

CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O RESGATE — NATUREZA JURÍDICA

Pelo DR. ANTÓNIO JOAQUIM MENDES
DE ALMEIDA

I

SERVIÇOS PÚBLICOS

1 — Noção de serviço público. 2 — Critério do serviço público. 3 — Caracteres do serviço público. 4 — Formas de exploração dos serviços públicos. 5 — Vantagens e inconvenientes da concessão de serviços públicos.

1 — De entre as necessidades sentidas pelo comum dos cidadãos importa distinguir as que existem pelo facto da convivência em sociedade, justamente por isso chamadas necessidades colectivas.

A satisfação de algumas dessas necessidades não seria possível sem a intervenção do Estado. A satisfação doutras pode, porém, estar ao alcance dos particulares, mas de forma imperfeita, dispendiosa e irregularmente, de tal maneira que a Administração entende dever tomar a seu cargo o suprimento dessas necessidades. O regime a que recorre para o desenvolvimento da sua função é então o do serviço público.

Em sentido restrito definir-se-á serviço público como a organização de pessoas e bens, instituída pelo Estado ou por outra pessoa

colectiva de direito público, que, suprimindo a insuficiência da iniciativa privada, assegura a satisfação regular e contínua de necessidades colectivas mediante o emprego de meios de autoridade. Em sentido amplo a expressão abrange todos os serviços das pessoas colectivas de direito público. É no primeiro sentido que sempre a empregaremos, por a ele corresponder o seu sentido técnico (1).

2 — Quando podemos dizer que estamos em face dum serviço público ?

Segundo Jèze, para que se esteja em presença dum serviço público pròpriamente dito é necessário constatar a existência de «règles juridiques spèciales, de théories juridiques spèciales, qui, toutes, ont pour object de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible satisfaction aux besoins d'intérêt général ; et ces règles, pour ces raisons mêmes, sont susceptibles d'être modifiées à tout instant» (2).

Nota, no entanto, o ilustre administrativista francês, que só muito excepcionalmente os textos resolvem expressamente a questão decidindo que um serviço se regerá por tais ou tais regras, por estas ou aquelas teorias especiais. Na ausência de texto, cabe ao jurista indagar se a missão que a Administração tomou sobre si é um serviço público, a que se deverão aplicar as teorias especiais dum serviço público, ou se pelo contrário este não existe, sendo então de aplicar as regras e as teorias do direito privado.

Ao pretender estudar o regime jurídico do serviço público, o Prof. Magalhães Colaço escreveu que «não cabe no aspecto jurídico da ciência administrativa... averiguar dos motivos porque, em certa hora, chega ou se extingue o regime do serviço público: esse é o trabalho próprio a considerações políticas, económicas, doutra ordem enfim, e com que deve entrar em linha de conta aquele que entenda e queira criticar a forma por que, em dada época, as necessidades de interesse geral são satisfeitas...» (3).

(1) Cfr. Marcelo Caetano, Revista «O Direito», Ano 72.º, págs. 162 e segs.

(2) Cfr. Gaston Jèze, «Les Principes Généraux du Droit Administratif», Deuxième édition, Paris, 1914, págs. 242 e segs.

(3) Cfr. João Maria Tello de Magalhães Colaço, «Concessões de serviços públicos — Sua natureza jurídica», Coimbra, 1928, pág. 58.

E depois de exemplificar o que se passou com o culto católico, que a Carta Constitucional mandara erigir em serviço público, com o qual terminou o decreto de 20 de Abril de 1911, vem a concluir que para a técnica jurídica não há que discutir o problema das causas importando apenas «resolver o problema dos intuitos com que, em certa altura, o legislador adoptou ou pôs de parte um sistema de regras privativas à satisfação de necessidades de interesse geral» (1).

O ponto de vista do Prof. M. Colaço ficou assim claramente exposto reportando para as concepções políticas, religiosas e económicas, a crítica ao estabelecimento ou supressão dum serviço público pela Administração.

Desta atitude discorda o Dr. António Manuel Pereira, escrevendo que, «ao contrário do que sustentava o mencionado Professor», há que apreciar as causas determinantes da criação dum serviço público pela Administração. Políticas ou económicas elas marcam o momento da criação do serviço público, acrescentando parecer-lhe inaceitável a doutrina defensora da independência das causas e intuitos (2). Porém, o mesmo autor transcreve de Jèze a sua definição de serviços públicos, dada desta maneira :

«Sont unniquement, exclusivement, services publics des besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays, à une époque donée, ont décidé de satisfaire par le procedé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considerer.»

Aceitando esta definição, como parece, pois limita-se a completá-la com outras talvez para maior clareza da noção que pretende dar-nos, o Dr. António Manuel Pereira não pode deixar de merecer o nosso reparo pela contradição em que se coloca. Por um lado discorda do Prof. Magalhães Colaço dizendo que é inaceitável a doutrina defensora da independência das causas e intuitos, por outro aceita sem objecção o critério a que segundo Jèze nos devemos ligar para sustentar que existe um serviço público, onde é decisiva «l'intention des gouvernants».

(1) Cfr. Magalhães Colaço, Ob. cit., págs. 59 e 60.

(2) Cfr. Dr. António Manuel Pereira, «O Direito Administrativo — Doutrina e Jurisprudência», Porto, 1948, pág. 403.

Considerando perigosa a noção de Jèze, porque tem o inconveniente de deixar crer que o Estado pode a seu bel-prazer dar ou não a uma actividade qualquer o carácter de serviço público, Redeuilh propõe em substituição do critério daquele autor o da desordem social produzida pela suspensão, ainda que por curto período, da actividade considerada. Isto é, estaríamos em presença dum serviço público sempre que a suspensão da actividade que lhe corresponde, por breve que fosse, produzisse uma desordem social considerável. Para maior precisão, acrescenta Redeuilh outra condição: que a iniciativa privada, só por si, seja incapaz de a satisfazer por forma contínua e satisfatória (1).

Na sua obra Redeuilh mostra-se discípulo de Duguit, de cujo *Traité de droit constitutionnel* transcreve a passagem em que o insigne jurista francês se insurge contra a definição de Jèze.

O ponto de vista de Duguit deriva da sua crítica à concepção segundo a qual o direito é uma pura criação do Estado. Daí o ter afirmado: «... si une loi positive attribue expressément le caractère de service public à une activité déterminée, le juge sera obligé d'appliquer la disposition législative. Mais il n'en résultera pas que dans la réalité il y ait un service public; et celle-ci l'emportera tôt ou tard sur la décision arbitraire du législateur. D'autre part, j'estime que, ici, comme dans tout domaine social, le juriste manque à sa mission, s'il ne détermine pas, selon l'expression de Gényn, le donné social, c'est-à-dire la norme juridique que le législateur ne fait que constater et mettre en oeuvre» (2).

O problema tem, de facto, uma primeira solução que se coloca no plano filosófico. Mas, para além dela, julgamos poder afirmar que, pelo menos no campo da nossa investigação, é difícil dar um exemplo em que a realidade prevaleça sobre uma decisão do legislador. Porém, quando posta a questão num caso extremo, no domínio do puramente arbitrário, algumas hesitações viessemos a ter, cremos que nem por isso podíamos deixar de continuar a afirmar: para a técnica jurídica o que importa é constatar a existência dum serviço público.

(1) Cfr. Henri Redeuilh, «Nature Juridique de la Concession de Service Public», Bordeaux, 1925, pág. 10.

(2) Cfr. Léon Duguit, «Traité de Droit Constitutionnel», 2.^o édition, Paris, 1923, pág. 67.

Defendemos, no entanto, que o critério de Redeuilh (1) poderá ser um auxiliar poderoso em certos casos para nos encaminhar ao encontro duma solução classificatória. Por detrás dele, porém, deve estar um elemento mais decisivo, o que Jèze propôs, a intenção dos governantes.

3 — Confiando os particulares no desenrolar normal da actividade organizada em serviço público, para que as suas perspectivas não sejam contrariadas, e porque isso acarretaria uma perturbação social grande, a *regularidade e continuidade* do serviço público são asseguradas pela fiscalização e controle permanentes da Administração. Mediante estes, igualmente está garantida a *actualidade*, outra característica do serviço público, que sobreleva mesmo aquelas, como condição da sua verificação.

A regularidade e continuidade não se realizariam se não fora actual o processo do serviço público que, para bem satisfazer o interesse geral, deve acompanhar a evolução da técnica e da ciência, de modo a corresponder em cada momento às exigências políticas, económicas e sociais do meio.

Destinando-se ao público, todos os que preenchem as condições regulamentares estabelecidas pela Administração devem ser admitidos a utilizar o serviço. Não pode haver excepções, recusas, nas prestações do serviço público, como é próprio das empresas privadas, nem um preponderante fim de lucro lhe pode ser inerente.

4 — Uma vez constituído um serviço público torna-se necessário fixar-lhe a sua forma de exploração, que pode ser feita directamente pela Administração ou confiada a uma empresa privada. A esta hipótese, modo excepcional de exploração, mas com uma importância grande na vida administrativa de hoje, é que se chama concessão de serviço público.

(1) Cfr. H. Redeuilh, Ob. cit., pág. 7: «Le service public est une branche de l'activité humaine, qui, à une époque et dans un lieu données a une telle importance sociale, qu'elle ne saurait être interrompue un seul instant sans préjudice pour la collectivité et que les gouvernants ont le devoir d'assurer, parce l'initiative privée ne saurait y suffire...»

Depende da orientação política dum Estado, do papel que segundo a concepção dominante é reservado à iniciativa privada, a existência em maior ou menor porção de serviços públicos.

Num Estado liberal, com as suas funções limitadas à segurança da ordem interna e da paz internacional, as actividades organizadas em serviços públicos não-de ser evidentemente poucas. Em contrapartida, num Estado em que preponderem as doutrinas socialistas, restringida a iniciativa privada, logo as necessidades gerais e permanentes terão de ser satisfeitas predominantemente por meio de serviços públicos.

A tendência há muito verificada, e correspondente à decadência das concepções liberais, é para uma intervenção cada vez maior do Estado na vida colectiva. A multiplicação dos serviços públicos constata-se, desta forma, por toda a parte.

Se a exploração do serviço público pertence à Administração, que o gere por intermédio dos seus órgãos ou agentes, o processo chama-se *administração directa* ou *régie*. Se a pessoa colectiva pública proprietária do serviço por ela directamente administrado for um município, a régie tem a designação própria de *municipalização*.

5 — A forma de exploração de um serviço público que se deve preferir é verdadeiramente um problema que se situa no campo da Economia Política. Convirá pôr a questão em cada caso concreto adoptando então a solução que a natureza do serviço e as condições políticas e económicas do país aconselharem.

No entanto, quando se adopte a concessão, será porque ela oferece uma ou algumas das seguintes vantagens :

— Entregue a um particular a gestão dum serviço público, a Administração dispensa-se de efectuar as despesas de construção de obras, porventura grandes, indispensáveis ao regular funcionamento do serviço. Para as realizar teria de recorrer ao empréstimo ou ao imposto, e um e outro processos podiam constituir encargos a recair injustamente sobre pessoas menos interessadas na organização do serviço.

— O interesse particular do concessionário, mitigado pela fiscalização do Estado que lhe proíbe a cobrança de taxas elevadas, é um factor poderoso de economia de custos, levando à adopção dos mais novos processos e à redução de despesas, com o que o público vem a beneficiar.

— No fim da concessão — esta é sem dúvida uma grande vantagem — normalmente revertem gratuitamente para o concedente as obras e as instalações do serviço, feitas à custa do concessionário, o que se traduz num grande benefício para a colectividade.

— Finalmente, a posição do Estado perante uma concessão de serviço público é a melhor para poder ajuizar das razões do público reclamante e impor, sendo caso disso, que sejam atendidas.

Estas vantagens são, porém, diminuídas pela possibilidade de o concessionário poder, no seu interesse próprio, explorar o público, exigindo tarifas excessivamente altas, ou ainda pela persistência de processos antiquados que reduzem a comodidade e a utilidade do serviço. Por outro lado, sucede naturalmente que havendo transmissão gratuita das obras e instalações no fim da concessão, o concessionário nos últimos anos não introduz qualquer melhoria no serviço e nem sequer cuidará da reparação do material.

Estes inconvenientes são de considerar, mas parece ser possível obstar a eles se no contrato de concessão forem previstas medidas a esse fim destinadas, e quando a fiscalização dum Estado, com prestígio político e financeiro, for capaz de se impor. Sem dúvida que na hipótese de reversão gratuita, nos últimos anos da concessão o concessionário se desinteressa. Deverá então intervir uma fiscalização mais rigorosa do Estado (1).

As vantagens indicadas têm aconselhado o regime da concessão para uma enorme quantidade de serviços públicos de carácter industrial e comercial. Com efeito, a natureza técnica desses serviços não se compadece com a lentidão própria da administração directa que, sujeita a entraves políticos, financeiros e burocráticos, deixaria de aplicar, logo que se tornassem convenientes, os processos mais actuais, com isso prejudicando grandemente a colectividade (2).

(1) *Cfr.* Marcelo Caetano, «Manual de Direito Administrativo», 3.^a edição, Coimbra, 1951, pág. 550.

(2) Por isso se dizia no Relatório do decreto n.º 13.829, de 17 de Junho de 1927 — Lei dos Caminhos de Ferro : «... Devemos pois continuar a melhorar a nossa rede, e para isso é preferível o recurso a empresas concessionárias, renunciando o Estado a funções de carácter comercial e industrial, que difficilmente desempenha satisfatoriamente sem peias burocráticas nem abusivas intromissões da política.

Assente o princípio de que sobremodo convém a cooperação de empresas concessionárias...».

II

CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

6 — Circunstâncias que fizeram desenvolver o uso da concessão de serviços públicos. 7 — A moderna concessão de serviços públicos e a antiga concessão de obras públicas: elementos preponderantes em cada uma delas. 8 — A evolução do conceito e as diferentes fases da doutrina acerca da natureza jurídica do acto de concessão. 9 — Teoria da concessão-contrato. 10 — Teoria da concessão acto unilateral. 11 — Soluções ecléticas: na Itália; em Portugal; a teoria da concessão-contrato de direito público. 12 — Cont. soluções ecléticas: a teoria da concessão-acto complexo, lei-convenção ou convenção-contrato. 13 — A solução do Prof. Marcelo Caetano: a concessão de serviços públicos pode operar-se por acto ou por contrato administrativo; algumas observações.

6 — A concessão de serviços públicos é uma instituição própria do século actual, consequência da intervenção cada vez maior do Estado na vida colectiva.

No último quartel do século XIX tem lugar em grande escala a organização de serviços públicos com o fim de fornecer ao homem as comodidades que lhe proporcionavam as recentes descobertas da ciência.

Desenvolvem-se os meios de comunicação, criando-se grandes redes de caminhos de ferro e empresas de transportes marítimos. Formam-se, aos centros urbanos, água, gás e electricidade.

As vantagens representadas por essas descobertas e o progresso por elas realizado convertem-nas em verdadeiras necessidades que o Estado se viu obrigado a satisfazer.

Tornava-se necessário, porém, realizar obras de grande envergadura para pôr em funcionamento o serviço que havia de satisfazer as novas necessidades. Por outro lado, o empreendimento nem sempre era fácil porque havia que contar com a natural relutância de certa parte do público pelas inovações. A exploração podia não ser rendosa, e pelo menos não o era de início.

As condições financeiras dos Estados quase sempre não eram propícias a enfrentar as despesas necessárias para a realização de obras e compra do material de estabelecimento, e de qualquer forma a Administração não queria sujeitar-se às consequências resultantes dum prejuízo mais ou menos prolongado da exploração.

Muitas actividades se tornava necessário organizar em serviço público e a situação financeira dos Estados não comportava a possibilidade de a todas atender, responsabilizando-se pelos encargos que daí resultassem.

A Administração vê-se forçada a solicitar a colaboração de particulares, a quem confia a gestão de serviços, conferindo-lhes meios que em princípio só a ela pertencia utilizar. Esses meios vão ser usados pelo gestor particular, concessionário, fazendo funcionar o serviço público por sua conta e risco, mas sempre no interesse geral.

7 — A concessão de serviços públicos tem precedentes nas antigas concessões de obras públicas, as quais, se as fizermos remontar ao séc. XVI, correspondiam a verdadeiros contratos de enfeudamento em que o concessionário adquiria em perpetuidade o domínio útil das obras que se encarregava de realizar (1).

No século passado, assente a doutrina da inalienabilidade do domínio público, o conceito jurídico da concessão de obras públicas havia de evoluir no sentido de cessar a perpetuidade das concessões e os direitos de propriedade delas resultantes.

Assistiu-se então à destruição de situações constituídas, mediante a introdução, no domínio da Administração da ideia do resgate das concessões.

Durante o séc. XIX a concepção que domina, ainda ligada à *concessão de obras públicas*, é a de que a concessão é um contrato pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam perante a Administração a fazer executar, por sua conta e risco, uma obra de utilidade pública, mediante a fruição duma portagem ou de outras vantagens estipuladas no acto de concessão (2).

(1) Cfr. Philippe Comte, «Essai d'une Théorie d'Ensemble de la Concession de Service Public», Paris, 1934, pág. 8.

(2) Cfr. Delalleau, cit. em Ange Blondeau, «La Concession de Service Public — Étude d'Histoire du Droit Administratif», Grenoble, 1929, pág. 24.

A construção duma obra de interesse público, como elemento de conceito de concessão em voga no século passado, é então a predominante.

Em certo momento se notou, porém, que a realização de certas obras (redes de caminho de ferro, serviços de distribuição de água, gás e energia eléctrica) era insignificante, no ponto de vista da Administração, quando confrontada com o funcionamento do serviço a que serviam de base.

Assim se formou um novo conceito de concessão administrativa, a concessão de serviço público, em que é secundária a construção de obras, sendo por outro lado essenciais a gestão do serviço por um particular e o direito deste cobrar dos respectivos utentes as taxas que são a remuneração das prestações fornecidas (1).

8—A evolução do conceito, partindo da antiga concessão de obras públicas, tem paralelo nas diferentes fases da doutrina acerca da natureza jurídica do acto de concessão.

O assunto foi versado na literatura jurídica dos países onde o Direito Administrativo primeiro adquiriu foros de disciplina autónoma, e a sua solução impunha-se, mais do que por qualquer razão teórica, por uma necessidade prática.

Na segunda metade do séc. XIX muitas questões se levantaram suscitadas pela natureza perpétua das antigas concessões de obras públicas. No último quartel do século, descobertas recentes exigiam mesmo que a Administração introduzisse modificações nos serviços públicos concedidos, por forma a facultar ao público as comodidades proporcionadas pelas inovações industriais.

9—O conceito inicial de concessão era dominado pela ideia de contrato, com a rigidez que este possui no Direito privado. Contrato atípico ou inominado, a concessão era tida como uma convenção estabelecida entre duas partes que só por uma nova convenção podia ser alterada.

Esta concepção dimanava da doutrina francesa (2), e entre nós

(1) *Cfr.* Philippe Comte, *Ob. cit.*, pág. 10.

(2) *Cfr.* Henri Redeuilh, *Ob. cit.*, págs. 36 e segs.

teve sequazes, dos quais poderemos citar Taibner de Moraes e Dias Ferreira (1).

Atribuir à concessão as características dum contrato que não pudesse ser alterado sem mútuo consentimento dos pactuantes era privar a Administração de defender o interesse público, negar-lhe a sua função e reconhecer a possibilidade de alienação de poderes públicos.

Semelhante concepção, de feição tipicamente liberal (2), defendendo os interesses privados com subversão do interesse público, não podia resistir ao evoluir da doutrina.

10 — As antigas concessões de obras públicas, tendo por elemento predominante a construção duma obra de interesse público, cedem o seu lugar na doutrina administrativa às concessões de serviços públicos.

O elemento primordial duma concessão é agora o funcionamento do próprio serviço, o qual se protelava por um período quase sempre longo.

A intervenção da Administração nas condições de exploração era requerida pela necessidade de garantir o interesse público, que exige a regularidade, a continuidade e conseqüentemente a actualidade do serviço público. Importava fundamentar juridicamente a intervenção da Administração na regulamentação do serviço concedido.

Surge então, opondo-se à teoria da concessão-contrato, a teoria da concessão *acto unilateral do Poder público*.

É na Alemanha que esta concepção é enunciada de forma extrema (3), sendo ainda a posição unilateralista que domina em Inglaterra (4).

Em Portugal também essa doutrina teve os seus adeptos em Bernardo de Albuquerque e Pinto de Mesquita, que sustentaram

(1) Cfr. Bernardo Lucas, «O Concurso da Viação Americana», Porto, 1906 — Anexos n.ºs 65 e 66, pág. 137.

(2) Cfr. Otto Mayer, «Le Droit Administratif Allemand», édition française par l'auteur, Paris, 1906, T. IV, Partie Spéciale, pág. 163.

(3) Cfr. Otto Mayer, Ob. cit., T. e P.º cit., pág. 166.

(4) Cfr. Bernardo Lucas, Ob. cit., Anexo n.º 64, pág. 131.

que a concessão era um acto de administração graciosa (1), um acto precário, portanto.

Como *acto unilateral do Poder público*, segundo a concepção que estamos a analisar, a concessão podia sempre ser revogada livremente pela Administração, a qual podia igualmente introduzir nas condições de exploração do serviço as alterações que lhe parecessem aconselhadas pelo interesse geral.

Assim, e no interesse público, único preponderante, o extremismo da doutrina sacrificava desmedidamente o interesse do concessionário. Os particulares, aceitando uma concessão, colocavam-se, segundo aquela concepção, numa situação indesejável, sujeitos a verem constantemente alteradas as condições em que se haviam comprometido a fornecer as prestações do serviço público.

As consequências práticas da doutrina são fáceis de intuir, certo como é que ninguém aceitaria nenhuma concessão, pelo menos quando envolvesse uma grande aplicação de capital, pois a precariedade de todas elas colocava a situação financeira do concessionário completamente na dependência da Administração.

A aceitação da doutrina da concessão acto administrativo unilateral, com todas as consequências a que podia conduzir, seria o desaparecimento da concessão como forma de exploração dos mais importantes serviços públicos. A Administração ficaria grandemente privada do concurso dos particulares num campo onde ele lhe tem sido imensamente útil, ou pelo menos não conseguiria a sua colaboração senão à custa de pesados encargos.

As duas posições doutrinárias fundamentais sobre a natureza jurídica do acto de concessão, implicando um extremismo nas suas consequências — a da *concessão-contrato*, sacrificando desmedidamente o interesse geral, e a da *concessão-acto unilateral*, gracioso, exagerando o sacrifício do interesse privado — não serviam o interesse prático da Administração e conduziam a situações verdadeiramente injustas. Daí que tenham surgido tentativas de solução ecléctica que, embora não tenham dado ao problema uma solução completamente satisfatória, algumas, pelo menos, lançaram muita luz sobre ele.

(1) Cfr. Bernardo Lucas, Ob. cit., Anexos n.ºs 63 e 69, respectivamente em págs. 127 e 145.

11 — Na Itália a corrente dominante considera também em princípio a concessão como um acto unilateral, mas a sua natureza pode variar com as circunstâncias, vindo a tornar-se bilateral. Assim, a maior parte dos autores italianos admitiram ao lado das *concessões puras* ou *concessões-licenças* as *concessões contratos* (1).

Nestas últimas, sempre aliás contratos de natureza especial, contratos *sui generis*, além da autorização de exploração contêm-se compromissos da Administração, como por exemplo subsídios financeiros.

Em Portugal, Guimarães Pedrosa, José Tavares, Teixeira de Abreu e Afonso Costa, embora não tenham tomado uma atitude expressa perante o problema, mostram-se no entanto inclinados para a solução ecléctica admitindo que algumas vezes as concessões assumam a forma de contratos, mas em todo o caso contratos de natureza especial (2).

Neste último passo faz-se alusão ao conceito de contrato de direito público, proposto na Alemanha por Laband e adoptado também em França, com ele se tentando conciliar a teoria da concessão-contrato com a necessária intervenção da Administração nos serviços públicos concedidos (3).

Mas semelhante concepção só serviria para legitimar o arbítrio da Administração, defendendo a existência de contratos com um objecto de tal maneira impreciso que aquele qualificativo se tornaria impróprio.

Criticando a doutrina, o Prof. Marcelo Caetano com toda a propriedade chamou aos contratos de direitos público *contratos em branco*, tornando mais notória a sua inaplicabilidade prática, fora da investidura de funcionários a propósito do que Laband dissertou. Concessionários, empreiteiros e fornecedores não contratam certamente com a Administração sujeitando totalmente a esta a sua situação económica.

(1) Cfr. Bernardo Lucas, Ob. cit., Anexo n.º 64, pág. 131. H. Redeuilh, Ob. cit., pág. 30.

(2) Cfr. Bernardo Lucas, Ob. cit., Anexos n.ºs 62, 64 e 70, respectivamente em págs. 120, 121 e 146.

(3) Cfr. H. Redeuilh, Ob. cit., pág. 45.

Marcelo Caetano, Revista «O Direito», Ano 70.º, pág. 7.

12 — Da conciliação experimentada distinguiu-se a teoria da concessão *acto complexo*.

Segundo esta teoria o acto de concessão possui um duplo aspecto, regulamentar e contratual. A unidade jurídica do acto de concessão é meramente aparente, dele fazendo parte cláusulas de diferente natureza que importa, portanto, distinguir.

O acto de concessão pressupõe um acto administrativo unilateral, um acto legislativo ou regulamentar, e um acordo entre concedente e concessionário, criador duma situação jurídica individual. No primeiro aspecto a concessão é susceptível de ser alterada pela Administração, dominada pelo critério do interesse público, e no segundo aspecto apenas por outro acordo a situação jurídica constituída pode ser destruída.

O conteúdo do acto foi pela primeira vez atingido na sua complexidade, e desprezar a sua forma externa para atender aos deveres e direitos que ao concedente e concessionário ficavam por virtude da concessão, foi o grande passo em frente dado para a solução do problema.

Entre nós a teoria da concessão acto complexo ou misto foi adoptada pelo Prof. Magalhães Collaço, que aceita a classificação sugerida por Duguit, que definiu a concessão de serviço público como o tipo perfeito da *lei-convenção* (1).

Classificando a concessão de serviço público como uma *lei-convenção* ou *convenção-contrato*, os autores da teoria do acto complexo conseguiram de facto uma construção doutrinária que harmonizava com lógica a existência no mesmo acto de cláusulas legais ou regulamentares e contratuais.

Mas a solução não é ainda plenamente satisfatória. Ela quebra desnecessariamente a unidade jurídica do acto de concessão.

Os autores da teoria do acto misto reconhecem a existência na concessão de cláusulas de *actos que eles próprios consideravam distintos*. Em concordância eles censuram certamente as tentativas de redução da concessão a uma unidade jurídica, como expressamente sucede com o Prof. Magalhães Collaço (2).

(1) Magalhães Collaço, Ob. cit., pág. 89.

(2) Ob. cit., pág. 89.

Todavia o Prof. Marcelo Caetano, criticando a teoria do acto misto, diz que os seus autores «limitaram-se a considerar como unidade jurídica a simples junção material, no mesmo instrumento (o caderno de encargos), de cláusulas de dois actos que eles próprios, afinal, consideravam distintos» (1). Parece-nos, porém, que o Prof. Marcelo Caetano só tem razão quanto a esta última parte. Não se podem acusar os partidários da teoria da concessão acto misto de qualquer incoerência. Uma coisa é a classificação unitária dos actos que constituem a concessão, outra seria crer na unidade jurídica do acto que, como acto complexo, é constituído por um conjunto de actos jurídicos entre si de natureza diferente, apenas reunidos num mesmo documento.

Os defensores da teoria da concessão acto complexo «tocando o ponto essencial da questão» (2) abriram o caminho para a solução última permitindo antever que a concessão pode afinal revestir a forma dum contrato e dum acto administrativo unilateral. Só faltava um conceito de contrato que se ajustasse à realidade jurídica expressa na concessão de serviço público. Essa a missão da mais recente doutrina.

Se a tese da lei-convenção estabelecida a divisão adentro do acto de concessão, é justo salientar que o Prof. Magalhães Collaço teve a intuição da solução pela unidade. Haja em vista o rigor com que ele fixou a interdependência dos dois elementos lei e convenção, e particularmente os seus limites ao poder regulamentar da Administração (3).

A doutrina da lei-convenção, na sua expressão pura, pode atacar-se de facto porque, deixando à Administração uma grande liberdade no domínio da concessão que se classifica de *lei*, as consequências seriam as dum verdadeiro contrato leonino. Mas não só tal ideia repugna ao Prof. Magalhães Collaço (4), como também lendo as suas páginas se vislumbra o regime do moderno contrato administrativo, que só faltava autonomizar.

(1) *Cfr.* Marcelo Caetano, *Manual cit.*, pág. 539.

(2) *Cfr.* Marcelo Caetano, *Ob. e loc. cit.*

(3) *Cfr.* Magalhães Collaço, *Ob. cit.*, págs. 93 e segs.

(4) *Cfr.* *Ob. cit.*, págs. 100 e segs.

13 — A concepção do acto misto, mistura de regulamento e contrato, deve proscrever-se, diz o Prof. Marcelo Caetano.

Com efeito, sendo a concessão essencialmente uma transferência de poderes de certa pessoa para certa pessoa, nunca se poderá fazer por via geral e impessoal. Logo, não é pelo regulamento que ela se opera.

O regulamento é na concessão, como em todo o contrato administrativo, um elemento natural deste (1).

Assim rebateu o Prof. Marcelo Caetano a concepção do acto misto.

Ao tomar posição no problema o mesmo autor afirmou que, não havendo nexó necessário entre a transferência de poderes e determinada forma, nada há que imponha ser a concessão possível só por contrato ou por acto unilateral. Uma e outra forma são possíveis na concessão de serviços públicos, havendo portanto que analisar em cada caso concreto qual a que se adoptou (2).

O contrato de concessão será então um contrato administrativo, abrangido pelo conceito dado pelo Prof. M. Caetano no seu «Tratado de Direito Administrativo» (3) que, alterando o já anteriormente proposto na Revista «O Direito», vem perfeitamente ajustar-se à concessão de serviços públicos.

(1) *Cfr.* Marcelo Caetano, in «O Direito», Ano 72.º, pág. 168.

(2) *Cfr.* M. Caetano, Manual cit., pág. 539.

(3) Na Revista «O Direito», Ano 70.º, pág. 9, o Prof. M. Caetano havia assim definido contrato administrativo: — «é o acordo pelo qual a administração associa duradoura e directamente um particular à realização de qualquer dos seus fins específicos, sujeitando-o na execução das prestações convencionadas a normas regulamentares pre-existentes ou insertas no próprio contrato».

No seu Tratado e no seu Manual, vem assim definido o contrato administrativo: — «é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga para com a Administração a colaborar temporariamente no desempenho de atribuições administrativas sujeitando-se às exigências do interesse público definidas por actos do Poder, mediante remuneração a perceber nas bases estipuladas. «— Manual cit., pág. 277: *Tratado Elementar de Direito Administrativo, Coimbra, 1943, Vol. I, pág. 309.*

A acentuação do carácter temporário da colaboração e do elemento remuneração do concessionário denota a maior perfeição da definição proposta em último lugar, vindo a permitir, pelo primeiro, englobar nela o contrato de concessão de serviços públicos.

A concessão de serviços públicos além do contrato, assume por vezes a forma de acto unilateral. Isto não significa, sem mais, que na última hipótese ela seja sempre livremente revogável pela Administração, pois em princípio o acto legalmente constitutivo de direitos é irrevogável.

Constituída por acto unilateral a concessão ainda poderá ser ou não precária. Neste último caso o acto é irrevogável por se tratar dum acto constitutivo; a Administração não pode, portanto, introduzir na concessão as modificações que entender, nem fazê-la cessar senão mediante certas condições ou decorrido que seja um certo prazo. Nas concessões precárias, o acto administrativo que as originou tem o regime dos actos não constitutivos, e como tal a Administração pode introduzir-lhes as alterações que entender, como fazê-las cessar em qualquer momento (1).

Concretizando o seu ponto de vista o Prof. M. Caetano escreveu: «A observação da prática da vida jurídica mostra que nuns casos a transferência é precedida de negociações tendentes a fixar os termos em que se fará e toma a forma de um acordo de vontades cujos efeitos foram livremente determinados pelas partes: estamos então em presença dum *contrato*. Noutros casos a vontade do particular não intervém constitutivamente na formação da relação jurídica, e a concessão produziu-se por mera manifestação de vontade de um órgão da Administração agindo segundo a lei, limitando-se o concessionário a aceitar ou não os poderes que lhe são oferecidos: temos então um *acto administrativo*» (2).

O campo de aplicação do acto administrativo como constitutivo de direitos de concessionário é, pelo menos, mais restrito do que o delimitado pelo texto.

Parece que o que impressionou o Prof. M. Caetano na classificação a dar ao acto por que se forma a concessão foi o ter havido ou não negociações prévias de modo a poder-se concluir que existe um acordo de vontades cujos efeitos foram livremente determinados pelas partes.

(1) *Cfr.* M. Caetano, in «O Direito», Ano 72.º, pág. 169; Tratado e vol. cit., pág. 230.

(2) *Cfr.* Manual cit., pág. 540.

Sem dúvida que as negociações prévias são um indício da *livre determinação das partes*. Mas pensar que esta não existe, ou existe menos, porque essas negociações faltaram, é utilizar no Direito Administrativo uma imagem própria da vida privada, cuja aplicação no comércio jurídico tem sido cada vez menor.

Quer-nos parecer que a necessidade da aceitação pelo concessionário, senão sempre, pelo menos muitas vezes derivará da bilateralidade dum acto, na aparência unilateral. Mas quando a intervenção do concessionário seja tão ilimitada que por essa forma o acto pareça unilateral, há que averiguar bem se os efeitos jurídicos queridos pelo concessionário e pelo concedente foram ou não determinados uns pelos outros. Naquele caso estamos em presença dum contrato tenha ou não havido negociações prévias.

O contrato de concessão de serviços públicos é um contrato administrativo (1), e como tal é sua característica essencial a submissão do outorgante particular aos regulamentos da Administração. E nem se diga que isso será justificar o arbítrio dos governantes, argumento que se apresentou contra a doutrina da concessão *contrato de direito público*.

O interesse público cria para o concessionário uma situação especial, sujeito como fica às alterações regulamentares que podem afectar-lhe os seus planos de ordem financeira razoavelmente formulados. Mas um compromisso de colaboração leal e recíproca é a base das relações jurídicas resultantes dum contrato administrativo. Daí se segue que, se por um lado os particulares contratantes se sujeitam a eventuais modificações capazes de tornar mais difícil a sua situação, por outro a Administração garante-lhes os seus interesses legítimos.

Assim, se o interesse público exigir que a Administração introduza alterações no serviço público, tornando mais onerosas as prestações do concessionário, a remuneração devida a este sofrerá no caso a modificação conveniente por forma a restabelecer-se o equilíbrio financeiro que preside inicialmente ao estabelecimento das condições de exploração.

(1) Cfr. M. Caetano, «Tratado cit.», págs. 304 e segs.

III

O RESGATE DAS CONCESSÕES

§ 1.º

O direito de resgate

14 — A ideia de resgate, condições do seu aparecimento : necessidade de harmonizar o interesse público com o interesse privado.
15 — O uso da concessão restringido em alguns Estados por virtude da influência de ideologias políticas ; o resgate como forma equitativa de fazer cessar as concessões.

14 — O resgate das concessões é uma ideia que aparece na doutrina administrativa em defesa do interesse público quando se tornava necessário pôr termo a concessões que tinham sido outorgadas perpetuamente o que as havia convertido em verdadeiras formas de aquisição de propriedade.

Nas antigas concessões, que eram verdadeiros contratos de feudo, verificava-se entre concessionário e concedente, então o Rei, uma situação semelhante à que existe entre o senhorio directo e o enfiteuta. Havia um verdadeiro desmembramento da propriedade, criando-se propriedades imperfeitas com a correspondente situação de proprietários para o Rei e para o concessionário.

Este direito de propriedade revestia-se da perpetuidade como característica o que era incompatível com o interesse público, dada a irrevogabilidade unilateral que era inerente aos pactos por que se constituíam as antigas concessões.

Não foi esse o conceito que se manteve porque o evoluir da doutrina não permitiu a subsistência duma concepção de propriedade tão individualista. Pelo contrário impõe-se uma concepção de propriedade em que a função social desta predomina, alargando-se o número de restrições que no interesse do público esse direito terá de sofrer.

Em contraposição à doutrina da concessão contrato formula-se a da concessão acto unilateral, de origem germânica, donde provinha também a maior oposição ao Estado liberal.

Mas com esta doutrina os interesses particulares em jogo na concessão sofriam rudes golpes que, em última análise, vinham a prejudicar a própria Administração, privada como ficava da colaboração dos particulares no exercício das suas funções.

Sem dúvida que os particulares, colaborando com a Administração, podem ser-lhe muito úteis e beneficiar o público naquele sector em que àquela compete suprir as necessidades colectivas para as quais a iniciativa privada se revelou nitidamente insuficiente. Portanto, independentemente duma razão jurídica, havia uma necessidade prática a desaconselhar a doutrina germânica da concessão acto unilateral. O interesse público e o interesse privado, que pareciam em oposição irredutível, tal como os apresentavam as duas doutrinas mais representativas sobre a natureza jurídica do acto de concessão, foram, porém, harmonizados graças à ideia de resgate, traduzida no poder que a Administração tem de pôr termo a uma concessão mediante a atribuição duma indemnização ao concessionário — que lhe é devida juridicamente pelos riscos que corre aplicando capital — verificando-se que a empresa é rendosa. Essa legítima expectativa de lucros não pode ser contrariada, sob pena de ilicitude, por uma intromissão violenta do Poder público que, como guardião do direito, deve ser o primeiro a agir dentro dele.

Assim, estava votada ao insucesso a concepção da concessão acto administrativo gracioso — que não satisfazia sequer o interesse prático da própria Administração — como refutação da perpetuidade das concessões proposta pela concepção contratual.

A intervenção da Administração tornava-se necessária ainda quando o acto não revestisse natureza perpétua, e só porque as condições técnicas da exploração deviam ser modificadas, sob pena de os serviços públicos ficarem aquém das necessidades que se propunham satisfazer.

A conciliação do interesse público com o particular era possível com o resgate que, conferindo ao concessionário uma indemnização pelos prejuízos que lhe adviessem da cessação da concessão, deixava campo aberto à Administração para levar as inovações técnicas à exploração do serviço público.

O resgate solucionava assim o problema que consistia na intromissão do Poder público em actos de que ele era parte, sem se cometer qualquer espoliação.

15 — O aumento do Poder público e o predomínio de ideias de feição mais ou menos socialista têm feito com que alguns Estados nos últimos tempos tenham chamado a si a administração de muitos serviços públicos, até então concedidos.

Considera-se ofensivo do interesse público a prosperidade de certas empresas concessionárias de serviços públicos, com os seus lucros excessivos, e ao encontro dessa ideia os Governos de alguns países têm assumido a administração directa dos serviços que organizam, ou fazem cessar as concessões existentes.

Nesta última hipótese o processo a adoptar, se se quiserem respeitar os interesses dos concessionários, segundo uma interpretação conforme à equidade e à justiça, é o resgate das concessões.

A ideia de resgate pode dizer-se então que domina naqueles países em que os princípios legais em vigor sobre propriedade privada exigem o respeito pelos interesses dos particulares chamados a colaborar com a Administração, por forma que num plano de justiça se solucionem os problemas suscitados pela cessação forçada duma concessão.

§ 2.º

Aplicação do resgate

16 — Concessões a prazo fixo, concessões precárias e por tempo indeterminado ; uso do resgate nas primeiras e possibilidade de ele ser previsto também nas segundas. 17 — O resgate contratual e o resgate extracontratual. 18 — As concessões anexas resgatadas com a concessão principal. 19 — A quem compete resgatar.

16 — O resgate tem lugar quando a Administração entende dever fazer cessar a concessão, antes do tempo fixado para o seu termo normal, ou decorrido que seja um certo prazo, ainda que por parte do concessionário se não tenham cometido quaisquer faltas às suas obrigações contratuais.

Quer então dizer que o resgate não é uma sanção porque não tem por finalidade punir faltas mas antes é um meio de que se serve a Administração para fazer cessar um sistema de exploração que, em nome do interesse público, ela entende dever modificar.

Certos serviços públicos pela sua importância económica, política e social, requerem o empreendimento de grandes obras, a compra de muito material, isto é, a aplicação de grandes somas de capital. Embora seja aconselhável no ponto de vista da Administração reduzir ao mínimo o prazo a fixar às concessões, a verdade é que algumas delas, por aquela circunstância, requerem um grande número de anos para que o capital seja totalmente reembolsado. A forma de lhes pôr termo, quando porventura o interesse público o exija, é então o resgate, se no caso concreto forem igualmente merecedores de protecção os interesses particulares do concessionário. O resgate harmoniza assim o interesse público com o do concessionário.

A medida com efeito legitima-se por um princípio de justiça que impede que não sejam tomados em qualquer consideração os sacrifícios dos concessionários, traduzidos num risco de infrutífera aplicação de capital. Tal princípio de justiça reforça-se por esse outro que impõe uma repartição igualitária, por todos os seus membros, dos sacrifícios que a manutenção ou progresso duma comunidade exigirem.

Assim se justifica que devam repudiar-se as teorias em que pretende basear-se o arbítrio da Administração, fazendo cessar as concessões de serviços públicos em condições que são verdadeira privação ilegítima de direitos que aos concessionários pertencem.

O resgate foi inicialmente aplicado às concessões perpétuas.

As concessões perpétuas deixaram de ser feitas pela Administração porquanto é contrário ao interesse público que a gestão dum serviço público fique perpétuamente confiada a um particular, e porque muitas dúvidas podiam surgir quando a Administração entendesse dever intervir, nunca o vindo a fazer sem ter que dispor duma pesada indemnização.

As novas concepções políticas e um correspondente aumento do poder do Estado tornaram inusitadas as concessões perpétuas.

A tendência actual é para reduzir dentro do possível o prazo das concessões, o qual deve fixar-se de acordo com o princípio de que deve dar-se ao concessionário o tempo bastante para, segundo os

cálculos que razoavelmente se devam fazer, ele amortizar o seu capital com o rendimento da exploração.

Exemplos de concessões a longo prazo são normalmente as de caminho de ferro, como é natural pelo grande capital que nelas se emprega. Entre nós as concessões de caminhos de ferro têm uma duração que pode ir até 90 anos, segundo o art.º 57.º do decreto n.º 13.829, de 17 de Junho de 1927, Lei dos Caminhos de Ferro, estando no entanto previsto o direito de resgate ao cabo do prazo mínimo de dez anos de exploração (art.º 65.º da mesma Lei).

Por sua vez o actual Código Administrativo, para as concessões a outorgar pelas Câmaras Municipais, em obediência à tendência indicada, no n.º 1.º do seu art.º 362.º, estabelece que o prazo daquelas, salvo disposição de lei especial, não poderá ser superior a vinte anos.

Acerca dos prazos de concessões ainda se discute se o que mais convém à Administração é a fixação dum certo prazo às concessões ou antes contratá-las por tempo indeterminado.

As concessões por tempo indeterminado caracterizam-se por, não tendo sido estipulado um prazo, o contrato poder ser rescindido em qualquer momento.

A diferença fundamental entre as concessões a prazo fixo e as concessões por tempo indeterminado é que, sendo o prazo fixado de acordo com o princípio de que deve ser dado ao concessionário o tempo necessário para se reembolsar do seu capital, é evidente que é menos onerosa para a Administração a aquisição da exploração findas que sejam as concessões daquele primeiro tipo. A posse do serviço pela Administração, que normalmente tem lugar gratuitamente decorrido o prazo duma concessão, se esta for por tempo indeterminado só terá lugar, rescindida a concessão, mediante o pagamento do justo valor das instalações.

Embora se diga que a concessão por tempo indeterminado concilia as vantagens da concessão com as conveniências da Administração pública, a verdade é que a posse gratuita do estabelecimento, como possibilidade normal da Administração no fim duma concessão a prazo fixo, justifica a preferência por esta modalidade caracteristicamente europeia (1).

(1) Cfr. Marcelo Caetano, «Manual» cit., pág. 546.

As concessões precárias, não oferecendo ao concessionário grandes garantias, pois tratando-se de verdadeiras licenças são livremente revogáveis pela Administração, também não permitem a esta a posse gratuita do serviço.

A ausência de garantias para o concessionário não permite também que as concessões precárias sejam utilizáveis para pôr a funcionar um serviço público de grande importância e que requeira uma avultada aplicação de capital. Esta não se pode fazer sem as garantias que oferece uma concessão a prazo fixo ou uma modalidade que se lhe aproxime.

As concessões a tempo indeterminado, em que não estiver previsto o resgate, têm, no aspecto que estamos considerando, um regime semelhante às concessões precárias, na medida em que a posse do serviço pela Administração, numas e noutras é acompanhada da aquisição das instalações e utensílios pelo seu justo valor. Trata-se dum verdadeiro acto de compra a efectuar pela Administração em seguida à rescisão da concessão (1).

Pode afoitamente dizer-se que o resgate legal só terá lugar numa concessão a prazo fixo. Pela leitura do art.º 12.º da Lei de 26 de Julho de 1912 chega-se indubitavelmente a essa conclusão.

Porém, quanto ao resgate contratual, é perfeitamente admissível que numa concessão em que se não marcou prazo as partes convenionem que em certos anos intervalados por períodos regulares seja permitido à Administração resgatar a concessão nas condições esti-

(1) A tempo indeterminado existia em Portugal a concessão do Caminho de Ferro da Beira que era, segundo o Prof. M. Caetano, um característico *indeterminate permit* (Manual, 2.ª ed., pág. 126). Durante o período em que não fosse possível executar o resgate, à revogação unilateral pela Administração devia seguir-se a compra do estabelecimento da concessão.

Perante este exemplo parece não poder dizer-se que o resgate pressupõe uma concessão a prazo fixo, como o Prof. M. Caetano também afirmou (Manual, 2.ª ed., pág. 139). Com efeito, se o resgate pressupõe uma concessão a prazo fixo, como aparece ele num característico *indeterminate permit*? Sem dúvida que há contradição nas duas passagens, e então há que optar por uma de duas conclusões: ou a concessão do Caminho de Ferro da Beira não era um característico *indeterminate permit* ou o resgate pode existir numa concessão sem prazo.

Aceitamos esta segunda conclusão porque não vemos como o conceito de resgate exija necessariamente um prazo na concessão.

puladas. É claro que esta ideia afasta aquela outra de que o prémio de evicção, inerente ao resgate, exige um termo para o seu cálculo, elemento que nos não parece necessário.

Creemos mesmo que a ideia de estender a applicabilidade do resgate à concessão sem prazo se reforça com a circunstância de inicialmente ele se ter applicado mesmo às concessões perpétuas. Este facto, portanto, demonstra a inessentialidade do prazo como elemento dos conceitos de prémio de evicção e de resgate.

O prémio de evicção não exige necessariamente que se tenha fixado um prazo. Se o contrato a ele se referir, embora em concessão por tempo indeterminado, às estipulações convencionais se deverá recorrer para o seu cálculo. Na falta delas, o que não será muito provável, porque então seria deixar no contrato uma cláusula de âmbito muito discutível, não pode a Administração impor qualquer critério. Em matéria de resgate, quanto ao quantitativo da indemnização, as únicas imposições que a Administração poderá fazer, na falta de convenção ou de lei especial, são as que lhe permite a Lei de 26 de Julho de 1912, mas só quanto a concessões a prazo. Quer dizer, o resgate não é incompatível com uma concessão a tempo indeterminado mas o que não pode faltar, sob pena de inapplicabilidade daquele, são as cláusulas que hão-de servir de base ao cálculo da indemnização.

Mas sendo o resgate uma forma de exercício pela Administração do seu direito inalienável de intervir na organização dos serviços públicos, não se segue daí que ele devia applicar-se a todas e quaisquer concessões? — Não.

A Administração pode sempre intervir na organização dos serviços públicos, ainda quando não possa usar do direito de resgate.

As concessões por tempo indeterminado, onde o resgate não está previsto, e em que a Administração deva intervir, poderão por ela ser rescindidas, e essa attitude, justificada por mera conveniência administrativa, não dá àquella quaisquer direitos sobre o estabelecimento da concessão que deverá ser adquirido pelo seu justo valor.

O regime é totalmente diferente do resgate, no qual se faz intervir uma indemnização correspondente aos lucros que o concessionário deixou de ter, mas que legitimamente lhe eram devidos.

No momento em que firma o contrato, o concessionário, muito embora sabendo que o seu acto não lhe confere a inalterabilidade de

cláusulas próprias do direito privado, confia no entanto que os seus interesses não-de ser objecto da protecção do direito contra a própria Administração.

Na interpretação que houver de fazer-se dum contrato de concessão não deixa de considerar-se a reciprocidade dos interesses que existe também num contrato administrativo.

Embora o interesse público não possa ser sacrificado ao interesse privado, sem dúvida que a este deve ser garantido um mínimo de satisfação que justifique a disposição do particular de colaborar com a Administração. A esse espírito devem ser interpretadas as cláusulas contratuais.

É evidente que a Administração não pode ter garantido ao particular um certo ganho, porquanto isso seria converter os contratos administrativos numa fonte cómoda de ganho, quando os contratos privados o não são. Se estimula com certas cláusulas o concessionário, tornando um empreendimento mais ou menos atraente, é evidente que não quer com isso garantir-lhe um certo lucro. Diminui o carácter aleatório ao contrato, rodeia-o de certas garantias financeiras, mas subsiste o risco de em condições normais o concessionário ganhar ou perder.

O princípio do equilíbrio financeiro, característico dos contratos administrativos, e subsistente como tal na concessão, não implica a ausência de risco de perdas ou ganhos, mas como princípio de equilíbrio exige que a alteração de condições determinantes imponha correspondentemente a alteração das determinadas (1).

A interpretação dos contratos administrativos far-se-á sempre de acordo com um princípio de equilíbrio financeiro que deve supor-se na base das estatuições.

17— O resgate justifica-se naturalmente quando a duração da concessão deva ser prejudicada com uma alteração que se torna necessário introduzir no regime da exploração, e duas formas ele pode revestir, a contratual e a extracontratual, respectivamente também designadas por resgate particular e resgate legal ou de interesse público.

(1) *Cfr.* Marcelo Caetano, «Tratado» cit., pág. 328.

Esta última designação deve-se ao facto de para essa modalidade de resgate a lei exigir uma declaração de interesse público a fazer na forma por ela indicada, e essa formalidade determina-lhe uma certa característica que lhe serve para por ela se designar, não obstante o interesse público, inerente a toda a actividade administrativa, existir também no resgate contratual.

Este é o que consta dum diploma de concessão, e terá lugar nas condições especialmente previstas para aquele caso particular. Ao outorgar uma concessão a entidade concedente estabeleceu que o resgate a ter lugar se há-de verificar em determinadas circunstâncias, mediante o pagamento duma indemnização a calcular segundo certos elementos que então se indicam, condições que o concessionário expressa ou tácitamente aceita.

O resgate contratual é também imposto por certas disposições legais, como o n.º 4.º do art.º 362.º do actual Código Administrativo que o manda inserir nos diplomas de concessão a outorgar pelas Câmaras, o n.º 5.º do art.º 58.º da Lei das Águas que o prevê para as concessões de águas públicas para abastecimento de povoações, e o art.º 65.º da Lei dos Caminhos de Ferro, para as concessões dessa espécie.

O resgate extracontratual ou legal é o regulado pela legislação geral sobre expropriações por utilidade pública. A ele se referia já a Lei de 26 de Julho de 1912, como a ele se refere a Lei n.º 2.030, de 22 de Junho de 1948.

No art.º 3.º daquela Lei se enuncia o princípio geral do resgate das concessões, completado com o art.º 12.º onde se fixa a exigência do prazo de garantia e se estabelece o critério a usar no cálculo da indemnização.

O resgate legal suscita um problema importante que consiste em saber se são supletivas as disposições que o prevêem, por forma que só se aplicarão se o caderno de encargos for omisso quanto ao resgate, ou se pelo contrário a estipulação contratual do resgate não afasta a possibilidade de aplicação do resgate de interesse público pela Administração.

Sendo o resgate uma forma da Administração intervir na organização dos serviços públicos, é um poder de ordem pública e como tal existe sempre, tenha ou não sido previsto contratualmente.

A inalienabilidade do direito da Administração de organizar serviços públicos impõe que o direito de resgate não possa ser afastado por cláusulas contratuais. Estão feridas de nulidade as cláusulas que disponham contra o poder de resgate da Administração.

Caracterizadas como leis de ordem pública as normas que regulam o resgate de interesse público, resulta daí que as cláusulas estipulando o resgate contratual devem subordinar-se-lhes. Não podem contradizê-las, apenas podendo regular em pormenor as condições em que em certos casos o resgate poderá ter lugar.

O resgate contratual terá então que subordinar-se às normas reguladoras do resgate legal, e mais do que isso a natureza de ordem pública abstracto dessas disposições implica que, embora previsto num contrato de concessão o resgate particular, para ter lugar decorrido um certo prazo, ainda que este se não tenha verificado, logo que decorra um terço do tempo máximo da concessão poderá ter lugar o resgate nos termos da Lei de 26 de Julho de 1912.

O art.º 3.º desta Lei quis dar à Administração, por uma razão semelhante porque lhe confere o poder de expropriar a propriedade alheia, o direito de fazer cessar em nome do interesse público a gestão dum serviço público por um particular.

Embora a estrutura jurídica do resgate e a do serviço público não permitam que aquele seja classificado como uma forma de expropriação por utilidade pública, a verdade é que o resgate legal mantém com esta figura jurídica uma grande afinidade.

A Lei de 26 de Julho de 1912 exige que o resgate a verificar-se tenha lugar decorrido um certo prazo, o *chamado prazo de garantia*, no caso um terço do tempo máximo de duração da concessão.

O prazo de garantia justifica-se como correspondente ao período de iniciação, durante o qual se ensaia a exploração, por forma que só decorrido ele se poderão esperar lucros. Antes do prazo de garantia seria difícil, se não impossível, calcular a indemnização do resgate por falta de elementos que com exactidão o permitissem. Isto, pelo menos, quando não se queira ou possa atribuir ao prazo de garantia o significado de com ele se reservar ao concessionário o direito à exploração durante o tempo necessário para se reembolsar do capital de estabelecimento. O prazo de garantia é portanto para o concessionário uma condição óptima, pois pode confiar que durante esse período não

será privado da gestão do serviço e com base nele pode já realizar os seus cálculos.

A prorrogação do prazo de garantia, traduzindo-se numa vantagem para o concessionário, não é evidentemente aceite pela Administração sem que correspondentemente aquele se responsabilize por um acréscimo compensador de benefícios para o público.

Se antes do prazo de garantia a Administração quisesse fazer cessar a concessão, mas lhe interessasse a continuação do serviço, o processo a seguir já não seria o resgate mas a compra, contratada em pé de igualdade com o concessionário.

Além do prazo de garantia exigido pelo art.º 12.º da Lei de 1912, exige também o seu § 1.º que o resgate seja anunciado pelo menos com um ano de antecedência.

Esse período que precede o resgate e que se inicia com o aviso prévio, tem por fim permitir ao concessionário que tome as decisões exigidas pela situação que vai enfrentar, e durante ele deverá ter lugar uma intromissão da Administração na direcção técnica e financeira da empresa por forma que, no fim da concessão, o serviço prosiga sem alterações que sempre prejudicariam o público (1).

Quer dizer, pretende-se que a Administração se habilite durante esse período a tomar conta do serviço, ao mesmo tempo que se evita que o concessionário, a partir de então desinteressado na conservação do material e no funcionamento regular do serviço, proceda de forma a angariar a maior soma de lucros com prejuízo da colectividade.

O aviso prévio é independente do prazo de garantia, por forma que poderá ter lugar ainda no decurso deste. Com o prazo de garan-

(1) Por isso se dizia no Relatório do decreto-lei n.º 35.199, de 24 de Novembro de 1945, acerca do resgate da concessão do serviço público de transportes colectivos explorado pela Companhia Carris de Ferro do Porto: — «... É inerente, por definição, ao exercício da faculdade de resgate, em qualquer concessão de serviço público, a necessidade de um período de adaptação. E assim, visto que... se confirma desde já a efectivação do resgate... aquela necessidade conduz à fixação imediata do referido período de transição, tão curto quanto possível e acompanhado de certas determinações de carácter objectivo, tendentes a assegurar a continuidade do serviço no momento de plena efectivação do resgate e a facilitar a resolução definitiva do assunto...».

tia pretende-se que a concessão dure o tempo necessário para o serviço passar a fase de iniciação, com aviso prévio apenas dar ao concessionário o tempo necessário para se preparar para deixar a exploração. Portanto o aviso prévio para se fazer não tem que esperar pelo decurso do prazo de garantia.

Independentemente duma estipulação contratual pode ter lugar o resgate previsto na Lei de 26 de Julho de 1912, e dada a natureza de ordem pública da norma legal que o estabelece, não podem as partes contratantes afastá-lo. Trata-se do exercício dum direito inalienável de organizar serviços públicos. O resgate deve, portanto, subentender-se em qualquer contrato de concessão em que se tenha estipulado um prazo.

Relativamente à razão de interesse público justificativa da aplicação do resgate, cremos poder-se ir ao ponto de afirmar que o fim de simples substituição dum concessionário por outro pode determinar a Administração, sem que por isso o seu acto se possa atacar por desvio de poder. Este ponto de vista, mais fácil de defender no resgate contratual, entendemos que deve prevalecer também no resgate legal. Se é certo que no primeiro caso não há sequer que discutir um provável prejuízo do concessionário — porque, realizado o resgate nas condições em pormenor aceites no contrato, os seus interesses foram por ele suficientemente salvaguardados — também no segundo caso, além de que pode haver um manifesto interesse público em substituir o concessionário, a lei consagra o critério de ele ser pensado dentro do razoável.

18 — O resgate é em regra total, isto é, o serviço passa no seu conjunto, por meio dele, para a Administração e com ele o material e as instalações, nas condições constantes do contrato ou previstas pela lei.

Além da concessão principal existem por vezes concessões acessórias, sendo regra que o resgate se exerce globalmente abrangendo uma e outras, desde que sejam do mesmo concedente.

Resgatada a concessão principal, o concessionário passará a ter muito menos interesse, senão mesmo prejuízo, em conservar as concessões anexas. Por tal motivo é justo que se obste a essa situação, resgatando com a concessão principal as acessórias. De resto, esse

será também, senão sempre, a maior parte das vezes, o interesse do concedente (1).

19 — A quem compete resgatar ?

A este propósito cumpre distinguir o resgate contratual do extracontratual.

O primeiro, regulado como é pelo diploma de concessão, poderá o concedente realizá-lo nos termos aceites pelo concessionário.

O Código Administrativo, no n.º 26.º do art.º 51.º, em correspondência com os poderes para conceder a exploração de serviços públicos, confere às Câmaras Municipais também o de resgatarem as concessões, quando o julguem conveniente, nos termos dos respectivos contratos, os quais terão sempre por base um caderno de encargos aprovado pelo Governo.

O resgate extracontratual importa uma declaração de interesse público, hoje deferida à competência do Conselho de Ministros, conforme o disposto na al. c), n.º 2.º, do art.º 12.º da Lei n.º 2.030, de 22 de Junho de 1948.

§ 3.º

Natureza jurídica do poder de resgate

20 — O resgate e a rescisão. 21 — O resgate e a venda. 22 — O resgate e a expropriação por utilidade pública. 23 — A cláusula de resgate. 24 — Apreciação das doutrinas que concebem o resgate como «cláusula acessória» e como «negócio jurídico».

20 — A Administração reserva-se o direito de rescindir o contrato de concessão quando o concessionário deixar pelo seu lado de cumprir as obrigações em que se constituiu, demorando, por exemplo,

(1) Dispõe, por ex., o art.º 14.º do decreto n.º 16.767, de 20 de Abril de 1929: «Se o concessionário de um aproveitamento hidroeléctrico usufruir também de uma concessão de linhas para o transporte da energia produzida, a duração e prazo de resgate destas serão uniformizadas com os da concessão hidroeléctrica, a fim de que o conjunto das obras reverta para o Estado na mesma época e que este possa exercer ao mesmo tempo o resgate das duas concessões».

o início da exploração ou permitindo a interrupção no seu funcionamento, faltas não justificadas por força maior.

A essa forma de rescisão do contrato por inexecução de obrigações pelo concessionário chama-se caducidade, reservando-se a palavra rescisão para designar, com o seu sentido restrito, a rescisão por conveniência administrativa, consequência dum direito inalienável da Administração de pôr fim a um contrato administrativo quando o interesse público o aconselhe e independentemente de facto ilícito do outro contraente.

Os motivos de caducidade são indicados na lei ou no contrato, ressaltando-se sempre a justificação das faltas por motivos de força maior.

Sendo a caducidade uma sanção, resulta compreensível a relevância dos motivos indicados, havendo contratos que inserem nos seus documentos constitutivos definições e exemplos que servirão para classificar as faltas em que porventura o concessionário incorra. À lei ou ao contrato se deverá então recorrer para saber em cada caso se estamos ou não em presença duma falta a que se deve aplicar a caducidade.

Caso de força maior, segundo a doutrina (1), será um facto imprevisível, independente da vontade do concessionário que o impede absolutamente de cumprir as suas obrigações para com a Administração que representa o interesse público.

Diferentes serão as consequências e o regime dum caso imprevisível, o qual, sendo ainda imprevisível e alheio à vontade do concessionário, não o impede contudo de cumprir apenas tornando as suas obrigações mais onerosas. Nesta hipótese, considerando que a colaboração do concessionário com a Administração se supõe sempre interessada, assiste-lhe o direito de requerer uma indemnização compensadora duma maior despesa, mas não poderá cessar o funcionamento do serviço.

A caducidade da concessão é então uma sanção aplicável pela Administração a um concessionário faltoso, distinguindo-se com toda a facilidade do resgate, que não é uma sanção.

Quando, apesar da caducidade, a Administração tenha de pagar ao concessionário o custo das instalações e do material, esse custo

(1) *Cfr.* Prof. M. Caetano, «Tratado cit.», pág. 338.

não tem qualquer semelhança com a indemnização do resgate. Nesta incluir-se-ão os lucros que o concessionário deixou de ter por causa do resgate, lucros cessantes, enquanto que pela caducidade não será devida qualquer importância que lhes corresponda.

Na lei ou no caderno de encargos se indicam os motivos da caducidade, fixando-se também as condições em que terá lugar a passagem do serviço público para a Administração. Destas depende a importância da caducidade como sanção, podendo suceder que seja nulo o seu efeito como tal, sobretudo se a exploração não der rendimento e se tiver estipulado que, tendo ela lugar, as instalações passem para a Administração mediante o pagamento do seu valor. O mesmo sucederá se o estabelecimento for propriedade do concedente que o tenha dado de arrendamento.

Querendo rescindir por inexecução um contrato de concessão a Administração deverá ponderar as consequências que daí advêm ao concessionário pois poderá suceder que a medida não seja eficiente como sanção, devendo então considerar se não deverá antes optar pelo sequestro, sem dúvida quase sempre a mais eficaz sanção a adoptar contra o concessionário.

Em consequência da caducidade o concessionário perde a importância da caução que depositou para garantir o cumprimento das suas obrigações, ou em substituição ser-lhe-á cobrada uma indemnização de perdas e danos pela falta.

Além da rescisão por indemnização há ainda a rescisão por conveniência administrativa, processos a que a Administração recorre quando, independentemente de qualquer falta do concessionário, entende dever fazer cessar uma concessão precária ou por tempo indeterminado, estando afastada a aplicabilidade do resgate. Não tem qualquer carácter de sanção e conseqüentemente tem mais semelhanças com o resgate que a outra forma de rescisão, por inexecução.

À rescisão por conveniência administrativa, dependente como está da Administração, também se chama rescisão facultativa.

François Lecomte (1), criticando parte da doutrina francesa, dá razão a M. Chardenet que aproximou o resgate da rescisão facul-

(1) *Cfr.* François Lecomte — *Le Rachat des Concessions*, Paris, 1942, págs. 71 e segs.

tativa. Nomeadamente pretende este autor refutar a ideia de alguns juriconsultos que entendem não poder a Administração pôr termo em qualquer momento à concessão, dadas as condições económicas e financeiras que a rodeiam e o longo prazo do contrato.

Um e outro dos autores citados vêm a concluir pelo direito da Administração de rescindir uma concessão, quer seja de obras quer de serviços públicos — neste último caso por meio do resgate, único modo de rescisão facultativa do contrato de concessão.

Aliás esta era a doutrina de Jèze (*Les contrats administratifs*, II, pág. 257, cit. por R. E. Soares) (1). Tal ponto de vista, refutando-o, observa R. E. Soares, «deriva do não reconhecimento da revogabilidade em geral, cuja falta tenta suprir construindo uma teoria do resgate, com fisionomia de *résiliation facultative*».

Não podemos aceitar a não revogabilidade em geral, condição essencial da tutela do interesse público, e porque queremos ver na rescisão facultativa outras consequências que não podem derivar do resgate — nomeadamente no que respeita ao âmbito da convertibilidade dos direitos do concessionário, menor neste instituto — não podemos seguir o ponto de vista de Jèze, adoptado por F. Lecomte.

O Prof. M. Caetano (2), a propósito da rescisão por conveniência administrativa, salienta o caso de algumas concessões em que se estabeleceu uma forma intermédia entre a concessão a prazo fixo e a concessão por tempo indeterminado: «a concessão não tem prazo de duração mas só pode ser rescindida em certos momentos espaçados entre si por períodos regulares (de 10 em 10 anos, por exemplo)». Nesta hipótese, diz o mesmo Prof., «a rescisão aproxima-se muito do resgate não sendo impossível encontrar previsto o pagamento de prémio de evicção».

Quer-nos parecer que, sendo o prémio de evicção característico do resgate, quando a cessação da concessão for acompanhada dele, com propriedade se deve falar em resgate e não em rescisão facultativa. Será, portanto, um uso impróprio dum termo para designar um

(1) Rogério Erhart Soares — Dissertação de licenciatura apresentada na Faculdade de Direito de Coimbra em 1949.

(2) *Cfr.* Manual cit., 3.^a ed., pág. 572.

instituto diferente. Admitir o contrário é aderir à tese da identidade do resgate com a rescisão.

A situação do particular que pode ser atingido pela rescisão do acto de concessão por mera conveniência administrativa, justifica que em seguida a ela, se o concedente quiser adquirir as instalações do serviço, as pague pelo seu justo valor (1). Outro é o regime do resgate.

Como nota o Prof. M. Caetano, a rescisão por conveniência administrativa «não dá lugar ao pagamento de indemnização ao concessionário visto que este recebeu a concessão com a cláusula de em qualquer altura aquiescer à vontade do concedente restituindo-a. Mas o concedente tem de pagar pelo seu justo valor o preço do estabelecimento e de todos os bens empregados na exploração que transitam para a sua posse, sem nunca esquecer tratar-se de uma transmissão amigável que a mera conveniência administrativa aconselha e na qual o concessionário deverá sofrer a menor lesão possível».

21—A existência dum preço de resgate põe a questão de saber se o resgate em si não será um contrato de venda (2).

A negativa impõe-se porquanto pelo resgate se não opera uma transferência de propriedade, característica essencial do contrato de venda.

Por outro lado, o que se chama o preço do resgate não é senão a designação imprópria atribuída a uma quantia que corresponde a uma indemnização e não a um preço de venda. Com efeito o preço da venda é uma prestação de valor equivalente à coisa adquirida, enquanto que o chamado preço de resgate é uma indemnização dada ao concessionário como compensação do seu prejuízo por não lhe ter sido permitido continuar fruindo as vantagens provenientes da sua gestão do serviço público.

Os efeitos jurídicos do resgate são fundamentalmente a cessação duma situação jurídica, a concessão, enquanto que os efeitos da venda são antes os duma transmissão, consequentemente um prolongamento duma situação jurídica em proveito do novo proprietário.

(1) *Cfr.* Manual cit., 3.^a ed., pág. 572.

(2) *Cfr.* François Lecomte, *Ob. cit.*, págs. 78 e segs.

Se o resgate tem por objecto o serviço público, este, pertencendo ao domínio público, é inalienável e portanto nunca sobre ele podia existir uma venda.

Esta afirmação não implica que se queira dizer que não possa haver vendas por virtude dum resgate. Quando se estabelecer que cessando a concessão pelo resgate o concedente poderá ou deverá adquirir certos materiais móveis ou de consumo, e até em alguns casos as próprias instalações, mediante o pagamento dum certo valor, evidentemente que se contratou uma venda, absolutamente lícita porque incide sobre coisas que são propriedade do concessionário. Quer dizer, o resgate não é uma venda, mas em conexão com ele podem ter lugar vendas, operações que importam a transferência da propriedade de coisas que pertenciam ao concessionário. O resgate, incidindo sobre coisas do domínio público, por lei inalienáveis, é por esse facto inconfundível com qualquer venda.

Existe no entanto uma modalidade de venda que se chama a venda a retro (1) que aparenta certas semelhanças com o resgate. Por ela o vendedor pode readquirir a coisa vendida, dentro dum certo prazo, restituindo o preço.

Mas a condição resolutiva aposta na venda a retro não impede que o negócio produza desde logo os seus efeitos, apenas podendo dissolver-se com a produção do facto condicionante, a restituição do dinheiro. Há aqui portanto uma transferência de propriedade, facto que nunca se opera pela concessão e portanto o resgate não pode corresponder ao retrato. O concessionário nunca foi proprietário do serviço que apenas lhe compete gerir no interesse do público.

A importância devida ao concessionário pelo facto do resgate tem a natureza duma indemnização porquanto com ela não se pretende entregar-lhe uma contraprestação de valor equivalente a uma coisa adquirida, como sucede com o preço numa venda, mas antes compensá-lo dos prejuízos sofridos por ter cessado a concessão.

O concessionário havia feito os seus cálculos que são para si as condições em que se prestou a colaborar com a Administração. Os seus interesses merecem legitimamente ser respeitados. É justo que,

(1) Hoje proibida pelo Código Civil, art.º 1.587.º.

sendo privado da fruição das vantagens que lhe advinham da concessão, ele seja compensado pelos prejuízos. É essa a finalidade da indemnização do resgate e é essa a ideia que preside ao cálculo desta.

O cálculo da indemnização faz-se segundo o prejuízo advindo ao concessionário pelo resgate, e não segundo as vantagens que com ele tem o resgatante. É justamente por modo inverso que o comprador se dispõe a dar o preço. Dá-o sim segundo as vantagens que a coisa adquirida lhe traz.

O preço de compra quando muito compreende o rendimento que porventura a coisa adquirida daria naqueles poucos anos que se seguem ao contrato, enquanto que no preço do resgate se compreendem os lucros prováveis que a concessão daria se continuasse, sem deixar de se considerar até o desenvolvimento da exploração quando haja indícios de que ele teria lugar se o serviço continuasse a ser gerido pelo mesmo concessionário.

A indemnização não deve, no entanto, consistir num benefício propriamente dito para o concessionário, pois o resgate não pode transformar-se numa fonte de novos lucros. Deve limitar-se a considerar as expectativas fundadas do concessionário, justificadas pela prosperidade que a empresa alcançou.

Não sendo então o resgate uma venda, não devem incidir sobre ele os impostos devidos por contratos dessa natureza. Dado, porém, que em conexão com o resgate propriamente dito podem existir actos de venda tendo por objecto bens que sejam propriedade do concessionário e que passam para a Administração, importa distinguir *para efeitos de tributação* a operação essencial das conexas, mas independentes sob o ponto de vista jurídico.

Aludimos ao resgate legal porquanto o particular há-de ter lugar nas condições previstas no caderno de encargos.

Foi no art.º 3.º da Lei sobre expropriações por utilidade pública, de 26 de Julho de 1912, que o resgate extracontratual foi reservado às entidades adjudicantes de concessões de serviços públicos, uma vez que fosse declarado de interesse público.

A inclusão, num texto que se propunha como diploma geral regular as expropriações por utilidade pública, do resgate extracontratual, sugere sem dúvida uma classificação das duas operações jurídicas numa relação de género para espécie.

Mas não apenas isso, para o resgate legal exigem-se condições de fundo e de forma que ainda mais o aproximam das expropriações por utilidade pública (1).

Assim, e quanto às primeiras, é necessário que um fim de utilidade pública justifique o resgate, que a declaração de interesse público seja feita por uma entidade de direito público (2), e finalmente ainda é devida uma indemnização ao concessionário cessante.

Quanto às condições de forma, no resgate legal, semelhantemente ao que sucede no processo de expropriação, a indemnização pode obter-se por acordo dos interessados, mas se este se não consegue tem lugar o que se chamará *pròpriamente* uma *fase judicial*.

Não obstante a semelhança imposta pelo regime, há no entanto uma diferença de estrutura entre a expropriação por utilidade pública e o resgate. Com efeito, este tem por objecto os direitos de gestão dum serviço público que o concessionário havia recebido para usar, em substituição da Administração, durante um certo tempo, enquanto que a expropriação incide sobre bens imóveis e direitos a eles inerentes, cuja propriedade é transferida definitivamente do património dum particular para o de uma pessoa colectiva de direito público. Quer dizer, enquanto que pela expropriação se opera uma transferência de propriedade, pelo resgate tal não se verifica porque o serviço público foi sempre propriedade da Administração que se limitou a transferir temporariamente o exercício de direitos de gestão.

(1) Sobre este número consultámos :

— François Lecomte, Ob. cit., págs. 75 e segs.

— Prof. M. Caetano, «Manual cit.», 3.^a ed., págs. 607 e segs.

— David Augusto Fernandes, «Lições de Direito Civil» (Direitos Reais), de harmonia com as prelecções do Ex.^{mo} Prof. Doutor Pires de Lima ao curso do III ano jurídico de 1940-1941, Coimbra, 1941, págs. 227 e segs.

(2) A semelhança acentuada na doutrina tem tido os seus reflexos na própria legislação determinando um uso impróprio de termos.

Os decretos n.º 14.961, de 21 de Janeiro de 1928, e n.º 15.933, autorizam as Câmaras Municipais, respectivamente de Angra do Heroísmo e Covilhã, com o fim de municipalizar os serviços de fornecimento de energia eléctrica para iluminação pública e particular, a expropriar por utilidade pública o direito adquirido pela empresa concessionária desses serviços dentro desses concelhos, pagando a respectiva indemnização.

Quanto ao regime verifica-se ainda esta diferença, enquanto a expropriação por utilidade pública pode ter lugar em qualquer momento, sempre que o interesse público a justifique, o resgate legal só pode ter lugar decorrido que seja um terço do tempo máximo da concessão, conforme o art.º 12.º da Lei de 26 de Julho de 1912.

O art.º 2.º da Lei n.º 2.030, de 22 de Junho de 1948, diz que com «o resgate das concessões e privilégios outorgados para a exploração de serviços de utilidade pública, poderão ser expropriados os bens e direitos a eles relativos que, sendo propriedade do concessionário, devam continuar affectados ao respectivo serviço». A transferência e posse desses bens, segundo o disposto no n.º 3 do art.º 15.º da mesma lei, far-se-á conjuntamente com a dos que constituem o objecto do resgate, ainda que a indemnização não esteja fixada.

O regime, que aliás se encontrava já prescrito no decreto n.º 21.880, de 18 de Novembro de 1932, como explica o douto parecer da Câmara Corporativa à proposta de lei n.º 202, de que resultou a lei n.º 2.030, está plenamente justificado pela finalidade do resgate duma concessão, porquanto, procurando-se por ele estabelecer uma forma de exploração mais proveitosa, sendo condição *sine qua non* da eficiência da operação a garantia da continuidade do mesmo serviço, é indispensável que todo o aparelho industrial se transfira em bloco e, com ele, aqueles bens que, sendo propriedade particular do concessionário, se achavam relacionados com a exploração, sem que a isso obste a circunstância de não estar ainda liquidada a indemnização respectiva (1).

Sem dúvida é de notar o rigor do regime que importa um afastamento de princípios gerais de direito e compromete a precisão de certos conceitos. Tal circunstância não podia passar sem justificação e dela foi objecto por parte da Câmara Corporativa, no seu Parecer

(1) Lei n.º 2.030, de 22 de Junho de 1946.

Art.º 12.º, n.º 2 — «É da competência do Conselho de Ministros : :

c) A declaração de utilidade pública do resgate, não previsto nos respectivos contratos, das concessões ou privilégios outorgados para a exploração de serviços de utilidade pública, e ainda a expropriação dos bens ou direitos a eles relativos referidos no art.º 2.º».

à proposta de lei n.º 202, Análise de Base I, em que se pronunciou sobre se a expropriação pode abranger bens móveis (1).

No n.º 3.º do art.º 15.º da lei n.º 2.030, está contida uma excepção ao princípio de que a expropriação deve realizar-se contra o pagamento da indemnização. No art.º 2.º, por sua vez, consideram-se objecto de expropriação bens e direitos, propriedade do concessionário, alguns dos quais, fazendo parte do aparelho industrial da exploração, são de sua natureza mobiliários. Ora justamente, no rigor dos termos e dos princípios, esses bens e direitos parece que não deviam ser objecto de expropriação.

Bens e direitos de natureza mobiliária cabem antes no conceito de requisição, sustenta o Prof. M. Caetano (2).

Analisando o problema, a Câmara Corporativa emitiu o parecer de que, sendo a expropriação uma medida excepcional, deve manter-se uma limitação quanto à natureza dos bens que dela são susceptíveis no seu conjunto, devem considerar-se como constituindo uma imobiliação — tão somente os imóveis. Os bens mencionados no citado art.º 2.º, zação e daí que possam ser expropriados.

Tal solução, tomando em conta as divergências da doutrina acerca dos *imóveis por destino*, baseia-se sobretudo em que na nossa lei já tem sido considerada esta categoria de bens, como no caso do § 3.º do art.º 949.º do Código Civil, na redacção que lhe foi dada pelo decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930 (3).

23 — O poder que a Administração tem de pôr termo ao contrato de concessão antes de findo o prazo estipulado, entende-se subentendido no caderno de encargos quando porventura as partes lhe não tenham feito alusão.

Sendo esse poder um caso particular daquele poder mais geral que a Administração tem de organizar serviços públicos, e que é de ordem pública, é-lhe reconhecido em termos amplos pela lei.

Constando dum caderno de encargos as condições em que poderá

(1) Cfr. «Inquilinato» — Drs. Antunes Varela e Dias Fonseca, pág. 11 e 36.

(2) Cfr. «Parecer da Câmara Corporativa», no *Diário das Sessões* de 1 de Abril de 1948, suplemento ao n.º 140.

(3) Cfr. Manual cit., 3.ª ed., pág. 67.

ter lugar o resgate da concessão — qual a natureza da cláusula que confere esse direito à Administração?

Aludindo à questão, François Lecomte cita a opinião de M. Payen (1), que considera injustificável dizer-se que o direito de resgate seja uma cláusula do contrato de concessão. A sê-lo, essa cláusula constituiria em proveito do concedente a condição potestativa *si volueris*, que o Código Civil francês declara inconciliável com a validade de toda a obrigação e por consequência de todo o contrato sinalagmático. Por sua vez M. Desbats, refutando essa opinião, considera o resgate uma cláusula contratual de carácter alternativo e não potestativo, pois o concedente é livre de optar entre a continuação da concessão ou retomar o serviço nas condições previstas no contrato. A cláusula não é potestativa no sentido indicado da *si volueris*, mas sim alternativa como a cláusula de rescisão num contrato de locação ou a cláusula característica da venda a retro, pois o concedente não é livre de se subtrair ao mesmo tempo aos dois modos de execução previstos pelo contrato mas antes deve optar sempre por um deles.

Com efeito a cláusula *se quiser* poderá ser a negação de qualquer obrigação. A doutrina civilista considera-a inútil ou inadmissível, conforme seja aposta a favor do credor ou do devedor, pelo menos enquanto for uma cláusula meramente potestativa ou arbitrária.

Se a cláusula revestir a característica de não arbitrária, envolvendo portanto um interesse sério que pode fazer hesitar a parte a favor de quem ela for aposta, a doutrina é unânime em considerá-la útil e admissível (2). Seria esse o caso da cláusula de resgate, envolvendo este como envolve interesses suficientemente poderosos para

(1) *Cfr. Diário das Sessões* de 1 de Abril de 1948, Suplemento ao n.º 140, págs. 6 e segs.

Código Civil — art.º 949.º, § 3.º: — «Nas hipotecas das fábricas, além dos edifícios, logradouros e pertenças, considerados imóveis compreender-se-ão também os maquinismos e móveis destinados à respectiva exploração, inventariados no título constitutivo da hipoteca, e que seus donos ou possuidores não poderão alienar, onerar ou retirar dos respectivos edifícios, sem licença, por escrito, do credor, sob as penas e responsabilidades dos infiéis depositários».

(2) *Cfr. Sobre a natureza jurídica do poder de resgate* — François Lecomte, *Ob. cit.*, págs. 69 e segs.

que à Administração não seja indiferente optar pela continuação da concessão ou pela revogação do contrato.

Segue-se portanto que não deve sem mais pôr-se fora de causa a possibilidade jurídica do resgate provir duma cláusula potestativa do tipo *si volueris*, assente como ficou que na hipótese nunca será uma cláusula arbitrária.

Importa, porém, pôr em confronto com as precedentes considerações a opinião de M. Desbats.

Com efeito a cláusula em apreciação permite ao concedente que ele opte pelo resgate ou pela continuação da concessão. Quer-nos parecer, portanto, que a alternativa existe (1), mas encarada em relação a cada uma das partes ela confere um direito potestativo que se define no momento da opção.

Sem receio de que essa faculdade envolva um mero arbítrio, sempre se poderá dizer que a Administração exerce o resgate «se quiser», reconhecendo-se-lhe um direito potestativo e um correspondente dever do concessionário à opção daquela.

24 — Se o resgate não é uma venda e difere na sua estrutura da expropriação por utilidade pública, figuras que, a absorverem-no, solucionariam o problema da natureza jurídica do resgate, não poderá ele classificar-se de uma cláusula acessória do acto de concessão, ou terá que se lhe reservar a categoria de negócio jurídico?

(1) R. E. Soares, a propósito, disse que «para que de uma alternativa com sentido, se pudesse falar seria preciso que se tratasse de duas obrigações e não de uma obrigação e da sujeição de natureza contrária». E antes escrevera «a alternativa que se quer substituir à natureza potestativa, não é senão uma alternativa entre a subsistência da relação jurídica e a resolução dela; entre a obrigação de exercitar o serviço público e a sujeição ao possível resgate». Para concluir «Contra os desígnios da doutrina não é possível extirpar da cláusula o carácter potestativo que se procurava iludir».

Discordamos, de acordo com o que se diz no texto, de que se não possa falar duma alternativa com sentido. Não só é duvidoso que a sujeição retire à alternativa o seu verdadeiro sentido, como ainda, considerada em certo aspecto, a posição do concessionário é, quando se queira exercitar o resgate, a dum sujeito passivo dum vínculo obrigacional. Pelo resgate o concessionário restitui à Administração os direitos de gestão de um serviço público que esta temporariamente lhe transferiu.

François Lecomte, a propósito da natureza jurídica do resgate, escreveu: «le rachat des concessions, bien que se rapprochant d'opérations juridiques bien connues, en diffère cependant à certains points de vue. Il nous faut donc en déduire que le rachat est une opération *sui generis*» (1).

Antes de mais, convimos em que qualquer solução dada ao problema da natureza jurídica do resgate não será isenta de dúvidas. Em todo o caso, melhor será emitir opinião acerca das doutrinas que sobre o assunto se debatem do que nos contentarmos com a solução vaga de operação *sui generis*.

Como cláusula acessória o resgate pertenceria então ao tipo da condição resolutiva porque com ele cessam os efeitos do acto de concessão.

Parece um pouco difícil ajustar ao conceito de condição resolutiva o resgate das concessões. Em primeiro lugar porque os efeitos do resgate não retroagem ao momento do negócio de concessão, e depois porque o resgate não previsto no caderno de encargos terá que se considerar uma condição tácita, o que de certa maneira não parece permitir o carácter imperativo das disposições legais que a ele se referem. Por outro lado, ainda se observa que a fixação legal da possibilidade de resgate não tem de ser anterior à outorga da concessão, e nos casos em que seja posterior não pode de forma nenhuma falar-se em condição tácita. Logo, conclui a doutrina adversa do resgate condição tácita, a ideia apenas se ajusta ao resgate contratual não convido ao resgate legal.

Com vista a obter uma construção que valha para o resgate legal como para o contratual, vem a doutrina a atribuir ao resgate a natureza de negócio jurídico autónomo com características próprias. Todavia, antes de aderirmos a esta concepção, achamos necessário fazer alguns reparos aos argumentos apresentados contra a doutrina do resgate cláusula acessória do negócio de concessão.

O argumento da não retroactividade do resgate não basta para lhe retirar a natureza de condição resolutiva, justamente porque a retroactividade é, neste tipo de condição, de carácter supletivo. A

(1) Cfr. Prof. Dr. Manuel de Andrade, «Lições ao 2.º Ano jurídico» (Dactilografadas), pág. 201.

eficácia retroactiva da condição resolutive só se verificará se as partes a não tiverem afastado, o que adentro do seu verdadeiro sentido é aceite pelo nosso Código Civil (1).

Por outro lado também não vemos como o resgate previsto em leis imperativas se não ajusta ao conceito de condição resolutive tácita. Pelo facto de as partes não poderem dispor contra ele? Mas isso não repugna à noção de condição resolutive tácita.

Está estabelecido genèricamente que as concessões feitas pela Administração podem ser resgatadas. Os particulares ao aceitarem uma concessão já sabem ao que se sujeitam — a ver resgatada a concessão passado que seja um certo prazo. Não será isso a aceitação duma condição que se incorpora no negócio? Quer-nos parecer que sim.

Mas o problema aumenta em complexidade se encarmos a hipótese de a fixação legal da possibilidade de resgate ser posterior à outorga da concessão, sem dúvida a mais forte objecção posta pela doutrina adversa do resgate condição resolutive.

A situação é especial, de facto, e talvez para essa hipótese se deva reservar a construção de negócio autónomo. Mas para as restantes hipóteses, de resgate contratual e resgate legal estabelecido anteriormente ao acto de concessão, não nos repugna aceitar a concepção de condição resolutive, respectivamente, expressa e tácita (2). O evento condicionante será a alteração das circunstâncias, que determina, em nome do interesse público, o fim da concessão.

Não vemos, portanto, necessidade da construção da doutrina do resgate negócio autónomo unitariamente concebida para todas as hipóteses. Só a situação muito especial do resgate legal estabelecido posteriormente ao acto de concessão lhe confere uma natureza jurí-

(1) *Cfr.* Ob. cit., pág. 80.

(2) *Art.º 680.º* — Se o contrato for feito com a condição de que, desde certo facto ou acontecimento, se houverá por desfeito, verificada a condição, será cada um dos contraentes restituído aos direitos, que tinha no momento do contrato, *se outra coisa não tiver sido estipulada.*

dica também especial em confronto com as outras hipóteses de resgate.

E não se diga, em nome duma construção unitária, que haverá de prevalecer esta para todos os casos, se outra mais simples for adequada a alguns deles.

ANTÓNIO JOAQUIM MENDES DE ALMEIDA