenvolvimento do serviço, para um privado que irá gerir e explorar um serviço mediante uma retribuição que pode ser uma taxa cobrada aos utentes ou pagamentos feitos diretamente pelo Estado⁶³.

A técnica concessória tem raízes na Grécia antiga onde as administrações das cidades confiavam, mediante uma retribuição, serviços a cidadãos. Também no Imperio Romano, concessão era sinónimo de conceder terras pertencentes ao Príncipe mediante o

⁶²MARCELLO CAETANO, ob. cit., p. 1070-1072

⁶³A concessão administrativa é definida como *"o ato ou negócio jurídico através do qual uma entidade pública transfere para outra entidade o direito à exploração de atividades públicas ou procede à criação, na esfera jurídica de outra entidade, de direitos relativos à utilização de bens públicos."* PEDRO GONÇALVES/MARTINS, LICÍNIO, ob. cit., p. 226

pagamento feito pelo beneficiário. No que concerne ao direito público, a concessão representava a atribuição por parte de uma autoridade pública de uma posição vantajosa ao particular. Sem sinais da atividade de administração pública na Idade Média, o Estado Moderno acolheu figuras próximas da concessão com o intuito de conceder a utilização de direitos que eram vedados aos privados através de um ato de disposição régia. Já no séc. XVI, a concessão vê-se associada à ideia de construção de obras públicas⁶⁴. No séc. XIX a concessão foi reconhecida como um instrumento precioso na atração de capital privado para a construção de grandes infraestruturas. Nesta fase, a concessão de obras públicas ganhou destaque, onde, o particular executava a obra pública ficando a explorar durante algum tempo com o objectivo de recuperar o capital investido e a obter lucro. Deste modo, surgiram concessões que eram, simultaneamente, de obras e serviços públicos. A concessão de serviços públicos, individualmente considerada, foi redescoberta com os processos de liberalização. A concessão de serviços públicos surge no âmbito da concorrência, onde o Estado assume um papel secundário nos mercados, o de regulador. Concomitantemente, a concessão de serviços públicos aparece associada às parcerias público-privadas, expoente máximo da colaboração entre sectores⁶⁵.

Na esteira de FERNANDA MAÇAS⁶⁶, a concessão de serviços públicos representa uma forma de gestão privada dos mesmos e traduz-se na transferência por parte do Estado a um particular de poderes para proceder a exploração de um serviço público, mediante a fiscalização do concedente, durante um período de tempo estipulado, em que o concessionário atua por sua conta e risco realizando os investimentos necessários sendo remunerado por meio de taxas ou tarifas a pagar pelos beneficiários do serviço.

Na sua concepção clássica, a concessão de serviços públicos podia ser definida como uma: *“convenção pela qual uma pessoa colectiva de direito público (o concedente) encarregava uma pessoa privada (concessionário) de instalar uma empresa de serviços*

⁶⁴PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 45-47

⁶⁵FERNANDA MAÇAS, *A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos, Estudos da Contratação Pública- I*, 2008, Coimbra Editora, p. 371-375.

⁶⁶FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 379-380.

públicos e, posteriormente, de a fazer funcionar, explorando o serviço público por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxadas cobradas aos utentes⁶⁷”.

Esta concepção de origem francesa, considera que são 5 as características fundamentais contidas na definição clássica de concessão de serviços públicos: a existência de um serviço público; a imputação dos riscos ao concessionário; remuneração de taxas cobradas aos utentes; manutenção da responsabilidade da Administração no que concerne ao bom funcionamento do serviço e, por último, prerrogativas de poder público e diversas vantagens conferidas ao concessionário⁶⁸.

Deste modo, estamos perante um serviço público explorado por um concessionário que terá a seu cargo todos os investimentos e despesas necessários de uma atividade atribuída primeiramente ao concedente, onde lhe serão concedidos poderes de fiscalização relacionados com o bom funcionamento do serviço. Pode mesmo falar-se de um direito-dever por parte da administração que terá de prosseguir o interesse público sendo a concessão de serviços públicos um modo de satisfação do mesmo.

Verificou-se, nos anos 40 do séc. XX, uma crise na definição clássica de concessão de serviços públicos. No que concerne aos sujeitos da concessão, começou a admitir-se que uma pessoa pública ou uma empresa formalmente privada mas com capitais públicos pudesse figurar como concessionário. Esta transformação colide com a ideia tradicional de concessão como colaboração entre o sector público e o sector privado. Com a introdução destas entidades como concessionários, a concessão passa a ser vista como um modelo de gestão de serviços públicos independentemente da entidade em questão. A definição clássica compreendia que os serviços públicos objecto da concessão seriam voltados para utente, ou seja, seriam serviços onde os utentes estavam devidamente determinados. Atualmente, compreende-se que não é necessário a determinação dos utentes. Em relação á responsabilidade financeira do concessionário, compreendia-se que

⁶⁷ PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 104.

⁶⁸ FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 382.

este assumia integralmente todas as despesas inerentes à exploração do serviço. Devido ao grau de financiamento que alguns serviços necessitam, admite-se um regime de solidariedade financeira, onde o concedente pode vir a ter de compensar financeiramente o concessionário pelos prejuízos na exploração do serviço. Quanto à remuneração do concessionário, esta representa um elemento essencial do conceito clássico, onde a doutrina francesa defendia que a receita do concessionário provinha exclusivamente do preço pago pelos utentes. Atualmente consubstancia o entendimento que a determinação dos utentes não é um elemento essencial da definição, sendo que a remuneração do concessionário deriva dos resultados financeiros de exploração. É igualmente possível o chamado sistema de “*portagens virtuais*” em que o concessionário tem direito a ser retribuído pelo concedente tendo em conta a utilização do serviço. Este sistema de compensação tem razão de ser tendo em conta que nem sempre as taxas pagas pelos utentes compensam o investimento levado a cabo pelo particular nunca se deixando de considerar que o risco da atividade recai sempre no concessionário. A última alteração consubstancia-se pelo facto de os beneficiários do serviço deixaram de ser apenas os cidadãos para poderem também os municípios serem considerados utentes através de, por exemplo, sistemas multimunicipais de distribuição de água⁶⁹.

Assim, a concessão incide sob um serviço público que consiste numa prestação onde o Estado assume uma responsabilidade de execução do mesmo, protagonizando uma relação jurídica administrativa concreta em que a Administração transfere para o concessionário um direito do qual é titular.

Na esteira de PEDRO GONÇALVES⁷⁰, a concessão constitui um ato jurídico de natureza constitutiva e translativa. O seu carácter constitutivo prende-se pelo facto de que através da concessão existe a transferência de um direito de exploração por parte da Administração criando deste modo uma nova capacidade judiciária do concessionário. Doutro modo, o concessionário não teria legitimação para explorar a atividade em nome

⁶⁹PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 101-116; FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 381-387

⁷⁰PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 117-121; PEDRO GONÇALVES/ LICINIO MARTINS, ob. cit., p.247-249

próprio. A natureza constitutiva da concessão é construída tendo em conta a perspectiva do concessionário visto que, para o mesmo, o que se trata é da criação de um novo direito na sua esfera jurídica, o direito de gestão e exploração de um serviço público. Existe, deste modo, uma partilha de responsabilidades, o concessionário obtém uma parcela dos direitos e deveres do concedente enquanto este último conserva a titularidade do serviço público sendo-lhe apenas vedada a gestão do mesmo. Porém, o concedente não se abstrai completamente do funcionamento do serviço. Este conserva o dever de garantir a efetiva prestação do serviço. O carácter translativo da concessão compreende a transferência dos direitos e deveres do concedente para o concessionário. Esta transferência de poderes e direito é parcial, visto que o concedente terá sempre poderes de direção, fiscalização e modificação unilateral do objecto da concessão, exercendo-os quando necessário. O concessionário terá o direito de gerir e explorar o serviço. Este direito de gestão transfere-se da titularidade do concedente para o concessionário.

No que concerne à doutrina estrangeira, JORGE GARCÍA⁷¹ defende que a concessão de serviços públicos é um ato constitutivo de direitos que origina a transferência de uma atribuição própria do Estado traduzindo, deste modo, uma forma de prestação indireta de serviços. O objectivo da concessão é a satisfação das necessidades colectivas sempre sob supervisão da administração.

Como salienta MANUEL MARIA DIEZ⁷², a concessão é um sistema de satisfação de necessidades de interesse geral realizado pelos concessionários, a quem o Estado delega um poder jurídico para a realização do serviço, tendo em todo o momento poderes de fiscalização e controlo. A delegação não quer dizer que o concedente renuncie ao exercício dos seus direitos, apenas-lhe é atribuído o direito de exploração do serviço. O serviço continua a ser considerado um serviço público sendo que, a todo o momento, o

⁷¹JORGE SARMIENTO GARCÍA, ob. cit., p. 74-76

⁷²MARIA MANUEL DIEZ, *Derecho administrativo*, Plus Ultra, 2ª Ed., p. 441-442 *apud* Jorge Luis Salomoni, *Teoría General de Los Servicios Públicos*, 1999, Ad- Hoc, p. 348

concedente tem o direito de prestar o serviço. Esta transferência do direito de exploração pelo concessionário não é um interesse privado mas um interesse público.

3. Características fundamentais da Concessão de Serviços Públicos

Na esteira de PEDRO GONÇALVES⁷³, podemos analisar a concessão sob o ponto de vista dos sujeitos e tendo em conta o seu objecto. Deste modo, é necessário analisar as relações jurídicas que advêm da concessão, designadamente, a relação entre o concedente e o concessionário. O concedente, geralmente, será uma pessoa coletiva de direito público onde lhe é atribuída uma tarefa administrativa relacionada com a atividade de serviço público. É-lhe atribuída a possibilidade de criação de comissões de acompanhamento para fiscalizar e orientar a atividade dos particulares, nunca perdendo de vista, o contributo das ARI nesta matéria. Em relação à figura do concessionário, este é maioritariamente uma empresa de direito privado, embora reconhecesse a possibilidade de poder ser uma empresa pública ou de capitais públicos. A doutrina francesa tendo em vista o carácter das atividades desenvolvidas pelos privados, concede-lhes prerrogativas de poder público, designadamente, a promoção da exploração e exercer todos os poderes que lhes são reconhecidos legalmente com vista a gerir o serviço público⁷⁴.

O objecto da concessão incide na gestão do serviço público. A administração pública será sempre o titular do serviço confiando ao privado a gestão do mesmo. Isto determina que haja uma limitação do direito da administração onde a entidade privada adquire autonomia de gestão. Uma característica fulcral na gestão indireta dos serviços prende-se pelo facto de o particular assumir a responsabilidade do funcionamento do serviço.

⁷³ PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 130-142

⁷⁴ JORGE SARMIENTO GARCÍA, ob. cit., p. 141

3.1 A Sua Natureza Jurídica

Existem três correntes doutrinárias que explicam a natureza da concessão de serviços públicos: as teorias unilaterais, as teorias bilaterais e a teoria mista⁷⁵. Quanto às primeiras, a concessão é vista como um ato unilateral da administração onde as cláusulas são fixadas unilateralmente pela mesma. Esta corrente defende que uma relação administrativa só pode ser constituída por um ato de autoridade onde os privados não podem ter uma posição igualitária na formação do contrato. O privado será sempre visto como um súbito. Embora também se possa defender que estamos perante dois atos unilaterais, um ato de "*imperium*" por parte da administração e um ato de direito privado compreendendo o momento de aceitação, por parte do privado, das cláusulas do contrato. Para as teorias bilaterais, a concessão é um ato de direito comum onde civilistas e publicistas consideram que estamos perante especificidades de direito público e de direito privado. Embora a concessão possa ser vista como um contrato de direito privado resultante de um acordo de vontades entre as partes existindo, simultaneamente, interesses privados e interesses públicos. Para a terceira teoria, a concessão contém um ato unilateral de direito público estabelecendo as cláusulas regulamentares e um contrato de direito privado respeitante ao equilíbrio económico-financeiro.

Na esteira de PEDRO GONÇALVES⁷⁶ em que me revejo, a concessão de serviços públicos será um contrato administrativo visto que nele está incorporado uma relação jurídica administrativa cujo objecto é uma atividade de serviço público. O referido contrato terá uma eficácia parcial e regulamentar, ou seja, as cláusulas incorporadas no contrato regulam direitos e deveres para cada uma das partes.

⁷⁵ Cf. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 178-203; BRUNA OLIVEIRA DE SOUZA, "Concessão de Serviço Público. Um Perfil do Instituto Na Prestação Pelo Estado e Pelo Particular. Titularidade Versus Execução. Direitos e Obrigações do Poder Concedente, Da Concessionária e Do Usuário. Concessão de Serviços Públicos Como Forma De Privatização.", 2004, América Jurídica, p. 2

⁷⁶ PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 200-203

3.2 A Concessão no Código da Contratação Pública

Inicialmente, os contratos administrativos eram regulados pelo CPA como reconhecimento do princípio da autonomia pública contratual da administração, deste modo, os artigos 178º a 189º que os regulavam. A concessão de serviços era um dos exemplos apontados de tipos de contratos administrativos⁷⁷. O CPA reconhecia o contrato administrativo como uma forma de prossecução das atribuições dos entes públicos sendo que a formação destes contratos era feita de acordo com as disposições legais do referido código reconhecendo este deste já o concurso público como a forma de eleição na escolha do concessionário⁷⁸. No entanto, associava-se a concessão como um contrato "*intuitu personae*", ou seja, o concedente escolhia o concessionário tendo em conta as suas qualidades pessoais sem que obedecesse a qualquer tipo de pré-procedimento na formação do contrato, deste modo, o que se valorizava era a confiança no concessionário. Em termos comunitários, a Comunicação interpretativa da Comissão nº 2000/C 121/02, reconhece que apesar de outras formas de concessões, como a concessão de serviços públicos, não ser objecto, ao contrário da concessão de obras públicas, de regulamentação comunitária, a verdade é que, as mesmas estão subordinadas aos princípios da contratação pública, como sendo, o princípio da igualdade na sua vertente de não-discriminação dos concorrentes, da transparência na eleição do vencedor do concurso, do reconhecimento mútuo e da proporcionalidade⁷⁹. Neste prisma e consubstanciando os poderes de fiscalização reconhecidos ao próprio concedente, as ARI têm um papel primordial na supervisão do funcionamento do serviço público, para a salvaguarda do interesse público.

No que concerne aos princípios da contratação pública, os mesmos devem ser observados em todas as fases da formação do contrato devendo os candidatos ser tratados, ao longo de todo o procedimento, de forma igualitária tendo os mesmos direito

⁷⁷ Artigo 178º nº 2 al. c),

⁷⁸ Artigo 179º nº 1; artigo 181º a 183º.

⁷⁹ FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 400-403.

a ser informados e esclarecidos da forma mais isenta possível de modo a que todo o procedimento seja transparente dando-se predominância ao interesse público.

Consecutivamente, aos contratos administrativos, no que concerne à sua formação e regime, são-lhes aplicadas as regras do CCP⁸⁰ em consonância com os princípios comunitários. Deste modo são, simultaneamente, aplicadas as Partes II e III do CCP. A primeira tem como objectivo a adoção das regras comunitárias nos procedimentos pré-contratuais, enquanto, a Parte III refere-se ao regime substantivo dos contratos administrativos propriamente dito.

3.3 A Decisão de Contratar⁸¹

Inicialmente, a entidade pública realiza atos preparatórios como a análise da necessidade de contratar e posteriormente a elaboração de um programa de concurso e do caderno de encargos⁸². Estes integram as peças do procedimento sendo o programa do concurso um regulamento que define os critérios de apreciação das propostas dos concorrentes. O caderno de encargos fixa as condições que devem repercutir no futuro contrato. No que respeita à concessão de serviços públicos, esta peça contém os direitos e obrigações das partes referidas à exploração tendo em conta o interesse dos utentes. Se a mesma conter uma parceria público-privada, a peça deve submeter à concorrência os aspectos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela direta ou indiretamente afectos conforme o modelo contratual⁸³.

O início do procedimento dá-se com a decisão de contratar, visto que, só quando a mesma for publicada, é que os candidatos têm conhecimento da iniciação do procedimento. A decisão de contratar é tomada pela entidade administrativa competente para a tomada da decisão final determinando, através das peças do procedimento, as

⁸⁰ DL n.º 18/2008 de 29 de janeiro que procedeu às transposições das diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho revogando o regime contido no CPA.

⁸¹ PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 208-214; PEDRO GONÇALVES/MARTINS, LICÍNIO, ob. cit., p. 256-260; FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 405-408.

⁸² Artigos 40.º e ss. do CCP.

⁸³ Artigo 45.º.

bases da concessão. As propostas apresentadas devem-se moldar pelo estipulado nas peças do procedimento e a escolha final deve ser realizada através da implementação de critérios objectivos.

Quanto à determinação do tipo de procedimento pré-contratual⁸⁴, a escolha recai sobre o concessionário. Pela primazia reconhecida ao concurso público, a escolha do procedimento é limitada pelo valor do contrato e por critérios materiais. Todavia, é reconhecida às entidades adjudicantes, independentemente do valor do contrato, optar entre o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação e o procedimento por negociação⁸⁵. O recurso ao ajuste direto só pode ser considerado quando perante razões de interesse público as prestações incidam no âmbito de serviços de telecomunicação permitindo a prestação dos mesmos ao público; quando a lei prevê que o contrato seja declarado secreto ou a sua execução seja acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir⁸⁶. O diálogo concorrencial⁸⁷ é admitido no âmbito de um procedimento complexo em que a administração não possui os conhecimentos técnicos necessários para proceder à elaboração das peças do procedimento não sendo possível a adoção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação.

3.4 Relação entre o concedente e o concessionário: os poderes do concedente⁸⁸

A concessão de serviços públicos gera um conjunto de direitos e deveres aos sujeitos da relação jurídica constituída pelo concedente e pelo concessionário. Os poderes conferidos ao concedente⁸⁹ podem ser de dois tipos: poderes sobre o contrato admitindo alterações ao mesmo e poderes sobre o seu contraente que se enquadram na natural relação de

⁸⁴ Artigo 16º.

⁸⁵ Artigo 31º nº 2.

⁸⁶ Conjugação dos artigos 24º e 31º.

⁸⁷ No que concerne aos sectores especiais, na concessão de serviços públicos não pode ser usado o procedimento de diálogo concorrencial visto que as entidades adjudicantes têm de respeitar os princípios de contratação pública.

⁸⁸ PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 236-262; PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 273- 283

⁸⁹ Artigo 302º e ss. do CCP.

autoridade entre os particulares e a administração sempre tendo em conta um princípio geral de prevalência do interesse público. Apesar da transferência do direito de exploração, o concedente será sempre o titular do serviço público devendo de zelar pelo mesmo. Começando pelos poderes contratuais, isto é, pelos compreendidos na relação contratual, o poder de direção insurge-se como a possibilidade de o concedente emanar ordens, instruções e diretivas em relação ao modo de gestão do concessionário. Com o intuito de criar limitações ao poder de direção, lembrando que o concedente não é um órgão de administração, não existindo uma relação hierárquica, é assegurada a autonomia no exercício da atividade por parte do concedente. Deste modo, o poder de direção deve ser potenciado quando está em causa a salvaguarda do interesse público com o objectivo de fazer cumprir o estipulado na concessão. É vedado ao concedente a criação de novas imposições relacionadas com o seu poder que não as acordadas pelas partes contratualmente. O poder de fiscalização incide sobre a responsabilidade de garantia do concedente. Com a transferência do direito à exploração do serviço, o concedente deve garantir que o mesmo seja contínuo, regular, universal e seja prestado com qualidade. O concedente nunca deixa de ser responsável pela prestação dos serviços sendo que a omissão do dever de fiscalização pode desencadear uma ação de responsabilidade civil. O concedente deverá salvaguardar o interesse público que se traduz na garantia dos direitos dos utentes. Este poder pode-se traduzir num controlo técnico, controlo financeiro ou jurídico. O primeiro resulta do cumprimento de deveres contratuais por parte do concessionário, designadamente, o controlo dos meios técnicos e humanos utilizados na gestão do serviço. O controlo financeiro visa a verificação da solvabilidade da empresa podendo o concedente analisar os relatórios de gestão do concessionário. Na esteira de PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO MARTINS⁹⁰, acrescenta-se o controlo jurídico com a possibilidade de o concedente dispor de meios que garantam o cumprimento do contrato por parte do concessionário podendo o primeiro praticar atos administrativos, como seja, a aprovação de regulamentos elaborados pelo

⁹⁰PEDRO GONÇALVES / LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 278

concessionário. O poder sancionatório compreende um ato de autoridade por parte do concedente em relação ao incumprimento contratual de obrigações por parte do concessionário. Deste modo, o poder sancionatório funciona como uma garantia da processão do interesse público e do cumprimento das obrigações contratualmente assumidas. Este poder é o corolário da importância das ARI nestas matérias. As entidades reguladoras são entidades independentes onde lhes são atribuídos poderes de carácter sancionatório visto estas estarem habilitadas de profissionais técnicos na área para poderes avaliar imparcialmente a atuação do concessionário devendo verificar se existem violações ao comportamento exigido por parte do mesmo. Um dos poderes mais controversos surge na compreensão que os serviços públicos não são realidades estáticas podendo ocorrer alterações no seu funcionamento. O poder de modificação unilateral do contrato encontra a sua justificativa na necessidade de evolução das necessidades da colectividade, ou seja, no princípio de atualização do serviço público. Para o exercício deste poder, o concedente obedece a limitações, desde logo, o próprio objecto do contrato que não pode ser descaracterizado Este poder só pode ser exercido tendo em conta o interesse público sendo obrigatoriamente fundamentado. Porém, constitui um direito do concessionário a reposição do seu equilíbrio económico-financeiro quando a imposição leve a um aumento desproporcionado das despesas do concessionário.

3.5 Deveres do Concedente⁹¹

Os deveres do Concedente são os estipulados contratualmente. Os deveres compreendem a obrigação de zelar pelo interesse público; o dever de respeitar a autonomia da gestão efectuada pelo concessionário e o dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato, indemnizando o concessionário sempre que o exercício do mesmo lhe provoque danos.

⁹¹PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 262-263

3.6 O concessionário e os seus direitos

O direito à gestão do serviço público é o direito essencial do concessionário. Este direito origina o reconhecimento de direitos como: o direito à remuneração, o direito à reposição do equilíbrio económico do contrato e o direito à exploração de atividades complementares e acessórias do serviço concedido⁹². O direito à gestão do serviço público condiz com a posição ativa do concessionário no contrato de concessão. Este direito não é eterno, está temporalmente delimitado, obedecendo aos ideais comunitários, assegurando, deste modo, a implementação da concorrência nos sectores. Deste modo, espera-se que o prazo contratualmente estipulado não seja excessivamente dilatado para permitir a entrada no mercado de operadores competitivos com condições mais vantajosas de fornecimento dos serviços.

O direito à remuneração incide numa contrapartida financeira pela gestão do serviço. Na construção clássica da noção de concessão de serviços públicos, esta remuneração consistia nas taxas pagas pelos utentes dos serviços. Atualmente, considera-se que é possível existir uma obrigação de retribuição por parte do concedente tendo em conta a desproporcionalidade que possa existir entre os investimentos realizados e o lucro obtido.

Quanto o concessionário altera unilateralmente o contrato, o concessionário tem direito à reposição financeira do equilíbrio económico do mesmo⁹³. Este direito coaduna uma proteção financeira contra os atos da administração.

Ao concessionário, reconhece-se o direito de modificação ou resolução do contrato nos termos da lei civil. Esta situação opera-se quando existem alterações contratuais de tal forma que revolucionam o objecto da concessão.

⁹² PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 263-271

⁹³ Artigo 282º CCP.

Por último, o concessionário pode explorar atividades complementares e conexas ao serviço público embora estas situações possam original um abuso de posição dominante, comportamento anti-concorrencional e altamente censurável em termos comunitários.

3.7 Deveres⁹⁴

O dever de prestar de forma e regular os seus serviços constitui a obrigação principal do contrato de concessão. Este dever pressupõe outras obrigações como: dever de instalar a empresa e a gestão contínua e pessoal.

Na sua gestão do serviço, o particular tem de cumprir as já adiantadas obrigações de serviço universal, ou seja, prestar um serviço regular e contínuo aos utentes. Deste modo, o concessionário tem de providenciar todos os esforços, nomeadamente a instalação do serviço e a contratação de trabalhadores, para um bom funcionamento do serviço e o cumprimento escrupuloso do contrato.

3.8 Relação do Concedente e do Concessionário com os Utes

Os utentes são os principais beneficiários da prestação do serviço. Perante, o concedente, como titular da prestação do serviço, tem a obrigação de assegurar o funcionamento efetivo do mesmo. Com o contrato de concessão, esta obrigação principal transfere-se para um particular que tem como incumbência a implementação do serviço. Os utentes não podem ficar subjugados à arbitrariedade do fornecimento do serviço por parte do particular. Com efeito, os utentes têm direito de participação que consiste no reconhecimento de uma posição ativa no fornecimento do serviço. Os utentes do concessionário podem apresentar queixa das infrações cometidas à administração ou podem recorrer a vias judiciais. Neste sentido, o papel das entidades reguladoras não pode ser esquecido visto que o Estado não se pode subtrair à supervisão do mercado. Quando o comportamento no mercado por parte do concessionário viole os direitos fundamentais do utente, a entidade reguladora deve adotar uma atitude sancionatória.

⁹⁴ PEDRO GONÇALVES/LICÍNIO MARTINS, ob. cit., p. 286-289; PEDRO GONÇALVES, ob. cit., p. 271-282

Deste modo, as ARI devem possuir áreas próprias onde os utentes possam utilizar o seu direito à queixa.

3.9 Regime Substantivo Da Concessão de Serviços Públicos

O regime substantivo da concessão de serviço público situa-se na Parte III do CCP. O regime é composto por disposições gerais aplicadas, de igual modo, às concessões de obras públicas. No que concerne à concessão de serviços públicos, os artigos 429º e 430º representam o seu regime específico. O primeiro artigo faz menção aos princípios comunitários que devem ser adstritos ao contrato como a continuidade, regularidade, igualdade, adaptação à realidade do serviço. O artigo 430º representa uma extensão da aplicação dos princípios de serviço público e o regime da Secção I aos contratos afins do contrato de concessão de serviços públicos. Ao arripio de FERNANDA MAÇAS⁹⁵, a intenção do legislador com esta disposição é abranger todos os contratos de concessão.

No que respeita às disposições gerais, há que fazer uma breve menção aos poderes do concedente e ao regime dos bens. É peculiar o regime do resgate nestes contratos, admitindo a inobservância das obrigações do contrato por parte do concessionário compreendendo um incumprimento grave do mesmo, o concedente pode apropriar-se do serviço prestado pelo concessionário. Deste modo, o artigo 422º permite à administração avaliar o desempenho do particular. Porém, com este artigo, estão assegurados todos os interesses inerentes das partes. A utilização da figura permite assegurar a predominância do interesse público, não esquecendo os investimentos efectuados pelo particular tendo este direito a uma indemnização em caso de resgate.

O artigo 423º enuncia outras causas de resolução do contrato pelo concedente. Na esteira de FERNANDA MAÇAS⁹⁶, para além das situações descritas no referido artigo, constitui fundamento de resolução do contrato, o incumprimento de obrigações contratuais associadas ao poder de direcção que o concedente possui como ordens, diretivas e

⁹⁵FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 414

⁹⁶FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 421

injunções; ao poder de fiscalização; incumprimento dos regulamentos emanados pelo concedente e violações referentes aos direitos dos utentes. O CCP prevê, no artigo 425º, a extinção da relação de concessão pelo decurso do tempo, no entanto, o mesmo não prevê expressamente a possibilidade de existir uma declaração de caducidade⁹⁷.

Em relação aos bens do concedente⁹⁸, estes formam um conjunto unitário e homogéneo sendo incorporados no próprio contrato, existindo uma transferência do direito de propriedade do concedente para o concessionário. O regime destes bens está contido no artigo 419º onde limita a possibilidade de oneração dos referidos bens por parte do concessionário a terceiros que para o efeito tem de possuir autorização do concedente. Com o término da concessão, estes bens voltam a estar na disposição do concedente. Problemas levantam, os bens adquiridos ou construídos pelo concessionário no decurso do contrato. Quando no contrato existir uma cláusula de transferência, entende-se que a propriedade do concessionário é fragilizada sendo o concessionário encarado como um proprietário temporário, deste modo, existe a possibilidade de afetação por parte da administração destes bens. Se tal cláusula não estiver contida no contrato, o concedente só poderá exercer os poderes contratualmente estipulados, como por exemplo, o poder de fiscalização do mesmo com o intuito de conservação do regular funcionamento do serviço.

Conclusão: A Concessão de Serviços Públicos e a Regulação Administrativa

Como se referiu, assista-se hoje a uma mudança de um Estado Máximo para um Estado Mínimo. Até aqui, o que se impunha ao Estado era um papel ativo na vida económica dos cidadãos defendendo a tese de que os serviços essenciais à vida coletiva não podiam ser desempenhados pelos particulares, não lhes sendo reconhecidas qualidades para prosseguir tais funções.

⁹⁷FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 421

⁹⁸FERNANDA MAÇAS, ob. cit., p. 414-419

Os serviços públicos, numa conotação clássica, representam o ex-líbris do Estado Social. Estes serviços considerados essenciais para a comunidade eram exclusivamente prestados pelo Estado. Entendia-se que só o Estado poderia prosseguir o interesse público. Mesmo com a implementação da técnica concessória na administração, esta era pouco transparente na escolha do concessionário. Esta escolha não era baseada em critérios objectivos.

Produto de influências comunitárias, com uma grande impulsão de processos de liberalização dos mercados, culminando com um CCP onde a sua máxima é a proteção da concorrência como forma de salvaguarda do interesse público, nasce o Estado Mínimo substituindo o Estado dos Serviços Públicos. Com esta mudança de paradigma, a solução que a doutrina encontrou foi a criação do conceito de SIEG, conotando os serviços públicos tradicionais numa vertente mais comercial e industrial, e um desaparecimento do conceito de serviços públicos.

Todavia, a solução não tem de passar pelo abandono do conceito de serviço público. Onde a doutrina vê a morte dos serviços públicos em detrimento dos serviços de interesse geral, eu vejo a necessidade de rejuvenescimento do conceito clássico. Deve-se ampliar o elemento subjetivo da função considerando que os particulares podem também eles prosseguir o interesse público, trazendo para sectores chave investimento privado, melhorando o serviço. Este pensamento não agride as funções estaduais apenas as redefine.

Deste modo, penso que tendo presente a atualidade, a regulação administrativa ganhará ainda mais terreno. O Estado não se pode desvincular de proteger os cidadãos dos grandes grupos económicos privados, devendo fiscalizar os comportamentos adoptados pelos mesmos. Por um lado, ao conceder a possibilidade de integração de privados em sectores anteriormente monopolizados, torna-se necessário a amplificação dos poderes concebidos às ARI.

Deste modo, a Regulação Administrativa, como disciplina jurídica de Direito Público, ganha mais notoriedade. As entidades reguladoras foram a solução encontrada por parte do Estado em conservar um papel secundário mas patente nos mercados. Só estas asseguram a imparcialidade e transparência necessárias para se imporem a comportamentos por parte dos operadores (onde, não tão raramente, encontramos o Estado como operador) que ponham em causa os dois principais objectivos destas entidades: a predominância do interesse público e a defesa dos direitos fundamentais dos utentes.

Apesar dos poderes conferidos pelo CCP ao concedente, as ARI possuem uma qualidade que o concedente não vai conseguir assegurar, a independência e imparcialidade. Para um regular funcionamento de um serviço público, estas qualidades são fundamentais.

Logo, para assegurar a tutela jurídica efetiva destes serviços é necessário uma convergência entre regulação contratual e a regulação institucional. Não se pode deixar de lado a figura da concessão dos serviços públicos, no entanto, deve-se reforçar o contributo das ARI na sua formação. Não esquecendo que o concedente, embora seja o Estado terá um papel completamente diferente das ARI. O concedente atua com interesse, apesar da exigência de transparência do processo de formação dos contratos, muitas vezes acede à figura da negociação. Estas situações podem ser tendenciosas para o interesse público visto que a figura da negociação tem origem privada. Deste modo, pode ser necessária a intervenção de uma entidade completamente imparcial e independente para acautelar este tipo de situações.

Outra área que necessita de uma maior intervenção das ARI é a fixação das bases da concessão. Penso que, as ARI também devem participar na fixação das bases da concessão como forma de proteção preventiva dos direitos dos utentes. Assim, recentrando na Administração Pública uma tarefa que até aqui tem sido, de algum modo, desempenhado pelo legislador. Para o efeito, as ARI deviam de deter o poder de homologação dos aspetos contratuais que incidem diretamente na prestação do serviço.

Este poder de homologação é justificado pela grande função atribuída às ARI: a defesa dos utentes.

Concluindo, é necessário repensar o conceito de serviço público incluindo os particulares no seu elemento subjetivo. A concessão de serviços públicos continua a ser predominante para a gestão indireta dos mesmos atraindo capitais privados e diminuindo o risco da administração. Ao lado da regulação contratual deve coexistir a regulação institucional, o que determina a atribuição de novos poderes às ARI, como o poder de homologação das bases da concessão e a participação na negociação na formação dos contratos.

É tempo de mudar. É tempo de incluir os particulares no conceito de serviço público. É tempo de Regular.

Bibliografia

- AMARAL, DIOGO FREITAS DO
-*Curso de Direito Administrativo*, 2006, volume I, 3ª Edição, Edições Almedina
- BRACONNIER, STÉPHANE
-*Droit des services publics*, 2007, Editor PUF, 2ª Edição,
- CAETANO, MARCELLO
- *Manual de Direito Administrativo*, 1980, Volume II, 9º Edição, Edições Almedina
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES /MOREIRA, VITAL
- *Constituição da República Portuguesa anotada*, Volume I, 2007, Coimbra Editora
- *Constituição da República Portuguesa anotada*, Volume II, 2010, Coimbra Editora
- CARDOSO, ELIONORA
-*Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, 2010, Coimbra Editora
- GARCIA, JORGE SARMIENTO
-*Concession de Servicios Públicos*, 1999, Ciudad Argentina
- GONÇALVES, PEDRO
-*A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, Almedina
-*Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*, "Estudos de Direito Administrativo da Regulação", 2008, Coimbra Editora

- GONÇALVES, PEDRO/ MARTINS, LICÍNIO
-*Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador* In Moreira, Vital, (org.) “Estudos de Regulação Pública –I”, 2004, Coimbra Editora
- GOUVEIA, RODRIGO
-*Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, 2001, Coimbra Editora
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS Nº C 281 DE 26 DE SETEMBRO DE 1996
-<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1996:281:0003:0012:PT:PDF>
- MAÇAS, FERNANDA
-*A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos, Estudos da Contratação Pública–I*, 2008, Coimbra Editora
- MEDEIROS, RUI/ MIRANDA, JORGE
-*Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo II*, 2006, Coimbra Editora
-*Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo III*, 2007, Coimbra Editora
- MOREIRA, VITAL
-*Os Serviços Tradicionais sob o Impacto da União Europeia* In Revista de Direito Público da Economia, Editora Fórum, ano 1, nº 1, Jan./Mar., p. 227-228.
- MOREIRA, VITAL/ MAÇAS, FERNANDA
-*Autoridades Reguladoras Independentes*, Estudo e Projeto de Lei-Quadro, 2003, Coimbra Editora, p. 17-19.
- MORENILLA, JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN
-*La actividad de la administración y el servicio público*, 1998, Editorial Comares, p. 115

- MANCHETE, RUI
- *A Evolução do Conceito de Serviço Público e a Natureza das Relações Entre Concessionário ou Autorizado e o Utente*, "Estudos de Direito Público", 2004, Coimbra Editora

- SALOMONI, JORGE LUIS
- *Teoria General de Los Servicios Públicos*, 1999, Ad-Hoc

- SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA
- *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Geral*, 2008, Edições Almedina,

- SOUZA, BRUNA DO OLIVEIRA
- *Concessão de Serviço Público. Um Perfil do Instituto na Prestação Pelo Estado e Pelo Particular. Titularidade Versus Execução. Direitos e Obrigações do Poder Concedente, da Concessionaria e do Usuário. Conceito de Serviços Públicos Como Forma de Privatização*, 2004, América Jurídica

- VERA-CRUZ, EDUARDO
- *Regulação e Concorrência– Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência. A regulação pública como instituto jurídico de criação jurisprudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI*, 2004, Editora Almedina