

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO - ESCOLA DE LISBOA



MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO
VERTENTE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

**A TÉCNICA CONCESSÓRIA A FAVOR DE EMPRESAS PÚBLICAS:
UMA DUPLICAÇÃO (DES)NECESSÁRIA?**

ORIENTADOR: DR. LINO TORGAL

RITA ROSA-LIMPO
OUTUBRO DE 2012

A TÉCNICA CONCESSÓRIA A FAVOR DE EMPRESAS PÚBLICAS: UMA DUPLICAÇÃO (DES)NECESSÁRIA?

Ao Diogo e à Leonor

Ao Nuno

Aos meus pais

1. INTRODUÇÃO E SEQUÊNCIA

Na presente tese propomo-nos refletir sobre a (eventual) “mais-valia” da figura da concessão enquanto instrumento de delegação de tarefas administrativas a favor de empresas públicas.

A reflexão em causa consubstancia um contributo para alcançar uma resposta à seguinte questão: o recurso à técnica concessória a favor de empresas públicas afigura-se essencial para regular a atividade destas empresas, acrescentando, assim, à regulação que deriva da sua criação ou, ao invés, traduz-se numa duplicação desnecessária de figuras?

A temática em questão afigura-se, na nossa opinião, complexa e transversal. Efetivamente, a abordagem da mesma não reveste tarefa fácil, na medida em que para além de apresentar interligações com outros terrenos científicos, como sejam os da economia e gestão, implica, ainda, conhecimentos de vários ramos das ciências jurídicas, nomeadamente do direito comunitário, constitucional, económico e societário, sem esquecer evidentemente o direito administrativo.

O tema em causa apresenta, no entanto, grande atualidade. Na verdade, nos últimos tempos temos assistido a uma revolução ao nível das estruturas da Administração Pública, que, no caso das empresas públicas, se vem traduzindo, por um lado, no reforço dos poderes de controlo sobre estas empresas (aliás, na origem da aprovação em Conselho de Ministros de 30 de agosto de 2012 da proposta de Lei de autorização legislativa para proceder à reforma institucional do setor público empresarial) e, por outro lado, na intensificação das políticas de privatização que abrangem, igualmente, algumas destas entidades (como é o caso da RTP e da ANA). Neste contexto, urge refletir sobre o papel que a figura da concessão assumirá em face destes processos.

Atendendo à diversidade de problemáticas que o objeto da presente tese, em nosso entender, suscita, optámos inicialmente por fazer uma breve síntese sobre a evolução que a técnica concessória conheceu desde o Estado Liberal, no sentido de compreender a sua importância e de conhecer as funções que a mesma foi assumindo.

A complexidade do objeto do presente trabalho exige, seguidamente, que atentemos no Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado (doravante RJSEE) - Decreto-Lei

n.º 558/99, de 17 de dezembro, na sua versão atual - no que respeita às empresas públicas estaduais, e no recentemente aprovado Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais – Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto (que procedeu à revogação da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, que regulava o Regime Jurídico do Setor Empresarial Local) - no que concerne às empresas locais de natureza municipal, intermunicipal e metropolitana, a fim de analisar o conceito de empresa pública ali plasmado e de compreender o conteúdo e o alcance dos poderes exercidos pela Administração sobre o seu universo.

Uma vez traçada esta abordagem genérica, enumeraremos algumas situações em que se recorreu à técnica concessória a favor de empresas públicas e examinaremos o seu núcleo essencial, no sentido de apurar se poderão as mesmas configurar verdadeiras concessões, à semelhança das atribuídas a favor de concessionários privados.

Neste contexto, analisaremos, também, se o recurso à concessão a favor de empresas públicas se afigurará essencial para regular, nestes casos, as tarefas delegadas ou se, ao invés, traduzir-se-á numa duplicação desnecessária de figuras, não inovando relativamente à regulação que decorre da criação destas empresas.

Por último, refletiremos sobre o contributo das medidas decorrentes do Memorando da Troika em relação aos setores empresariais públicos e, no contexto da problemática em causa, examinaremos concretamente o papel atual desta técnica.

A temática em causa está, em nossa opinião, longe de encontrar uma resposta una e sobretudo definitiva, mas apresenta, face aos tempos que correm, um grande desafio.

2. A MUDANÇA DE PARADIGMA DA FIGURA DA CONCESSÃO

2.1 Estado Liberal

A “clássica”¹ concessão do início do Século XIX foi definida como uma forma de gestão indireta² de serviços públicos, nos termos da qual a “(...) *pessoa coletiva de direito público transfere temporariamente para a entidade privada o exercício dos direitos exclusivos de exploração do serviço, passando este a correr por conta e risco do concessionário*”³⁻⁴.

Os fatores que determinaram o recurso por excelência a este modelo de gestão, fazendo deste período a “*idade de ouro*”⁵ da concessão, de acordo com a lógica conceptual apresentada, são os seguintes: (i) fatores ideológicos, relacionados com o triunfo do liberalismo económico, assente num modelo de “*Estado mínimo*”⁶ caracterizado por uma “*clara demarcação entre as esferas de atuação pública (ou de interesse público), reservada ao Estado, e de atuação privada (ou de interesse privado), reservada aos cidadãos*”⁷, pela “*subsidiariedade da intervenção pública*”⁸, pelo “*culto da iniciativa privada*”⁹, “*(...) pela redução do papel do Estado às funções de polícia e de garante dos quadros institucionais da vida económica (direito de propriedade, liberdade de empresa, liberdade de trabalho, etc.)*”¹⁰ e pela “*(...) autorregulação da economia pelos mecanismos do mercado (a mão invisível de Adam Smtih)*”¹¹; (ii) fatores

¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 1999, pág. 104.

² Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 9.ª Edição, Coimbra: Almedina, 1980, pág. 1096.

³ Cfr. *Ibidem*.

⁴ Sobre a definição e enquadramento da figura da concessão do Século XIX, v.g., também, ANDRÉ DE LAUBADÈRE/ PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Public Économique*, 4.ª Edição, Paris: Daloz, 1983, pág. 31, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tomo 1, 4.ª Edição, Paris: Montchrestien, 1995, págs. 407 e 408 e, entre nós, A. MARQUES GUEDES, *A Concessão*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1954, págs. 112 e 113 e PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, págs. 103 a 105.

⁵ Cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, *cit.*, pág. 407. Sobre a importância da figura da concessão no ordenamento Espanhol anterior a 1978, qualificando-a como a “*forma habitual de gestión*”, v.g. JOSÉ MANUEL DIAZ LEMA, “La Privatización en el Ámbito Local (El Lento Declinar de los Monopolios Locales)”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 116.

⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág.102.

⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2005, pág. 141 e “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, pág. 99.

⁸ Cfr. FRANCISCO JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1998, pág. 69 e, entre nós, PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 174.

⁹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, *cit.*, pág. 1102.

¹⁰ Cfr. VITAL MOREIRA, “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Setor Elétrico”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 224.

¹¹ Cfr. *Ibidem*.

de ordem financeira, associados à “*comovente penúria*”¹² das disponibilidades do Estado (figura da “*nobreza sem fortuna*”¹³), isto é, à ausência de “*capitais para (...) grandes obras de fomento*”¹⁴ e “*melhoramentos materiais*”¹⁵; e (iii) fatores de ordem técnica, relacionados com a ausência de “*(...) estrutura administrativa (...)*”¹⁶ e de experiência do Estado não só para promover, em pleno período de avanço da revolução industrial, a realização de grandes investimentos¹⁷, como também para lidar com o “*(...) carácter um tanto aleatório, dos resultados pecuniários (...) dessas obras a realizar*”¹⁸.

Neste contexto, que se verificou nos Estados onde os ideais da Revolução Francesa fizeram “eco”, designadamente em Portugal¹⁹, a técnica concessória a favor de particulares (inicialmente, na modalidade de obra pública e, depois, de serviço público²⁰) consubstanciou um importante “*instrumento de colaboração*”²¹ para a realização de obras e exploração de serviços, uma vez que isentou a Administração da realização de pesados investimentos ficando a mesma “*subrogada*”²² pelos concessionários (privados) que “*(...) por sua conta e risco faziam as necessárias despesas mediante o privilégio de poderem explorar, em exclusivo, a utilização dessa obra durante um número de anos reputado suficiente para tirarem o lucro compensador do empate dos seus capitais*”²³.

Daqui resulta que na “*clássica*”²⁴ concessão o concedente fosse uma pessoa coletiva de direito público e o concessionário uma pessoa (física ou coletiva) de direito

¹² Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos (Sua Natureza Jurídica)*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914, pág. 14.

¹³ Cfr. *Idem*, pág. 15.

¹⁴ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pág. 1102.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. LINO TORRAL, “Concessão de Obras Públicas e Ajuste Direto”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, págs. 968 e 969.

¹⁸ Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões...*, cit., pág. 14 e, no mesmo sentido, também, LINO TORRAL, “Concessão...”, cit., pág. 969.

¹⁹ Sobre a consagração constitucional do liberalismo económico em Portugal, concretamente na Constituição de 1822, na Carta Constitucional de 1826 e nas Constituições de 1838 e 1911, v.g. A. L. SOUSA FRANCO/ GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa*, Coimbra: Almedina, 1993, págs. 109 a 120.

²⁰ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., págs. 1102 e 1103, MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões...*, cit., págs. 20, 34 e 35 e A. MARQUES GUEDES, *A Concessão*, cit., pág. 70.

²¹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., págs. 1099 e 1100, A. MARQUES GUEDES, *A Concessão*, cit., págs. 84, 112 e 152 e PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., págs. 103 e 104.

²² Cfr. LINO TORRAL, “Concessão...”, cit., pág. 969.

²³ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., págs. 1102 e 1103.

²⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 104.

privado²⁵, representando esta figura, como sintetiza MARCELLO CAETANO, “(...) a utilização do estímulo da iniciativa privada e da sua flexibilidade e experiência para proveito do interesse público”²⁶.

2.2 Estado Social

Após a Primeira Guerra Mundial (1914-18) assistiu-se a uma mudança de paradigma do modelo económico e social de Estado, que, como se verá, veio a repercutir-se na figura da concessão.

A origem do Estado Social, assente num “*princípio do bem estar*”²⁷, foi essencialmente motivada pelos seguintes fatores²⁸: (i) pela guerra de 1914, que conduziu a uma grave crise económica, designadamente de matérias-primas (produção de bens alimentares, carvão, energia²⁹), e do sistema financeiro; e (ii) por um movimento geral, na maioria dos países da Europa Ocidental, de ideologias e políticas anticapitalistas que, repudiando o liberalismo económico³⁰, originaram a substituição da “*lógica liberal de confrontação e de exclusão*”³¹ por uma “*lógica de cooperação e de ação concertada que se expressa através de complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração*”³².

Neste contexto, o Estado assumiu um novo papel passando a intervir na economia, quer diretamente³³ “*mediante empresas públicas*”³⁴, “*quer através da orientação, controlo e disciplina da economia privada*”³⁵, intervenção essa que, como recorda VITAL MOREIRA, “(...) no auge do intervencionismo público atingiu considerável participação pública na atividade económica, de condicionamento da iniciativa privada

²⁵ Cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, cit., pág. 408, JEAN DUFAU, *Les Entreprises Publiques*, Paris: éditions de L'Actualité Juridique, 1973, pág. 25, e, entre nós, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pág. 1096, PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 104 e A. MARQUES GUEDES, *A Concessão*, cit., pág. 112.

²⁶ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pág. 1098.

²⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Setor Empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pág. 17.

²⁸ Para mais desenvolvimentos, v.g. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/ PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Public Économique*, cit., págs. 33 e 34 e RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, cit., págs. 408 e 409.

²⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, cit., pág. 176.

³⁰ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito Corporativo*, Lisboa, 1935, págs. 135 e 136.

³¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, cit., pág. 141 e, igualmente, “Estado de Garantia...”, cit., pág. 99.

³² Cfr. *Ibidem*.

³³ Cfr. a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário*, de 29/04/2000, Proc. n.º C 121/2, disponível em www.eur-lex.europa.eu. Na doutrina, v.g., também, PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, Os Serviços Públicos Económicos..., cit., pág. 177.

³⁴ Cfr. VITAL MOREIRA, “Serviço Público...”, cit., pág. 224.

³⁵ Cfr. *Ibidem*.

(...) e assumiu mesmo a forma de planeamento mais ou menos diretivo do conjunto da economia”³⁶.

A adoção de um modelo intervencionista esteve, aliás, na origem de decisões de nacionalização de empresas concessionárias em países de pendor socialista (como é o caso das nacionalizações francesas de 1944 a 1946³⁷ e, igualmente, das verificadas em Portugal após o 25 de Abril de 1974³⁸), bem como de participação do Estado no capital de sociedades de economia mista³⁹.

Em regimes políticos não socialistas, o advento do Corporativismo (entre nós plasmado na Constituição de 1933⁴⁰) reforçou também a intervenção direta do Estado na economia, assumindo os poderes públicos um papel de coordenação e de planificação económica (de que são exemplo, entre nós, os planos de fomento⁴¹).

No que diz respeito aos processos de nacionalização, acima mencionados, importa concretamente referir o seu contributo para a mudança de paradigma da figura da concessão, na medida em que, na maioria dos casos, tiveram por objeto empresas concessionárias (privadas) que, mantendo esse estatuto⁴², foram transformadas na forma jurídica de empresa pública - realidade que “nasce” precisamente nesta altura⁴³ - acabando, deste modo, as duas figuras (isto é, a concessão e a figura jurídica da empresa pública) por se “misturar”⁴⁴. Por conseguinte, no Estado Social a técnica

³⁶ Cfr. *Ibidem*.

³⁷ Para mais desenvolvimentos, v.g. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/ PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Public Économique*, cit., pág. 676, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, cit., pág. 408, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., págs. 1094 e 1095 e LINO TORGAL, “A Concessão...”, cit., pág. 975.

³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre esta temática, v.g. JORGE COUTINHO DE ABREU, “Definição de Empresa Pública”, in *Separata do XXXIV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1990, págs. 159 a 164, A. L. SOUSA FRANCO/ GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, cit., pág. 141, PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 136, deste autor e de LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, cit., pág. 178, LINO TORGAL, “Concessão...”, cit., págs. 975 e 976, MANUEL PORTO, “Uma Nova Filosofia de Intervenção na Prestação de Serviços: A Experiência Portuguesa nos Setores das Energias, Comunicações, Transportes, Abastecimento de Água e Saneamento”, in *Revista de Direito Público e Regulação* (disponível em <http://www.fd.uc.pt>), Coimbra: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2009, pág. 104 e ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Evolução do Setor Empresarial do Estado”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização* de EDUARDO PAZ FERREIRA, Coimbra: Almedina, 2000, págs. 27 e 28.

³⁹ Cfr., JEAN DUFAU, *Les Entreprises Publiques*, cit., págs. 30 e 31 e, entre nós, LINO TORGAL, “Concessão...”, cit., págs. 975 e 976.

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos, v.g. A. L. SOUSA FRANCO/ GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, cit., págs. 124 a 126.

⁴¹ Cfr., a este propósito, A. L. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, Vol. I, Lisboa: Edição A.A.F.D.L., 1982-1983, pág. 314 e, deste autor e de GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, cit., pág. 131.

⁴² Como exemplos de concessionários (privados) que, após a transformação em empresas públicas, mantiveram esse estatuto, PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS dão como exemplo, em França, os concessionários dos setores da eletricidade, do gás e dos caminhos de ferro e, em Portugal, os dos setores dos transportes, rodoviários e ferroviários, da distribuição e produção de energia elétrica e das comunicações. - Cfr. “Os Serviços Públicos Económicos...”, cit., pág. 237.

⁴³ Cfr. JEAN DUFAU, *Les Entreprises Publiques*, cit., pág. 25 e ANDRÉ DE LAUBADÈRE/ PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Public Économique*, cit., pág. 658, estes últimos chamando a atenção para o facto de o conceito utilizado após a 2.ª Guerra Mundial ser o de “*empresa nacionalizada*” e não o de “*empresa pública*”.

⁴⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 149.

concessória passou, igualmente, a consubstanciar uma modalidade de gestão a favor de entidades públicas⁴⁵ assumindo, assim, a função de “*regulação de relações jurídicas entre duas entidades pertencentes ao setor público*”⁴⁶.

Com o advento do Estado Social surgiram, ainda, novas tarefas administrativas (como a saúde, educação ou segurança social), que lançaram “*(...) as bases para a construção de um serviço público social*”⁴⁷ e reclamaram, igualmente, uma intervenção do Estado, enquanto garante das condições básicas de vida de todos os cidadãos. Apesar do descrito alargamento das responsabilidades do Estado e “*da assunção de uma faceta constitutiva e interventora*”⁴⁸ a “*clássica*”⁴⁹ concessão conheceu, nesta fase, um “*obscurcimento*” ou “*eclipse*”⁵⁰ (sem prejuízo, todavia, como já referido, da progressiva extensão da figura a favor de entidades públicas), atendendo ao intervencionismo dos poderes públicos que trouxeram consigo a valorização de novos instrumentos de atuação (como é o caso do sistema de empreitada de obra pública na promoção das grandes obras⁵¹).

A crescente “perda de interesse” da concessão do Estado Liberal foi, ainda, nesta fase, motivada pela “*atenuação ou mesmo transformação*”⁵² do risco num esquema de “*solidariedade financeira entre o concedente e o concessionário*”⁵³, sobretudo em serviços públicos com resultados deficitários, facto que substituiu o pressuposto do lucro em que a mesma até então tinha assentado.

Em suma, atentas as importantes mudanças acima referidas, a concessão do Estado Liberal entrou em crise que, como assinala PEDRO GONÇALVES, “*(...) toc[ou] praticamente todos os aspetos (...) seja quanto ao critério da natureza das partes (concedente-público e concessionário-privado), quanto ao critério da responsabilidade financeira pela exploração do serviço (atuação por conta e risco do concessionário) ou*

⁴⁵ Sobre a admissibilidade da figura da concessão a favor de pessoas (singulares ou coletivas) de direito público ou de direito privado, v.g. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pág. 1107.

⁴⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 106.

⁴⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, cit., pág. 177.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 104.

⁵⁰ Cfr. LINO TORGAL, “Concessão...”, cit., pág. 975.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*.

⁵² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, pág. 106.

⁵³ Cfr. *Ibidem*.

quanto ao critério da remuneração (pelos utentes) (...) permanece[ndo] estável o critério do objeto (exploração ou gestão de um serviço público)”⁵⁴.

2.3 Estado Regulador

A “responsabilidade administrativa máxima”⁵⁵, característica do “Welfare State”, viria, todavia, a dar lugar, a partir de meados dos anos 80 do Século XX, a um movimento de “inversão de rota (...) de reação contra o overload do Estado Social Administrativo”⁵⁶, que conduziu à “redução do papel económico do Estado”⁵⁷ e à consequente assunção de uma “responsabilidade pública de garantia”⁵⁸.

A adoção deste modelo de Estado – que, todavia, não significa um retorno ao “laissez faire” do capitalismo liberal⁵⁹, traduzindo-se antes na assunção pelos poderes públicos de “tarefas de regulação”⁶⁰ - trouxe consigo, como veremos, a “redescoberta”⁶¹ ou o “ressurgimento”⁶² da figura da concessão.

O Estado Regulador - em Portugal, com expressão a partir dos anos 90⁶³, essencialmente na sequência da revisão constitucional de 1989, nos termos da qual se concluiu o “movimento de neutralização ideológica da Constituição”⁶⁴, se aboliu a

⁵⁴ Cfr. *Idem*, pág. 105.

⁵⁵ Cfr. *Idem*, págs. 8 e 19.

⁵⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano (no Centenário do seu Nascimento)*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pág. 535.

⁵⁷ Cfr. VITAL MOREIRA, “Serviço Público...”, *cit.*, pág. 225 e PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 8.

⁵⁸ Para PEDRO GONÇALVES a “responsabilidade pública de garantia” traduz-se num “degrau intermédio” entre a “responsabilidade de base”, do Estado Liberal, e a “responsabilidade operacional de execução”, característica do Estado Social, em que o Estado “sem se ver convocado para intervir como empresário e operador económico, também não se remete para uma posição de mero protetor do contexto”. – Cfr. “Direito Administrativo da Regulação”, *cit.*, pág. 536. *V.g.*, também, do mesmo autor, *Entidades Privadas...*, *cit.*, págs. 163 e segs. e “Estado de Garantia...”, *cit.*, pág. 102.

⁵⁹ Cfr. VITAL MOREIRA, “Serviço Público...”, *cit.*, pág. 227 e de PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, *cit.*, pág. 171, “Direito Administrativo da Regulação”, *cit.*, pág. 538 e “Estado de Garantia...”, *cit.*, pág. 102.

⁶⁰ JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ define o conceito de regulação da seguinte forma: “La regulación consiste, en suma, en abrir y cerrar válvulas y orientar vectores o, lo que es lo mismo, en fijar cantidades, determinar precios, atribuir derechos etc., respondiendo a las interacciones del sector”. – Cfr. “La Regulación subsiguiente a la Liberalización Y Privatización de Servicios Públicos”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 195. Entre nós, PEDRO GONÇALVES define-o como uma “(...) categoria concetual que identifica uma intervenção estadual externa (hétéro-regulação) na esfera da economia, do mercado e, em geral, das atividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial; em traços genéricos, essa intervenção consiste na definição das condições normativas de funcionamento da atividade regulada e no controlo da aplicação e observância de tais condições”. - Cfr. “Direito Administrativo da Regulação”, *cit.*, pág. 540. Acerca deste conceito, *v.g.*, ainda, VITAL MOREIRA, “Serviço Público...”, *cit.*, págs. 227 a 230 e RODRIGO GOUVEIA, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 40.

⁶¹ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro”, in *Revista o Direito*, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, *cit.*, pág. 21.

⁶² Cfr. LINO TORGAL, “Concessão...”, *cit.*, pág. 977.

⁶³ Cfr. *Idem*, pág. 979.

⁶⁴ Cfr. A. L. SOUSA FRANCO/ GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, *cit.*, pág. 147.

garantia geral da irreversibilidade das nacionalizações⁶⁵ e se previram as privatizações⁶⁶ (“*primariamente concebidas como reprivatizações dos bens anteriormente nacionalizados de forma (...) irreversível*”⁶⁷) - encontra fundamento nos seguintes aspetos: (i) fatores ideológicos, assentes em ideais neoliberais defensores de um modelo de “*Estado mínimo que, sem querer suportar os ónus de ser social, pretende no entanto manter algumas responsabilidades sociais*”⁶⁸ e de “*esquemas de transferência de riscos e responsabilidades para o setor privado*”⁶⁹; (ii) “*crescimento exponencial do aparelho administrativo e das despesas públicas*”⁷⁰ durante o Estado Social, que conduziu a uma “*ineficiência da atuação administrativa [e a] constantes aumentos de impostos*”⁷¹; (iii) “*contexto tecnológico*”⁷², relacionado com o entendimento de que o “*(...) know-how privado é, na maior parte das vezes, mais eficiente que o da Administração Pública*”⁷³; e, (iv) processo de integração na Comunidade Europeia, que conduziu à adoção de uma política “*de privatizações, liberalização, abertura à concorrência e internacionalização dos contratos públicos no quadro de (...) uma Europa reguladora*”⁷⁴.

⁶⁵ Sobre a eliminação do princípio da irreversibilidade das nacionalizações, v.g. RUI MEDEIROS/ LINO TORGAL, *Anotação ao artigo 293.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra Editora, 2007, págs. 978 e segs. e MANUEL PORTO, “Uma Nova Filosofia de Intervenção na Prestação de Serviços...”, *cit.*, págs. 105 e 106.

⁶⁶ Com relevância para os processos em causa, destaca-se, no nosso ordenamento, a aprovação dos seguintes diplomas legislativos: Lei n.º 71/88, de 24 de maio, que aprovou o regime de alienação de participações sociais por parte de entes públicos, e a Lei n.º 84/88, de 20 de julho, que fixou o regime de transformação das empresas públicas em sociedades anónimas.

Na sequência da revisão constitucional de 1989, o artigo 83.º (que consagrava o princípio da irreversibilidade das nacionalizações) foi substituído por um novo artigo 85.º, “abrindo a porta” a um movimento de privatizações, prevendo, assim, que “*a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974 só poderá efetuar-se nos termos da lei-quadro aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções*”. Na decorrência do texto constitucional, foi aprovada a Lei n.º 11/90, de 5 de abril (denominada Lei Quadro das Privatizações, e que revogou a Lei n.º 84/88), prevendo a sua aplicação à “*(...) reprivatização da titularidade ou do direito de exploração dos meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974 (...)*”. Em 1997, foi, ainda, aprovada a Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que regulou o regime de acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas, vedando, no seu artigo 1.º, “*(...) a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes atividades económicas, salvo quando concessionadas: a) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso de sistemas multimunicipais e municipais; b) Comunicações por via postal que constituam o serviço público de correios; c) Transportes ferroviários explorados em regime de serviço público; d) Exploração de portos marítimos*”. – Para mais desenvolvimentos, cfr. ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Evolução do Setor Empresarial do Estado”, *cit.*, págs. 31 a 33, PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, *cit.*, pág. 181.

⁶⁷ Cfr. A. L. SOUSA FRANCO/ GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, *cit.*, pág. 149.

⁶⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 20 e LINO TORGAL, “Concessão...”, *cit.*, pág. 980.

⁶⁹ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Concessão de Serviços Públicos...”, *cit.*, pág. 21.

⁷⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 8 e do mesmo autor e de LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, *cit.*, pág. 180.

⁷¹ Cfr. *Ibidem*.

⁷² Cfr. LINO TORGAL, “Concessão...”, *cit.*, pág. 980.

⁷³ Cfr. *Idem*, pág. 981.

⁷⁴ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Concessão de Serviços Públicos...”, *cit.*, pág. 22. Sobre esta temática v.g., também, no ordenamento espanhol, FRANCISCO JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras Públicas...*, *cit.*, pág. 213 e FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS, “Privatización de Grandes Servicios Públicos”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 212 e, entre nós, PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 14, do mesmo autor e de

Como conclui LINO TORGAL, a adoção deste modelo de Estado visa, em síntese, “(...) um retorno ao mercado, mediante a privatização do setor empresarial público, a liberalização dos setores que estavam sob regime de exclusivo público ou privado e a implementação de mecanismos da concorrência, em substituição dos antigos regimes de regulação administrativa”⁷⁵.

No que diz concretamente respeito aos processos de privatização importa salientar, como referem PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, que não está apenas em causa a “privatização da gestão ou organizatória, seja por via da figura concessória, seja pela transformação jurídica das organizações da Administração Pública (transformação de uma pessoa coletiva de direito público em pessoa coletiva de direito privado)”⁷⁶, mas também a “(...) deslocação de certas tarefas do Estado para o mercado, do setor público para o setor privado (privatização material)”⁷⁷.

Neste contexto, a figura da concessão entrou num “segundo ciclo de expansão”⁷⁸, assumindo o papel de “veículo regulatório específico do financiamento privado de infraestruturas suporte da satisfação de necessidades coletivas”⁷⁹ num “(...) novo contexto de proliferação de parcerias público-privadas, em que o Estado procura conciliar a necessidade de satisfazer necessidades coletivas, designadamente através da construção de infraestruturas e do estabelecimento de serviços públicos de qualidade, com o imperativo de conter o crescimento do endividamento público”⁸⁰.

Apesar desta “espécie de regresso ao passado”⁸¹ da técnica concessória, a mesma afasta-se, no entanto, do seu paradigma clássico⁸², passando, pois, a ser definida, em face da evolução verificada, como “o ato ou negócio jurídico (ato ou contrato administrativo) através do qual uma entidade pública transfere para outra entidade o

LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, *cit.*, pág. 180 e MANUEL PORTO, “Uma Nova Filosofia de Intervenção na Prestação de Serviços...”, *cit.*, pág. 105.

⁷⁵ Cfr. LINO TORGAL, “Concessão...”, *cit.*, pág. 980.

⁷⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, *cit.*, págs. 180 e 181.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁷⁸ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-Privadas: A experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, número especial dedicado ao VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Lisboa, 2005, pág. 176 e LINO TORGAL, “Concessão...”, *cit.*, pág. 982.

⁷⁹ Cfr. LINO TORGAL, “Concessão ...”, *cit.*, págs. 982 e 983.

⁸⁰ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-Privadas...”, *cit.*, pág. 176. Sobre a importância do fenómeno das PPP's no “renascimento” da figura da “clássica” concessão no Reino Unido, v.g., também, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londres: Sweet and Maxwell, 1996, pág. 354.

⁸¹ Cfr. LINO TORGAL, “Concessão...”, *cit.*, pág. 982.

⁸² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 107.

*direito à exploração de atividades públicas ou procede à criação, na esfera jurídica de outra entidade, de direitos relativos à utilização de bens públicos”*⁸³.

3. A CONCESSÃO A FAVOR DE EMPRESAS PÚBLICAS

3.1 O Conceito de Empresa Pública

Como sintetiza SÉRGIO GONÇALVES CABO, em Portugal a empresa pública “(...) foi nos anos 60 um conceito administrativo e nos anos 70/80 um conceito fundamentalmente associado ao processo de nacionalizações”⁸⁴⁻⁸⁵.

⁸³ Cfr. PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, *cit.*, pág. 226. Sobre a figura da concessão atente-se, ainda, no ordenamento brasileiro, à definição proposta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que a define como “(...) o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco (...)”. – Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, 19.^a Edição revista e atualizada até à Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pág. 662.

⁸⁴ Cfr. SÉRGIO GONÇALVES CABO, “O Novo Regime Jurídico das Empresas Públicas Municipais”, in *Seminário de Novas Perspetivas de Direito Público*, Lisboa, 1999, pág. 4.

⁸⁵ No ordenamento jurídico português distinguem-se as seguintes fases no que diz respeito à evolução do setor empresarial público:

(i) Fase anterior ao 25 de abril de 1974: A existência antes do 25 de abril de 1974 de capitais públicos no capital de empresas foi fruto de “(...) processos de dação, doação, renúncia ou abandono de ações ou quotas em sociedades, ou de criação de empresas públicas por transformação de organismos públicos com carácter empresarial ou para continuação de atividades concessionadas após reversão para o Estado no final das concessões”. – Cfr. ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Evolução do Setor Empresarial do Estado”, *cit.*, págs. 26 e 27. No mesmo sentido, v.g., também, SÉRGIO GONÇALVES CABO, *A Fiscalização Financeira do Setor Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes – Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*, Lisboa, 1993, págs. 108 e 109.

(ii) Fase de nacionalizações, a partir do 25 de abril de 1974: Concomitantemente aos processos de nacionalizações surgiram novos instrumentos legais de enquadramento dos mesmos, destacando-se a Constituição de 1976 que, no artigo 83.º, contemplou, como já referido, o princípio geral da irreversibilidade das nacionalizações, assim como a excecionalidade da integração no setor privado das pequenas e médias empresas indiretamente nacionalizadas fora dos setores básicos da economia. A proibição geral de intervenção privada nos setores principais da economia portuguesa foi, ainda, determinada pela Lei n.º 46/77, de 8 de julho, que vedou, no seu artigo 4.º, à iniciativa privada as atividades de “produção, transporte e distribuição da energia elétrica para consumo público”, “produção e distribuição de gás para consumo público, através de redes fixas”, “captação, tratamento e distribuição de água para consumo público através de redes fixas”, “saneamento básico”, “comunicações por via postal, telefónica e telegráfica”, “transportes regulares aéreos e ferroviários”, “transportes públicos coletivos urbanos de passageiros nos principais centros populacionais” e “exploração de portos marítimos e aeroportos”.

A atribuição às empresas nacionalizadas do estatuto de empresa pública conduziu, ainda, nesta fase, à aprovação do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril, que disciplinou, pela primeira vez, de forma unitária, o regime jurídico destas empresas, fazendo-as corresponder às entidades “criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, para a exploração de atividades de natureza económica ou social, de acordo com o planeamento económico nacional, tendo em vista a construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e de uma economia socialista” e às “empresas nacionalizadas”, excluindo, assim, de acordo com o artigo 48.º daquele diploma, as sociedades de economia mista (mesmo quando a participação pública fosse maioritária) e as sociedades de capitais públicos (mesmo as de capitais exclusivamente públicos). – Para mais desenvolvimentos, cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, “Definição de Empresa Pública”, *cit.*, págs. 98 a 105 e 155 a 166, e *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 1996, págs. 117 a 160, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos – Contributo para a Delimitação do Âmbito de Jurisdição Administrativa face às Entidades Empresariais Instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007, págs. 41 e 42, ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA*, Coimbra: Almedina, 2000, págs. 62 e 63 e MANUEL AFONSO VAZ, “Formas Organizativas do Setor Empresarial do Estado”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 111.

(iii) Contexto de privatizações, a partir de meados dos anos 80 do Século XX: Conforme *supra* foi referido (cfr. nota de rodapé n.º 66), foram aprovados nesta fase uma série de instrumentos jurídicos que enformaram um movimento generalizado de transformação das (então) empresas públicas em sociedades de capitais públicos e de economia mista (controladas pelo Estado). Uma vez que tais empresas escapavam à aplicação do Decreto-Lei n.º 260/76, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, atualizado à realidade nacional e empresarial. – Para mais desenvolvimentos, v.g. ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, *cit.*, págs. 63, 64 e 68, ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Evolução

Atualmente, o regime destas empresas consta do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro ⁸⁶ (RJSEE), no que respeita às empresas públicas estaduais, e da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto (que procedeu à revogação da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, que contemplava até aqui o Regime Jurídico do Setor Empresarial Local - RJSEL), no que concerne às empresas locais de natureza municipal, intermunicipal e metropolitana.

Analisando o RJSEE, verifica-se que o conceito de empresa pública assenta num “*dualismo organizativo*” ⁸⁷, abrangendo, por um lado, as “*sociedades constituídas nos termos da lei comercial*” (designadas por “*empresas públicas em sentido lato*” ou de “*tipo societário*” ⁸⁸) – cfr. o n.º 1 do artigo 3.º do RJSEE - e, por outro lado, as “*entidades públicas empresariais*” (EPE’s) – cfr. o n.º 2 do artigo 3.º do RJSEE.

No que diz respeito ao setor empresarial local, verifica-se que o recentemente aprovado Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais eliminou tal dualismo em que assentava o RJSEL, prevendo agora, à luz de um único critério (o da “*influência dominante*”) a categoria das empresas locais de natureza municipal, intermunicipal ou metropolitana.

Em relação, assim, às empresas públicas de tipo societário reguladas no RJSEE, qualificadas como pessoas coletivas públicas de direito privado ⁸⁹ - verifica-se que “*o critério da influência dominante orienta a qualificação*” ⁹⁰ (designado por “*critério*

do Setor Empresarial do Estado”, *cit.*, págs. 31 a 33, CARLOS COSTA PINA, “A Reforma do Regime das Empresas Públicas, o Direito Comunitário e a Concorrência”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado* – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA, Coimbra: Almedina, 2000, págs. 133 a 135 e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, *cit.*, págs. 44 e 45.

No que diz concretamente respeito às empresas municipais foi, ainda, aprovada a Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais (Lei n.º 58/98, de 18 de agosto) que, à semelhança do Decreto-Lei n.º 260/76, enquadrava apenas as empresas públicas que fossem pessoas coletivas públicas, deixando de fora as empresas privadas de âmbito municipal. – Para mais desenvolvimentos, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, *cit.*, págs. 45 e 46, PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007, págs. 10 a 13, JOÃO PACHECO DE AMORIM, *As Empresas Públicas no Direito Português – Em especial, as Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2000, págs. 34 a 48, CARLOS COSTA PINA, “A Reforma do Regime das Empresas Públicas...”, *cit.*, págs. 135 e 136 e ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, “Empresas Municipais e Intermunicipais: Entre o Público e o Privado”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 137.

⁸⁶ O Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, foi alterado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de agosto, Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro e Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

⁸⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, *cit.*, pág. 81.

⁸⁸ Cfr. LUÍS D. S. MORAIS, “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na Sequência da Aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado* – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 92.

⁸⁹ Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, “Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/99)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003, *cit.*, pág. 557.

⁹⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, *cit.*, pág. 25.

material de controlo de gestão”⁹¹), sendo o mesmo concretizado através de uma tipologia taxativa⁹², de inspiração comunitária⁹³, reconduzível à verificação das seguintes circunstâncias: “a) *Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto*”; b) *Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização*” (cfr., neste sentido, as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 3.º do RSEE).

Relativamente às empresas locais, a Lei n.º 50/2012 acolheu, igualmente, no n.º 1 do seu artigo 19.º, o “*critério da influência dominante*”, apesar de o configurar, em nosso entender, de forma exemplificativa, porquanto, para além de acolher as situações de “*influência*” igualmente previstas no RJSEE, veio, ainda, admitir a possibilidade de a mesma resultar de “*outra qualquer forma de controlo de gestão*”.

No que diz concretamente respeito ao exercício de “*influência dominante*” decorrente da “*detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto*”, importa assinalar a alternatividade dos dois critérios, admitindo-se, por conseguinte, que a detenção pelo acionista público da maioria dos direitos de voto não seja acompanhada pela concentração no mesmo da maioria do capital social⁹⁴. A este respeito, JORGE COUTINHO DE ABREU⁹⁵ dá como exemplos os direitos especiais de voto⁹⁶, as limitações de voto⁹⁷ e os acordos parassociais⁹⁸.

⁹¹ Cfr. LUÍS D. S. MORAIS, “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas...”, *cit.*, pág. 92.

⁹² Cfr. *Ibidem*.

⁹³ Para mais desenvolvimentos acerca das diferenças entre a consagração nacional e comunitária do critério de “*influência dominante*” cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, *cit.*, pág. 400 e, do mesmo autor e de LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos...”, *cit.*, pág. 225. No mesmo sentido, v.g., também, FAUSTO DE QUADROS, “Serviço Público e Direito Comunitário”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, págs. 296 e 297, CARLOS COSTA PINA, “A Reforma do Regime das Empresas Públicas...”, *cit.*, págs. 162 e 163, CLÁUDIA VIANA, “Contratação Pública e Empresas Públicas: Direito Nacional e Direito Comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 52, 2005, pág. 8 e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, *cit.*, págs. 49 a 53.

⁹⁴ Cfr., neste sentido, JORGE COUTINHO DE ABREU, “Sobre as Novas Empresas Públicas...”, *cit.*, pág. 556, NUNO CUNHA RODRIGUES, “*Golden-Shares*” – *As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Acionista Minoritário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 69, ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, *cit.*, pág. 72 e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, *cit.*, págs. 51 e 52.

⁹⁵ Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, “Sobre as Novas Empresas Públicas...”, *cit.*, pág. 556.

⁹⁶ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO dá como exemplos desta categoria especial os direitos ao Estado relativamente à NAER – Novo Aeroporto, S.A. (cfr. o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 109/98, de 24 de abril), ou à RAVE – Rede Ferroviária de Alta Velocidade, S.A. (cfr. o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 323-H/2000, de 19 de dezembro). – Cfr. *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, *cit.*, pág. 51. Para mais desenvolvimentos acerca desta categoria, v.g., ainda, PAULO OLAVO CUNHA, in *Direito das Sociedades Comerciais*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007.

⁹⁷ Segundo NUNO CUNHA RODRIGUES a limitação de direito de voto, prevista na alínea a) do n.º 2 e no n.º 3, ambos do artigo 384.º do Código das Sociedades Comerciais, “(...) consiste em limitar o direito de voto, direto e indireto, de um acionista individual ou de um grupo de acionistas a uma determinada percentagem do capital social, independentemente no número de ações ordinárias detidas e permite que outro acionista – nomeadamente o Estado – possa atuar como potencial acionista maioritário e evita o domínio da sociedade por um determinado acionista detentor da maioria do capital social”. – Cfr. *Golden-Shares...*, *cit.*, pág. 136.

Relativamente ao exercício de “*influência dominante*” decorrente do “*direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de fiscalização*”, tem alguma doutrina sustentado, tendo por referência o RJSEE e o recentemente revogado RJSEL, que tal critério não confere “*(...) qualquer possibilidade de intervir na gestão*”⁹⁹ o mesmo se verificando em relação ao “*(...) direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração*”, que, igualmente, não constitui, por si só, “*(...) garantia absoluta de (...) influenciar a gestão*”¹⁰⁰. Em face da posição sustentada, tais circunstâncias só funcionariam como fatores de integração da empresa no setor empresarial público quando o acionista público detivesse também a maioria do capital social.

Tal interpretação não é, contudo, isenta de críticas¹⁰¹ na medida em que retiraria conteúdo útil aos critérios nela plasmados, que seriam, assim, consumidos pela exigência de, em qualquer caso, o acionista público ser também titular da maioria do capital social. Estas críticas dão como exemplo¹⁰², o caso dos acordos parassociais de voto, das ações preferenciais de voto e da atribuição de voto plúrimo em alguns ordenamentos.

Face à recentemente aprovada Lei n.º 50/2012 a presente questão parece, no entanto, ficar ultrapassada (pelo menos em relação às empresas locais), atendendo ao facto de o n.º 1 do artigo 19.º deste normativo esclarecer que o exercício de “*influência dominante*” pode resultar da verificação de “*um dos seguintes requisitos*” geradores dessa “*influência*”, apontando assim, ao que julgamos, para a alternatividade dos critérios.

⁹⁸ Os n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais dispõem o seguinte: “1. Os acordos parassociais celebrados entre todos ou entre alguns sócios pelos quais estes, nessa qualidade, se obriguem a uma conduta não proibida por lei têm efeitos entre os intervenientes, mas com base neles não podem ser impugnados atos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade; 2. Os acordos referidos no número anterior podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização”.

Sobre esta temática, v.g. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, *Das Sociedades em Especial*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007, pág. 628.

⁹⁹ Cfr. ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, *cit.*, págs. 69 a 72.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibidem*. Em sentido contrário, NUNO CUNHA RODRIGUES considera, neste caso, que “*(...) os órgãos gestores estão sempre limitados por parâmetros de atuação - direta ou indiretamente - emitidos pelo Estado*”. - Cfr. *Golden-Shares...*, *cit.*, pág. 69.

¹⁰¹ Cfr. ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, *cit.*, págs. 69 a 72, PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, *cit.*, pág. 23, JORGE COUTINHO DE ABREU, “Sobre as Novas Empresas Públicas...”, *cit.*, pág. 556 e NUNO CUNHA RODRIGUES, *Golden-Shares...*, *cit.*, pág. 69.

¹⁰² Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, *Golden-Shares...*, *cit.*, pág. 68 e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, *cit.*, pág. 52.

Em face de tudo dissemos, verificamos, pois, que o conceito de empresa pública assenta na “(...) possibilidade de controlo de uma empresa, mais do que na titularidade do seu capital social ou estatutário (...)”, sendo que “(...) mesmo quando a lei se refere autonomamente a esta realidade “patrimonial” (de titularidade do capital social ou estatutário), aquilo que verdadeiramente é visado (...) é o controlo sobre a atividade da empresa”¹⁰³.

Uma vez sinteticamente analisado o “controverso”¹⁰⁴ conceito de “influência dominante”, em que assenta a qualificação das empresas públicas estaduais de tipo societário e das empresas locais, em relação às entidades públicas empresariais – “sucessoras e continuadoras das EP reguladas pelo (...) revogado Decreto-Lei n.º 260/76”¹⁰⁵, previstas no RJSEE, o legislador não previu qualquer critério definidor dessa qualidade¹⁰⁶, resultando a natureza destas pessoas coletivas de direito público (v.g., neste sentido, o n.º 1 do artigo 23.º do RJSEE) da sua denominação (v.g. o n.º 2 do artigo 24.º do RJSEE), que embora de “carácter formal” tem também “implicações substanciais”¹⁰⁷.

Entre tais implicações, destaca-se a criação das EPE’s por Decreto-Lei (cfr. o n.º 1 do artigo 24.º do RJSEE), a existência de capital estatutário (cfr. o artigo 26.º do RJSEE), a sujeição a um regime específico de transformação, fusão e extinção (cfr. os artigos 33.º e 34.º do RJSEE) e, por último, a sujeição a uma intervenção “mais intensa”¹⁰⁸ através do exercício de poderes de tutela económico-financeira, sem prejuízo do respetivo poder de superintendência (cfr., quanto a este aspeto, o artigo 29.º do RJSEE).

Adiante analisaremos os poderes de controlo exercidos pelo ente público sobre o universo destas empresas.

¹⁰³ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, cit., págs. 53 e 54. O controlo de gestão como critério gerador de “influência dominante” fica, de resto, como dissemos já, consagrado no caso das empresas locais (cfr. a alínea c) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012).

¹⁰⁴ Cfr. ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, cit., pág. 69.

¹⁰⁵ Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, “Sobre as Novas Empresas Públicas...”, cit., pág. 558 e EDUARDO PAZ FERREIRA, “Aspetos Gerais do Novo Regime do Setor Empresarial do Estado”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA*, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 17.

¹⁰⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pág. 25.

¹⁰⁷ Cfr., neste sentido, JORGE COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, cit., pág. 120 e “Sobre as Novas Empresas Públicas...”, cit., págs. 558 e 559.

¹⁰⁸ Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, “Sobre as Novas Empresas Públicas ...”, cit., pág. 559.

3.2 A Técnica Concessória a favor de Empresas Públicas

No ordenamento jurídico francês - de onde é originário o conceito português de serviço público¹⁰⁹ - assistiu-se a uma mudança de paradigma da figura da concessão, nos termos desenvolvidos na parte histórica, decorrente, em suma, durante o Estado Social, dos processos de “transformação” de empresas concessionárias privadas em empresas públicas, e, no Estado Regulador, dos fenómenos de conversão dessas empresas em sociedades anónimas de capitais públicos ou de economia mista. Por conseguinte, a técnica concessória foi constituindo um instrumento de atribuição de tarefas administrativas não só a favor de concessionários privados, como no Estado Liberal, mas também em prol de sujeitos de direito público¹¹⁰ e de pessoas coletivas de direito privado mas em “mão pública”¹¹¹.

Entre nós, autores como MARCELLO CAETANO e A. MARQUES GUEDES reconheceram, igualmente, o recurso a esta figura a favor de entidades públicas¹¹², ainda que, nas palavras de MARCELLO CAETANO, o considerassem tradicionalmente uma “(...) mera extensão do processo a casos, em rigor, não abrangidos na definição”¹¹³, consubstanciando, assim, a “clássica”¹¹⁴ concessão o “caso normal e típico”¹¹⁵ pelo facto de “(...) se destinar fundamentalmente a utilizar os recursos, a técnica e a produtividade da iniciativa privada em benefício da realização do interesse público”¹¹⁶.

Longe do seu conceito “clássico”, a concessão tem sido admitida como uma “técnica reguladora”¹¹⁷ das relações que se estabelecem entre a Administração e as empresas públicas, acrescentando à relação que “(...) que deriva da (con)titularidade do

¹⁰⁹ Cfr. FRANK MODERNE/ GERARD MARCOU, *L’Idée de Service Public dans le Droit des États de L’Union Européenne*, Paris: L’Harmattan (coleção Logiques Juridiques), 2001, pág. 56 e, entre nós, FAUSTO DE QUADROS, “Serviço Público e Direito Comunitário”, *cit.*, pág. 280.

¹¹⁰ Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/ PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Public Économique*, *cit.*, págs. 673 e 681 e RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, *cit.*, pág. 406.

¹¹¹ Cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, *cit.*, pág. 409 e PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 136.

¹¹² Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, *cit.*, pág. 1107 e A. MARQUES GUEDES, *A Concessão*, *cit.* pág. 154.

¹¹³ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, *cit.*, pág. 1107.

¹¹⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 104.

¹¹⁵ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, *cit.*, pág. 1107.

¹¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹¹⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, pág. 128.

*capital social (relação interna, de direito privado)”*¹¹⁸. A título de exemplo, v.g. as seguintes concessões:

- Concessões para a exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, cujo quadro legal consta do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro¹¹⁹ ao qual se seguiu a aprovação dos regimes legais especiais em cada um dos setores de atividade e que preveem, igualmente, as bases dos respetivos contratos de concessão (cfr. o Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de novembro¹²⁰, relativo à concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos; o Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro¹²¹, referente à concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público¹²²; e o Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de dezembro¹²³, relativo à exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes);
- Concessões do serviço público de radiodifusão sonora e de televisão à RÁDIO E TELEVISÃO DE PORTUGAL, S.A. (doravante RTP), cujos estatutos constam atualmente da Lei n.º 8/2007, de 14 de fevereiro¹²⁴, tendo as respetivas concessões sido atribuídas por contrato de 30 de junho de 1999 (relativamente ao serviço público de radiodifusão sonora) e de 25 de março de 2008 (relativamente ao serviço público de televisão)¹²⁵;
- Concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, atribuído à ANA – AEROPORTOS DE PORTUGAL, S.A. (doravante ANA), cujos estatutos constam

¹¹⁸ Cfr. *Idem*, pág. 137.

¹¹⁹ O Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, foi retificado pela Declaração de Retificação n.º 232/93, de 30 de novembro e alterado pelos seguintes diplomas: Lei n.º 176/99, de 25 de outubro, Decreto-Lei n.º 439-A/99, de 29 de outubro, Decreto-Lei n.º 14/2002, de 26 de janeiro, Decreto-Lei n.º 103/2003, de 23 de maio, Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto e Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

¹²⁰ O Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de novembro, foi alterado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 221/2003, de 20 de setembro e Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto.

¹²¹ O Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro, foi alterado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 222/2003, de 20 de setembro e Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto.

¹²² O Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro, foi alterado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 222/2004, de 20 de setembro e Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto.

¹²³ O Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de dezembro, foi retificado pela Declaração de Retificação n.º 16-R/96, de 31 de dezembro e alterado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto e Decreto-Lei n.º 223/2003, de 20 de setembro.

¹²⁴ Este diploma foi alterado pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril.

¹²⁵ Estes dois contratos estão disponíveis em www.rtp.pt.

atualmente do Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de dezembro ¹²⁶, tendo as bases da concessão sido aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 33/2010, de 14 de abril ¹²⁷.

A sua atribuição implica, salvo melhor opinião, que reflitamos sobre o seu núcleo essencial no sentido de apurar se poderão as mesmas consubstanciar verdadeiras e próprias concessões (ou um contrato de concessão) ¹²⁸, à semelhança das atribuídas a favor de particulares.

3.2.1 O Caso dos Sistemas Multimunicipais

Tal reflexão tem como paradigma as concessões dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, cujo respetivo regime de exploração e gestão consta do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, na sua redação atual.

Analisando o citado diploma verifica-se que a exploração e gestão destes sistemas pode ser diretamente efetuada pelo Estado ou por atribuída, em regime de concessão, a entidade pública empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas com entidades privadas, tendo as primeiras posição obrigatoriamente maioritária no capital social (cfr. o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 379/93).

Neste contexto, assistiu-se nas últimas décadas à proliferação de um conjunto de empresas públicas encarregues da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais, cuja constituição se “mistura” ¹²⁹ com a própria criação destas entidades.

V.g., a título de exemplo, a criação pelo Decreto-Lei n.º 121/2000, de 4 de julho ¹³⁰, da sociedade de capitais exclusivamente públicos ÁGUAS DO ZÊZERE E CÔA, S.A., responsável pela concessão do Sistema Multimunicipal de Abastecimento de Água e de Saneamento do Alto Zêzere e Côa para “(...) captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e para recolha, tratamento e rejeição de efluentes dos

¹²⁶ O Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de dezembro, foi alterado pelos seguintes diplomas: Lei n.º 35/99, de 26 de maio, Decreto-Lei n.º 74/2003, de 16 de abril e Decreto-Lei n.º 33/2010, de 14 de abril.

¹²⁷ Este diploma foi alterado pela Lei n.º 29/2010, de 2 de setembro.

¹²⁸ Cfr. MELO ALEXANDRINO, *Estatuto Constitucional da Atividade da Televisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pág. 208.

¹²⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 149.

¹³⁰ Este diploma foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 185/2000, de 10 de agosto.

municípios de Almeida, Belmonte, Covilhã, Figueira de Castelo Rodrigo, Fundão, Guarda, Manteigas, Meda, Penamacor, Pinhel e Sabugal”¹³¹ - Cfr. o artigo 1.º do citado Decreto-Lei.

Analisando este normativo, verificamos que o mesmo contempla dois tipos de preceitos: por um lado, preveem-se nele disposições decorrentes da “*relação interna, de direito privado*”¹³² em que assenta a constituição da empresa pública ÁGUAS DO ZÊZERE CÔA, S.A.. Destaca-se, neste contexto, a consagração de normas relativas à constituição da sociedade (v.g. o artigo 3.º do diploma e o artigo 1.º dos estatutos anexos), à definição do seu objeto social (v.g. o artigo 1.º do diploma e o artigo 3.º dos estatutos anexos), à concretização do direito aplicável (v.g. o n.º 2 do artigo 3.º do diploma), à titularidade do capital social e sua realização (v.g. os artigos 5.º, 9.º e 10.º do diploma e os artigos 5.º a 10.º dos estatutos anexos) e à organização, funcionamento e vinculação dos órgãos sociais da empresa (v.g. os artigos 11.º a 24.º dos estatutos); por outro lado, o Decreto-Lei em análise contém, ainda, (poucas) normas relacionadas com a regulação da atividade delegada, optando, assim, pelo regime da concessão para densificar exhaustivamente o conteúdo dessa regulação (v.g. o artigo 6.º e 8.º do diploma).

No que diz respeito à situação jurídico-contratual da empresa concessionária, prevê-se a atribuição à ÁGUAS DO ZÊZERE E CÔA, S.A. do conjunto dos seguintes direitos¹³³: (i) direito (enformado como um “*direito-dever*”) à gestão do serviço público (que engloba concretamente o conteúdo definido nas bases I e II dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96), sendo o mesmo atribuído “*a termo*”¹³⁴, por um período de 30 anos (v.g. o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 121/2000, enformado pela base IV dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96), e em regime de exclusivo¹³⁵ (v.g. o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 121/2000); (ii) direito à remuneração (nos termos enquadrados pela base XIII dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96); (iii) direito à

¹³¹ Através do despacho ministerial n.º 18133/2003, de 22 de setembro, a concessão foi alargada aos municípios de Aguiar da Beira, Celorico da Beira, Fornos de Algodres, Gouveia, Oliveira do Hospital e Seia, abrangidos pela bacia hidrográfica do Mondego Superior.

¹³² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 128.

¹³³ Acerca do acervo destes direitos, cfr. *Idem*, págs. 263 a 271. V.g., também, no ordenamento brasileiro, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., págs. 690 a 700.

¹³⁴ Cfr. *Idem*, pág. 264.

¹³⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o regime de exclusivo, v.g. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., págs. 1121 a 1124 e PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., págs. 267 e 268.

reposição do equilíbrio económico do contrato ou à indemnização por lucros cessantes (nos termos genericamente regulados no n.º 4 da base III dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96); (iv) direito à modificação e à resolução do contrato (enquadrado pela base XLI do Decreto-Lei n.º 319/94 e pela base XXXIX do Decreto-Lei n.º 162/96); e, (v) direito à exploração de atividades complementares e acessórias do serviço concedido (enformado pelo n.º 3 da base II dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96).

Relativamente aos deveres ¹³⁶ da concessionária destacam-se: (i) o dever de prestar o serviço público aos utentes, *in casu*, de assegurar a exploração e gestão do sistema multimunicipal de abastecimento de água e saneamento do Alto Zêzere e Côa (nos termos enquadrados pelas bases II e III dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96), de forma pessoal (ainda que se admita o trespasse e a subconcessão da atividade concessionada, mediante prévia autorização do concedente, nos termos definidos pelas bases XXXIX e XL do Decreto-Lei n.º 319/94 e pelas bases XXXVII e XXXVIII do Decreto-Lei n.º 162/96) e contínua (cfr. o n.º 1 da base III dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96); (ii) o dever de instalar a empresa, que, no caso em apreço, se traduz na necessidade de instalar os equipamentos e os processos que se revelem necessários para bom funcionamento dos sistemas (v.g., a este propósito, o n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 121/2000, as bases VII a X, XVI a XVIII, XXXIII e XXXIV do Decreto-Lei n.º 319/94 e as bases VII a X, XVI a XVIII, XXXI e XXXII do Decreto-Lei n.º 162/96); (iii) o dever de assegurar a qualidade do serviço público prestado (enformado pela base V dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96); e (iv) o dever de tratamento não discriminatório dos utilizadores (nos termos genericamente definidos na base VI dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96).

No que diz respeito à situação jurídico-contratual da Administração concedente, destaca-se a atribuição dos seguintes “*poderes de autoridade*” ¹³⁷ (também designados por poderes tutelares ¹³⁸): (i) poder de direção, expresso na possibilidade de autorizar ou aprovar determinados atos (enquadrado pela base XXIII dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e

¹³⁶ Acerca do acervo destes deveres, cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., págs. 271 a 281.

¹³⁷ Cfr. *Idem*, págs. 239 a 262. No mesmo sentido, v.g., também, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., págs. 1111 a 1114 e, no ordenamento brasileiro, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., págs. 685 a 689.

¹³⁸ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pág. 1109.

162/96); (ii) poder de fiscalização do modo de execução do contrato (nos termos genericamente definidos nas bases XXIII e XXV dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96); (iii) poder de aplicação de sanções contratuais, podendo as mesmas traduzir-se na aplicação de multas contratuais (v.g. a base XXXVII do Decreto-Lei n.º 319/94 e a base XXXV do Decreto-Lei n.º 162/96), no sequestro da concessão (v.g. a base XXXVIII do Decreto-Lei n.º 319/94 e a base XXXVI do Decreto-Lei n.º 162/96) e, em casos mais graves, na rescisão do contrato (v.g. a base XLII do Decreto-Lei n.º 319/94 e a base XL do Decreto-Lei n.º 162/96); e (iv) poder de modificação do contrato (v.g. a base XLI do Decreto-Lei n.º 319/94 e a base XXXIX do Decreto-Lei n.º 162/96).

Por último, importa, ainda, referir a consagração dos seguintes deveres do concedente ¹³⁹: (i) “*deveres positivos, de facere*” (de que se destaca, a título de exemplo, o dever de retribuir o concessionário); (ii) “*deveres negativos, de non facere*” (de que é exemplo a atribuição em exclusivo da presente concessão, contida no n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 121/2000); (iii) “*(...) dever de não perturbar a autonomia de gestão*”; e (iv) “*dever de repor o equilíbrio económico do contrato*” (a que *supra* se aludiu já).

Uma vez analisada a concessão atribuída à ÁGUAS DO ZÊZERE, S.A. concluímos, pois, tal como PEDRO GONÇALVES, que as “*(...) concessões atribuídas a empresas do setor público são reguladas por um regime de concessão em tudo idêntico ao que vigora para as concessões do setor privado*” ¹⁴⁰.

Não obstante a identidade de regimes, tem, no entanto, alguma doutrina ¹⁴¹ chamado a atenção para o facto de, no caso das concessões a favor de empresas públicas, assumir esta técnica uma função de “*cooperação*” ¹⁴², não se explicando, assim, por um “*esquema de colaboração entre os setores público e privado*”, “*(...) nem [consubstanciando] um instrumento de financiamento*” ¹⁴³.

A propósito da assunção desta função, atente-se, no que diz respeito à concessão em análise, no esquema de financiamento da empresa pública ÁGUAS DO ZÊZERE, S.A.

¹³⁹ Para mais desenvolvimentos, cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., págs. 262 e 263.

¹⁴⁰ Cfr. *Idem*, pág. 165.

¹⁴¹ Cfr. *Idem*, pág. 128.

¹⁴² Cfr. *Ibidem*.

¹⁴³ Cfr. *Ibidem*.

(enformado, como já referido, pela base XIII dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96), assente num regime de “*solidariedade financeira entre concedente e o concessionário*”¹⁴⁴ que se traduz, por um lado, na “*obrigação*” da Administração “*retribuir*”¹⁴⁵ o concessionário, mediante a atribuição direta de participações financeiras e subsídios (designadamente a atribuição de indemnizações compensatórias), e, por outro lado, no “*dever de diligenciar*”¹⁴⁶ na obtenção de financiamento junto de outras instâncias, designadamente empréstimos (cfr. as alíneas b) e d) da base XIII dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96).

Ora, a circunstância de a concessão consubstanciar, nestes casos, um instrumento de cooperação - e concretamente o facto de a Administração financiar a atividade de serviço público aqui em causa - não é, todavia, em nossa opinião, descaracterizador desta figura, sobretudo se atendermos à evolução que a mesma conheceu desde o Estado Liberal até à atualidade, a que se *supra* aludimos, em que, como concluímos, apenas permaneceu estável o critério do objeto.

Diga-se, aliás, que também em relação às concessões a favor de privados se vem assistindo à assunção pelo concessionário de diferentes graus de “intensidade” no que concerne ao risco na gestão da atividade delegada, que, todavia, não descaracteriza, segundo vem sendo sustentado, a essência desta figura¹⁴⁷.

Em suma, o recurso à técnica concessória a favor de empresas públicas, de que é paradigmática a concessão que *supra* analisamos, não põe, salvo melhor opinião, em causa o seu conteúdo essencial, dela emanando um conjunto de disposições enquadradoras das relações entre a Administração e essas empresas que tornam claro que “*(...) que o gestor gere e o titular controla*”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Cfr. *Idem*, pág. 106.

¹⁴⁵ Cfr. *Idem*, pág. 269.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁴⁷ A este propósito, v.g. o acórdão do Tribunal de Justiça *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler vs Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, de 10 de março de 2011, nos termos do qual se concluiu que “*quando a remuneração do operador económico escolhido é integralmente assegurada por pessoas distintas da entidade adjudicante que atribuiu o contrato relativo aos serviços de socorro e esse operador económico incorre num risco de exploração, ainda que muito limitado, em razão designadamente do facto de o montante das taxas de utilização dos serviços em causa depender do resultado de negociações anuais com terceiros e não estar assegurada uma cobertura integral dos custos incorridos no quadro de uma gestão das suas atividades em conformidade com os princípios enunciados no direito nacional, o referido contrato deve ser qualificado de contrato de «concessão de serviços», na aceção do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2004/18*”. – Cfr. Proc. C-274/09, disponível em <http://www.eur-lex.europa.eu>.

¹⁴⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 129.

4. OS PODERES DE CONTROLO SOBRE AS EMPRESAS PÚBLICAS

4.1 Breve Caracterização

Uma vez analisado o conteúdo essencial da concessão a favor de empresas públicas e concluindo-se no sentido da sua identidade com as concessões do setor privado, impõe-se, num segundo momento, a reflexão sobre o (eventual) “valor acrescentado” desta figura relativamente à regulação decorrente da criação dessas empresas.

Tal reflexão implica, antes de mais, uma compreensão quanto aos poderes que, por via do RJSEE, quanto ao setor empresarial do Estado, e da Lei n.º 50/2012, quanto às empresas locais, o ente público exerce sobre o universo destas empresas.

Como é consabido, as relações entre as empresas públicas e a Administração, decorrentes dos *supra* citados regimes, assentam, no que concerne às empresas públicas estaduais de tipo societário e às empresas locais, no “*poder geral de controlo de gestão, no qual se materializará o exercício da função acionista (...) conjugando procedimentos comuns de direito societário e um conjunto de obrigações especiais, de natureza pública (...)*”¹⁴⁹ (cfr. os artigos 10.º a 13.º do RJSEE e os artigos 24.º, 37.º, 39.º e 42.º da Lei n.º 50/2012) e, quanto às entidades públicas empresariais previstas no RJSEE, na “*tutela económico-financeira*” (cfr. os artigos 29.º e 39.º do RJSEE).

No que diz concretamente respeito ao feixe de direitos especiais de natureza pública em que se materializa o exercício da função acionista sobre as empresas públicas estaduais de tipo societário e sobre as empresas locais – que, segundo refere SOFIA TOMÉ D’ALTE, comporta “*(...) alguma perturbação de algumas regras de direito societário*”¹⁵⁰ correspondendo a “*(...) uma forma peculiar de tutela (...)*”¹⁵¹ -, destaca-se, em relação às entidades estaduais, o artigo 11.º do RJSEE que atribui ao Conselho de Ministros competência para, através de resolução¹⁵², emitir orientações estratégicas destinadas à globalidade do setor empresarial do Estado, podendo, ainda,

¹⁴⁹ Cfr. LUÍS D. S. MORAIS, “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas...”, *cit.*, pág. 110. Em relação concretamente à sistematização dos direitos gerais de acionista no Código das Sociedades Comerciais, v.g. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, *cit.*, págs. 246 a 251.

¹⁵⁰ Cfr. SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração do Setor Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 2007, pág. 383.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*.

¹⁵² As orientações estratégicas para o setor empresarial do Estado constam da Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 22 de abril.

ser emitidas orientações gerais e específicas (consoante as mesmas se destinem ao conjunto de empresas públicas no mesmo setor de atividade ou individualmente a cada uma delas).

Estas orientações estratégicas poderão envolver metas quantificadas e contemplar a celebração de contratos entre o acionista e as empresas públicas, bem como fixar parâmetros ou linhas de orientação para a determinação da remuneração dos gestores públicos (cfr. n.º 4 do citado preceito ¹⁵³). Tais orientações refletir-se-ão, ainda, nas deliberações a tomar em assembleia geral bem como nos contratos de gestão a celebrar com os gestores públicos ¹⁵⁴.

Quanto às empresas locais, prevê-se, igualmente, no artigo 37.º da Lei n.º 50/2012, a definição de orientações estratégicas relativas ao exercício dos direitos societários, que deverão “(...) refletir-se nas orientações anuais definidas em assembleia geral, assim como nos contratos de gestão a celebrar com os gestores” (cfr. o n.º 4 do preceito).

Os “direitos especiais de natureza pública” manifestam-se, ainda, na sujeição destas entidades a “deveres especiais de informação” ¹⁵⁵, tendo em vista o seu “acompanhamento e controlo” (cfr. o artigo 13.º do RJSEE e o artigo 42.º da Lei n.º 50/2012).

A par da fixação de orientações estratégicas e dos direitos especiais de informação, as empresas públicas estaduais de tipo societário bem como as empresas locais estão, ainda, sujeitas a um controlo financeiro, a exercer, no plano externo, pela Inspeção-Geral de Finanças, sem prejuízo das competências atribuídas pela lei ao Tribunal de Contas (v.g. o artigo 12.º do RJSEE e o artigo 39.º da Lei n.º 50/2012).

¹⁵³ A propósito da influência das orientações estratégicas tanto na remuneração, como também na avaliação dos gestores v.g. o n.º 1 do artigo 6.º e o n.º 3 do artigo 28.º do Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 8/2012, de 18 de janeiro (doravante EGP), subsidiariamente aplicável ao setor empresarial local por via do n.º 4 do artigo 30.º da Lei n.º 50/2012.

¹⁵⁴ A este propósito, a alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º do EGP prevê que os contratos de gestão definam “as formas de concretização das orientações impostas nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, envolvendo sempre metas objetivas, quantificadas e mensuráveis anualmente durante a vigência do contrato de gestão, que representem uma melhoria operacional e financeira nos principais indicadores de gestão da empresa”, sendo que, nos termos do artigo 10.º do mesmo diploma, se consagra, ainda, a autonomia de gestão do conselho de administração “observado o disposto nas orientações fixadas ao abrigo da lei, designadamente as previstas no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, e no contrato de gestão”.

¹⁵⁵ A propósito deste dever, o Tribunal de Contas, no Relatório de Auditoria ao Setor Empresarial do Estado: Situação Financeira e Práticas de Bom Governo (Relatório n.º 1/2004, da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, disponível em www.tcontas.pt, 2004, pág. 27) considera que o mesmo parece conduzir a “(...) uma aproximação substancial ao regime da tutela, mesmo às sociedades constituídas sob a forma comercial, o que vai além do quadro normal de obrigações estabelecidas no CSC”. No mesmo sentido, v.g., igualmente, EDUARDO PAZ FERREIRA, “Aspetos Gerais do Novo Regime do Setor Empresarial do Estado”, *cit.*, pág. 22.

Em relação às entidades públicas empresariais, previstas no RJSEE, verifica-se que, “*sem prejuízo do respetivo poder de superintendência*”, a Administração exerce também, como já referido, poderes de tutela económica e financeira que abrangem: “*a) a aprovação dos planos de atividades e de investimento, orçamentos e contas*”, “*(...) assim como de dotações para capital, subsídios e indemnizações compensatórias; b) A homologação de preços ou tarifas a praticar por empresas que explorem serviços de interesse económico geral ou exerçam a respetiva atividade em regime de exclusivo, salvo quando a sua definição competir a outras entidades independentes; c) Os demais poderes expressamente referidos nos estatutos*” (v.g. o artigo 29.º do RJSEE).

Conforme resulta das citadas disposições, a tutela económica e financeira é configurada nestes regimes de forma ampla, podendo abranger outros poderes que venham a ser “*expressamente referidos nos estatutos*” (cfr. a alínea c) do n.º 2 do artigo 29.º do RJSEE). Trata-se, assim, da atribuição de uma “*(ampla) competência para configurar uma relação tutelar mais apertada*”¹⁵⁶.

Para além dos poderes de tutela, a intervenção sobre estas entidades é ainda “*mais acentuada*”¹⁵⁷ no âmbito da definição da estratégia, na aprovação dos planos de atividades, dos orçamentos e dos documentos de prestação de contas anuais, fixando-se, designadamente no n.º 1 do artigo 31.º do RJSEE, a obrigatoriedade dos projetos de plano de atividades e orçamento anual serem elaborados de acordo com os pressupostos macroeconómicos, as orientações estratégicas estabelecidas e as diretrizes definidas pelo Governo.

O alcance dos poderes exercidos sobre estas entidades, nos termos acima referidos, tem, de resto, conduzido a que alguma doutrina as considere uma espécie de “*institutos públicos empresariais*”¹⁵⁸.

Uma vez configurados os poderes genericamente exercidos sobre o universo das empresas públicas, concluímos, em síntese, tal como SOFIA TOMÉ D’ALTE, que “*(...) o controlo promovido pelo Estado* [e, em nosso entender, também pelos municípios]

¹⁵⁶ Neste sentido, e a propósito das entidades empresariais locais reguladas no recentemente revogado RJSEL, v.g. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pág. 200.

¹⁵⁷ Cfr. Relatório n.º 1/2004, cit., pág. 25.

¹⁵⁸ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos de Prestação de Bens e Serviços celebrados entre o Estado e as Empresas Públicas e Relações *in house*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, 2007, pág. 21, PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., pág. 193 e LUÍS D. S. MORAIS, “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas...”, cit., pág. 106.

*como forma de intervir na atividade empresarial em que participa, não é de todo uniforme, e apresenta variações em face dos diferentes conceitos de empresa pública agora em vigor, verificando-se efetivamente uma diferença de grau e de intensidade na intervenção exercida a este nível sobre as EPE's e sobre as sociedades de capitais públicos”*¹⁵⁹.

4.2 A Técnica Concessória e a Criação de Empresas Públicas

4.2.1 Uma Duplicação de Figuras?

São inegáveis as afinidades entre a técnica concessória e a criação de empresas públicas para a prossecução de tarefas administrativas. Como refere, a este propósito, PEDRO GONÇALVES, trata-se, em qualquer caso, «(...) da execução de uma “política administrativa” (*verwaltungspolitik*) de descentração de tarefas administrativas, mediante a “delegação”, “transferência”, “devolução” ou “atribuição” da respetiva gestão a uma entidade diferente do titular da tarefa (...); nem uma nem outra implicam desresponsabilização da Administração titular do serviço público (...)»¹⁶⁰.

Mais do que essas afinidades, importa refletir sobre a (eventual) “mais-valia” na atribuição por concessão de tarefas administrativas a favor de empresas públicas.

4.2.1.1 As Empresas Públicas Estaduais de Tipo Societário e as Empresas Locais

Em relação, assim, às empresas públicas estaduais de tipo societário e às empresas locais, e concretamente aos casos em que o acionista público exerce uma “*influência dominante*” decorrente do facto de ser titular da totalidade ou da maioria do capital social [cfr. a primeira parte da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do RJSEE e a primeira parte da alínea a) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012] poder-se-ia sustentar a existência de “valor acrescentado” na atribuição por concessão de tarefas administrativas a favor destas empresas, atendendo a um princípio de autonomia de

¹⁵⁹ Cfr. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Setor Empresarial do Estado...*, cit., pág. 378.

¹⁶⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., págs. 147 e 148.

gestão que deve pautar a sua atividade (cfr. o artigo 11.º do RJSEE, o artigo 37.º da Lei n.º 50/2012 e o artigo 10.º do EGP). À luz deste entendimento, não obstante a Administração se apresentar como acionista única ou maioritária (exercendo plenamente esses direitos ¹⁶¹) sempre haveria que respeitar o espaço próprio e autónomo de atuação destas empresas, que emerge daquele princípio, pelo que, neste contexto, constituiria a concessão um “*figurino*” ¹⁶² legitimador da intervenção na atividade daquelas ¹⁶³.

Em sentido oposto, poder-se-ia, contudo, corroborar a inexistência de “mais-valia” no recurso, nestes casos, a esta figura, porquanto a detenção exclusiva ou maioritária pelo ente público do capital social conferir-lhe-ia, igualmente, o exercício pleno dos direitos de acionista, permitindo, assim, por essa via, ditar a atividade destas empresas em termos semelhantes àquela regulação.

No caso concreto, e considerando os exemplos referidos acima dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, a opção por uma das vias de abordagem mencionadas não pode deixar de atender aos diplomas legais que foram elencados, *maxime* ao Decreto-Lei n.º 379/93, nos termos do qual a exploração e gestão destes sistemas pode ser atribuída, como se referiu já, em regime de concessão, a entidade pública de natureza empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social, com entidades privadas (cfr. o n.º 1 do artigo 3.º do citado diploma).

À luz deste diploma, o Decreto-Lei n.º 121/2000, que criou a ÁGUAS DO ZÊZERE E CÔA, S.A. e aprovou os respetivos estatutos, veio, aliás, prever a representação do capital social desta empresa por ações da classe A e da classe B, sendo que em relação às primeiras se determina a necessidade de representarem, sempre e pelo menos, 51% do capital social com direito a voto, delas apenas podendo ser titulares entes públicos [na aceção da alínea e) do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 71/88, de 24 de maio], ou os

¹⁶¹ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., págs. 246 a 251.

¹⁶² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 150.

¹⁶³ Cfr. *Ibidem*.

municípios utilizadores dos sistemas multimunicipais de cuja exploração e gestão a sociedade seja concessionada (cfr. o n.º 2 do artigo 5.º e os n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 6.º dos estatutos anexos) ¹⁶⁴.

Uma tal abordagem deverá, ainda, considerar os atuais estatutos da RTP (Lei n.º 8/2007), nos termos dos quais se determina a realização integral pelo Estado do respetivo capital social (cfr. o artigo 3.º do diploma e o n.º 1 do artigo 6.º dos estatutos), prevendo-se, ainda, que as ações representativas do mesmo pertençam exclusivamente ao Estado, a pessoas coletivas de direito público e a empresas públicas ou a sociedades de capitais exclusivamente públicos (cfr. o n.º 4 do artigo 6.º dos estatutos anexos). A circunstância do Estado ser (ainda) acionista único determina, nos termos destes estatutos, a dispensa da realização de assembleias gerais (cfr. o artigo 8.º da Lei n.º 8/2007).

Por último, importará, igualmente, atentar nos estatutos da ANA (Decreto-Lei n.º 404/98), que preveem que o capital social inicial desta empresa seja integralmente subscrito e realizado pelo Estado (cfr. o artigo 16.º do diploma e o artigo 6.º dos estatutos anexos).

O (eventual) “valor acrescentado” da figura da concessão, enquanto instrumento de delegação de tarefas administrativas a favor de empresas públicas, deverá, igualmente, considerar as situações em que a “*influência dominante*” decorre da titularidade pelo acionista público da maioria dos direitos de voto [cfr. a segunda parte da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do RJSEE e a segunda parte da alínea a) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012]. Também nestes casos dever-se-ão, em nosso entender, colocar as duas vias de reflexão *supra* referidas para as situações em que tal “*influência*” decorre exclusivamente da titularidade pela Administração da totalidade ou da maioria do capital social.

A este respeito, *v.g.*, a título de exemplo, os estatutos da ANA (Decreto-Lei n.º 404/98), nos termos dos quais se prevê, como se referiu já, a titularidade exclusiva

¹⁶⁴ Atualmente os acionistas desta entidade são a AdP – Águas de Portugal, SGPS, S.A., com 87,40% e os municípios de Almeida com 0,50%, Belmonte com 0,30%, Figueira Castelo Rodrigo com 0,30%, Fundão com 1,10%, Guarda com 1,60%, Manteigas com 0,40%, Mêda com 0,30%, Penamacor com 0,40%, Pinhel com 0,60%, Sabugal com 0,60%, Aguiar da Beira com 0,40%, Fornos de Algodres com 0,40%, Gouveia com 1,20%, Oliveira do Hospital com 1,70%, Seia com 2,30% e a Associação de Municípios da Cova da Beira com 0,40%. – Cfr. a informação disponibilizada em <http://www.adzc.pt>.

pelo Estado do capital social desta empresa, conferindo-se, igualmente, ao acionista a titularidade dos direitos de voto na assembleia geral na qual participa (cfr. o artigo 14.º dos estatutos anexos ao Decreto-Lei n.º 404/98).

Por último, a abordagem sobre a “mais-valia” da figura da concessão a favor de empresas públicas deverá, ainda, atender aos casos em que a “*influência dominante*” decorre do direito do acionista público a nomear ou destituir a maioria dos órgãos de administração ou de fiscalização [cfr. a alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do RJSEE e a alínea b) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012]. Também nesta hipótese fará, em nosso entender, sentido equacionar as duas vias de abordagem acima mencionadas para os casos em que essa “*influência*” decorre da detenção pelo ente público da totalidade ou da maioria do capital social.

V.g., a este propósito, uma vez mais, o Decreto-Lei n.º 121/2000, nos termos do qual se atribui expressamente à assembleia geral da ÁGUAS DO ZÊZERE E CÔA, S.A. o direito de eleger os membros do conselho de administração e de fiscalização desta empresa (cfr. o n.º 2 do artigo 11.º dos estatutos anexos ao diploma).

No mesmo sentido, v.g. também, os estatutos da RTP (Lei n.º 8/2007) que atribuem, igualmente, à assembleia geral o direito a eleger e destituir os membros do conselho de administração e o fiscal único [cfr. a alínea a) do artigo 9.º, o n.º 1 do artigo 11.º e o n.º 1 do artigo 18.º dos estatutos], o mesmo se verificando em relação à ANA [v.g. a alínea a) do n.º 2 do artigo 12.º, o n.º 1 do artigo 15.º e o n.º 2 do artigo 22.º dos estatutos anexos ao Decreto-Lei n.º 404/98].

Por último, importa também não esquecer, em relação às empresas locais, o atual critério gerador de “*influência dominante*” assente no exercício pelas “*entidades públicas participantes*” (na aceção do artigo 5.º da Lei n.º 50/2012) de uma qualquer outra forma de controlo de gestão [cfr. a alínea c) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012].

4.2.1.2 O Exercício de “Influência Dominante” e a Regulação da Relação Concessória

Não obstante a autonomização legal de cada uma das circunstâncias “geradoras” de “*influência dominante*”, a reflexão quanto à questão ora em análise não pode, salvo melhor opinião, deixar de atender ao facto de as mesmas acabarem, na maioria dos casos, por “conviver lado a lado”.

Considerando, assim, as concessões dos sistemas multimunicipais (de que é paradigmática a concessão gerida pela ÁGUAS DO ZÊZERE, S.A.), do serviço público de televisão (atribuído à RTP) e do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil (explorado pela ANA), afigura-se, como veremos, duvidoso o “valor acrescentado” dos “*potestas*” atribuídos à Administração concedente decorrentes da relação de concessão, relativamente ao núcleo dos poderes exercidos sobre o universo destas empresas assentes na figura jurídica da empresa pública.

Atente-se, a este propósito, e a título de exemplo, no conteúdo do poder de direção exercido pelo concedente: analisando concretamente a sua configuração nas concessões dos sistemas multimunicipais (v.g. a base XXIII dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96, nos termos da qual o concedente dispõe do direito de aprovar tarifas ou valores garantidos ou de autorizar a prática de determinados atos de alienação) afigura-se, salvo melhor opinião, legítimo questionar se o acionista público não poderá, igualmente, obter um efeito idêntico àquele através dos específicos mecanismos pelos quais afirma a sua “*supremacia jurídica*”¹⁶⁵ sobre o universo das empresas públicas, mediante o exercício dos “*direitos de presença, de intervenção e de voto*”¹⁶⁶ nas deliberações em assembleia geral, e/ou mediante a nomeação e/ou destituição dos administradores da sua confiança e que melhor prossigam os seus desígnios.

Idêntica questão colocar-se-á também, em nossa opinião, considerando os poderes de modificação unilateral e sancionatórios de que o concedente é titular.

No que diz respeito ao poder de modificação unilateral (ditado pelo princípio da “*adaptação ou atualização do serviço público*”¹⁶⁷ e objeto de regulação genérica no

¹⁶⁵ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pág. 112.

¹⁶⁶ Cf. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., pág. 247.

¹⁶⁷ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 256.

n.º 2 do artigo 311.º do Código dos Contratos Públicos, doravante CCP) importa atentar, a título de exemplo, na concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil (v.g. a base XXIX do Decreto-Lei n.º 33/2010), nos termos da qual se atribuiu ao concedente Estado o direito à modificação “*das obrigações da Concessionária ou das condições de realização da Concessão*”, ainda que com direito da ANA à reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato.

Quanto ao “*poder sancionatório*” de resolução (regulado no artigo 423.º do CCP e que consiste na possibilidade do concedente fazer cessar o contrato, chamando a si, de forma definitiva, a prossecução da atividade delegada em caso de violação grave das obrigações assumidas pelo concessionário) veja-se, no que concerne às concessões dos sistemas multimunicipais, a base XLII do Decreto-Lei n.º 319/94 e a base XL do Decreto-Lei n.º 162/96, e, em relação à concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, a base LIII do Decreto-Lei n.º 33/2010.

Relativamente à figura do resgate (objeto de regulação no artigo 422.º do CCP e que permite que a Administração concedente possa retomar a gestão direta do serviço público concedido por motivos de interesse público) v.g., a título de exemplo, no que concerne aos sistemas multimunicipais, a base XLIV do Decreto-Lei n.º 319/94 e a base XLII do Decreto-Lei n.º 162/96 e, quanto à concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, a base LIV do Decreto-Lei n.º 33/2010.

Por último, em relação ao sequestro (regulado no artigo 421.º do CCP e que atribui ao concedente a faculdade de assumir, de forma “*temporária e provisória*”¹⁶⁸, a exploração do serviço concessionado em caso de, por facto imputável ao concessionário, estar iminente a cessação da atividade ou ocorrer perturbação grave que ponha em causa o funcionamento da concessão) atente-se, no que diz respeito aos sistemas multimunicipais, na base XXXVIII do Decreto-Lei n.º 319/94 e na base XXXVI do Decreto-Lei n.º 162/96 e, quanto à concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, na base LVII do Decreto-Lei n.º 33/2010.

Ora, analisando o universo destes “*potestas*” importa, uma vez mais, questionar se, através da função acionista, não poderá o ente público obter, igualmente, um efeito

¹⁶⁸ Cfr. *Idem*, pág. 253.

idêntico, na medida em que, por exemplo, a titularidade exclusiva ou maioritária do capital social e/ou titularidade da maioria dos direitos de voto lhe conferem também um vasto poder para ditar, em termos estratégicos, a atividade destas empresas.

Também as disposições relativas ao exercício de poderes de fiscalização sobre as concessões em análise (atente-se, a este propósito, nas bases XXIII e XXV dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96, bem como nas cláusulas 32.º e 33.ª do contrato de concessão do serviço público de televisão e nas bases XX a XXII da concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil) suscitam semelhante questão, atenta a similitude com as que, sobre a mesma matéria, se encontram reguladas no RJSEE e na Lei n.º 50/2012, decorrentes do exercício da função acionista (v.g. os artigos 12.º e 13.º do RJSEE e os artigos 39.º e 42.º da Lei n.º 50/2012).

O ensaio ora delineado justificar-se-á, ainda, tendo em consideração os direitos e deveres do concessionário sobre a atividade delegada.

Atente-se, a este propósito, no *direito-dever*¹⁶⁹ a gerir o serviço público, assente nos princípios da gestão regular, contínua e eficiente das atividades delegadas, assim como da igualdade e de adaptação às necessidades (cfr. o artigo 429.º do CCP, e, no caso concreto das concessões dos sistemas multimunicipais, o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 379/93 e as bases III e VI dos Decretos-Leis n.ºs 319/94 e 162/96 e, no que diz respeito à concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, a base VI do Decreto-Lei n.º 33/2010) que, salvo melhor opinião, se assemelham aos princípios de gestão por que se devem pautar a atividade das empresas públicas (cfr. o artigo 4.º do RJSEE e os artigos 39.º, n.º 1, 46.º e 48.º da Lei n.º 50/2012).

Também os (eventuais) poderes e prerrogativas de autoridade atribuídos ao concessionário no âmbito da atividade delegada (atualmente plasmados no artigo 409.º do CCP e de que é exemplo a base XXXVI da concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil) suscitam a problemática ora em análise, atenta a idêntica formulação dos mesmos nos regimes das empresas públicas (cfr. o artigo 14.º do RJSEE e o artigo 27.º da Lei n.º 50/2012).

¹⁶⁹ Cfr. *Idem*, págs. 263 a 265 e 272.

A acrescer a tudo quanto acima foi referido, importa, ainda, atentar no direito do concessionário à remuneração ¹⁷⁰, que, em nosso entender, permite, igualmente, questionar se não poderá o mesmo ser concretizado através da relação institucional decorrente da função acionista exercida sobre as empresas públicas, nos termos da qual se prevê, por exemplo, que em relação às empresas estaduais encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral se possam registar “*fluxos financeiros*” ¹⁷¹ do acionista público, a título de “*dotações de capital, participações em investimentos, subsídios ou indemnizações*” (v.g. quanto à atribuição de indemnizações compensatórias, o n.º 1 do artigo 21.º do RJSEE) e, relativamente às empresas locais de gestão de serviços de interesse geral se possam, igualmente, verificar, apenas em determinadas circunstâncias, “*transferências financeiras*” por parte das “*entidades públicas participantes*” (v.g. os n.ºs 3 e 4 do artigo 47.º da Lei n.º 50/2012) ¹⁷².

Idêntica questão deverá, igualmente, ser colocada em relação aos deveres do concessionário de informação e disponibilização de documentos no âmbito da atividade concessionada (regulados nas alíneas a) e b) do artigo 414.º e no artigo 417.º, ambos do CCP e de que são exemplo, na concessão do serviço público de televisão, a cláusula 28.º do respetivo contrato e, nas bases da concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, as bases XVII, XXI, XXII do Decreto-Lei n.º 33/2010), atenta a consagração dos deveres especiais de informação e controlo sobre as empresas públicas, plasmados no artigo 13.º do RJSEE e no artigo 42.º da Lei n.º 50/2012.

Por último, v.g., ainda, a similitude existente entre a consagração nos contratos de concessão de indicadores de acompanhamento e avaliação do desempenho do concessionário para o cumprimento da missão de serviço público (cfr., a título de exemplo, a cláusula 34.º do contrato de concessão do serviço público de televisão e a base XVII da concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil) e idêntica formulação no que diz respeito às empresas públicas, em que, como se referiu já, se prevê que as orientações estratégicas se devam refletir nas deliberações a tomar,

¹⁷⁰ Cfr. *Idem*, pág. 269. Sobre este direito, v.g., também, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., págs. 1124 a 1127 e, no ordenamento brasileiro, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., págs. 690 a 700.

¹⁷¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pág. 200.

¹⁷² No que diz respeito à política de empréstimos às empresas locais por parte das entidades públicas participantes importa atentar no n.º 3 do artigo 41.º da Lei n.º 50/2012, nos termos do qual a mesma se encontra vedada.

podendo, ainda, envolver metas quantificadas e contemplar a celebração de contratos (programa ou de gestão), interferindo, ainda, na avaliação do desempenho dos gestores públicos (cfr. os n.ºs 4 e 6 do artigo 11.º do RJSEE, os n.ºs 3 e 4 do artigo 37.º da Lei n.º 50/2012 e o artigo 6.º do EGP).

Em todas estas situações acima elencadas afiguram-se, pois, em nosso entender, notórias as semelhanças entre a regulação de tarefas administrativas através do regime da concessão e essa mesma regulação por via da figura da empresa pública.

Com efeito, como verificamos pela análise dos poderes exercidos sobre o universo das empresas públicas, a regulação de uma atividade administrativa por via desta figura jurídica pode ser objeto de uma intensa densificação, idêntica à que resultaria da aplicação do regime concessório, face aos mecanismos em que assenta a função acionista regulados no RJSEE e na Lei n.º 50/2012. Em ambos os casos, o princípio da autonomia de gestão deverá, como referimos já, orientar a intervenção do ente público na regulação das tarefas delegadas.

A propósito concretamente da intensidade dos poderes exercidos sobre o universo das empresas públicas em função da titularidade do capital social PAULO OTERO considera haver “i) (...) *uma amplitude máxima do exercício de poderes governamentais de intervenção sobre a sociedade sempre que se verifique uma concentração da totalidade do capital nas mãos do Estado, sendo este o caso das sociedades unipessoais de capitais públicos; ii) Haverá ainda alguma considerável margem de poderes de intervenção do Governo sobre as sociedades relativamente às quais o Estado seja titular de maioria absoluta do capital social (...) em sociedades pluripessoais de capitais públicos e em sociedades de capitais mistos; iii) (...) verificando-se que o Estado apenas detém o controlo de facto da maioria do capital, o grau de poderes de intervenção do Governo depende mais da falta de entendimento ou de organização dos restantes acionistas do que, em bom rigor, do montante da participação estadual; iv) por último, (...) se a participação social do Estado numa determinada sociedade não lhe garantir o controlo de facto da maioria do capital, significando que somente detém uma posição minoritária do capital social, o Governo*

*apenas gozará dos poderes de intervenção normalmente reconhecidos pela lei geral aos sócios minoritários”*¹⁷³.

Por seu turno, SOFIA TOMÉ D’ALTE¹⁷⁴, em relação às sociedades unipessoais de capital exclusivamente público, sustenta que, não obstante a consagração legislativa de um princípio de autonomia de gestão relativamente à atividade destas empresas, o Governo invoca, muitas vezes, “(...) *argumentos de confiança política, acabando (...) por interferir nas opções de gestão da sociedade (...)*”, assistindo-se, assim, por essa via, ao “(...) *exercício de um verdadeiro poder de fiscalização e controlo de gestão da empresa, em termos que extrapolam claramente aqueles que decorreriam normalmente da aplicação do CSC*”. Acrescenta, ainda, esta autora, a propósito do RJSEE, que “(...) *o Estado surge então como um acionista privilegiado a este nível subvertendo assim o Princípio de (tendencial) paridade entre sócios, característico do direito privado*”¹⁷⁵.

Também a jurisprudência do Tribunal de Contas, a propósito das empresas de capital exclusivamente público, pronunciou-se no sentido da existência nestas empresas de uma “*maior proximidade com os poderes públicos*”, semelhante, no limite, à que se verifica em relação às EPE’s, afirmando, assim, que estas entidades “(...) *mais não são do que meros executantes das ordens [do Governo e dos órgãos da Administração Pública], confundindo-se em consequência com eles*”¹⁷⁶.

No que diz respeito à intensidade dos poderes exercidos pela Administração em virtude do critério vertido na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do RJSEE, PAULO OTERO¹⁷⁷, a propósito das empresas reprivatizadas, considera que o ente público goza, por essa via, de um importante instrumento de “*intervenção subjetiva*” no universo dessas empresas, chamando, ainda, a atenção para a “*dupla função*” do administrador nomeado que “(...) *é simultaneamente, órgão do Estado, fiscalizando a esse título a atividade desenvolvida pela empresa e órgão da própria empresa, fazendo parte do respetivo conselho de Administração*”. Acrescenta, ainda, este autor que “(...) *como órgão do Estado e exclusivamente no âmbito de tal competência, o administrador está*

¹⁷³ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., págs. 318 e 319.

¹⁷⁴ Cfr. SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração...*, cit., págs. 379 e 380.

¹⁷⁵ Cfr. *Idem*, pág. 381.

¹⁷⁶ Cfr. Relatório n.º 1/2004, cit., pág. 27.

¹⁷⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., págs. 316, 319 e 320.

sujeito ao poder de direção governamental, significando isto que está vinculado a um dever de obediência às ordens e instruções que o Governo entenda emanar”.

Por seu turno, SOFIA TOMÉ D’ALTE¹⁷⁸ coloca, também, a questão, “*principalmente às sociedades de capitais exclusivamente públicos nos quais o Estado seja o único acionista*”, de saber se “*(...) num cenário em que as orientações estratégicas fixadas não tenham sido cumpridas, e se após recomendação emitida para que o sejam, tal como resulta do n.º 3 do artigo 11.º, continuarem por cumprir (...)*” se “*(...) poderá tal circunstância acarretar a destituição dos membros de Administração dessas empresas*”, concluindo que “*em princípio, a autonomia jurídica destas empresas deveria ser acompanhada por uma regra de verdadeira autonomia ao nível da gestão, o que, muitas vezes não sucede, designadamente quando o Governo invoca argumentos de confiança política, acabando, assim, por interferir nas opções de gestão da sociedade*”.

Também LUÍS S. DE MORAIS, apesar de sustentar que o acionista público não deve “*(...) interferir na esfera de gestão corrente*”¹⁷⁹ das empresas públicas, conclui que “*(...) a praxis destas relações poderá certamente originar situações limite, em que se mostre complicada a diferenciação entre atos orientadores de gestão corrente e atos envolvendo opções fundamentais da gestão empresarial*”¹⁸⁰.

Considerando o exercício de aproximação entre os regimes concessório e das empresas públicas, *supra*, e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, igualmente acima expendidos (que reforçam, em nosso entender, a intensidade da regulação das atividades administrativas por via da figura da empresa pública), concluímos, em suma, que o recurso àquele regime a favor destas empresas não se traduz, em nosso entender, numa “*mais-valia*” imediata na regulação das respetivas atividades administrativas delegadas, porquanto, como tentámos demonstrar, os regimes do setor empresarial público atualmente vigentes e, *maxime*, o alcance dos poderes de acionista permitem, em princípio, na nossa opinião, igualmente, concretizar/regular o exercício dessas atividades em termos semelhantes à regulação por concessão.

¹⁷⁸ Cfr. SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração...*, cit., pág. 379.

¹⁷⁹ Cfr. LUÍS D. S. MORAIS, “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas...”, cit., pág. 116.

¹⁸⁰ Cfr. *Ibidem*.

4.2.1.3 As Entidades Públicas Empresariais

Também em relação às entidades públicas empresariais (atualmente “sobrevivendo” apenas no RJSEE) entendemos ser duvidoso o valor acrescentado imediato no recurso à técnica concessória, atento o alcance dos poderes de superintendência e de tutela exercidos sobre estas empresas, a que *supra* se aludiu já.

A propósito do RJSEE, SOFIA TOMÉ D’ALTE salienta que o controlo sobre as entidades públicas empresariais se afigura muito “*intenso*”¹⁸¹, recordando, ainda, que “(...) a razão que levou o legislador a manter a clássica figura (...) foi precisamente consagrar uma forma jurídica que lhe permitisse exercer um controlo mais intenso sobre a atividade e até sobre a gestão das mesmas, pese embora a regra de autonomia que, a esse propósito, resulta do artigo 25.º, n.º 1 do RJSEE, que acaba, na prática, por ser limitada pelo exercício do poder de tutelar e de superintender a sua atividade”¹⁸².

Também o Tribunal de Contas, a propósito das EPE’s, salientou que estas entidades “(...) apresentam uma maior proximidade com os poderes públicos, mormente o Governo e os órgãos da Administração pública, originando, desta forma, que, não raro, elas mais não sejam que meros executantes de ordens daqueles, confundindo-se em consequência com eles”¹⁸³.

Considerando, assim, estes dois entendimentos, concluímos, pois, que também em relação ao universo destas empresas dever-se-á, igualmente, admitir que no núcleo dos poderes de superintendência e de tutela possa, igualmente, caber uma regulação relativa ao exercício de uma atividade delegada semelhante à que resultaria do recurso ao regime concessório.

Com efeito, e conforme foi já mencionado, em relação a estas entidades verifica-se que a configuração dos poderes de tutela apresenta uma grande amplitude, admitindo o RJSEE a sua concretização, de forma mais exaustiva, nos estatutos de cada empresa atenta a cláusula residual plasmada na alínea c) do n.º 2 do artigo 29.º do RJSEE.

¹⁸¹ Cfr. SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração do Setor Empresarial do Estado...*, cit., págs. 297 e 300.

¹⁸² Cfr. *Idem*, pág. 297.

¹⁸³ Cfr. Relatório n.º 1/2004, cit., pág. 25.

Por outro lado, através da superintendência, A Administração pode, também, como se referiu já, ser chamada a ditar o futuro destas empresas definindo “(...) *diretivas definidoras dos objetivos gerais (...)*”¹⁸⁴.

Ora, a forma como estes dois poderes surgem configurados no RJSEE, atribuindo, como se referiu, ao ente público uma “(...) *ampla competência para configurar uma relação tutelar mais apertada*”¹⁸⁵, por um lado, e pressupondo, em qualquer caso, o exercício de poderes de superintendência, por outro, permite, também, em nosso entender, em princípio, alcançar uma regulação semelhante ao regime concessório.

4.2.1.4 A Importância da Contratualização

A acrescer a tudo quanto foi dito, importa referir que a similitude entre a figura da concessão e a criação de empresas públicas resulta, ainda, em nosso entender, igualmente reforçada face à importância que atualmente reveste a “*instituição contratual*”¹⁸⁶ no âmbito do processo de relacionamento entre o Estado e as empresas estaduais e os municípios e as empresas locais (v.g., neste sentido, a previsão da celebração com as empresas públicas de contratos de gestão e de contratos-programa, vertida nos n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º, no n.º 1 do artigo 31.º do RJSEE, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 16.º, e no n.º 3 do artigo 37.º e artigos 47.º e 50.º da Lei n.º 50/2012)¹⁸⁷. Com efeito, à semelhança da técnica concessória (que consubstancia um contrato administrativo de colaboração primária gerador, por um lado, de “*direitos e deveres*” e, por outro, de “*poderes e sujeições*”¹⁸⁸), também em relação às empresas públicas se verifica “(...) *o exercício (...) de poderes contratuais de intervenção que permitem orientar, conformar e fiscalizar a atividade desenvolvida pelas empresas públicas no âmbito da prossecução do objetivo de tais contratos*”¹⁸⁹. No contexto em que a via contratual ganha expressão no âmbito da regulação das atividades delegadas às

¹⁸⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., pág. 315.

¹⁸⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pág. 200.

¹⁸⁶ Cfr. *idem*, pág. 174. Sustentando a importância da contratualização no relacionamento entre o Estado e as empresas públicas, v.g., também, ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos de Prestação de bens e serviços...”, cit., pág. 12.

¹⁸⁷ Para mais desenvolvimentos, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., págs. 173 a 178.

¹⁸⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 236.

¹⁸⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., pág. 317.

empresas públicas entendemos, uma vez mais, afigurar-se desnecessária a duplicação de contratos para efeitos de concretização de tal regulação.

Atentas, assim, as semelhanças existentes entre o regime concessório e o que decorre da criação de empresas públicas, entendemos, em suma, que o recurso àquele regime a favor destas empresas se traduz, em princípio, em termos imediatos, numa duplicação desnecessária de instrumentos jurídicos, porquanto os regimes dos setores empresariais públicos admitem, igualmente, uma regulação das tarefas a prosseguir pelas empresas públicas em termos idênticos à que resulta daquele regime.

4.2.2 O Reforço da Regulação da Atividade das Empresas Públicas

Não obstante a posição adotada, é, contudo, em nosso entender, inegável que o recurso à técnica concessória fora do seu “ambiente clássico” apresenta vantagens de ordem prática, porquanto trata-se de recorrer a um “*figurino sobejamente conhecido e seguro*”¹⁹⁰ com largos anos de história conhecida e de experiência dada. Face à identidade que existe entre ambas as figuras, a que nos referimos já, a utilização, neste contexto, do regime concessório constitui, segundo julgamos, uma garantia de que a regulação das atividades administrativas delegadas à empresa pública será suficientemente exaustiva e pormenorizada, em moldes semelhantes à que decorre daquele regime.

Um dos aspetos em que, na nossa opinião, se visa assegurar uma forte densificação da regulação da atividade das empresas públicas diz respeito à relação de colaboração entre a Administração e essas empresas.

Com efeito, como vimos já, na concessão deteta-se a existência de uma “*relação de sujeição especial*”¹⁹¹ entre concedente e concessionário, relação essa que se reflete nalguns dos traços mais marcantes deste regime.

Destaca-se, a este propósito, o regime da regulação dos poderes sancionatórios atribuídos ao concedente (a que acima se aludiram) e as vicissitudes da relação contratual (como a responsabilidade por incumprimento, as multas contratuais e as

¹⁹⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pág. 150.

¹⁹¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 166.

causas de alteração e extinção dos contratos) e que, em nosso entender, se visam, igualmente, garantir no universo da atividade das empresas públicas.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, em relação aos regimes de propriedade, alienação e oneração dos bens afetos à prossecução das atividades administrativas delegadas às empresas públicas e ao regime da reversão¹⁹² (v.g., neste sentido, os artigos 419.º e 425.º do CCP) que, na nossa opinião, se pretendem, igualmente, configurar, nos mesmos termos que a concessão, em relação a estas empresas.

Ora, é precisamente esta relação “especial” entre concedente e concessionário que, segundo julgamos, se pretende que “aproveite”, igualmente, à atividade das empresas públicas, fazendo, assim, sentido que se aplique às relações entre a Administração e essas empresas.

Em suma, não obstante o recurso à técnica concessória a favor de empresas públicas se traduza, em princípio, numa duplicação desnecessária de figuras, pelos motivos já apresentados, entendemos, no entanto, que constitui a mesma uma garantia do reforço da relação de colaboração entre a Administração e essas empresas, avalizando, assim, que, no universo da regulação das respetivas atividades administrativas, não se ficou, neste aspeto, nem aquém nem além daquela regulação.

A acrescer a tudo quanto *supra* se referiu, entendemos, igualmente, que entre as vantagens práticas na utilização da figura concessória “ao serviço” da atividade das empresas públicas se encontra a necessidade de assegurar a conveniente concretização de algumas importantes disposições, como é o caso das que consagram o direito à remuneração do concessionário (que garantem o respetivo equilíbrio económico-financeiro no quadro de uma gestão eficiente) e que, na nossa opinião, se pretendem, igualmente, transpor, à luz daquela figura, para o universo das empresas públicas.

As vantagens práticas no recurso ao regime concessório tornam-se, ainda, em nosso entender, especialmente prementes se tivermos em consideração o facto de os poderes de controlo sobre o universo destas empresas, que, como vimos, se encontram regulados nos regimes dos setores empresariais públicos, admitirem uma concretização casuística,

¹⁹² PEDRO GONÇALVES evidencia a importância do regime da reversão no caso das concessões nacionais das atividades de transporte e distribuição de eletricidade (ainda que sustentando, nestes casos, a impropriedade do uso do conceito jurídico). - Cfr. *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações...*, cit., pág. 167.

pelo que, em face desta circunstância, constitui aquele regime uma importante “arma” ao dispor da densificação de tais poderes.

Neste contexto, a regulação concessória consubstancia, pois, a “justa medida” do relacionamento que se visa atingir entre Administração e as suas empresas. Consequentemente, o recurso a esta figura constitui, na nossa opinião, uma importante “baliza” do princípio da autonomia de gestão das empresas públicas¹⁹³, orientando na concretização da regulação da atividade destas últimas em termos que não ponha em causa tal princípio, igualmente presente naquela regulação.

A presente reflexão acerca da conveniência do regime concessório a favor de empresas públicas torna-se, na nossa opinião, particularmente sensível no caso das empresas de capitais mistos, também denominadas por parcerias público-privadas de tipo institucionalizado (PPPI)¹⁹⁴, em que a convivência na mesma entidade de capitais públicos e privados poderá originar a existência de interesses conflitantes que o contrato de sociedade não modera¹⁹⁵.

Neste contexto, e mais do que um instrumento aglutinador dos interesses dos sócios em tensão, a figura da concessão assume-se, em nosso entender, como uma importante “arma” “ao serviço” da sua hierarquização, garantindo, assim, pela sua regulação, que a Administração disponha dos poderes de supremacia necessários à prossecução do interesse que, neste caso, deve prevalecer: o interesse público.

Em suma, atento tudo quanto acima foi referido, entendemos, pois, que a convocação da concessão no seio das empresas públicas embora, em princípio, desnecessária em face dos poderes sobre estas exercidos, reveste, no entanto, utilidade na medida em que reforça genericamente a regulação da atividade destas empresas à luz daquele regime e, no caso concreto das PPI's, constitui um importante instrumento aglutinador dos interesses conflitantes.

¹⁹³ PEDRO GONÇALVES sustenta, a este propósito, que «(...) a aplicação da técnica concessória permite aliás resolver um dos problemas de legitimação da execução de tarefas administrativas por este tipo de entidades de direito privado, já que assegura à Administração-mãe a titularidade de poderes de direção, de orientação e de fiscalização – o regime evita assim o esforço (despendido por alguma doutrina alemã) para enquadrar a supremacia (v.g. a possibilidade de ingerência) da Administração pública sobre as (suas) organizações em forma privada, que o princípio do Estado de direito democrático exige». – Cfr. *A Concessão...*, cit., pág. 150.

¹⁹⁴ Para mais desenvolvimentos, v.g. *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* [COM/2004/0327 final], disponível em <http://www.europa.eu>.

¹⁹⁵ Neste sentido, v.g. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., págs. 100, 101 e 124.

5. O MEMORANDO DA TROIKA E O “RENASCER” DA “CLÁSSICA” CONCESSÃO

A crise económica e financeira que atualmente se faz sentir na União Europeia¹⁹⁶ tem implicado um repensar quanto à atuação e controlo dos poderes públicos sobre os seus setores empresariais.

Em Portugal, a reorganização do setor empresarial público, apesar de “(...) *necessária (...) antes das pressões financeiras insustentáveis (...)*”¹⁹⁷, foi assumida como um dos compromissos a cumprir pelo Estado Português como contrapartida da ajuda financeira concedida e que deu origem à elaboração do “*Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*”¹⁹⁸ (doravante Memorando da Troika), assinado em 17 de maio de 2011 pelo Ministro de Estado e das Finanças, pelo Governador do Banco de Portugal e pela chamada “Troika” (composta pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional), e envolvendo, ainda, os três maiores partidos políticos. Tal compromisso encontra-se, ainda, vertido no “*Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*”¹⁹⁹, assinado na mesma data, e que enquadra o acordo estabelecido com o Fundo Monetário Internacional, baseando-se “(...) *nos mesmos pressupostos do acordo com a União Europeia*”²⁰⁰.

Como é consabido os dois documentos definem, em síntese, “*os pressupostos*”²⁰¹ de que depende a concessão de assistência financeira a Portugal, consubstanciando um “*verdadeiro programa de governo para os próximos três anos*”²⁰².

No que diz respeito ao setor empresarial público, os Memorandos contêm as seguintes linhas de atuação²⁰³: por um lado, pugna-se pelo reforço dos poderes públicos, mediante a implementação de mecanismos que conduzam a um maior controlo e transparência da atividade prosseguida pelas entidades que o compõem (v.g. os § §

¹⁹⁶ Para mais desenvolvimentos, v.g. EDUARDO PAZ FERREIRA, “Editorial”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011, págs. 9 e segs.

¹⁹⁷ Neste sentido, cfr. JOÃO PATEIRA FERREIRA, “Setor Público Empresarial Português”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011, pág. 67.

¹⁹⁸ A tradução em Português deste documento está disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

¹⁹⁹ A tradução em Português deste documento está disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

²⁰⁰ Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, “Apreciação Geral”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011, pág. 15.

²⁰¹ Cfr. *Ibidem*. No mesmo sentido, v.g., também, ROGÉRIO M. FERNANDES, FERREIRA, “Política Fiscal”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011, pág. 37.

²⁰² Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, “Apreciação Geral”, *cit.*, pág. 15.

²⁰³ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, v.g. JOÃO PATEIRA FERREIRA, “Setor Público Empresarial Português”, *cit.*, págs. 60 a 66.

3.22 a 3.30 do Memorando da Troika, destacando-se, a título de exemplo, o § 3.29 deste documento, nos termos do qual se exige um reforço dos “(...) *poderes de monitorização da administração central sobre todo o SEE*”, devendo, ainda, ser “(...) *definidos a calendarização e os conteúdos dos relatórios financeiros e operacionais (...)*” e adotadas decisões “(...) *a nível central para melhorar a eficiência das empresas, simultaneamente com a redução de custos financeiros (...)* tendo em conta as respetivas especificidades”); por outro lado, visa-se o redimensionamento do setor público empresarial, não só mediante a proibição de criação de novas empresas (v.g. o § 3.28 do Memorando da Troika que proíbe que se criem “(...) *quaisquer empresas públicas adicionais ao nível da administração central até que esta avaliação tenha sido concluída*”, esperando-se, ainda, neste contexto, que “(...) *o Governo submet[a] à Assembleia da República uma proposta de Lei a fim de que esta limitação seja igualmente aplicável à administração local (...)*” e promova “(...) *as iniciativas necessárias para que os mesmos objetivos sejam atingidos nas Regiões Autónomas*”), como também através da intensificação de uma política de privatizações.

Em relação a este último aspeto, os dois Memorandos preveem, de resto, que até 2013 os processos de privatizações abrangiam os setores dos transportes (Aeroportos de Portugal, TAP e a CP Carga), da energia (GALP, EDP, e REN), das comunicações (Correios de Portugal), e dos seguros (Caixa Seguros), assim como uma série de empresas de menor dimensão.

Na sequência destes documentos, o XIX Governo Constitucional procedeu à aprovação do seu Programa ²⁰⁴, assumindo o compromisso de se adotarem medidas de racionalização e de contenção do setor empresarial do Estado, concretamente das empresas públicas. Entre tais medidas, destaca-se a necessidade de definir o “*modelo de privatização*” ²⁰⁵ da TAP e da ANA, bem como de repensar, em relação ao Grupo RTP, “(...) *o posicionamento [do Estado] no setor da Comunicação Social, enquanto operador (...)*”, devendo o mesmo ser “ (...) *reestruturado de maneira a obter-se uma forte contenção de custos operacionais já em 2012 criando, assim, condições tanto*

²⁰⁴ Este documento está disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

²⁰⁵ Cfr. *Idem*, pág. 45.

para a redução significativa do esforço financeiro dos contribuintes quanto para o processo de privatização”²⁰⁶.

Os processos de privatizações, que se encontram na “ordem do dia”²⁰⁷ permitem, na nossa opinião, concluir (à semelhança do quanto dissemos *supra* na parte histórica) que, no quadro atual de esforço de contenção do endividamento público, os poderes públicos “(...) se volt[a]m para o setor privado para financiar os respetivos investimentos”²⁰⁸.

No que diz respeito à temática ora em análise, importa, igualmente, referir que as atuais políticas de “redução do papel económico do Estado”, “privatização de empresas públicas”, “diminuição dos poderes regulatórios”, “liberalização dos setores anteriormente sujeitos a regime de exclusivo público ou privado” e “limitação ou eliminação dos serviços públicos fomento da concorrência tanto a nível como internacional”²⁰⁹ contribuem para que a concessão recupere “(...) grande parte do sentido tradicional (...) enquanto ato que transfere a gestão de um serviço para uma entidade de direito privado”²¹⁰.

Com efeito, e conforme decorre dos processos acima mencionados, na medida em que os poderes públicos se “voltam” novamente para o privado para financiar as atividades económicas a prosseguir, não se envolvendo, assim, na sua gestão efetiva, a figura da concessão readquire importância/utilidade - tornando-se supervenientemente necessária - na sua “veste” clássica, isto é, enquanto instrumento de colaboração entre a Administração e privados na prossecução dessas atividades.

A atual “mudança de faceta” da concessão (com a conseqüente recuperação da sua dimensão Liberal) vem, também, em nosso entender, evidenciar a diversidade de “papéis” que esta figura encerra nos nossos dias: por um lado, umas vezes a utilização

²⁰⁶ Cfr. *Idem*, pág. 98.

²⁰⁷ No que diz concretamente respeito à TAP Transportes Aéreos Portugueses, S.A., importa referir que a respetiva operação de reprivatização foi aprovada em reunião de Conselho de Ministros de 2 de agosto de 2012, através da reprivatização do capital social da TAP - Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A. (TAP - SGPS, S.A.) - Cfr. Comunicado do Conselho de Ministros, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

Em relação à ANA, o Conselho de Ministros aprovou em 30 de agosto de 2012 o processo de privatização, mediante a alienação das ações representativas de até 100% do capital social desta empresa - Cfr. Comunicado do Conselho de Ministros, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

²⁰⁸ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Responsabilidade por danos de concessionários», in AA. VV. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, Org. LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ e ANTONIO CALONGE VELÁSQUEZ, Madrid, 1999, pág. 427.

²⁰⁹ Cfr. VITAL MOREIRA, “Serviço Público...”, *cit.*, pág. 225.

²¹⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*, *cit.*, págs. 136 e 137. No mesmo sentido, e a propósito do ordenamento jurídico Espanhol, v.g., também, JOSÉ MANUEL DIAZ LEMA, “La Privatización en el Ámbito Local...”*cit.*, pág. 116.

desta técnica assume-se, como referimos já, como um instrumento de colaboração entre público e privado para a prossecução das atividades a cargo dos poderes públicos; por outro lado, e noutros casos (como nos exemplos estudados em que operou a sua constituição a favor de empresas públicas), visa esta figura assegurar a regulação de tais atividades, garantindo, através do seu regime, a prossecução de objetivos de interesse público²¹¹.

Tais “facetas” assumidas pela concessão são, pois, elucidativas da “versatilidade” que encerra esta figura e da importância que a mesma reveste “*ao serviço de uma finalidade da política regulatória*”²¹².

Nestes termos, face aos diferentes “papéis” que a concessão assume nos nossos dias concordamos, pois, com PEDRO GONÇALVES no sentido de esta figura consubstancia atualmente um “*expediente*” de que os poderes públicos se servem no sentido do “*reforço da responsabilidade de garantia quanto ao funcionamento regular e contínuo do mercado (...)*”²¹³.

²¹¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações...*, cit., pág. 168.

²¹² Cfr. *Ibidem*.

²¹³ Cfr. *Ibidem*.

6. CONCLUSÕES

Na presente tese concluímos que o recurso à técnica concessória a favor de empresas públicas se traduz, em princípio, numa duplicação desnecessária de instrumentos jurídicos, porquanto, como tentámos demonstrar, os regimes dos setores empresariais públicos atualmente vigentes (*maxime*, o alcance dos poderes de acionista, no que diz respeito às empresas públicas de tipo societário e às empresas locais, e dos poderes de tutela e superintendência, no caso das entidades públicas empresariais), assim como as regras do setor de atividade em concreto permitem, na nossa opinião, regular o exercício das atividades prosseguidas por estas empresas em termos semelhantes à regulação por concessão.

Não obstante tais conclusões, considerámos que a convocação da concessão no seio das empresas públicas pode, em determinados casos, apresentar vantagens de ordem prática, porquanto para além de reforçar genericamente a regulação da atividade destas empresas, assegura também a conveniente concretização de algumas disposições que, à luz daquela figura, se pretendem transpor para o universo das empresas públicas.

Por último, referimos também que, mesmo nos casos em que o recurso a esta técnica não apresenta qualquer especificidade quer em relação aos regimes dos setores empresariais públicos, quer relativamente às regras do setor de atividade em concreto, pode, no entanto, a mesma revelar-se supervenientemente útil - ou diríamos mesmo necessária -, em decorrência dos processos de privatizações na sequência dos quais reassume esta figura a sua “faceta clássica”.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA:

ABREU, JORGE COUTINHO DE:

Da Empresarialidade (As Empresas no Direito), Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 1996;

“Definição de Empresa Pública”, in Separata do XXXIV do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1990;

“Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/99)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003;

ALEXANDRINO, MELO: *Estatuto Constitucional da Atividade da Televisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998;

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE: “Parcerias Público-Privadas: A experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, número especial dedicado ao VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Lisboa, 2005;

ALTE, SOFIA TOMÉ D’ : *A Nova Configuração do Setor Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 2007;

AMORIM, JOÃO PACHECO DE: *As Empresas Públicas no Direito Português – Em especial, as Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2000;

ARROWSMITH, SUE: *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londres: Sweet and Maxwell, 1996;

CABO, SÉRGIO GONÇALVES:

“O Novo Regime Jurídico das Empresas Públicas Municipais”, in *Seminário de Novas Perspetivas de Direito Público*, Lisboa, 1999;

A Fiscalização Financeira do Setor Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes – Estudo de Direito Português e de Direito Comparado, Lisboa, 1993;

CAETANO, MARCELLO:

Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 9.^a Edição, Coimbra: Almedina, 1980;
Lições de Direito Corporativo, Lisboa, 1935;

- CHAPUS, RENÉ: *Droit Administratif Général*, Tomo 1, 4.^a Edição, Paris: Montchrestien, 1995;
- CID, FRANCISCO JIMÉNEZ DE CISNEROS: *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1998;
- COLLAÇO, MAGALHÃES: *Concessões de Serviços Públicos (Sua Natureza Jurídica)*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES: *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, *Das Sociedades em Especial*, 2.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2007;
- CUNHA, PAULO OLAVO: *Direito das Sociedades Comerciais*, 3.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2007;
- DUARTE, ANTÓNIO PINTO: “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA*, Coimbra: Almedina, 2000;
- DUFAU, JEAN: *Les Entreprises Publiques*, Paris: éditions de L’Actualité Juridique, 1973;
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO:
“Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro”, in *Revista o Direito*, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005;
«Responsabilidade por danos de concessionários», in AA. VV. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, Org. LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ e ANTONIO CALONGE VELÁSQUEZ, Madrid, 1999;
- FERREIRA, EDUARDO PAZ:
“Aspetos Gerais do Novo Regime do Setor Empresarial do Estado”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA*, Coimbra: Almedina, 2000;
“Editorial”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011;
- FERREIRA, JOÃO PATEIRA: “Setor Público Empresarial Português”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011;

- FERREIRA, ROGÉRIO M. FERNANDES: “Política Fiscal”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011;
- FRANCO, A. L. SOUSA: *Noções de Direito da Economia*, Vol. I., Lisboa: Edição A.A.F.D.L., 1982-1983;
- FRANCO, A. L. SOUSA/ MARTINS, GUILHERME DE OLIVEIRA: *A Constituição Económica Portuguesa*, Coimbra: Almedina, 1993;
- GONÇALVES, PEDRO:
Entidades Privadas com Poderes Públicos, Coimbra: Almedina, 2005;
A Concessão de Serviços Públicos, Coimbra: Almedina, 1999;
“Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010;
“Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano (no Centenário do seu Nascimento)*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006;
Regime Jurídico das Empresas Municipais, Coimbra: Almedina, 2007;
Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação, Coimbra: Coimbra Editora, 2008;
- GONÇALVES, PEDRO/ MARTINS, LICÍNIO LOPES: “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- GOUVEIA, RODRIGO: *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- GUEDES, A. MARQUES: *A Concessão*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1954;
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE/ DEVOLVÉ, PIERRE: *Droit Public Économique*, 4.^a Edição, Paris: Daloz, 1983;
- LEITÃO, ALEXANDRA: “Contratos de Prestação de Bens e Serviços celebrados entre o Estado e as Empresas Públicas e Relações *in house*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, 2007;

- LEMA, JOSÉ MANUEL DIAZ: “La Privatización en el Ámbito Local (El Lento Declinar de los Monopolios Locales)”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- LÉRIAS, ANTÓNIO GERVÁSIO: “Evolução do Setor Empresarial do Estado”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA*, Coimbra: Almedina, 2000;
- MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA: “La Regulación subsiguiente a la Liberalización Y Privatización de Servicios Públicos”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- MEDEIROS, RUI/ LINO TORGAL: *Anotação ao artigo 293.º*, in JORGE MIRANDA\RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;
- MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE: *Curso de Direito Administrativo*, 19.^a Edição revista e atualizada até à Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005, São Paulo: Malheiros Editores, 2005;
- MODERNE, FRANK/ GERARD MARCOU : *L’Idée de Service Public dans le Droit des États de L’Union Européenne*, Paris: L’Harmattan (coleção Logiques Juridiques), 2001;
- MORAIS, LUÍS D. S.: “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na Sequência da Aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA*, Coimbra: Almedina, 2000;
- MOREIRA, VITAL: “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Setor Elétrico”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- OLIVEIRA, ANTÓNIO CÂNDIDO DE: “Empresas Municipais e Intermunicipais: Entre o Público e o Privado”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- OTERO, PAULO: *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Setor Empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998;

- PINA, CARLOS COSTA: “A Reforma do Regime das Empresas Públicas, o Direito Comunitário e a Concorrência”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado* – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA, Coimbra: Almedina, 2000;
- PORTO, MANUEL: “Uma Nova Filosofia de Intervenção na Prestação de Serviços: A Experiência Portuguesa nos Setores das Energias, Comunicações, Transportes, Abastecimento de Água e Saneamento”, in *Revista de Direito Público e Regulação* (disponível em <http://www.fd.uc.pt>), Coimbra: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2009;
- QUADROS, FAUSTO DE: “Serviço Público e Direito Comunitário”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS: *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos – Contributo para a Delimitação do Âmbito de Jurisdição Administrativa face às Entidades Empresariais Instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007;
- RODRIGUES, NUNO CUNHA:
“Golden-Shares” – *As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Acionista Minoritário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
“Apreciação Geral”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011;
- ROJAS, FRANCISCO JOSÉ VILLAR: “Privatización de Grandes Servicios Públicos”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- TORGAL, LINO: “Concessão de Obras Públicas e Ajuste Direto”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010;
- VIANA, CLÁUDIA: “Contratação Pública e Empresas Públicas: Direito Nacional e Direito Comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 52, 2005;

VAZ, MANUEL AFONSO: “Formas Organizativas do Setor Empresarial do Estado”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Juridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

JURISPRUDÊNCIA:

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler vs Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, de 10 de março de 2011, Proc. C-274/09, disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Relatório de Auditoria ao Setor Empresarial do Estado: Situação Financeira e Práticas de Bom Governo (Relatório n.º 1/2004, da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, disponível em www.tcontas.pt, 2004.

OUTROS DOCUMENTOS:

- *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário*, de 29/04/2000, Proc. n.º C 121/2, disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* [COM/2004/0327 final], disponível em <http://www.europa.eu>;
- *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, de 17/05/2011, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>;
- *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, de 17/05/2011, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>;
- *Programa do XIX Governo Constitucional*, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>;
- Comunicado do Conselho de Ministros de 2 de agosto de 2012, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>;
- Comunicado do Conselho de Ministros de 30 de agosto de 2012, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

ÍNDICE

1.	INTRODUÇÃO E SEQUÊNCIA	2
2.	A MUDANÇA DE PARADIGMA DA FIGURA DA CONCESSÃO	4
2.1	Estado Liberal	4
2.2	Estado Social.....	6
2.3	Estado Regulador	9
3.	A CONCESSÃO A FAVOR DE EMPRESAS PÚBLICAS.....	12
3.1	O Conceito de Empresa Pública.....	12
3.2	A Técnica Concessória a favor de Empresas Públicas.....	17
3.2.1	O Caso dos Sistemas Multimunicipais.....	19
4.	OS PODERES DE CONTROLO SOBRE AS EMPRESAS PÚBLICAS	24
4.1	Breve Caracterização.....	24
4.2	A Técnica Concessória e a Criação de Empresas Públicas	27
4.2.1	Uma Duplicação de Figuras?	27
4.2.1.1	As Empresas Públicas Estaduais de Tipo Societário e as Empresas Locais	27
4.2.1.2	O Exercício de “ <i>Influência Dominante</i> ” e a Regulação da Relação Concessória	31
4.2.1.3	As Entidades Públicas Empresariais	38
4.2.1.4	A Importância da Contratualização.....	39
4.2.2	O Reforço da Regulação da Atividade das Empresas Públicas.....	40
5.	O MEMORANDO DA TROIKA E O “RENASCER” DA “CLÁSSICA” CONCESSÃO	43
6.	CONCLUSÕES.....	47
	BIBLIOGRAFIA	48
	ÍNDICE	54