



Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Administrativo, vertente Contratação Pública

Orientador:

PROFESSOR LINO TORGAL

Mestranda:

Inês Pinto da Mota de Barbosa Mendonça

Data: 25 de setembro de 2012

O INSTITUTO DO DIREITO DE RESGATE NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO AO ABRIGO DO NOVO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS¹

¹ O texto da presente dissertação está escrito ao abrigo do novo Acordo Ortográfico.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação à minha querida mãe e à minha querida irmã, que foram e sempre serão, para mim, um grande exemplo a seguir.

ÍNDICE GERAL

	Página
Lista de Abreviatura e Siglas.....	iv
Agradecimentos	v
1. INTRODUÇÃO	1
1.1. Definição do tema a abordar e explicação da sua relevância; objetivos da dissertação.....	1
1.2. Organização da dissertação.....	2
2. AS FUNÇÕES DO ESTADO E O SERVIÇO PÚBLICO COMO MODO DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	4
2.1. Evolução histórica e noção de serviço público.....	4
3. A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: UM INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES	7
3.1. Condições do seu aparecimento	7
3.2. Noção de contrato de concessão de serviço público	9
4. A IDEIA DE RESGATE	11
4.1. Condições do seu aparecimento e a necessidade de harmonizar o interesse público com o interesse privado	11
5. O DIREITO DE RESGATE	15
5.1. O conceito de resgate e seu conteúdo	15
5.2. A natureza do ato de resgate	21
5.3. Justificação do resgate: o resgate corresponde a imposições de interesse público	22
6. O PROCEDIMENTO DE RESGATE	24
6.1. O prazo de garantia ou prazo de não-resgate	24
6.2. O pré-aviso de resgate.....	27
7. OS EFEITOS DO RESGATE.....	30
8. CONCLUSÃO	36
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cfr.	Conforme
Cit. por	Citado por
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
D.L.	Decreto de Lei
pp.	Páginas

Abreviaturas em Latim

<i>et al.</i> (et alia)	e outros
<i>etc.</i> (et ceatera)	e o resto
<i>ex novo</i>	de novo
<i>ius variandi</i>	direito de alterar a escolha
<i>lucrum cessans</i>	lucros cessantes
<i>pacta sunt servanda</i>	os pactos devem ser respeitados
<i>per si</i>	por si só
<i>ratio</i>	razão
<i>sine qua non</i>	sem a/o qual não pode deixar de ser
<i>supra</i>	acima
<i>vexata quaestio</i>	questão em debate

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação nunca teria sido possível sem a ajuda de todos os que, de uma forma ou de outra, me incentivaram, motivaram e acompanharam durante toda a sua elaboração.

Ao amigo e sábio Professor Lino Torgal, os meus sinceros agradecimentos pela prontidão com que me recebeu desde o primeiro dia, por toda a dedicação, orientação, apoio, paciência, conhecimentos, incentivo, amizade, conselhos e a atenção dispensada para comigo, durante as longas sessões de trabalho que tivemos no decorrer da elaboração desta tese, bem como pela sua permanente disponibilidade e empenho demonstrados para com este projeto, que culminaram numa melhoria significativa do desenvolvimento desta dissertação

Aos meus colegas de trabalho, agradeço o companheirismo e grande amizade sempre demonstrados desde que nos conhecemos. Bem como o apoio, a disponibilidade e a compreensão que tiveram para comigo. Os conhecimentos que me transmitiram e a experiência que ao longo deste ano de trabalho adquiri foram, sem dúvida, uma grande mais-valia e um valioso auxílio para a elaboração desta dissertação.

Às pessoas mais importantes da minha vida, a minha mãe, a minha irmã e avós, o meu tio-avó José Pinto da Mota, o meu tio Fernando, o meu primo José e os meus amigos mais próximos, um agradecimento especial pelo permanente estímulo que me deram ao longo de toda a minha vida e a segurança que me transmitiram, acreditando sempre em mim.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Definição do tema a abordar e explicação da sua relevância; objetivos da dissertação

A presente dissertação tem como escopo apresentar uma análise problematizada sobre o regime jurídico do instituto do direito de resgate nas concessões de serviço público, enquanto modo de extinção prematura do contrato exclusivamente por razões de conveniência de interesse público, que se encontra atualmente previsto numa das leis mais relevantes na área do Direito Público, o novo Código dos Contratos Públicos (CCP – D.L. n.º 18/2008, de 29 de janeiro), mais concretamente, no artigo 422.º.

Este projeto visa, essencialmente, estudar o procedimento e os efeitos a que está sujeito o ato de resgate, bem como quais as razões de interesse público que o justificam e, simultaneamente, levantar e procurar solucionar as principais questões jurídicas que o resgate suscita e que o legislador não logrou resolver. Chamamos, no entanto, a atenção para o facto de este tema, apesar de densamente desenvolvido pela doutrina nacional e internacional, nomeadamente, pela doutrina espanhola, francesa, italiana e, mais recentemente, pela doutrina brasileira, não se encontrar ainda muito estudado no plano prático e jurisprudencial em Portugal devido ao seu raríssimo uso. Por isso mesmo, o nosso trabalho viu-se confinado a um maior desenvolvimento teórico e não tão prático como desejaríamos, pois não temos conhecimento do uso desta faculdade de resgate desde o início da vigência do CCP. Pelo que, todas as referências a casos concretos de resgate que se vislumbrarem na presente dissertação reportar-se-ão, necessariamente, ao período anterior à entrada do CCP².

Saliente-se que, o recurso ao estudo do regime jurídico atinente ao direito de resgate no Direito Comparado revelou-se uma ferramenta essencial para uma melhor compreensão deste tema. Com efeito, ao longo deste trabalho procuraremos também apresentar os principais pontos de contacto e de discordância do direito de resgate em diversos ordenamentos jurídicos.

Ora, a opção pelo presente tema a ser desenvolvido neste projeto teve como motivação, em primeiro lugar, a formação da mestranda na área do Direito e, por fim, o facto de esta

² O caso mais interessante e de maior repercussão em Portugal, foi o que durante anos se debateu nos tribunais a propósito do resgate à concessão que em 1906 foi feita pela Câmara Municipal do Porto à Companhia Carris de Ferro do Porto. Esta concessão tinha por objeto o exclusivo da exploração de linhas férreas americanas para o transporte coletivo de passageiros, bagagens e mercadorias em todas as vias municipais.

trabalhar diariamente com o CCP, mais propriamente, a contratação pública. A mestranda achou de todo o interesse público estudar o resgate nas concessões de serviço público, procurando apresentar algumas soluções para as lacunas detetadas.

Tratando-se este de um tema importante, com inúmeras particularidades face a outras formas de extinção das concessões de serviço público previstas no CCP, com especial acuidade nos nossos dias e com relevância económica, social e política sobretudo atenta a atual conjuntura que o país apresenta, tornou-se necessário equacionar até que ponto o uso do direito de resgate - enquanto ferramenta essencial para que a Administração Pública desempenhe corretamente as suas atribuições, nomeadamente, a prossecução do interesse público ao abrigo do art. 266.º, n.º 1 da CRP -, se apresenta como uma solução economicamente eficiente. Pois, como veremos, o resgate implica o pagamento de uma indemnização ao concessionário pelos prejuízos causados com a extinção antecipada do contrato. A este propósito e no sentido de encontrar uma resposta à questão por nós colocada, veremos quais os elementos que devem presidir ao cômputo da indemnização de resgate. Neste contexto, entender de que forma o resgate pode ser efetivamente um instrumento com vista à melhor satisfação dos interesses da coletividade, passa a ser não só importante do ponto de vista académico, mas também do ponto de vista de uma gestão mais racional e eficiente do erário público.

Cumpre-nos, por fim, salientar que o presente trabalho é um estudo académico sem a pretensão de ineditismo. Não obstante, não nos descuremos de tratar os aspetos mais interessantes do assunto, uma vez que cremos que o resgate das concessões tende a retornar aos debates jurídicos.

1.2. Organização da dissertação

Para o tratamento do tema amplo eleito e dadas as limitações de espaço exigidas, julgámos conveniente dividir o presente relatório em nove capítulos, os quais por sua vez, se encontram divididos em subcapítulos.

Do primeiro capítulo, irão constar informações tais como, a temática/problema em estudo, qual a sua importância atual e o porquê da sua escolha (motivação) e, por fim, quais são os objetivos que se pretendem alcançar com a elaboração deste projeto.

No capítulo dois, far-se-á uma breve referência histórica às funções económico-sociais do Estado e ao serviço público. Como o estudo do resgate exige considerações prévias, o capítulo

seguinte será destinado às concessões de serviço público, analisando a sua evolução histórica e propondo uma noção.

Por sua vez, o capítulo quatro será alusivo às circunstâncias que levaram ao aparecimento do direito de resgate, ou seja, far-se-á uma análise histórica do tema.

No capítulo quinto, procuraremos explicar sobre o conceito, o conteúdo e a natureza jurídica do ato de resgate. Prosseguiremos no capítulo sexto, com uma incursão no estudo do procedimento de resgate, onde dedicaremos principal atenção aos problemas relacionados com o prazo de garantia e o pré-aviso de resgate.

Por seu turno, no capítulo sete, elaboraremos com minúcia uma exposição fundamentada sobre todos os efeitos que o uso da faculdade extraordinária de resgate provoca, nomeadamente, analisaremos o objeto e a indemnização de resgate. Aqui, não vamos tratar do vasto elenco de questões que a indemnização suscita, mas apenas referir alguns aspetos reveladores das suas linhas mestras.

O capítulo oito intitula-se por conclusão e reflete uma análise da problemática estudada ao longo de todo este projeto, apresentando-se assim as principais conclusões decorrentes do trabalho desenvolvido.

Por fim, no capítulo nove enunciaremos as referências bibliográficas consultadas para a realização da presente dissertação.

É este o caminho espinhoso que tentaremos percorrer.

2. AS FUNÇÕES DO ESTADO E O SERVIÇO PÚBLICO COMO MODO DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Evolução histórica e noção de serviço público

O Homem não é um ser naturalmente livre, porque a sua natureza física, intelectual e moral exige a vida em comum. Com efeito, só em sociedade o Homem vive e se realiza em pleno. Esta é condição *sine qua non* da própria existência individual e do progresso. Os Homens vivem formando sociedades e nelas são interdependentes, uma vez que têm necessidades semelhantes que para serem satisfeitas exigem a vida em comum e uma troca permanente de serviços adequada às aptidões de cada um. Não obstante, as sociedades para atingirem os seus fins, que mais não são do que os dos próprios indivíduos que a compõem, precisam de organizar-se estabelecendo uma diferenciação entre governantes e governados e criando um sistema de regras que regule as relações entre ambos e, bem assim, as atividade de todos³. Assim, a sociedade, estruturada política e juridicamente, designa-se de Estado⁴.

Ora, o Estado realiza-se dando cumprimento às inúmeras necessidades da vida em sociedade e já a sua simples existência se deve à exigência primária de toda a coletividade que quer subsistir. Com efeito, o Estado consubstancia-se “*como o primeiro imperativo na realização do objectivo dos indivíduos, para ir depois actuar por intermédio dos seus órgãos, na satisfação concreta das suas necessidades; além das que são permanentes - a ordem, a segurança e a conservação da própria sociedade, que todo o Estado deve procurar satisfazer primeiramente*”⁵. Existe, então, uma zona de atividade estadual cujos fins variam, ao lado daqueles cujos fins são constantes para todo o Estado. A oscilação nas funções sociais do Estado está intimamente relacionada com as concepções políticas que o enformam, porque todo o Estado é orientado por uma ideologia. Senão vejamos, foi, especialmente, na era do Estado Moderno que as funções do Estado se expandiram, passando a ser uma entidade que intervém na vida económica, social e moral da Nação, através de uma participação ativa, tornando-se como uma espécie de gestor de negócios coletivos da sociedade respetiva⁶. Este intervencionismo do Estado é uma realidade que, ainda hoje, subsiste em todo o mundo

³ Neste sentido JORGE BONANÇA (1949-1950:5).

⁴ O Estado aparece-nos como o meio mais apto à realização dos fins dos indivíduos que o constituem e, como toda a sociedade, caracteriza-se pelo fim que prossegue: o bem comum da coletividade. Atendendo a que objetivo do Estado é sempre o mesmo – o bem comum – facilmente se pode verificar como o seu conteúdo pode sofrer mutações no tempo e no espaço.

⁵ Cfr. JORGE BONANÇA (1949-1950:6 e 7).

⁶ Neste sentido JORGE BONANÇA (1949-1950:8).

civilizado. Existem, assim, várias atividades que o Estado direta ou indiretamente se tem proposto organizar, como os *serviços públicos*, que se dirigem à satisfação das necessidades da coletividade, mas que são individualmente sentidas⁷. Estes serviços correspondem a atividades que submetidas à livre iniciativa particular não encontrariam plena realização.

Para fazer uma análise acerca do resgate nas concessões de serviço público é necessário começar por explicar o que se entende por serviço público. Conceituá-lo não é uma tarefa fácil⁸, no entanto, CELSO BANDEIRA DE MELLO (2009:665) adianta uma noção de serviço público, com a qual manifestamos a nossa inteira concordância: é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público.

Por sua vez, JOÃO COLLAÇO (1928:61 a 73) enumera as principais características dos serviços públicos, que constituem também os motivos da sua criação: regularidade, continuidade, atualidade e destino ao público. O serviço público deve funcionar normalmente, sem interrupções que possam perturbar a vida social. Mas, ele também deve procurar satisfazer as necessidades coletivas a cada momento, ou seja, o funcionamento do serviço deve ser atual, adaptando-se à evolução da vida moderna. Este, para corresponder a todo o momento às exigências de satisfação das necessidades coletivas, deve acompanhar o progresso tecnológico, deve transformar-se por forma a corresponder às exigências políticas, económicas e sociais de cada momento.⁹ Corresponde, em certa medida, à ideia mais genérica de *ius variandi*, um efeito da mutabilidade do interesse público.

Depois de criado e constituído um serviço público, torna-se necessário fixar-lhe a sua forma de exploração: que pode ser feita diretamente pela Administração ou através da

⁷ Conforme refere MARCELLO CAETANO (1980:1066) “*Para que a necessidade colectiva esteja suprida é preciso, portanto, que os membros da colectividade tenham ao seu dispor oportunamente os bens necessários para porem termo à insuficiência por eles sentida. A colectividade então organiza serviços com o objecto de produzirem os bens, materiais ou imateriais, de que os indivíduos possam carecer para a satisfação da necessidade que, sendo colectiva é individualmente sentida: são os serviços públicos.*”

⁸ Sobre uma proposta de um conceito de serviço público, ver PEDRO GONÇALVES (1999:35 a 38). e JORGE ANDRADE DA SILVA (2010:447).

⁹ Neste sentido, JOÃO COLLAÇO (1928:67 e 68) defende que “*A organização do serviço não é feita fixando-se ne varietur a forma da sua exploração futura. A breve trecho esta deixaria de corresponder aos intuitos da sua criação e o serviço, apesar do seu carácter de constância, perderia as qualidades de meio regular e contínuo, passando a tornar-se um meio intermitente de satisfação de necessidades. A obrigação primeira de quem quer que gere a exploração de um serviço público é a de assegurar-lhe uma execução suficiente, e todos sabem que as necessidades a que um serviço público deve satisfazer não são, de modo algum, invariáveis. Daqui resulta que ele terá de servir não apenas as necessidades públicas sentidas na hora em que foi organizada a sua exploração, mas sim os interesses uniformemente diversos - permita-se a comparação mecânica - do público a quem deve aproveitar.*”

iniciativa particular que, assim, se vê chamada a colaborar com o Estado, mediante a celebração de um contrato de *concessão de serviço público*.

3. A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: UM INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES

3.1. Condições do seu aparecimento

Incidindo o objeto do nosso trabalho num aspeto específico do regime jurídico substantivo da concessão de serviço público - o resgate -, torna-se inevitável, antes de mais, conhecer as circunstâncias que levaram ao desenvolvimento do uso da concessão de serviço público.

A grande Revolução Industrial, operada no século XIX, marca o início da era do progresso e faz despoletar a necessidade de proceder a melhoramentos que os progressos da indústria tinham tornado possíveis. Contudo, neste tempo, a conceção política que dominava o Estado era fortemente individualista para que este tivesse a ousadia de realizar diretamente as obras públicas necessárias e consequentes instalações de serviços que o interesse público impunha¹⁰. Em rigor, o Estado não dispunha de estrutura administrativa nem de capitais e o erário público revelava-se incapaz de suportar o pesado encargo exigido por semelhantes obras, que tinham carácter aleatório no que concerne aos resultados financeiros:¹¹ a exploração podia não ser rendosa e, pelo menos, não o seria certamente de início¹². Neste contexto, aceitar a colaboração dos particulares na realização de tais obras tornou-se um expediente útil, proveitoso e necessário, além de constituir a forma mais prática de instituir os serviços públicos indispensáveis à satisfação das necessidades coletivas. Em suma, o Estado, concluindo que não possuía meios financeiros suficientes para realizar obras tão grandes e precisando dar uma resposta às necessidades populares, encontrou, através do instituto das *concessões*, a solução necessária aos seus problemas pedindo a colaboração dos particulares¹³. Este instituto desempenhou, pois, um papel fundamental na modernização das infraestruturas económicas dos Estados¹⁴. Neste sentido MARCELLO CAETANO (1980:1098) conclui que

¹⁰ Neste sentido JORGE BONANÇA (1949-1950:9).

¹¹ Ver a este propósito JOÃO COLLAÇO (1928:14).

¹² Como nota ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:18 e 19), “As condições financeiras dos Estados quase sempre não eram propícias para enfrentar as despesas necessárias para a realização de obras e compra do material de estabelecimento, e de qualquer forma a Administração não queria sujeitar-se às consequências resultantes dum prejuízo mais ou menos prolongado da exploração.”

¹³ Conforme nota RUI PEREIRA DE SOUSA (2003:21) “Para além de um modelo de gestão, a concessão tem-se traduzido num meio de financiamento da Administração Pública. Ou seja, constitui um expediente de natureza financeira, permitindo a instalação de infraestruturas públicas através de capitais privados, fenómeno designado por privatização do financiamento.”

¹⁴ Concretamente, o recurso à técnica concessória permitiu financiar vários equipamentos de uso coletivo, tais como, o caminho-de-ferro, a circulação rodoviária e marítima, redes de distribuição de eletricidade, água, esgotos, sistemas de iluminação, aquecimento, etc., que exigiam um grande volume de capitais da iniciativa privada.

“a concessão representa, pois, a utilização do estímulo da iniciativa privada e da sua flexibilidade e experiência para proveito do interesse público.”

Destarte, as concessões foram utilizadas pela Administração como forma de atrair o interesse dos particulares na construção de obras públicas, sendo que *“em compensação dos riscos a que se sujeitavam os concessionários, boamente as administrações cediam mil vantagens”*¹⁵. Em 1911, HAURIU, referindo-se às concessões, afirmava que o *“mais impressionante, nestes contractos, era decerto o seu carácter de empreendimento, o risco que o concessionário corria aventurando-se neles. Predominava sobre o interesse do serviço público a necessidade de favorecer aquele com todas as probabilidades de ganho, tanto mais que, sendo absolutamente novo o serviço que ia organizando-se, eram desconhecidas ainda as exigências com que se asseguraria uma boa exploração. Isto produzia a impressão geral de que, devido ao concessionário apenas é que o próprio serviço existia, e que, justamente no interesse dêste, tudo era pouco no sentido de o bem dispôr...”*¹⁶

Assim, num primeiro plano, o Estado foi concedendo as obras públicas aos particulares, porque o desiderato imperioso que se tinha em mente era a imediata instalação do melhoramento público. Executadas as obras públicas necessárias, importava agora a exploração a que elas haviam servido de suporte. Deste modo, podemos afirmar que a *concessão de serviço público* tem precedentes nas antigas concessões de obras públicas¹⁷.

Em resumo, a concessão de serviço público é uma instituição própria dos séculos antecedentes, bem como do presente, que surge em consequência da intervenção cada vez maior do Estado na vida coletiva. Na opinião de PEDRO GONÇALVES (1999:103), *“Mais do que pôr em prática um modelo de gestão de um serviço público, a concessão de serviços públicos começou por ser essencialmente um expediente de natureza financeira, um modo de instalação de infra-estruturas públicas à custa de dinheiros privados.”*

¹⁵ Cfr. JOÃO COLLAÇO (1928:15).

¹⁶ Cit. por JOÃO COLLAÇO (1928:17).

¹⁷ Como menciona FERNANDA MAÇÃS (2008:372), *“Assim se compreende que a concessão tenha começado por ser essencialmente concessão de obra pública em que a iniciativa privada financiava e executava uma obra pública ficando a explorá-la patrimonialmente durante um tempo determinado com vista à recuperação do capital investido e à obtenção de um lucro. Mais tarde, a concessão de obra pública foi-se transformando na concessão de obras e de serviço público e, posteriormente, começaram a aparecer as primeiras concessões de serviço público sem que a actividade do concessionário estivesse ligada ao investimento numa obra.”*

3.2.Noção de contrato de concessão de serviço público

Na abordagem do presente tópico, faremos um breve excursus sobre a colocação dogmática dos contratos de concessão de serviço público, concretamente no nosso ordenamento jurídico.

Entre nós, o conceito normativo de contrato de concessão de serviço público resulta do art. 407.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos¹⁸. Este preceito, inserido na parte relativa ao regime substantivo aplicável aos contratos administrativos, estatui que “entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público.”¹⁹ Saliente-se que esta definição legalmente consagrada corresponde às noções doutrinárias pátrias aventados sobre esta matéria e largamente difundidas entre nós. Senão vejamos, para DIOGO FREITAS DO AMARAL (2007:537) a concessão de serviço público é o contrato pelo qual “*um particular se encarrega de (montar e) explorar um serviço público, sendo retribuído pelo pagamento de taxas de utilização a cobrar directamente dos utentes.*”²⁰ De facto, como ensinava MARCELLO CAETANO (1980:1099) “*quando a pessoa colectiva de direito público em cujas atribuições entra a criação e a exploração com exclusivo de certo serviço público de carácter empresarial não quer assumir o encargo da respectiva gestão poderá, se a lei autorizar, encarregar outra pessoa, geralmente uma entidade privada, dessa gestão, por conta própria, mediante um acto jurídico pelo qual lhe transfira temporariamente o exercício dos direitos e poderes necessários e imponha as obrigações e deveres correspondentes. Esse acto jurídico é a concessão do serviço público*” Acrescenta, ainda, o mesmo autor (1980:1100) que “*A concessão implica a transferência temporária do exercício dos direitos e poderes da pessoa colectiva de direito público necessários à gestão do serviço pelo concessionário.*” Por seu

¹⁸ Aprovado pelo D.L. n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

¹⁹ Importa ter presente que, no âmbito do direito comunitário, a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, exclui da sua aplicação as concessões de serviço público, no seu art. 17.º Porém, esta define, no n.º 4 do art. 1.º, concessão de serviços como sendo “*um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.*”

²⁰ Por sua vez, JOÃO COLLAÇO (1928:76) vê na concessão de serviço público uma aprendizagem para a Administração, “*que mais tarde ou mais cedo assumirá a exploração do serviço público. O serviço público, apesar de concedido, fica com a exploração organizada: a concessão é um exemplo dela, e, por isso mesmo, não é nada mais. Concedido embora, o serviço ficou, desde logo e fundamentalmente, um serviço público. A concessão visou apenas a que o concessionário se encarregasse de organizar a exploração de determinado serviço considerando a sua unidade orgânica.*”

turno, PEDRO GONÇALVES (1999:130) escreve, embora advertindo para as dificuldades de um recorte concetual que englobe todas as variantes e potencialidades do contrato de concessão de serviço público, que o mesmo pode ser definido como *“um acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço.”*

No âmbito do Direito Comparado, também a doutrina brasileira se encaminha no mesmo sentido, ao ver na concessão de serviço público um instrumento através do qual, o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo, em seu próprio nome e sob sua responsabilidade, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo poder público. Neste sentido, ANTÔNIO CINTRA DO AMARAL (2002:21) entende que a concessão caracteriza-se como um instrumento jurídico de prestação indireta, pelo poder público, de serviço público ao usuário. Prestação indireta essa que pode fazer-se por intermédio de uma empresa estatal ou privada. Por seu turno, JOSÉ FILHO (2010:397) concebe a concessão de serviço público como o contrato administrativo, através do qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse público, sendo remunerada por meio de tarifas pagas pelos usuários.

Em suma, na concessão de serviço público, o Estado confere temporariamente a uma outra entidade os poderes necessários para explorar um serviço público. Todavia, este, ao decidir pela transferência da execução de tal serviço, fiscaliza-o. Pois, em rigor, a Administração não deixa de manter a sua responsabilidade na satisfação das necessidades coletivas²¹. Na verdade, através da concessão de serviço público, o concessionário adquire um direito novo: o direito de gerir, em seu próprio nome, um determinado serviço público por um determinado prazo. Mas, aquele direito não é criado *ex novo*, sendo antes transferido da sua esfera jurídica originária.

²¹ Para PEDRO VIEIRA (2007:49), *“A ideia sublinhada no Código de que o que está em causa numa concessão de serviço público é a transferência da responsabilidade pela gestão de uma actividade de serviço público parece mais adequada ao conceito tradicional de concessão de serviço público, que parte da noção de serviço público como um conjunto de actividades que a lei coloca a cargo da Administração Pública e que se resolve numa actividade de prestação, para satisfação de necessidades colectivas individualmente sentidas. A concessão de serviço não afasta a responsabilidade da Administração pela satisfação daquelas necessidades, mas implica a sua prossecução em concreto a cargo de uma entidade privada.”*

4. A IDEIA DE RESGATE

4.1. Condições do seu aparecimento e a necessidade de harmonizar o interesse público com o interesse privado

Como vimos no capítulo antecedente, a moderna concessão de serviço público tem precedentes nas antigas concessões de obras públicas. Depois de executadas as obras necessárias e de instituídos os serviços públicos, à Administração cumpria zelar pelo regular, permanente, contínuo e atual funcionamento dos serviços, enquanto ao concessionário interessava-lhe aumentar o rendimento da sua exploração²². Sendo, portanto, antagónicos os respetivos interesses em presença. Sucede que o concessionário, imbuído unicamente pelo espírito de lucro, não aperfeiçoava o funcionamento do serviço em consonância com os progressos científicos e industriais obtidos, executando-o de forma algo deficiente. Ou seja, por espírito de lucro e desejo de recuperar em pouco tempo as despesas feitas, esse funcionamento não era sucessivamente aperfeiçoado por parte do concessionário. Porém, a Administração alegava encontrar-se impossibilitada de obstar a tais inconvenientes, dado que a natureza das obrigações assumidas pelo contrato de concessão a isso se opunha. Começou, então, a reparar-se que através do ato de concessão a Administração havia comprometido, durante vários anos, a faculdade de se obrigar a melhorar as condições das gerações futuras. Neste sentido, JOÃO COLLAÇO (1928:36) reconhece que a noção do melhoramento sucessivo, da adaptação ou acomodação às necessidades sempre várias do público e a prerrogativa da regulamentação no que respeitava ao funcionamento não ficaram resguardadas pela Administração. Assim, o tempo decorrido havia modificado as perspetivas que delineavam o concessionário como um benemérito da Administração, porque no entender de HAURIOU “*os rendimentos acumulados por certos concessionários, a forma desprendida como tratavam sempre o seu público, a oposição que constantemente fizeram a quaisquer pedidos de melhoria, por mais rasoáveis que fôssem, a isto acrescentando a circunstância de as administrações se sentirem já encorajadas a gerir directamente, ou pelo menos em régie interessada, algumas das empresas concedidas – tudo conduziu a tornar menos favorável a situação dos concessionários*”²³.

Perante o exposto, procurou encontrar-se uma solução que permitisse que a Administração se libertasse dos vínculos assumidos sempre que o interesse público o exigisse. Com efeito, a

²² Neste sentido JORGE BONANÇA (1949-1950:10).

²³ Cit. por JOÃO COLLAÇO (1928:37).

doutrina vai encaminhar-se no sentido de considerar que, sem embargo dos direitos e interesses legítimos do concessionário, a Administração não se encontra inteiramente amarrada em obrigações contratuais, e que, ao invés, pela concessão não renunciou aos seus poderes de entidade pública: o facto de a Administração não se fazer reservar expressamente direitos quanto à forma de exploração da empresa não significava que a eles tivesse renunciado, uma vez que eles deviam considerar-se na base da sua missão administrativa²⁴. A solução jurídica alcançada passou, então, por reconhecer e reiterar uma posição de supremacia da Administração sobre o concessionário, que refletisse a ideia de prevalência do interesse público sobre os interesses privados²⁵: o direito de resgate. Isto porque, conforme esclarece PEDRO GONÇALVES (1999:172), na concessão de serviço público está em causa um serviço público, uma tarefa administrativa de interesse público confiada à Administração por se entender que deve ser gerida e desenvolvida segundo uma lógica de interesse público. Quer isto dizer que, enquanto tarefa administrativa, o serviço público está vinculado ao interesse público. Pelo que, se o interesse público reclama a extinção antecipada da concessão, a Administração não deve estar impedida de a impor, pois o facto de ela estar amarrada a um contrato não pode paralisar o seu dever de servir o interesse público.

Em bom rigor, esta ideia do direito de resgate nasceu na segunda metade do século XIX com o objetivo de reservar à Administração uma prerrogativa de retomar o objeto da concessão sem a necessidade de invocar o instituto da expropriação por utilidade pública^{26,27}. Deste modo, a Administração passava a beneficiar do “*droit de retour*” ou de “*reprise*” sobre o serviço concedido, antes do termo da concessão, por motivos de interesse público. Todavia, o exercício desse direito encontrava-se subordinado ao pagamento de uma indemnização compensatória a atribuir ao concessionário²⁸.

Do exposto resulta que, o instituto de resgate na concessão de serviço público surgiu para dar satisfação a solicitações de interesse público²⁹ que exigiam a extinção prematura das concessões outorgadas. Na verdade, o dever institucional de proteger e de salvaguardar o interesse público não pertence ao concessionário, mas sim à Administração. Por isso, os

²⁴ Conforme nota JOÃO COLLAÇO (1928:38 e 39).

²⁵ A respeito desta supremacia jurídica da Administração perante o interesse particular, PEDRO GONÇALVES (2003:104) fala em “*lógica da função*”, na medida em que esta domina o contrato administrativo, onde se incluem as concessões de serviço público.

²⁶ A propósito da relação entre a figura de resgate e o conceito de expropriação por utilidade pública, PEDRO GONÇALVES (1999:354) defende que o resgate não apresenta pontos de contacto com a expropriação por utilidade pública, porque não está aqui presente uma ablação de direitos relativos a bens e porque não se encontram presentes no resgate as dimensões autoritária e unilateral da expropriação.

²⁷ Sobre a distinção entre a expropriação por utilidade pública e o resgate, ver FERNANDO CORREIA (1982:73 a 76).

²⁸ Neste sentido PEDRO GONÇALVES (1999:344).

²⁹ Porque, como salienta ROGÉRIO SOARES (1955:118) “*O interesse público tem sempre que ser satisfeito.*”

poderes que a mesma detém sobre o contrato de concessão e sobre o concessionário, enquanto gestor do serviço público, são instrumentos que a ordem jurídica coloca à sua disposição para cumprir essa sua atribuição: a prossecução do interesse público³⁰. Tais poderes, que se designam de *poderes funcionais* ou *poderes-deveres*, provam que a concessão não retira qualquer responsabilidade à Administração Pública. Não obstante a supremacia da Administração e do interesse público, urge também ter em conta a posição do concessionário, uma vez que se a Administração o associou à sua atividade foi porque entendeu que era útil o aproveitamento do interesse, dos conhecimentos e da experiência dessa pessoa, como instrumento de realização dos fins públicos. Pelo que, as legítimas expectativas do concessionário merecem estar legalmente tuteladas.

Com efeito, na concessão, enquanto modalidade de gestão do serviço público, deve-se procurar salvaguardar dois interesses divergentes e distintos: de um lado, com caráter predominante, está a Administração, para quem a concessão é um meio para a prossecução do interesse público, inerente ao serviço público, que ela tem a seu cargo; do outro lado, está o concessionário, para quem a concessão é um meio de satisfazer os seus interesses privados. Ora, graças à ideia de resgate, ambos os interesses antagónicos ficam harmonizados³¹, na medida em que este traduz-se “*no poder que a Administração tem de pôr termo a uma concessão mediante a atribuição duma indemnização ao concessionário, que lhe é devida juridicamente pelos riscos que corre aplicando capital, logo que se verifique que a empresa é rendosa.*”³² Através da atribuição desta indemnização, a legítima expectativa económico-financeira do concessionário não fica frustrada. Como bem refere ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:53), “*A conciliação do interesse público com o particular era possível com o resgate que, conferindo ao concessionário uma indemnização pelos prejuízos que lhe adviessem da cessação da concessão, deixava campo aberto à Administração para levar as inovações técnicas à exploração do serviço público. O resgate solucionava assim o problema que consistia na intromissão do poder público em actos de que ele era parte, sem se cometer qualquer espoliação.*”

Mais à frente, veremos em que consistem as garantias do concessionário face aos problemas suscitados pela cessação antecipada da concessão de serviço público, mais

³⁰ Na concessão de serviço público, a Administração ocupa a posição de garante do interesse público.

³¹ Partilhando do mesmo entendimento, JORGE BONANÇA (1949-1950:26) considera que “*a faculdade de resgate deve conciliar os imperativos do interesse público com a legítima situação do concessionário aplicando-se àquele a teoria da conversão pecuniária para que aquela possibilidade não se traduza na outorga à Administração dum poder inteiramente leonino de subverter a justa expectativa do concessionário.*”

³² Cfr. ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:52).

concretamente, excursaremos sobre os critérios legais para a atribuição desta indemnização ao co-contratante.

5. O DIREITO DE RESGATE

5.1. O conceito de resgate e seu conteúdo

Por força da celebração do contrato de concessão de serviço público, o concessionário adquire o direito de gerir o serviço público que lhe fora concedido, durante o prazo contratualmente convencionado³³. Este direito-dever de gerir o serviço constitui, nas palavras de PEDRO GONÇALVES (1999:264), *“uma posição substantiva activa do concessionário que implica imediatamente um dever para a Administração pública de não perturbar ou, mais positivamente, de respeitar essa posição, não pondo em causa a autonomia de gestão do concessionário.”* Ora, este dever que impende sobre a Administração de respeitar a posição assumida pelo concessionário decorre do princípio fundamental que domina este tipo de contrato, quanto à eficácia do mesmo, é o respeito pela palavra dada, isto é, o seu estrito cumprimento pontual (*pacta sunt servanda*)³⁴. As partes são, assim, obrigadas a executar de boa fé as respetivas obrigações nas condições em que foram contratualmente estipuladas. Contudo, apesar de reconhecermos que este direito à gestão do serviço goza de uma proteção inquestionável, o mesmo não tem consistência absoluta ao ponto de eliminar ou diminuir o poder de organizar o serviço público de que a Administração é titular³⁵. Por isso, o direito do concessionário apresenta-se como um direito enfraquecido, que não impede a Administração de extinguir o contrato de concessão antes da verificação do seu termo e quando o interesse público o imponha³⁶.

³³ Sobre o modo de fixação do prazo da concessão, MARCELLO CAETANO (1980:1117 e 1118) ensina que *“O prazo pelo qual a exploração do serviço público pode ser transferida para uma empresa privada não deve fixar-se arbitrariamente: a regra é de que o prazo é função do tempo reputado necessário para a amortização, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para pôr o serviço a funcionar.”* Observe-se que este entendimento doutrinal está perfeitamente em linha com o estabelecido no art. 410.º, n.º 1 do CCP: *“O prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário.”*

³⁴ Consagrando o princípio fundamental segundo o qual as obrigações assumidas no contrato devem ser cumpridas, o art. 288.º do CCP estipula que *“incumbe ao co-contratante a exacta e pontual execução das prestações contratuais, em cumprimento do convencionado.”*

³⁵ Neste sentido PEDRO GONÇALVES (1999:344). Note-se que, a restrição ao direito de gerir o serviço decorre, de forma geral, do art.º 266.º, n.º 1 da CRP que impõe à Administração a prossecução do interesse público.

³⁶ Como assinala PEDRO GONÇALVES (2003:104), *“A cega exigência de cumprimento pontual do contrato (pacta sunt servanda) traduzir-se-ia, no fim de contas, na inversão de toda a lógica do direito público, dando prevalência ao contrato (e aos interesses do particular contratante na manutenção do vínculo contratual) sobre o interesse público.”*

Acerca dos poderes do contraente público, PEDRO PEREIRA (2011:55 e 56) esclarece que *“A Administração Pública permanece investida de supremacia jurídica, dotada de poder público de autoridade, pois não perde – não pode perder – de vista a exigência de uma correcta prossecução do interesse público, a qual não se compadece com o pacta sunt servanda absoluto típico do contrato, ou seja, a Administração não pode ficar refém do contrato. O interesse público mutável implica que a Administração deve manter um ius variandi razoável que lhe permita alterar ou mesmo extinguir um contrato sem consentimento do particular contratante e sem a intervenção do juiz.”*

Destarte, é possível que, durante o longo curso da execução do contrato de concessão de serviço público, a Administração reconheça existir a necessidade de suprimir esse serviço ou de mudar, radicalmente, o seu modo de exploração. Porque dadas as mudanças que se operam no panorama político, económico e social existe a necessidade de transformar e melhorar, ao fim de um certo tempo, a maior parte dos serviços públicos. É precisamente para fazer face a estas mutações, que a Administração goza de poderes exorbitantes³⁷, nomeadamente do direito de resgate, isto é, do poder de extinguir prematuramente por ato unilateral a concessão outorgada com fundamento no interesse público³⁸. Saliente-se que, a situação de sujeição do concessionário perante o exercício deste poder de autoridade e de supremacia é uma exigência colocada ao serviço de finalidades de interesse público e representa a prevalência deste interesse e do serviço público sobre a estabilidade e o cumprimento pontual do contrato³⁹, assim se evitando que a estabilidade do contrato se transforme num obstáculo à dinâmica exigida pelo serviço público⁴⁰.

Ora, o resgate enquanto direito do concedente encontra hoje expresso acolhimento legal no art. 420.º, alínea c) e no art. 422.º, ambos do CCP. Este último preceito estabelece que o

³⁷ CARLA GOMES (2008:526) refere, impressivamente, que se trata de “*poderes co-naturais ao contrato administrativo: existem apesar da ausência de previsão contratual e impõem-se contra a (eventual) exclusão prevista no contrato.*” Sobre a irrenunciabilidade destes poderes da Administração, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA et al (1997:823) consideram que qualquer previsão contratual no sentido da exclusão de tais poderes se deve considerar nula e não escrita. No mesmo sentido PEDRO PEREIRA (2011:60). Também a doutrina francesa se encaminha no mesmo sentido, pois como cita LAURENT RICHER (1995:184) “*Ce pouvoir de résiliation unilatérale étant lié aux nécessités du fonctionnement d’un service public, il ne peut faire l’objet d’une renonciation.*”

³⁸ Partilhamos do entendimento de JORGE BONANÇA (1949-1950:17) quando refere que seria absurdo que a Administração continuasse a fazer funcionar, durante vários anos, um serviço público que, entretanto, se revelou inútil ou inadequado. Assistiríamos não só a uma perda económica sem qualquer justificação, bem como a uma dissipação dos bens pertencentes ao domínio público. Pelo que, o concessionário não pode opor à Administração o seu exclusivo interesse, pois esse interesse revela-se insuficiente para entravar o regular funcionamento do serviço público. Deste modo, ele não tem o direito de impor uma prestação em condições que não correspondem já às necessidades do serviço público. Não obstante, isto só existe se se salvaguardar o interesse privado e legítimo do concessionário, para que este não seja sacrificado. Pois, se assim não fosse, o concessionário sofreria, sem compensação, uma expropriação do seu direito. O que seria contrário ao princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei. De resto, se a Administração pudesse sacrificar sem mais os contratos em nome do interesse público, não encontraria quem com ela quisesse contratar.

³⁹ Conforme nota PEDRO GONÇALVES (1999:240) “*A sujeição da Administração ao dever estrito de cumprir pontualmente as obrigações contratuais assumidas (pacta sunt servanda), que pressupõe o princípio de que o contrato é uma “lei entre as partes”, associada a uma imobilização do quadro de interesses que o contrato acolheu, poderia revelar-se um factor de prejuízo para o interesse público e um modo desadequado de resolver a situação de tensão que pode existir entre o interesse público e os interesses privados do concessionário.*”

⁴⁰ Do que fica exposto resulta claro que não existe um princípio de intangibilidade do contrato de concessão, embora exista um direito à estabilidade do contrato que, em caso de resgate, se converte num direito de indemnização do concessionário. A este propósito PEDRO GONÇALVES (1999:344 e 345) ensina que “*Por força de um outro princípio fundamental do regime jurídico dos contratos administrativos de concessão (o princípio da protecção dos direitos constituídos a favor do concessionário), a legitimidade do poder de resgate pressupõe que a Administração invoque e prove fundamentadas razões de interesse público e exige que ela indemnice o concessionário pelos prejuízos que a ablação dos seus direitos comporta.*”

*concedente pode resgatar a concessão, por motivos de interesse público*⁴¹. No entanto, desde há muito tempo que a doutrina pátria se vem aventurando sobre uma possível definição para este instituto jurídico. Neste âmbito, cumpre realçar JORGE BONANÇA (1949-1950:26), para quem o resgate é “*a faculdade da Administração Pública de resolver por acto unilateral e mediante o pagamento de uma indemnização, para a tutela de qualquer interesse público, a relação criada pelo acto de concessão de serviços públicos, poder cujo exercício acarreta, em princípio, a aquisição pelo concedente dos meios técnicos afectados ao serviço.*” Seguindo também este entendimento ROGÉRIO SOARES (1950:320): “*sumariamente o resgate consubstancia-se na faculdade extraordinária que à Administração é concedida por expressa determinação da lei ou cláusula do contrato, e que se traduz na possibilidade de extinguir a relação jurídica que emerge do negócio de concessão, mediante um conveniente ressarcimento patrimonial do resgatado.*” Apresentando uma definição mais precisa, temos MARCELLO CAETANO (1980:1130 e 1131): “*dá-se o resgate quando o concedente retoma a gestão directa do serviço público concedido, antes de findo o prazo da concessão e mediante justa indemnização paga ao concessionário. A faculdade de resgate é característica das concessões a longo prazo, constituindo um meio de defesa dos interesses colectivos de que o concedente poderá usar quando o concessionário, embora cumprindo formalmente as cláusulas da concessão, não assegura a exploração do serviço público em termos satisfatórios para a colectividade, ou quando se entenda que politicamente não convém continuar a empregar o processo de gestão indirecta.*” - saliente-se que para este autor o resgate só apresenta uma finalidade que é a retoma da gestão direta do serviço concedido. Por sua vez, para FERNANDO CORREIA (1982:73) o resgate é a faculdade concedida à Administração, por expressa determinação da lei ou cláusula contratual do contrato de concessão de serviço público, de extinguir a relação jurídica emergente do negócio de concessão, por meio de um conveniente ressarcimento patrimonial do resgatado. Nas palavras de NUNO GOMES (1988:114), “*Dá-se o resgate da concessão quando o concedente retoma a gestão directa do serviço público concedido, antes de findo o prazo da concessão, por razões de interesse público e mediante justa indemnização paga ao concessionário.*” Para PEDRO GONÇALVES (1999:346) “*O resgate pode assim ser definido como um acto,*

⁴¹ De notar que esta previsão legal estava em linha com o disposto no art. 180.º, alínea c) do CPA (note-se que os artigos 178.º a 189.º do CPA foram expressamente revogados pelo D.L. n.º 18/2008, no seu art. 14.º, n.º 1, alínea c)). Neste sentido PEDRO GONÇALVES (1999:345) conclui que existe uma “*proximidade óbvia entre a figura do resgate das concessões e da rescisão unilateral dos contratos administrativos por imperativos de interesse público (cfr. artigo 180.º, c, do CPA).* Na nossa opinião, essa proximidade existe mesmo, já que o poder de resgate deve ser considerado uma modalidade contratualmente prevista do poder de rescisão, que, além do mais, limita a possibilidade de exercício desse poder geral, que, em princípio, deixa de poder ser exercido a qualquer momento.”

baseado num contrato de concessão de serviço público, através do qual, antes da verificação do seu termo, a Administração concedente extingue a relação jurídica concessória por motivos de interesse público.” Por seu turno, DIOGO FREITAS DO AMARAL (2007:649 e 650) ensina que “*o resgate (no Brasil designado encampação, e nos países anglo-saxónicos, buy back) consiste no acto administrativo pelo qual a Administração, antes de findo o prazo do contrato, decide retomar o desempenho das atribuições administrativas de que estava encarregado o contratante particular, não como sanção, mas por conveniência do interesse público, e mediante justa indemnização”*”.

Também a doutrina brasileira tem apresentado algumas concepções acerca do *poder de encampação* – nomenclatura usada no direito administrativo brasileiro para se referirem ao direito de resgate –, que são em tudo semelhantes às noções apresentadas pela doutrina nacional. Assim, CELSO BANDEIRA DE MELLO (2009:742 e 743) vê na encampação o encerramento da concessão, por ato do concedente, durante o transcurso do prazo fixado, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa, sem que o concessionário haja dado causa à extinção. Isto acontece quando o poder público entende, por alguma razão de ordem administrativa ou política, que deve assumir diretamente o serviço concedido ou que deve substituí-lo por outro tipo de serviço mais capaz de satisfazer as necessidades públicas. Por sua vez, MARÇAL JUSTEN FILHO define encampação como “*a extinção da concessão antecipadamente, por ato unilateral do poder concedente, fundada em motivo de interesse público e mediante a indenização prévia ao concessionário, observada a garantia do processo legal.*” (Cit. por GIANNY FERREIRA, 2006:29). Por sua vez, na definição precisa de CRETELLA JÚNIOR, encampação “*é o ato administrativo unilateral discricionário pelo qual, no decurso do prazo da concessão de serviço público, a administração, mesmo sem culpa do particular, põe fim à colaboração instituída, avocando a si o serviço, por motivos de interesse público, mediante justa indenização para o concessionário.*” (Cit. por SÓNIA BISPO, 1998:49).

Cumpre-nos ainda fazer uma breve referência ao direito administrativo francês, onde o resgate se designa de “*rachat*”. DUEZ e DEBEYRE definem-no como sendo uma “*operação decidida unilateralmente e discricionariamente pela autoridade concedente e pela qual ela resgata, no curso da concessão, as dependências imobiliárias da concessão e põe fim à colaboração instituída.*”⁴²

⁴² Cit. por RODRIGO PEREIRA (2006:11).

Do exposto resulta que, o direito de resgate é um instituto transversal a vários ordenamentos jurídicos, que, embora apresentando designações diversas, contém aspetos do regime jurídico muito semelhantes ao regime previsto no art. 422.º do CCP.

Em suma, do que fica exposto podemos extrair, com segurança, que o direito de resgate traduz-se na aplicação ao contrato de concessão do poder de resolução unilateral do contrato por imperativo de interesse público, que, no domínio da generalidade dos contratos administrativos, cabe ao contraente público, conforme estabelece o art. 334.º do CCP⁴³. E, ocorre quando a Administração, por razões a que o concessionário é alheio, mas que têm a ver com a melhor forma de realização do interesse público em causa, extingue a concessão antes de decorrido o prazo que havia sido acordado para a sua duração, mediante uma indemnização a atribuir ao concessionário⁴⁴. Note-se que, como salienta a doutrina acima exposta, o resgate tem lugar ainda que o concessionário não tenha cometido qualquer incumprimento contratual⁴⁵.

Vimos que o poder de resgate visa reorganizar o serviço público. Em princípio, este direito pode ser colocado ao serviço de duas finalidades: a retoma do serviço público concedido pela Administração ou a atribuição de uma nova concessão em bases diferentes. Na primeira hipótese, o facto de existir um contrato de concessão não impede a Administração de colocar em prática essa sua nova conceção de interesse público, que prevalece, assim, sobre os interesses privados do concessionário. Neste caso, e de acordo com PEDRO GONÇALVES (1999:347), o resgate põe em causa a conveniência administrativa da concessão enquanto modelo de gestão de um serviço público, sendo motivado pela convicção de que o interesse público exige que a gestão do serviço não continue mais nas mãos dos privados. Porém, como referimos, o resgate pode ainda ser posto ao serviço de uma outra finalidade, que passa pela atribuição de uma nova concessão em bases diferentes,

⁴³ Neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (2009:160) afirmam que “*Um caso específico de resolução unilateral dos contratos administrativos é o do resgate, através do qual a administração põe unilateralmente termo a um contrato de concessão, assumindo as posições jurídicas activas e passivas do concedente no âmbito da actividade concedida, por razões de interesse público sem carácter sancionatório (art. 442.º, 1 e 3 CCP).*” Também FERNANDA MAÇAS (2008:422) considera que o resgate corresponde, na teoria geral das causas de extinção dos contratos administrativos, à resolução do contrato por ato unilateral da Administração, por motivos de interesse público. No mesmo sentido JORGE ANDRADE DA SILVA (2010:417). Ainda sobre a conjugação do resgate com o regime geral de rescisão dos contratos administrativos por imperativo de interesse público, ver PEDRO VIEIRA (2007:54).

⁴⁴ Pois, compreende-se que a Administração, enquanto tutora e garante do interesse público, possa chegar à conclusão de que o serviço que concedera não representa o melhor processo de dar satisfação a esse interesse, havendo, assim, conveniência em extinguir a relação jurídica criada.

⁴⁵ A figura de resgate distingue-se, assim, do instituto do sequestro, porque não é uma sanção mas antes um meio de a Administração cessar a concessão em nome do interesse público. Como refere ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:78), “*O resgate não se destina a punir faltas, pressupõe sempre que o concessionário actuou nos limites que lhe foram fixados no contrato.*”

reorganizando, assim, os termos de gestão. Aqui, ao contrário da primeira hipótese, não é a concessão, enquanto modelo de gestão de um serviço público que é posta em causa, mas sim as circunstâncias ou termos que a regulam. Ou seja, pode verificar-se que o concessionário, sem ter infringido as regras de cumprimento do contrato, se mostre, contudo, pouco capaz de gerir o serviço nos termos pretendidos pela Administração. Estamos, pois, perante casos em que o concessionário, embora cumprindo formalmente as obrigações estipuladas na concessão, não assegura a exploração do serviço público em termos satisfatórios para a coletividade, ou seja, para o interesse público⁴⁶. Ora, neste caso, em que o resgate é seguido da adjudicação de uma nova concessão, essencial é que esta constitua uma concessão bem diferente da extinta. Pois, caso contrário, entendemos, à semelhança do que ensina PEDRO GONÇALVES (1999:348), que o resgate se torna ilegal.

A este propósito, cumpre-nos chamar a atenção para o facto de alguma doutrina nacional restringir o poder de resgate unicamente à *reprise* do serviço público pela Administração. Assim, para MARCELLO CAETANO (1980:1130 e 1131) e JORGE ANDRADE DA SILVA (2010:417) o resgate apenas pode ser posto ao serviço de uma única finalidade: a retoma pela Administração da gestão direta do serviço concedido - sendo apenas nessa hipótese que se compreende o sentido deste instituto. Não obstante, entendemos que nada obsta a que o exercício do direito de resgate possa apresentar ainda outra finalidade: atribuição de uma nova concessão em bases diferentes ou adoção de outra forma de gestão indireta do serviço público⁴⁷. Pois, em virtude das mutações do interesse público, a Administração pode entender que aquela concessão, nos moldes em que foi atribuída, passou a ser perniciosa para o interesse público ou que deve ser a própria Administração a assumir a atividade cujo exercício tinha sido contratualmente transferido para outrem. Em suma, defendemos que o resgate ocorre quando, por alteração das circunstâncias, a Administração entendeu ser mais conveniente ao interesse público que a atividade concedida passe a ser desempenhada diretamente pela Administração ou que seja atribuída uma nova concessão a outra entidade, em moldes diferentes⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. MARCELLO CAETANO (1980:1131).

⁴⁷ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES (1999:347). Também FERNANDA MAÇÃS (2008:422) afirma que “o resgate pode ter uma das seguintes finalidades: retoma do serviço concedido pela Administração, a atribuição de uma nova concessão assente em outras bases ou adoção de outro modelo diferente.”

⁴⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL (2007:650).

5.2.A natureza do ato de resgate

Tecidas estas considerações, urge definir a natureza jurídica do ato pelo qual a Administração decide extinguir unilateralmente a concessão. Esta *vexata quaestio* tem gerado alguma discussão doutrinária e jurisprudencial (uma vez que a definição da natureza jurídica influenciará na escolha do instrumento processual de reação a ser utilizado pelo concessionário)⁴⁹, no entanto, a mesma encontra-se hoje dissipada no art. 307.º do CCP. Assim, segundo a alínea d) do n.º 2 do citado preceito, *revestem a natureza de ato administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em resolução unilateral do contrato*. Com efeito, o ato que consubstancia a vontade de resolver unilateralmente o contrato de concessão por motivo de interesse público - o resgate - reveste a natureza de um verdadeiro ato administrativo, dada a sua conexão direta e inseparável ao interesse público⁵⁰. Como ensina CARLA GOMES (2008:559), os atos aos quais se reconhece administratividade são apenas aqueles cuja funcionalização à realização do interesse público se revela inquestionável.

Em suma, o poder de resgate que a lei confere à Administração é um poder público, um poder de direito administrativo, um poder exorbitante exercitável mediante a emissão de um ato autoritário, unilateral e administrativo⁵¹.

Por sua vez, o art. 309.º, n.º 1 do CCP dispõe que os atos administrativos relativos à execução do contrato, tal como resultam do art. 307.º, n.º 2, gozam de executividade. Porém, se o objeto do ato administrativo consistir na determinação do resgate de concessões, tal ato goza de excecutoriedade, ou seja, o resgate é coercivamente executável pelo contraente público sem necessidade de recurso aos tribunais – cfr. art. 309.º, n.º 2, 2.ª parte do CCP⁵².

Para além destas características acima enunciadas, o ato de resgate obedece a exigências de natureza formal. Assim, o mesmo deve assumir a forma escrita e deve também ser expressamente fundamentado. Segundo PEDRO GONÇALVES (1999:352), este dever de fundamentação decorre, por analogia, do art. 180.º do CPA⁵³ - que se refere à necessária

⁴⁹ Sobre os termos da controvérsia, ver PEDRO GONÇALVES (2003:113 a 119) e MÁRIO AROUSO DE ALMEIDA (2007:10 a 14).

⁵⁰ Segundo CARLA GOMES (2008:558), estes atos devem “*ser atacados através da acção administrativa especial de impugnação da validade do acto e, sobretudo, da providência cautelar da suspensão da sua eficácia, uma vez que, em regra, constituem título executivo e, sempre que se traduzam na resolução do contrato, são exequíveis independentemente do recurso à via judicial.*” PEDRO GONÇALVES (2003:133) ensina que “*Tratando-se de um acto administrativo, o contraente particular tem o direito de o impugnar, no âmbito da acção administrativa especial.*” Ver ainda a este respeito MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS (2009:163).

⁵¹ Também neste sentido, NUNO GOMES (1988:116) afirma que o resgate é um ato administrativo.

⁵² Neste sentido MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (2009:150).

⁵³ Como oportunamente referimos, este preceito encontra-se hoje expressamente revogado.

invocação de um interesse público devidamente fundamentado como condição da rescisão de um contrato administrativo - e, também decorre, de uma forma geral, do art. 124.º, n.º 1, alínea a) do CPA e do art. 268.º, n.º 3 da CRP. Em bom rigor, a exigência de um dever de fundamentação da decisão de resgate, isto é, a indicação das razões que conduziram à sua tomada, garante a imparcialidade da opção (a ponderação dos interesses relevantes e a exclusão dos interesses irrelevantes, ou seja, assegura o rigor da ponderação dos interesses subjacentes à decisão). Além disso, esta exigência permite controlar a legalidade da decisão de resgate, especialmente porque a mesma é tomada com um grau de discricionariedade significativo. Mais concretamente, a fundamentação permite apurar a existência de eventuais situações de desvio de poder⁵⁴ e ofensa de princípios constitucionais de proporcionalidade, imparcialidade e boa fé.

5.3.A justificação do resgate: o resgate corresponde a imposições de interesse público

De acordo com o disposto no art. 422.º, n.º 1 do CCP, o concedente apenas *pode resgatar a concessão por razões de interesse público*. Quer isto significar que só deve aceitar-se o sacrifício do direito que o resgate provoca (o direito do concessionário à gestão do serviço) se for justificado por razões sérias de interesse público. Assim, quando a Administração extingue prematuramente determinado serviço, é em nome do interesse público que o faz⁵⁵. Também neste sentido se encaminha a doutrina brasileira, pois como refere HELY MEIRELLES (1995:231) “a rescisão administrativa por interesse público ou conveniência administrativa tem por fundamento a variação do interesse público.” Mas o que é o interesse público? Trata-se, sem dúvida, de um conceito dinâmico, definível de acordo com a orientação política, cultural, social e económica de determinado período, algo vago, fluido, insuscetível de ser definido de forma rígida e inflexível⁵⁶. Tem que ver com aquilo que, em cada momento, os

⁵⁴ O desvio de poder traduz-se numa disfunção entre os motivos principalmente determinantes da decisão de resgate e os fins para que a lei conferiu à Administração o poder de a tomar.

⁵⁵ Como afirma JORGE BONANÇA (1949-1950:76) “são exigências do interesse público que determinam o aparecimento da figura do resgate.”

⁵⁶ Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL (2007:37) afirma que “A noção de interesse público é uma noção de conteúdo variável: o que ontem foi considerado conforme ao interesse público pode hoje ser-lhe contrário, e o que hoje é tido por inconveniente pode amanhã ser considerado vantajoso. Não é possível definir o interesse público de uma forma rígida e inflexível, ne varietur.”

órgãos superiores de uma comunidade política definem como necessidade comum dos seus membros⁵⁷.

Vimos que o ato de resgate pressupõe que a Administração invoque e prove fundamentadas razões de interesse público, ligadas a necessidades reais de reorganização do serviço concedido. Com efeito, o interesse público justificador do resgate deve ser devidamente especificado, de modo a evitar desvio de poder. Não basta alegar-se, repetindo a lei, “*motivo de interesse público*”. É, pois, necessário descrever o motivo de interesse público concreto determinante da decisão de resgate.

Mas, que razões de interesse público são essas que permitem e fundamentam o direito de resgate? PEDRO GONÇALVES (2003:33) considera que a Administração apenas pode resgatar a concessão em casos imperiosos, seja pela dimensão dos eventos, seja pela importância do interesse público envolvido que se liguem ao objeto ou à *ratio* do contrato. Neste sentido, será ilegítimo o resgate baseado em finalidades de natureza estritamente económica, ou seja, pelo intuito de retirar ao concessionário uma exploração lucrativa⁵⁸.

Em suma, o princípio da prossecução do interesse público, enquanto princípio orientador no contrato de concessão, está hoje consagrado de modo genérico nos arts. 266.º, n.º 1 da CRP e 4.º do CPA. Como seu corolário, a Administração fica obrigada a adotar, em relação a cada caso em concreto, as melhores soluções possíveis do ponto de vista administrativo: estamos perante o designado dever de boa administração ou o princípio de eficiência. Para o efeito, deve a Administração proceder a uma avaliação permanente da compatibilidade da concessão com o interesse público, extinguindo a concessão, sempre que considere não ter a mesma sentido em termos sociais, económicos e financeiros. O interesse público é o fundamento jurídico e o limite do poder de resgate.

⁵⁷ JORGE ANDRADE DA SILVA (2010:255) avança com uma noção de interesse público: “*É o interesse relativo à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade nos termos definidos pelos órgãos políticos constitucionalmente competentes.*”

⁵⁸ Em rigor, sendo o resgate um ato que extingue o direito do concessionário, por factos que não lhe são imputáveis, não pode ser um título que permita, em qualquer caso, extinguir a relação jurídica criada.

6. O PROCEDIMENTO DE RESGATE

A prática do ato de resgate fica dependente da verificação de condições de legalidade procedimental, que nos cumpre agora estudar.

6.1. O prazo de garantia ou prazo de não-resgate

Um dos pressupostos ou uma das condições do resgate, no sentido de proteger os interesses do concessionário, é o que se relaciona com o momento em que ele pode ter lugar. Ora, segundo o disposto no n.º 1 do art. 422.º do CCP, *o concedente apenas pode resgatar a concessão após o decurso do prazo fixado no contrato ou, na sua falta, decorrido um terço do prazo de vigência do contrato*. Daqui decorre que, o resgate não pode ocorrer antes do decurso de um certo período de tempo, que a doutrina comumente designa de *prazo de garantia* ou *prazo de não-resgate*. Trata-se, portanto, de um período de tempo durante o qual a Administração está impedida de resgatar o serviço concedido, dando ao concessionário a garantia de que, durante essa fase, a concessão não lhe será retirada por força das razões que justificam o resgate. Nas palavras de MARCELLO CAETANO (1980:1132), este prazo coloca o concessionário a coberto de resoluções caprichosas do concedente, permitindo-lhe organizar e explorar o serviço com segurança durante certo tempo, para que este possa dar provas da sua capacidade em gerir o serviço e basear um juízo justo acerca das vantagens e inconvenientes da concessão⁵⁹. Ou seja, o concessionário tem o direito de explorar o serviço num quadro de estabilidade, de segurança e de rendabilidade, em razão dos avultados investimentos realizados⁶⁰. Isto porque, entende-se que os momentos de arranque da atividade são, por norma, os mais complicados e difíceis, pelo que não se afiguraria aceitável e justo que o concedente pudesse extinguir prematuramente a concessão quando o concessionário ainda não teve oportunidade de demonstrar as suas capacidades de gestão⁶¹. Em suma, com esta limitação temporal ao uso do poder de resgate, o legislador procurou atribuir alguma

⁵⁹ Seguindo o mesmo entendimento, PEDRO GONÇALVES (1999:352).

⁶⁰ Em bom rigor, com o estabelecimento deste período mínimo de vigência da concessão garante-se ao concessionário a obtenção daquele mínimo de vantagens que o levou a concorrer à adjudicação do contrato.

⁶¹ Neste sentido PEDRO GONÇALVES (1999:352). Também ROGÉRIO SOARES (1950:324 e 325) afirma que “Entendeu-se que a primeira fase da vida da concessão é a mais difícil, aquela em que todos os esforços tendem a constituir e desenvolver a empresa, e mal seria se por qualquer motivo a Administração pudesse vir tolher as legítimas esperanças de lucro de quem se comprometera a exercer o serviço público.”

estabilidade à concessão⁶², salvaguardando o interesse do concessionário na gestão do serviço.

Para além desta garantia, o prazo de não-resgate apresenta ainda outra função não menos importante: fixar a base a partir da qual se pode fazer o cálculo da indemnização do resgate a atribuir ao concessionário⁶³. Como oportunamente expusemos, correspondendo este período à fase inicial durante a qual se ensaia a exploração, só decorrido este prazo se poderão esperar lucros. Pois, caso contrário, será muito difícil calcular a indemnização do resgate por falta de elementos que com exatidão o permitam.

Do exposto resulta que, o prazo de garantia é para o concessionário uma condição ótima, pois pode confiar que durante esse período não lhe será retirada a gestão do serviço que lhe fora concedido e que com base nele pode já realizar os seus cálculos⁶⁴. Expirado este prazo, o concedente pode então resolver a concessão quando quiser, exercendo para tanto um poder discricionário^{65,66}.

Esclarecidas as missões em que está investido o prazo de garantia, urge suscitar uma questão: pode a Administração resgatar a concessão de serviço público antes que se encontre decorrido o prazo de garantia previsto no art. 422.º, n.º 1 do CCP? A lei é omissa quanto a esta possibilidade, por isso, vejamos, primeiro, qual a posição assumida pela doutrina, para depois apresentarmos o nosso entendimento. Num primeiro momento, PEDRO GONÇALVES (1999:345) defendeu a ideia que o resgate não pode ter lugar antes de um determinado prazo de vigência do contrato - “*délai d’inviolabilité*”, - ou seja, antes do decurso do prazo de não resgate. Mais tarde, este autor acaba por assumir uma posição contrária, ao defender que a Administração pode impor a rescisão unilateral do contrato de concessão mesmo dentro do prazo de não-resgate, por razões de interesse público diferentes daquelas que o resgate pretende acautelar. Assim, desde que não esteja em causa a *reprise* do serviço concedido ou a intenção de atribuir uma nova concessão em bases diferentes (fundamentos do resgate), este autor admite, em casos excecionais e desde que estejam em causa razões de interesse público,

⁶² No mesmo sentido, PEDRO PEREIRA (2011:85) afirma que “*A solução de introduzir um período de “quarentena” durante o qual o concedente não pode resgatar a concessão funda-se numa razão de estabilidade (pelo menos inicial) da execução do contrato.*”

⁶³ Neste sentido PEDRO GONÇALVES (1999:352).

⁶⁴ Neste sentido, ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:70).

⁶⁵ Saliente-se que MARCELLO CAETANO (1980:1132) admite a prorrogação do prazo de garantia, por acordo entre as partes, ressalvando que esse entendimento dificilmente existirá da parte do concedente, exceto se se tiverem realizado vultuosos investimentos em benefício do interesse público. Esta faculdade poderá ser utilizada como incentivo à realização de investimentos. Também admitindo a prorrogação deste prazo, ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:70). Cremos que, à semelhança da doutrina exposta, somente a criação de novos investimentos poderá justificar uma dilação do prazo de garantia, tendo em conta as funções deste.

⁶⁶ A título de exemplo, nas concessões de distribuição de energia elétrica em baixa tensão, o prazo de garantia é de cinco anos, equivalente a um quarto do período de vigência do contrato – cfr. art. 3.º, n.º 2 do D.L. n.º 344-B/82, na redação dada pelo D.L. n.º 341/90.

que a Administração possa resgatar a concessão ainda dentro do prazo de garantia⁶⁷. Mais recentemente, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (2009:161) levantaram a questão da constitucionalidade da solução alcançada pelo art. 422.º, n.º 1 do CCP, por força do princípio da prossecução do interesse público - plasmado no art. 266.º, n.º 1 da CRP -, que pode impor o resgate em momento anterior. No sentido oposto apresenta-se a posição assumida por MARCELLO CAETANO (1980:1132), ao afirmar que *“o resgate só pode fazer-se decorrido que seja o prazo de garantia, isto é, determinado prazo mínimo contado a partir da data da concessão.”*

Perante a ausência de solução legal e face a esta divergência doutrinária, cumpre-nos tomar uma posição que vá de encontro àquilo que é a principal atribuição da Administração Pública: a prossecução do interesse público. Com efeito, a prossecução do interesse público, enquanto interesse ligado à satisfação das necessidades coletivas, constitui o verdadeiro fio condutor de toda a atividade administrativa pública. A Administração Pública tem o dever e o poder de prosseguir sempre o interesse público. Assim, parece-nos admissível que a Administração possa resgatar a concessão antes de decorrido o prazo de garantia, por força da permanente prossecução do interesse público de que foi constitucionalmente incumbida. Porém, entendemos, à semelhança da posição perfilhado por Pedro Gonçalves e acima exposta, que esta possibilidade só será admissível caso não esteja em causa a retoma do serviço pela Administração ou a atribuição de uma nova concessão em moldes diferentes (finalidades do resgate). Deste modo, caso o interesse público imponha a extinção imediata daquele serviço, entendemos que, nestes casos, não seria benéfico para o interesse geral esperar pelo término do prazo de garantia para resgatar a concessão.

Todavia, atento o disposto no art. 266.º, n.º 1 da CRP, essa prossecução não pode ser assegurada pela Administração de qualquer forma, ou seja, ela deve salvaguardar os direitos e interesses do concessionário, convertendo o direito à gestão do serviço num direito de natureza pecuniária⁶⁸. Quer isto dizer que ao admitirmos esta possibilidade de resgatar a concessão durante o prazo de garantia, não descuramos a obrigação da Administração proteger a legítima posição do concessionário, indemnizando-o pela ablação do seu direito. Aliás, esta proteção do concessionário vai garantir que a Administração apenas faça uso desta possibilidade excecional que admitimos quando o interesse público imperiosamente o exigir. Questão mais complexa se verifica quanto ao cálculo da indemnização a atribuir ao

⁶⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES (2003:134).

⁶⁸ O direito do concessionário à gestão do serviço não é um direito intocável, mas goza de uma proteção económica absoluta contra atos da Administração que, por motivos de interesse público, o eliminem.

concessionário nestes casos. Pois, como vimos, o prazo de garantia permite fixar a base a partir da qual se pode fazer a avaliação da mesma.

Saliente-se, ainda, que não encontramos nenhum caso concreto em que a Administração Pública nacional tivesse feito uso desta possibilidade.

6.2.O pré-aviso de resgate

O legislador completa o prazo de garantia com um outro elemento: o *pré-aviso de resgate* ou *aviso prévio*⁶⁹. O n.º 2 do art. 422.º do CCP exige que a decisão de resgate seja comunicada ao *concessionário no prazo previsto no contrato ou, na sua falta, com pelo menos seis meses de antecedência*⁷⁰. Ou seja, quando o concedente decide fazer uso da faculdade de resgate, não basta manifestar essa vontade, é necessário que proceda à notificação dessa decisão, cujos efeitos são diferidos para uma certa data.

Com isto, estamos aptos a perguntar: pode o resgate considerar-se efetivado com esta comunicação ou será necessário que o concedente proceda a uma nova notificação no momento em que esses efeitos se produzem? Cremos que a comunicação do resgate feita com o pré-aviso, com a devida antecedência, é de *per si* suficiente para que se operem os seus efeitos⁷¹. Esta solução vem encontrar total conforto na questão da natureza jurídica do pré-aviso⁷². Com efeito, a lei apenas exigiu o respeito pelo prazo de garantia e a necessidade de pré-aviso, não estabelecendo a necessidade de mais qualquer formalidade para que a Administração possa levar a cabo o resgate. Pelo que, somos levados a concluir que a declaração de vontade de resgate está incorporada no pré-aviso, ainda que os seus efeitos estejam sujeitos a um termo dilatatório⁷³. Assim, chegamos a outra conclusão: ao estabelecer-se

⁶⁹ Sobre as diferentes funções do prazo de garantia e o pré-aviso, JÈZE: “*L'objet du pre-avis n'est pas tout le même que celui qui fait établir une période avant laquelle le rachat contractuel ne peut pas avoir lieu. Par le pre-avis, le concessionnaire est averti pour qu'il prenne ses dispositions en vue de la liquidation de l'exploitation. La période de non rachat est destinée à assurer une base de calcul.*” - Cit. por JORGE BONANÇA, (1949-1950:100); ver ainda ROGÉRIO SOARES (1950:327 e 328).

⁷⁰ Nas concessões de energia elétrica em baixa tensão, o pré-aviso é de dois anos – cfr. art. 3.º, n.º 2 do D.L. n.º 344-B/82.

⁷¹ Conforme ensina AFONSO QUEIRÓ et al (1953:22), “*se o aviso traduzisse apenas o propósito do concedente de resgatar, se quisesse, tudo seria incerteza tanto para os órgãos executivos da Administração municipal como para o concessionário. Nem aqueles nem estes poderiam tomar disposições definitivas quanto ao futuro; ou, se as tomassem, arriscar-se-iam a fazê-lo em pura perda. (...) Portanto, o que se anuncia é o próprio resgate, não a simples possibilidade de o realizar.*” Seguindo este entendimento, PEDRO GONÇALVES (1999:353) afirma que “*é no entanto claro que não é necessária uma nova manifestação do concedente (que deva ter lugar depois da verificação daquele termo)*”. Nos mesmos termos, JORGE BONANÇA (1949-1950:104).

⁷² Sobre o caráter polémico desta questão ver ROGÉRIO SOARES (1950:335).

⁷³ Como afirma ROGÉRIO SOARES (1950:334) “*só o pré-aviso é o portador da vontade de resgatar.*”

que o resgate não pode ter lugar antes do prazo previsto no art. 422.º, n.º 2 do CCP, uma coisa se revela certa, desde logo, é que os efeitos jurídicos do resgate não podem começar a contar-se antes que esse prazo esteja decorrido⁷⁴. Destarte, o resgate só produzirá efeitos após o decurso do prazo de pré-aviso, pelo que o momento jurídico do resgate não coincide com a declaração de pré-aviso, mas sim com o término do prazo de pré-aviso⁷⁵.

Posto isto, outra questão emerge: Pode o pré-aviso ser produzido antes da queda do prazo de garantia? Ora, cremos que nada obsta a esta possibilidade, pois a realização da finalidade principal do prazo de não-resgate - garantir ao concessionário a gestão do serviço durante certo período de tempo - não é perturbada ou posta em causa por essa notificação, desde que os seus efeitos não se produzam antes do término do prazo de garantia. Pois, caso contrário, resultaria um insuprível conflito entre os interesses inerentes a ambas as figuras^{76,77}. Neste sentido, querer impor-se o contrário, é confundir as finalidades do pré-aviso e do prazo de garantia, é olvidar que um e outro têm atribuições distintas. Sobre esta independência do prazo de garantia e do pré-aviso, MARCELLO CAETANO (1980:1133) refere, a título de exemplo, que *“se o concedente quiser resgatar a concessão logo que finde o prazo de garantia mas for obrigado ao pré-aviso com antecipação de cinco anos, deve avisar cinco anos antes do termo do prazo de garantia, não necessitando de esperar por este para manifestar a sua intenção.”* Ainda de acordo com o mesmo autor, o pré-aviso de resgate não vincula o concedente a resgatar a concessão, pois este pode, se assim entender, adiar ou até mesmo desistir dessa intenção, desde que, indenize o concessionário dos prejuízos que do aviso advieram⁷⁸.

Como vimos, entre a notificação ao concessionário da decisão de resgate e a efetivação do mesmo decorre um certo período de tempo. Mas, qual é o sentido do pré-aviso? Qual a sua função? Com este intervalo, que medeia a efetivação do resgate e a comunicação do mesmo,

⁷⁴ Como expressa PEDRO GONÇALVES (1999:353), *“a manifestação autoritário que o resgate constitui é assim necessariamente exteriorizada em momento prévio à produção dos seus efeitos.”*

⁷⁵ Caso contrário, o pré-aviso deixava de ser um aviso para ser uma notificação brutal - cfr ROGÉRIO SOARES (1950:335).

⁷⁶ No mesmo sentido PEDRO GONÇALVES (1999:353). Para ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:72), *“O aviso prévio é independente do prazo de garantia, por forma que poderá ter lugar ainda no decurso deste. Com o prazo de garantia pretende-se que a concessão dure o tempo necessário para o serviço passar a fase de iniciação, com o aviso prévio apenas dar ao concessionário o tempo necessário para se preparar para deixar a exploração. Portanto, o aviso prévio para se fazer não tem de esperar pelo decurso do prazo de garantia.”*

⁷⁷ O problema chegou mesmo a suscitar-se a propósito do resgate do contrato de concessão de serviço de transportes coletivos de passageiros entre a Câmara Municipal do Porto e a Companhia Carris de Ferro do Porto, pois, neste caso, a notificação da decisão de resgate realizou-se ainda no decurso do prazo de garantia. Contudo, os tribunais de contencioso administrativo julgaram lícita a atuação da entidade concedente – cfr. AFONSO QUEIRÓ et al (1953:19).

⁷⁸ Sobre o adiamento da execução do resgate do contrato de concessão de serviço de transportes coletivos de passageiros entre a Câmara Municipal do Porto e a Companhia Carris de Ferro do Porto, ver AFONSO QUEIRÓ et al (1953:25 a 26).

cremos que o legislador quis estabelecer o tempo necessário para que o concessionário se preparasse para deixar de exercer a atividade concedida, de forma a evitar uma transição sem sobressaltos e perturbações⁷⁹. Corresponde, pois, a um período de transição e adaptação. No entanto, a exigência de pré-aviso visa também tutelar o interesse público, na medida em que *“esse período que precede o resgate e que se inicia com o aviso prévio tem por fim permitir ao concessionário que tome as decisões exigidas pela situação que vai enfrentar, e durante ele deverá ter lugar uma intromissão da Administração na direcção técnica e financeira da empresa por forma que, no fim da concessão o serviço prossiga sem alterações que sempre prejudicariam o público. Quer dizer, pretende-se que a Administração se habilite durante esse período a tomar conta do serviço, ao mesmo tempo que se evita que o concessionário, a partir de então desinteressado na conservação do material e no funcionamento regular do serviço, proceda de forma a angariar a maior soma de lucros com prejuízo da colectividade.”*⁸⁰ Do exposto concluímos que, esta exigência de pré-aviso visa proteger tanto os interesses do particular, evitando que a sua organização económica e empresarial possa ser prejudicada por eventuais surpresas – como certamente ocorreria se o resgate não fosse objeto de um pré-aviso realizado em prazo razoável –, bem como o interesse público, na medida em que depois do aviso ficam cerceados os poderes do concessionário⁸¹.

Por último, refira-se que por razões de segurança jurídica e para as devidas cautelas, revela-se adequado que a notificação seja realizada por um meio que possa fazer prova da sua receção. A título de exemplo, podemos referir o protocolo e a carta registada com aviso de receção. Com esta exigência de formalismo procura-se garantir que a decisão de resgate seja exteriorizada de modo adequado. Note-se que, as formalidades têm por finalidade assegurar o preenchimento de todas as condições consideradas necessárias à formação e à plena eficácia da decisão tomada.

⁷⁹ De acordo com ROGÉRIO SOARES (1950:327) *“Cremos que em princípio o pré-aviso deve ter tido em vista permitir que a empresa seja liquidada de um modo objectivamente vantajoso para ambas as partes, evitando perturbações brutais na sua vida, criando uma plataforma que permita a transição suave e cautelosa do serviço nas mãos do concessionário para as da Administração.”*

⁸⁰ Cfr. ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:71 e 72).

⁸¹ Neste sentido JORGE BONANÇA (1949-1950:100).

7. OS EFEITOS DO RESGATE

No resgate interessa-nos, sobretudo, o estudo do seu objeto imediato, isto é, aquilo sobre o qual vão incidir os seus efeitos. Neste sentido, podemos dizer que ele é constituído pelo direito à gestão do serviço e pelos bens materiais afetos a tal exercício. Vejamos, agora, com mais rigor, todos os efeitos inerentes à extinção prematura da concessão e os problemas que os mesmos suscitam.

Ora, o efeito jurídico mais direto e imediato do resgate é a extinção da eficácia do contrato de concessão antes do seu termo, ou seja, por meio do resgate, a Administração cessa a relação jurídica criada. Daqui advém, necessariamente, outro efeito: a reversão para o concedente dos bens deste afetos ao desempenho da atividade concessionada e, bem assim, se tal estiver previsto no contrato, a transferência de certos bens do concessionário (cfr. art. 422.º, n.º 7 do CCP). Ora, esta passagem dos bens para a Administração encontra plena justificação no princípio da prossecução de interesse público e no princípio da continuidade dos serviços públicos, os quais supõem a reversão como meio de dar seguimento à atividade, quando extinta a concessão⁸².

Para uma melhor compreensão do tema, torna-se necessário esclarecer que no domínio dos bens afetos à gestão do serviço público concedido, a doutrina distingue três categorias:

- **Bens do concedente afetos à concessão** (art. 419.º, n.º 3 do CCP): correspondem aos bens que o concedente incorpora na concessão. Estes bens, por força do resgate, reverterem para o concedente sem haver lugar, por isso, a qualquer pagamento ao concessionário;
- **Bens afetos à concessão adquiridos, criados, construídos ou instalados pelo concessionário e pertencendo-lhe desde esse momento, que se destinam, no entanto, a ser transferidos para o concedente em caso de extinção da concessão** (art. 419.º, n.º 2 do CCP): a titularidade destes bens é transferida para o concedente, com ou sem indemnização, conforme o que sobre isso constar do contrato⁸³;

⁸² Neste sentido, PEDRO GONÇALVES (1999:307): “O estabelecimento da concessão engloba pois todos os meios materiais de que o concessionário se serve para gerir o serviço público; em caso de extinção do contrato, a Administração estará, em regra, interessada em poder usar ou, pelo menos, dispor de todo esse conjunto – o princípio da continuidade do serviço público explica o interesse da Administração em utilizar imediatamente todos os bens que compõem o estabelecimento, em caso de paralisação ou cessação da actividade do concessionário.”

⁸³ A este propósito PEDRO GONÇALVES (1999:311) refere que “Quando os bens estão sujeitos à cláusula de transferência, entende-se que a Administração concedente adquire a titularidade de um direito real in faciendo, isto é, de um direito em que o sujeito passivo, enquanto proprietário da coisa que é dele objecto, fica obrigado a realizar uma prestação positiva.”

- **Bens afetos à concessão adquiridos, construídos ou instalados pelo concessionário não sujeitos à cláusula de transferência** (art. 419.º, n.º 6 do CCP): são bens próprios, que pertencem ao concessionário em propriedade plena, em relação aos quais a Administração não dispõe de qualquer poder de intervenção. Não obstante, estes bens podem ser transferidos para o concedente, se e nas condições que acordarem.

Em bom rigor, a doutrina tem entendido que a reversão dos bens *supra* exposta ocorre mesmo que porventura esses equipamentos estejam tecnicamente ultrapassados, isto é, não se revelem já os mais adequados⁸⁴. Isto por duas ordens de interesses: por um lado, tutela-se o concessionário evitando que este fique numa posição gravosa de conservar bens que, estando intimamente ligados ao serviço, depois de resgatada a concessão não representariam para si nenhuma utilidade direta; e, por outro lado, permite-se que a Administração assegure a posse desses bens, evitando que o concessionário se possa recusar a fazer essa transferência, o que seria danoso para a continuidade do serviço.

Como vimos, caso não existam bens do concedente nem cláusula de transferência relativamente aos bens do concessionário, todos os bens afetos à gestão do serviço são considerados bens próprios, não abrangidos pelo resgate.

Ainda a propósito do objeto do resgate, resta-nos questionar se será admissível um resgate parcial, isto é, limitado a uma parte da concessão. Ora, tendo em conta que a concessão deve ser considerada como um todo, um bloco indivisível, cremos que o resgate será, em princípio, total. Assim, por meio do resgate, o serviço passa na sua totalidade para as mãos da Administração, abrangendo, portanto, tanto a concessão principal como as possíveis concessões acessórias a esta anexas⁸⁵. Isto justifica-se no facto de resgatada a concessão principal, o concessionário muito provavelmente já não ter interesse em conservar as concessões anexas. De resto, este será também, na maioria das vezes, o interesse do concedente.

Por outro lado ainda, o direito de resgate atribui ao concessionário o direito a uma indemnização⁸⁶. Como MARCELLO CAETANO (1980:1133) afirma, o ponto mais delicado da operação de resgate está em determinar a respetiva indemnização. Em bom rigor, o resgate

⁸⁴ Cfr. FERNANDO CORREIA (1982:74) e ROGÉRIO SOARES (1950:321 e 322).

⁸⁵ Esta é também a posição perfilhada pela maioria da doutrina: ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:74); MARCELLO CAETANO (1980:1133); e JORGE BONANÇA (1949-1950:128).

⁸⁶ PEDRO GONÇALVES (1999:357) chama a atenção para o facto da indemnização devida no ato de resgate configurar um dos seus efeitos e não uma condição da sua legalidade.

não é, nem pode ser, uma operação gratuita, isto é, tem um preço. Por isso, a lei determina a obrigação da Administração indemnizar o concessionário pelos prejuízos que a ablação dos seus direitos comporta⁸⁷. Ou seja, uma vez que o resgate não está associado a qualquer comportamento ilícito do concessionário (não configurando, portanto, uma sanção) e tendo em conta o princípio da proteção dos direitos constituídos a favor deste (que impede que o concessionário seja privado dos seus legítimos interesses), a legitimidade do poder de resgate pressupõe que a Administração indemnice o concessionário pelo sacrifício que este suporta⁸⁸.

Em bom rigor, o sacrifício do direito do concessionário à gestão do serviço provocado pelo ato de resgate causa um dano especial, em sentido económico, ao concessionário. E sendo tal sacrifício legitimado por necessidades imperiosas de interesse público, é justo que tal sacrifício seja compensado⁸⁹. Nessa medida, o direito à gestão do serviço converte-se num direito de conteúdo económico, que visa exatamente reestabelecer o equilíbrio económico-financeiro perturbado, ou seja, visa reestabelecer a situação virtual da vigência normal do contrato⁹⁰. É que, ao extinguir prematuramente o contrato de concessão, a Administração frustra as expectativas económico-financeiras do seu contratante, por isso, terá de o indemnizar⁹¹. A indemnização desempenha, portanto, uma função de compensação.

De acordo com o n.º 5 do art. 422.º do CCP⁹², a indemnização apresenta duas componentes: *“em caso de resgate, o concessionário tem direito a uma indemnização correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes, devendo, quanto a estes, deduzir-se o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos.”* Por um lado, temos

⁸⁷ Como ensina LAURENT RICHER (1995:188), *“Le pouvoir de résiliation unilatérale a pour contrepartie l’obligation d’indemniser intégralement le préjudice causé.”*

⁸⁸ Até porque se a Administração pudesse sacrificar pura e simplesmente o contrato de concessão, em nome do interesse público, não encontraria quem com ela quisesse contratar.

⁸⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES (1999:356 e 357). Também neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL (2007:650) afirma que *“mediante o resgate, a Administração recupera o exercício daqueles poderes públicos que tinha transferido para o particular, embora deva, à luz do princípio da justiça e do direito fundamental à propriedade privada (artigo 62.º da Constituição), indemnizá-lo por isso, uma vez que o resgate envolve um sacrifício económico para o concessionário.”*

⁹⁰ Na opinião de JORGE BONANÇA (1949-1950:131 e 132), *“A indemnização é assim requerida pela ideia da conversão de direitos, mas essa conversão há-de ter em conta o inteiro equilíbrio do negócio jurídico da concessão, por forma a garantir ao concessionário uma situação patrimonial semelhante àquela que teria se o resgate não fosse declarado.”* Também neste sentido ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:104), para quem *“a indemnização do resgate garante ao concessionário uma situação patrimonial semelhante à que lhe adviria da concessão se fosse permitida a continuação desta até ao termo estipulado. É devida na medida em que é justo que os interesses dos particulares que contratam com a Administração devam ser salvaguardados, harmonizando-os tanto quanto possível com o interesse público, tendo presente que a colaboração dos particulares ao Poder público é prestada com fins lucrativos.”*

⁹¹ Como ensina PEDRO GONÇALVES (2003:122), *“A intervenção autoritária da entidade pública na relação contratual é, como se sabe, justificada pela “lógica da função”. Mas, quando essa interferência se verifica, a “lógica do contrato” logo reaparece, já que a entidade pública fica obrigada a repor a equação económico-financeira em que todo o contrato está baseado.”*

⁹² Este preceito procede à aplicação, neste caso, da regra geral vigente nos n.ºs 1 e 2 do art. 334.º do CCP.

aquilo que a doutrina comumente designa de *indenização de amortização* ou *danos emergentes*: segundo PEDRO GONÇALVES (1999:357), esta corresponde a uma indenização pelo valor não amortizado das instalações afetas à concessão. Ou seja, a Administração fica obrigada a indenizar os custos que o concessionário suportou, mas que não foram cobertos pelas receitas entretanto obtidas. Assenta na ideia de que, como o resgate se traduz no aparecimento de uma incerteza para o concessionário, não seria admissível que a Administração pudesse recusar-se a pagar as instalações e demais material ainda não capitalizados⁹³. Em rigor, se pelo resgate se cessa antecipadamente uma concessão, os bens que, sendo propriedade do concessionário, no fim da concessão deviam passar gratuitamente para o concedente porque estariam integralmente amortizados, serão agora pagos pelo seu justo valor. Como tal, a Administração, em caso de resgate, terá de indenizar o concessionário pelo valor remanescente não amortizado do equipamento do concessionário afeto à concessão. No entanto, MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE (1953:241) considera que essa indenização só será devida se os bens afetos à concessão e a entregar pelo concessionário se encontrarem “*nos termos do bem funcionar*”. De outro modo, será abatida na indenização a importância que for precisa para compensar a diferença verificada.

No entanto, o interesse do concessionário só fica suficientemente protegido se à indenização por danos emergentes acrescer a *indenização industrial*, *prémio de eviçã*o ou *lucros cessantes*. Para PEDRO GONÇALVES (1999:357) esta é a indenização própria do resgate e corresponde a uma indenização pelos benefícios que o concessionário deixa de ganhar (*lucrum cessans*), durante os anos que restavam até completar o prazo da concessão⁹⁴. Ou seja, o prémio de evição corresponde aos eventuais futuros lucros que o concessionário viria a obter se fosse cumprido o prazo inicialmente convencionado. Ora, esta indenização assenta na ideia de que o concessionário não deve ser privado dos lucros provenientes de uma exploração que promete ser rendosa no futuro. O que se afigura justo, considerando que foi ele quem suportou as dificuldades iniciais, pois no início a exploração raramente dará lucros⁹⁵.

Com efeito, através da indenização industrial, a Administração satisfaz ao concessionário uma importância correspondente aos benefícios que deixou de obter e que

⁹³ Neste sentido JORGE BONANÇA (1949-1950:121).

⁹⁴ Para ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:61 e 62), o *prémio de eviçã*o assenta na ideia que a concessão devia continuar mais um certo tempo e, porque isso não acontece, é que sob a forma de lucros cessantes se indeniza o concessionário. Dito de outra forma, os lucros cessantes na indenização de resgate não teriam sentido se a concessão devesse terminar no momento de resgate, como se fora o seu termo.

⁹⁵ Cfr ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:117).

deveria ter obtido porque lhe eram legitimamente devidos, e os quais o motivaram a contratar com esta⁹⁶.

Chegados a este ponto, somos levados a concluir que a indemnização a que o resgate dá lugar deve ser perspectivada sobre dois pontos de vista: por um lado, deve assentar num parâmetro de justiça, isto é, deve corresponder a uma justa indemnização⁹⁷; por outro lado, esta justa indemnização deve também ser vista da perspectiva do concedente, atendendo a que na prossecução das suas atribuições com vista à satisfação das necessidades coletivas, lhe está vedado o pagamento de uma indemnização para além da que seria justa. Neste sentido, o montante da indemnização está limitado pela proibição de enriquecimento sem causa, pois esta não se pode transformar numa fonte de lucros para o concessionário⁹⁸.

Posto isto, cumpre-nos sindicar pelo modo de cálculo e pelas formas de pagamento da indemnização de resgate. Quanto ao primeiro, o n.º 6 do art. 422.º do CCP preceitua que o cálculo da indemnização devida far-se-á segundo as regras decorrentes do contrato, ou quando deste não resulte o respetivo montante exato, determinar-se-á equitativamente nos termos do disposto no art. 566.º, n.º 3 do CC. Não obstante, saliente-se que o tempo decorrido, permitindo ao concessionário obter as receitas necessárias para reembolsar o capital investido, determinará a menor ou maior onerosidade da indemnização a pagar. Por sua vez, quanto à forma de pagamento, a doutrina tem sido unânime em entender que esta pode ser paga de uma só vez ou em anuidades, que podem ser tantas quantas as prestações em que se dividiu o capital devido, ou tantas quantos os anos que a concessão deveria durar, representando os lucros prováveis a obter pelo concessionário durante esse período⁹⁹.

Por último, o resgate produz ainda outro efeito: de acordo com o disposto nos n.ºs 3 e 4 do art. 422.º do CCP, pelo resgate o concedente assume, naturalmente, todos os direitos e obrigações do concessionário emergentes dos subcontratos que aquele haja celebrado com

⁹⁶ No mesmo sentido se apresenta a doutrina francesa ao considerar que a indemnização a pagar ao concessionário compreende os danos emergentes e os lucros cessantes. Como refere LAURENT RICHER (1995:188) *“Le cocontractant a le droit d’être indemnisé pour la perte qu’il subit du fait des achats qu’il a pu faire, des investissements qu’il a réalisés, etc. – damnum emergens - et, à condition de démontrer qu’il aurait réalisé un bénéfice, il a aussi droit à la réparation du gain manque – lucrum cessans.”*

⁹⁷ Como afirma ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:104), *“A indemnização do resgate garante ao concessionário uma situação patrimonial semelhante à que lhe adviria da concessão se fosse permitida a continuação desta até ao termo estipulado. É devida na medida em que é justo que os interesses dos particulares que contratam com a Administração devam ser salvaguardados, harmonizando-os tanto quanto possível com o interesse público, tendo presente que a colaboração dos particulares ao Poder público é prestada com fins lucrativos.”*

⁹⁸ Nesta medida, JORGE BONANÇA (1949-1950:144) ensina que *“há que ter presente que o fim da indemnização de resgate é evitar prejuízos desnecessários ao concessionário mas, tudo o que vá além disso, representa um locupletamento à custa da Administração.”*

⁹⁹ Neste sentido ANTÓNIO MENDES DE ALMEIDA (1949:106); JORGE BONANÇA (1949-1950:128); e MARCELLO CAETANO (1980:1133).

terceiros com vista ao desenvolvimento das atividades que constituem o objeto da concessão, antes da notificação do resgate ou posteriormente desde que prévia e expressamente autorizadas pelo concedente.

8. CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido neste relatório procurou, basicamente, delinear os aspetos que consideramos mais relevantes sobre o instituto do direito de resgate na concessão de serviço público.

Como podemos verificar com a realização deste trabalho, embora o direito de resgate estivesse, desde há muito, amplamente discutido pelos melhores administrativistas da nossa doutrina, o legislador nacional preocupou-se em consagrar legalmente esta figura e em estabelecer o seu regime jurídico substantivo no novo CCP. A este propósito, cumpre realçar a crescente e constante preocupação na atualização da legislação aplicável à contratação pública, com o intuito de tornar este tipo de contratação cada vez mais atual, justa, transparente, eficiente, simples e célere.

No entanto, apesar de reconhecermos que esta figura de resgate se encontra hoje densamente regulada, a mesma apresenta ainda algumas lacunas por força da sua pouca aplicação prática que tentámos, primeiramente, identificar para, posteriormente, apresentar uma solução, tendo sempre presente os princípios atinentes à execução dos contratos de concessão e o princípio constitucional de prossecução do interesse público que impende sobre a atuação da Administração. O preenchimento destas lacunas revelou-se-nos de especial importância, atendendo ao facto de o instituto do resgate ainda não ter sido alvo de implementação em termos práticos à luz do art. 422.º do CCP.

Com efeito, a circunstância de os efeitos jurídicos de um contrato de concessão de serviço público não se esgotarem no momento da sua celebração e de, por isso mesmo, um tal contrato estar na génese de uma relação jurídica que se prolonga no tempo, autonomiza o resgate em termos de fazer dele um instituto complexo e com inúmeras implicações e contornos específicos que procurámos, com este projeto, estudar.

Chegados ao fim da nossa investigação, é agora altura de sintetizar os principais resultados do estudo efetuado. Ora, o contrato de concessão de serviço público é uma técnica de colaboração entre o setor público e privado e, por isso mesmo, agrega interesses opostos. A regra é que este contrato termina com o decurso do prazo de vigência que, como expusemos, é estabelecido em função do tempo reportado necessário para a amortização do capital investido pelo concessionário. Findo este prazo, ocorre a caducidade. Assim, as extinções antes do decurso deste prazo, como o resgate, são exceções à regra geral.

Ora, o resgate implica o sacrifício do direito do concessionário à gestão do serviço que lhe fora concedido. Sendo tal sacrifício imposto por razões estritamente de interesse público, que

se relacionam com necessidades reais de organização do serviço público. Por isso, o resgate pressupõe sempre uma alteração do interesse público, que terá de encontrar um mínimo assento nas circunstâncias de facto com que a Administração se confronta. Note-se que a causa do resgate, o interesse público, tem de ser atual e não futura ou hipotética. Sucede que, ocorrendo o resgate do contrato de concessão pelo Estado, existem diversas consequências económicas e jurídicas. No que se refere aos efeitos contabilísticos do resgate, fazendo cessar o contrato de concessão, esse resgate implica a reversão para o Estado dos bens que lhe pertencem e, se tal estiver previsto contratualmente, a transferência dos próprios bens do concessionário. Para além disso, uma vez que o resgate não está associado a qualquer comportamento ilícito do concessionário, este terá direito a uma indemnização pelos danos sofridos, que representa precisamente a conversão do seu direito à gestão do serviço num direito de conteúdo económico. Pois, se por um lado, o concessionário está sujeito à possibilidade de ver, a qualquer momento, a concessão que lhe foi outorgada resgatada, por outro lado, a Administração garante-lhe os seus legítimos interesses. Ora, esta perspetiva da indemnização a pagar ao concessionário visa impedir que a Administração abuse do direito de resgate e só dele virá a fazer uso na estrita medida em que o interesse público o exigir. Daqui resulta que a decisão pelo resgate, com o objetivo de sanar uma ineficiência detetada na atividade da concessão, tem de ser economicamente eficiente. Pois só assim, o interesse público fica tutelado.

Em rigor, no controlo da eficiência, ou seja, na averiguação da melhor opção possível, da busca do melhor interesse público possível, a Administração deverá optar ou não pelo resgate. Mas, para que a Administração prossiga sempre as suas atribuições de modo eficiente, essa escolha tem de ser analisada e ponderada face aos inconvenientes que o resgate acarreta para o Poder público: tais como, a interrupção de projetos em curso; o desvio de atenção e recursos para a solução do problema; o custo financeiro da indemnização a que o concessionário tem direito. Como tal, se o peso atribuído aos efeitos negativos for superior ao peso dos eventuais benefícios do resgate, este não deve ser realizado, pois produzirá efeitos com maior gravidade para o interesse público. E, portanto, nesta situação, a opção pelo resgate não se revela eficiente.

Destarte, a Administração deve equacionar todas as vantagens e desvantagens que advém do ato de resgate. Nesta medida, o exercício do poder de resgate encontra-se subordinado ao princípio da proporcionalidade, na vertente do equilíbrio, ou seja, se a Administração puder satisfazer os imperativos de interesse público através da simples modificação, não deve resolver o contrato. Portanto, na análise da conveniência é que a Administração fará a opção,

ou não, de resgatar a concessão. Esta escolha deverá corresponder à melhor solução possível que é, ao mesmo tempo, única e relativa. É única, por corresponder à melhor solução possível exigida pelo princípio da eficiência e é relativa, na medida em que a comparação entre melhor e pior é feita com base no peso a ser atribuído a cada interesse. Saliente-se que, este controle de eficiência far-se-á com mais rigor devido à exigência de fundamentação expressa do ato de resgate.

Em suma, é fundamental equacionar a opção pelo resgate para acautelar, na medida do possível, a situação financeira do Estado.

Este projeto visou, essencialmente, ajudar a perceber até que ponto a decisão de resgate se revela ou não uma decisão eficiente para a Administração Pública. Mas, essa análise terá de ser feita caso a caso.

Outra das conclusões a que chegámos prende-se com o facto de o instituto do direito de resgate, embora levante questões jurídicas complexas, apresenta um regime jurídico muito semelhante em vários ordenamentos jurídicos, nomeadamente no direito francês e brasileiro.

Porém, antes de terminarmos, torna-se fulcral referenciar que não era de toda intenção desta dissertação dar resposta às mais variadíssimas questões que o instituto do resgate suscita, em razão do tempo e do espaço deste trabalho.

Após o estudo desenvolvido e para encerrar, gostaria de lembrar uma célebre frase de MARCELLO CAETANO (1974:104): *“o trabalho do investigador é como o do mineiro: revolve toneladas de terra para colher algumas gramas de minério, nem sempre de bom teor – e só a persistência o enriquece.”*

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, António Joaquim Mendes de (julho/dezembro 1941) *Concessões de Serviços Públicos. O Resgate – Natureza Jurídica*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano XI, n.ºs 3 e 4, pp. 90-134;

ALMEIDA, António Joaquim Mendes (1949) *O Resgate das Concessões*, Dissertação de Licenciatura em “Ciências Jurídicas” apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

ALMEIDA, Mário Arouso de (novembro/dezembro 2007) *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 66;

AMARAL, António Carlos Cintra do *Extinção da concessão de serviço público*. Disponível em: <http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/36.pdf>. Consultado em 15.04.2012;

AMARAL, António Carlos Cintra do (2002) *Concessão de Serviço Público*, 2.^a edição, São Paulo, Malheiros Editores;

AMARAL, Diogo Freitas do (outubro 2007) *Curso de Direito Administrativo - Volume II*, 7.^a reimpressão da edição de 2001, Edições Almedina, SA;

ANDRADE, José Carlos Vieira de (janeiro 2010) *A propósito do regime do contrato administrativo no “Código dos Contratos Públicos”*, in Estudos de Contratação Pública – II, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 1.^a edição, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 7-39;

ANDRADE, José Carlos Vieira de (2011) *A Justiça Administrativa (Lições)*, 11.^a edição, Almedina;

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de (janeiro-março 1953) *Sobre o cálculo da anuidade do resgate nas concessões de serviços públicos*, in *Scientia Iuridica*, Braga, II, pp. 229-241;

ARQUER, José Manuel Sala (2005) *Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado*, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume Especial, pp. 37-63;

BISPO, Sónia Regina Dias Barata da Costa (1998) *Contratos Administrativos – Estudo sobre as Concessões de Serviços Públicos em Portugal e no Brasil*, Relatório de Direito Administrativo apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

BITTENCOURT, Juliana Castilho (2006) *A prossecução do interesse público como princípio orientador no contrato administrativo da concessão*, Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa;

BONANÇA, Jorge Lopes (1949-1950) *O Resgate das Concessões*, Dissertação de Licenciatura do ano Voluntário n.º 9 do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa;

CAETANO, Marcello (1974) *Estudos de Direito Administrativo*, Coleção Jurídica Portuguesa, Lisboa, Edições Ática;

CAETANO, Marcello (1980) *Manual de Direito Administrativo - Tomo II*, 9.^a edição (Reimpressão), Coimbra, Livraria Almedina;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Martins (2010) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II (Arts. 108.º a 296.º), 4.^a edição, Coimbra Editora;

CAUPERS, João (2003) *Introdução ao Direito Administrativo*, 7.^a edição, Lisboa, Âncora Editora;

COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães (1928) *Concessões de serviços públicos – Sua natureza jurídica*, 2.^a edição, Coimbra Editora;

CORDEIRO, António Menezes (2007) *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, in Cadernos O Direito 2, Almedina;

CORREIA, Fernando Alves (1982) *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Dissertação para o exame do curso de pós-graduação de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

CRESPO, Miguel Ângelo (abril 2004) *Formas de extinção dos contratos de concessão de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão*, in Estudos de Regulação Pública – I, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 627-673;

DEVILLER, Jacqueline Morand (2003) *Cours de Droit Administratif*, 8.^a edição, LGDJ, Montchrestlen;

ESTORNINHO, Maria João (1990) *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina;

ESTORNINHO, Maria João (março/abril 1997) *Crítério da ambiência de direito público: esforço inglório para salvar o contrato administrativo? – Acórdão do Tribunal de Conflitos de 14.1.1997, P. 307*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 2;

ESTORNINHO, Maria João (2005) *Concessão de serviços públicos – que futuro?*, in Direito e Justiça, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume Especial, pp. 21-36;

FERNANDES, Jorge Alves (2000) *Nos trilhos da cidade. Aspectos históricos dos transportes colectivos no Porto*, in Revista da Faculdade de Letras, Porto, III Série, Volume I, pp. 101-111;

FERREIRA, Gianni Karlla Gomes (setembro 2006) *Concessão de recolha de resíduos urbanos: extinção por dano ambiental*, Relatório apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa;

FILHO, José dos Santos Carvalho (2010) *Manual de Direito Administrativo*, 23.^a edição, Rio de Janeiro, Lúmen Júris;

GARCÍA, Benigno Pendas (novembro 1995) *Derecho de Los Contratos Públicos (Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas)*, 1.^a edição, Editorial Praxis, S.A.;

GOMES, Carla Amado (dezembro 2008) *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – I, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 519-567;

GOMES, Nuno de Sá (julho/setembro 1988) *Nacionalizações e privatizações*, in Ciência e Técnica Fiscal, n.º 351, Boletim da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa;

GONÇAVES, Pedro (março 1999) *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Coimbra, Livraria Almedina;

GONÇALVES, Pedro (2003) *O Contrato Administrativo (Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo)*, Coimbra, Almedina;

GONÇALVES, Pedro (novembro 2010) *Gestão dos Contratos Públicos em tempo de crise*, in Estudos de Contratação Pública – III, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 5-49;

GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes (abril 2004) *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador*, in Estudos de Regulação Pública – I, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 173-317;

JABULÁ, Adilson Augusto (2005/2006) *Concurso Público na Formação do Contrato de Concessão de Serviço Público – Garantia Jurídica do Particular Co-Contratante (Reflexões sobre o regime jurídico aplicável na ordem jurídica portuguesa)*, Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa;

KIRKBY, Mark Bobela-Mota (2011) *Contratos sobre o exercício de poderes públicos (O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral)*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer;

LAUBADÈRE, André de (1977) *Traité de Droit Administratif*, 3.^a edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence;

LECOMTE, François (1942) *Le rachat des concessions*, Paris;

LEITÃO, Alexandra (2001) *Da natureza jurídica dos actos praticados pela Administração no âmbito da execução de contratos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 25;

MAÇÃS, Fernanda (dezembro 2008) *A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 371-430;

MARÇAL, Justen Filho (2003) *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, 1.^a edição, São Paulo, Dialética;

MEIRELLES, Hely Lopes (1995) *Direito Administrativo Brasileiro*, 20.^a edição, São Paulo, Malheiros Editores;

MELO, Pedro e CAMPOS, Diogo Duarte de (2011) *As concessões no sector portuário – Algumas reflexões*, in *Revista O Direito*, ano 143.º, II, Almedina, pp.425-448;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (2009) *Curso de Direito Administrativo*, 26.^a edição, São Paulo, Malheiros Editores;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (2007) *Constituição Portuguesa Anotada* – Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora;

MONCADA, Luís Cabral de (2001) *Os serviços públicos essenciais e a garantia dos utentes*, in Estudos de Direito Público, Coimbra Editora;

OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro e AMORIM, João Pacheco de (1997) *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina;

PEREIRA, Pedro Miguel Matias (abril 2011) *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, 1.^a edição, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer;

PEREIRA, Rodrigo Dias (setembro 2006) *O resgate nas concessões de serviço público sob a luz do princípio da eficiência*, Relatório de Direito Administrativo apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues e RIBEIRO, José Joaquim Teixeira (1953) *Pareceres sobre o resgate da concessão à “Carris” do Porto*, Porto;

RICHER, Laurent (1995) *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J, Paris;

SAY, Léon (dezembro 1881) *Le rachat des chemins de fer*, Paris, Libraire Guillaumin;

SILVA, Jorge Andrade da (janeiro 2010) *Dicionário dos Contratos Públicos*, Edições Almedina, SA;

SILVA, Jorge Andrade da (2010) *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, 3.^a edição, Almedina;

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt (1950) *Notas sobre a natureza jurídica do chamado pré-aviso de resgate nas concessões de serviços públicos*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, ano VI, pp. 319-343;

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt (1955) *Interesse Público, legalidade e mérito*, Coimbra;

SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de (setembro 2009) *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.^a edição, Alfragide, Dom Quixote;

SOUSA, Rui Pereira de (2003) *Contratos de Concessão – Perspectiva Económica, Financeira e Contabilística*, Áreas Editora, SA;

TAVARES, Gonçalo Guerra e DENTE, Nuno Monteiro (2011) *Código dos Contratos Públicos - Volume II* (Artigos 278.º a 473.º), Comentado, Almedina;

VALENÇA, Ana Carolina Gonçalves *Concessão de serviços públicos: encampação pelo descumprimento da função social da empresa concessionária*. Disponível em: <http://www.intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1360/1299>. Consultado em: 03.03.2012;

VIEIRA, Pedro Siza (julho/agosto 2007) *Regime das Concessões de obras públicas e de serviços públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64.

Legislação consultada:

Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro de 2008, Código dos Contratos Públicos;

Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais;

Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços;

Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, com a última alteração pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, aprova o Código do Procedimento Administrativo;

Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966 com a última alteração pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, aprova o Código Civil;

Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976;

Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de setembro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 341/90, de 30 de outubro.