

CONCESSÕES DE ACTIVIDADES PÚBLICAS E DIREITO DE EXCLUSIVO

Pelo Dr. Lino Torgal⁽¹⁾ e Dr. João de Oliveira Geraldes⁽²⁾

SUMÁRIO:

§ 1.º O problema e as suas coordenadas. § 2.º Da relevância da qualificação contratual na configuração dos «Direitos de Exclusivo» previstos em contratos de concessão: 2.1. A evolução da concessão de actividade pública: em especial, o risco como elemento do tipo contratual e o desenvolvimento de subtipos contratuais em função das várias formas de alocação do risco comercial de exploração da actividade concedida; 2.2. Os subtipos de contratos de concessão onerosa: a comutatividade, a aleatoriedade e a parciariedade; 2.3. Dos critérios interpretativos aplicáveis às concessões de actividade pública: qualificação contratual e variação de critérios interpretativos. § 3.º Enquadramento estrutural e histórico dos «direitos de exclusivo». § 4.º Os «direitos de exclusivo» no direito dos contratos administrativos: 4.1. Enquadramento; 4.2. A concretização interpretativa dos «direitos de exclusivo».

§ 1.º O problema e as suas coordenadas

1. Nos contratos de concessão de actividades públicas celebrados nas últimas décadas em Portugal é frequente a existência de

⁽¹⁾ Advogado. Docente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

⁽²⁾ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

cláusulas estipulando que as actividades que integram o respectivo objecto serão desenvolvidas em “regime de exclusivo”⁽³⁾.

A lei geral sobre contratos administrativos confirma este tipo de frequência: nos termos da alínea a) do artigo 415.º do Código dos Contratos Públicos⁽⁴⁾ (“CCP”), ao concessionário é atribuído, com carácter geral, o direito de “explorar, *em regime de exclusivo*, a obra pública ou o serviço público concedidos” (destaque nosso)⁽⁵⁾.

Porém, não obstante a reiterada utilização da assinalada expressão, que poderia sugerir ou revelar estarmos diante de um instituto com elevada segurança jurídico-interpretativa quando acolhido pelas partes, são muitos e complexos os problemas de concretização interpretativa que dela resultam.

2. É claro que ninguém ignora o significado geral da cláusula de exclusivo em contratos desta índole: trata-se, basicamente, por razões técnicas e/ou económico-financeiras, de vedar a terceiros a possibilidade de concorrerem directa ou indirectamente com

⁽³⁾ Trata-se, de resto, de uma prática tradicional entre nós. Como recordava MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1995 (mas 1976), reimpressão, p. 251, “no acto de concessão inclui-se, por via de regra, a garantia dada ao concessionário do exclusivo da exploração da actividade concedida”.

⁽⁴⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 188/2008, de 29 de Julho, já várias vezes alterado.

⁽⁵⁾ Porventura excessivamente, uma vez que, no contexto das actividades legalmente reservadas à Administração, a ligação entre a concessão e o regime de exclusivo (monopólio) é sobretudo “típica” dos serviços públicos assentes em infra-estruturas de rede (água, electricidade, gás natural, esgotos, etc.) — cf. VITAL MOREIRA, “Serviço Público e Concorrência. A regulação do sector eléctrico”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 231. Além disso, como a prática há muito confirma, existem concessões de actividades públicas (actividades que a Administração *tem legalmente de exercer* ou que, com base na lei e em certos pressupostos de facto, *pode ter de vir a exercer*) em sectores não monopolizados ou reservados (radiodifusão, radiotelevisão, transportes terrestres interurbanos, etc.). — Cf., neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 56 a 58, em nota. A referida regra do CCP parece pois dever entender-se algo restritivamente, ou seja, no sentido de que aí se consagra um princípio geral, passível de derrogação administrativa quando não concorrerem no caso concreto as razões técnicas e/ou económico-financeiras tipicamente justificativas do exclusivo (e trate-se de actividade pública monopolizada ou não).

o concessionário no desenvolvimento de actividades integradas no objecto da concessão.

Sucedem, contudo, que a determinação *exacta* do alcance e âmbito das cláusulas de exclusivo inseridas em vínculos concessórios se presta muito frequentemente a entendimentos divergentes, sendo que o recurso, sem mais, aos cânones tradicionais da hermenêutica contratual nem sempre permite solucioná-los adequadamente.

No presente estudo, ainda que de modo muito sintético, e no contexto específico dos contratos de concessão de actividades públicas — expressão na qual agregamos, essencialmente por comodidade, as concessões de obras públicas e as concessões de serviços públicos⁽⁶⁾ —, procuraremos deixar algumas pistas de resolução de situações de incerteza causadas por cláusulas atributivas do direito de exclusivo⁽⁷⁾.

§ 2.º Da relevância da qualificação contratual na configuração dos «Direitos de Exclusivo» previstos em contratos de concessão

3. Para determinar as coordenadas jurídicas que permitirão esboçar respostas para as dúvidas suscitadas pela interpretação de cláusulas atributivas do direito de exclusivo é central a *qualificação* do contrato de concessão concretamente celebrado. Efectivamente, só através da qualificação contratual será possível apreen-

⁽⁶⁾ Na esteira do preconizado por vários AA. estrangeiros (cf. por exemplo PHILIPPE COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, Paris: L.G.D.J., 2007, p. 12 e segs.) e nacionais (cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 50 e segs.).

⁽⁷⁾ Não curaremos porém neste trabalho da análise dos termos da compatibilidade do direito de exclusivo com a disciplina de fonte europeia, sendo porém conhecido que o direito europeu consente, à partida, na criação (e atribuição) de um exclusivo por via de uma concessão (de serviços ou de obras públicas). Sobre esta matéria, cf. por exemplo, entre nós, FAUSTO DE QUADROS e J. M. ALBUQUERQUE CALHEIROS, “*Os Exclusivos no Direito Administrativo Português e a sua Conformidade com o Direito Comunitário*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1995, III, p. 1066 e segs.

der, de forma adequada, o contexto em que, a propósito do *quid* contratual que esteja em causa, surgem as dúvidas interpretativas que, em tese, podem ou poderão originar um conflito entre o cedente e o concessionário.

Explicitando: é imperativo sublinhar que os contratos — não constituindo os contratos administrativos e, concretamente, o contrato de *concessão de actividades públicas* uma excepção — carecem de serem reconduzidos a determinados *tipos* ou *subtipos*. O *factum brutum* exige qualificação. Delimitar essa realidade é essencial: a qualificação dos contratos é pressuposto da actividade interpretativa dos mesmos, sobretudo quando surgem ou podem surgir conflitos interpretativos⁽⁸⁾.

2.1. *A evolução da concessão de actividades públicas: em especial, o risco como elemento do tipo contratual e o desenvolvimento de subtipos contratuais em função das várias formas de alocação do risco comercial de exploração da actividade concedida.*

4. Sem prejuízo da verificação no *Ancièn Regime* de contratos análogos à concessão de actividades públicas⁽⁹⁾, foi a partir da

(8) Sobre a qualificação e a interpretação dos contratos, tendo especialmente em consideração o “*caso concreto*”, são importantes os contributos doutrinários de GUIDO ALPA, *L'interpretazione del contratto*, Milão: Giuffrè, 1983, CESARE GRASSETI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, e também de CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Milão: Cedam, 1992. Entre nós, recordem-se as seguintes e ainda actuais palavras de ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO sobre o tema: “ao estudar a problemática da interpretação de determinadas categorias de conceitos técnico-jurídicos, não se há-de esquecer, por certo, que a interpretação de dado conceito, em si mesma considerada, se não confunde com aquela operação que traduz subsumir nesse conceito um certo substrato concreto — ou seja, com a qualificação de algo à luz desse conceito. Em princípio, não parece difícil distinguir os planos em que hão-de mover-se essas duas actividades. A interpretação cifra-se em definir por via geral e abstracta todos os possíveis conteúdos de um dado conceito, enquanto a qualificação, incidindo sobre um *quid* concreto e traduzindo-se por uma decisão de espécie, contende já com a aplicação da norma de direito” — *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, pp. 142-143.

(9) Cf., por exemplo, CHRISTIAN BETTINGER, *La Concession de Service Public et de Travaux Publics*, Paris: Berger-Levrault, 1978, p. 2 e segs.; e XAVIER BEZANÇON, *Essai*

segunda metade do século XIX que este instituto conheceu um “êxito considerável”⁽¹⁰⁾. Como é sabido, o período do Estado Liberal foi teoricamente caracterizado pelo *culto da iniciativa privada* (“*laissez-faire*”) e pela defesa do princípio do *abstencionismo da intervenção dos entes públicos nos mercados de bens e factores produtivos* (“*laissez-passer*”). Neste quadro, entendia-se genericamente que, nos contratos de concessão de obras e de serviços públicos, pelos quais o Estado conseguia promover a realização dos “melhoramentos materiais” tão reclamados pela população e sem ter de assumir custos para o erário público, o *risco* contratual deveria correr normalmente por conta do concessionário⁽¹¹⁾.

A *transferência* do risco era, na realidade, um elemento que integrava a definição clássica da concessão, consistindo esta “em o Estado, ou outra pessoa de direito público legalmente autorizada, transferir para uma empresa particular o poder de executar certos trabalhos, com capitais desta e a seu risco, mediante o privilégio de exploração exclusiva, durante um período determinado, dos imóveis construídos ou das instalações feitas”⁽¹²⁾. Exploração que, recorde-se, se fazia tipicamente através da cobrança pelo concessionário de taxas aos utentes, isto durante o período considerado suficiente para a amortização e justa remuneração do investimento efectuados⁽¹³⁾.

A concessão serviu, pois, neste período, uma *função essencialmente financeira*⁽¹⁴⁾: permitia à Administração, numa palavra, manter certos “empreendimentos sob a autoridade do poder

sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique, Paris: L.G.D.J., 1999.

⁽¹⁰⁾ Cf. JEAN-MARIE AUBY / PIERRE BON, *Droit administratif des biens*, 3.^a ed., Paris: Dalloz, 1995, p. 209.

⁽¹¹⁾ Cf. outras referências em LINO TORRAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 966 e segs.

⁽¹²⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 1990 (mas 1970), reimp., p. 1011.

⁽¹³⁾ Secundariamente, o concessionário poderia ser autorizado pela Administração concedente a retirar receitas da exploração de actividades complementares ou acessórias das que constituíam o objecto principal da concessão.

⁽¹⁴⁾ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 103.

público, fazer funcionar na sua gestão o móbil do lucro capitalista, na óptica liberal do estímulo do progresso económico, e, finalmente, descarregar sobre o concessionário os riscos financeiros dessas iniciativas”(15).

5. Posteriormente, os contratos de concessão de obras e de serviços públicos entraram em período de declínio. Com efeito, e por razões de vária índole que não importa enunciar aqui de modo específico(16), a colaboração *substitutiva* de particulares na provisão de infra-estruturas e serviços públicos foi continuamente regredindo “a partir do primeiro quartel do século XX, visto que os Estados privilegiaram a realização e a gestão directa de equipamentos e dos serviços prestados”(17).

No entanto, em muitas concessões que subsistiram neste período, ocorre registar, desde logo, uma característica da maior importância — a prática sistemática da chamada «solidariedade financeira» do concedente com o concessionário, materializada, aliás, de diferentes modos(18). Na realidade, “umas vezes trata-se de prestações certas e regulares a pagar ao concessionário durante certo número de anos (uma subvenção fixa anual, por exemplo). Outras vezes trata-se de prestações eventuais que o concedente só pagará se os rendimentos da exploração do ano não permitirem a remuneração do capital investido (garantia de dividendo) ou só do capital obtido por empréstimo (garantia de juros). Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário destinando-se a compensar certos prejuízos que se hajam verificado por motivos imprevisíveis, ou certas despesas anormais”(19). Longe ia, portanto, a

(15) Cf. J. RIVERO / J. WALINE, *Droit Administratif*, 15ª ed., Paris: Dalloz, 1994, p. 407.

(16) Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 975-976, e bibliografia aí citada.

(17) Cf. *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário*, p. C 121/5.

(18) Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 976.

(19) Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, II, p. 1127.

época em que se entendia que corriam por conta exclusiva do concessionário as áleas ordinárias do negócio.

Além disso, cumpre assinalar que a assinalada solidariedade ou patrocínio financeiros ocorria, amiúde, num contexto em que as concessionárias haviam já sido atraídas, num plano organizativo, para a órbita do “mundo administrativo”, ou seja, haviam já passado, quanto à sua substância, de *particulares* a *entidades administrativas privadas*⁽²⁰⁾. Assim, se os títulos representativos do seu capital estatutário não eram inteiramente detidos pela Administração, isto na sequência de processos de nacionalização, tais entidades tinham, frequentemente, uma larga maioria de accionistas do sector público, não sendo, por conseguinte, seu objectivo principal realizar lucros e distribuir dividendos, mas, ao invés, obter um equilíbrio da sua exploração por um período longo. Não raro, de resto, as sociedades concessionárias emitiam empréstimos garantidos pelo Estado ou por outras entidades públicas. E, mesmo quando tinham alguns accionistas privados, a verdade é que estes, além de minoritários, muitas vezes consideravam a sua participação no capital social como um investimento a fundo perdido. Em suma, o carácter público destas sociedades de mão pública ou de economia mista predominava claramente sobre os seus traços de regime jurídico-privado⁽²¹⁾. E a concessão, neste período, ao invés de representar um instrumento de privatização material da execução de uma actividade pública, equivalia, antes, a uma espécie de *contrato interadministrativo* ou, noutra formulação, representava “essencialmente um modelo de regulação de relações jurídicas entre duas entidades pertencentes ao sector público”⁽²²⁾.

Não surpreende, assim, que tenha desaparecido da definição de concessão um elemento característico do período anterior: a transferência dos riscos normais das actividades concedidas para a esfera do concessionário⁽²³⁾. Como foi sugestivamente afirmado,

⁽²⁰⁾ Cf. sobre esta distinção, por todos, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 785 e segs.

⁽²¹⁾ Cf. LINO TORRAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 976.

⁽²²⁾ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 106.

⁽²³⁾ Cf. LINO TORRAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 976.

neste período, “o casamento da autoridade pública com o concessionário passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público muito do seu interesse, e aos olhos dos empresários capitalistas muito da sua sedução”⁽²⁴⁾.

6. Porém, por força de várias vicissitudes de ordem política, económica e financeira, a figura da *concessão* reapareceu pujantemente a partir de finais do século XX e com uma fisionomia que, sem prejuízo das abissais diferenças de contexto, fazia lembrar, nalguns traços, a feição original⁽²⁵⁾, afastando-se do perfil algo “inca-
racterístico” da fase acabada de referir. Como foi oportunamente notado, “agora, como no século XIX, o alargamento das tarefas administrativas e o risco financeiro implícito em muitas delas levam a que as entidades administrativas se voltem para o sector privado para financiar os respectivos investimentos. A concessão de [actividades públicas] fornece-lhes um instrumento jurídico adequado, permitindo uma transferência de riscos, não só no momento da construção da obra pública, mas também no da sua exploração”⁽²⁶⁾. Houve, assim, um certo «regresso ao passado» mais distante, pelo menos no sentido de se ter retomado a ideia de que na concessão cabe por norma ao co-contratante, como contrapartida do lucro que almeja, suportar os riscos *normais* do contrato. Numa palavra, a concessão resgatou a sua função financeira original, tendo o *risco da exploração* da obra ou serviço pelo concessionário sido mesmo erigido, ao nível da jurisprudência e prática administrativa europeias da última década e meia, em traço qualificador do instituto⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Cf. JEAN RIVERO E JEAN WALINE, *Droit Administratif*, p. 407.

⁽²⁵⁾ Para um enunciado destas razões, cf. a síntese de DIOGO FREITAS DO AMARAL / LINO TORGAL, *Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 583 e segs.

⁽²⁶⁾ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Responsabilidade por danos de concessionários, in AA. VV. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Colóquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, org. Luis Martínez López-Muñiz e Antonio Calonge Velásquez, Madrid, 1999, p. 427.

⁽²⁷⁾ Cf. por exemplo as referências feitas ao tema em LAURENT RICHER, *L'Europe des marchés publics*, Paris: L.G.D.J., 2009, p. 209.

Importa porém destacar que, actualmente, as concessões de actividades públicas reflectem, “quase invariavelmente, a realização de um negócio jurídico de alta complexidade”⁽²⁸⁾, sendo, por conseguinte, possível e, até, normal encontrar contratos de concessão com *perfis de risco* muitíssimo diferentes do perfil clássico. De resto, previna-se que este último, pelo menos na sua formulação originária mais radical (de transferência total dos riscos do empreendimento para a esfera jurídica do co-contratante), há muito que deixou de ter amparo legal. Efectivamente, e ao cabo de um longo processo evolutivo, a generalidade das legislações administrativas em vigor no mundo ocidental protege o concessionário, em maior ou menor medida, em face dos chamados riscos ou áleas extraordinários, tanto administrativos (v.g., facto do príncipe, modificação unilateral) como económicos (v.g., imprevisão). Assim sucede também com o CCP.

Este aspecto, como veremos, é central para o modesto propósito do nosso estudo.

7. Com efeito, nas duas últimas décadas, as concessões evoluíram e diversificaram-se muito.

Perante a necessidade de fazer assentar o crescimento económico na disponibilização de um conjunto de infra-estruturas e serviços de qualidade, e não podendo — dado o elevado custo daqueles — os escassos recursos orçamentais ou a limitada capacidade de endividamento da generalidade dos Estados atender ampla e eficazmente a tal necessidade de investimento, o recurso ao financiamento privado (e ao contrato de concessão, que classicamente o involucra) reapareceu em finais do século passado como uma das

⁽²⁸⁾ Cf. MARCOS AUGUSTO PEREZ, *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 112-113. Pensando especificamente nas concessões de serviço público, recorda o A. que, hoje, “nesses contratos, o modo de prestação do serviço é planeado por um longo prazo, a partir de exaustivas projecções de demanda, relacionadas às previsões de crescimento demográfico e económico, às directrizes de desenvolvimento regional, ao planeamento urbano, ao estágio de desenvolvimento das tecnologias aplicadas na prestação do serviço, ao tempo médio de duração dos bens necessários aos serviços, entre outros factores técnicos e económico-financeiros relevantes” (p. 113).

principais formas de ultrapassar o dilema causado pelo descomunal peso económico que a execução e exploração de grandes obras de infra-estrutura acarreta, em termos normais, para o déficite e o endividamento públicos⁽²⁹⁾.

Assim, depois de concedidos as obras e serviços públicos económicos auto-sustentáveis (especialmente nos sectores dos transportes, das telecomunicações, do saneamento e da energia)⁽³⁰⁾, vários Estados, com destaque para o papel pioneiro do Reino Unido, assumiram claramente um papel *supletivo* em matéria de realização de projectos de infra-estrutura, aceitando que a sua realização deveria ser primariamente suportada através de financiamento privado, mediante o estabelecimento de parcerias de longa duração com este sector de produção⁽³¹⁾.

As conhecidas parcerias público-privadas (PPP) surgem, pois, “como uma tentativa de o Estado e a iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infra-estruturas, já que nenhum deles teria condições de com elas arcar individualmente: o Estado, por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os custos e a legítima margem de lucro do negócio”⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 980.

⁽³⁰⁾ Projectos que tinham tal “tamanho de lucratividade que a empresa privada, além de não receber qualquer suporte financeiro do Poder Político, geralmente ainda lhe pagava um valor de outorga estabelecido na licitação, remunerando-se integralmente com as tarifas pagas pelos usuários ao longo do prazo de vigência da concessão” (cf. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “As PPPs e as Concessões Administrativas”, in *Estudos sobre a Lei de Parcerias Público-Privadas*, coord. de Floriano de Azevedo Marques Neto e Vítor Rhein Schirato, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-32).

⁽³¹⁾ Assim, por exemplo, no Reino Unido, o *chancellor of the exchequer* anunciou, logo em Novembro de 1994, que “*the Treasury would not approve any capital projects procured by the public sector unless private finance options had first been explored*”. E, em Maio de 1995, o Governo britânico, no documento *Setting New Standards: A Strategy for Government Procurement*, referiu também: “*Departments will consider private finance options for their capital projects whenever it is possible genuinely to transfer control over the project and the associated risks to the private sector without disproportionate cost*”. Cf. Guia de *Project Finance* da sociedade de advogados Freshfields, 1996, p. 3 e 4.

⁽³²⁾ Cf. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “As PPPs e as Concessões Administrativas”, p. 33. Sobre a origem e evolução do fenómeno das PPP em Portugal, cf., mais recentemente, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governança Pública*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 243 e segs.

Cumprindo ainda destacar que o fenómeno das PPP se desenvolveu em paralelo com o recurso à “operação complexa de financiamento, de natureza *inominada e atípica*,”⁽³³⁾ do *Project Finance*, por intermédio da qual, e na sequência da realização de uma exigente *due diligence* (técnica, financeira e jurídica), os bancos aceitam financiar o desenvolvimento de certas actividades sem recurso (ou com recurso limitado a garantias dadas pelos promotores) na convicção de que o projecto gerará meios financeiros suficientes para assegurar, durante determinado período, o serviço da dívida⁽³⁴⁾.

Naturalmente, o recurso a esta técnica acarreta a necessidade de se realizar uma sofisticada e rigorosa tarefa de identificação e alocação entre os sujeitos envolvidos no projecto de todos os seus riscos (*risk spreading*)⁽³⁵⁾. Pode assim dizer-se que aquilo que o *project financing* “traz de novo à ancestral figura contratual da concessão de obras públicas é, no essencial, uma *especial e sofisticada técnica de repartição de riscos e de encargos do projecto* — v.g., riscos de projecto, de expropriações e de consignações, de planeamento, de aumento dos custos da construção, de atraso dos prazos de construção, de operação e de manutenção e de diminuição da procura do serviço — *pelos seus vários intervenientes*”⁽³⁶⁾. Neste ponto se diferencia muito, na realidade, a moderna concessão da concessão original, que, só por si, não postulava este complexo mecanismo de identificação e divisão intersubjectiva dos riscos do empreendimento⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ Cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 530.

⁽³⁴⁾ Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 980-981, em nota.

⁽³⁵⁾ Sobre isto, cf. GRAHAM VINTER, *Project Finance*, 3.^a ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2005, *passim*.

⁽³⁶⁾ Assim, LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 980-981, em nota.

⁽³⁷⁾ Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 981, em nota.

8. Deste movimento, resultaram pois novos modelos contratuais que correspondem a *desenvolvimentos* dos tipos contratuais clássicos da *concessão de obras públicas* e da *concessão de serviços públicos*, os quais, por força da sua cada vez maior utilização nos mais diversos sectores de actividade económica, vão abrangendo realidades muito distintas. Este alargamento de âmbito surtiu consequências: têm surgido *subtipos contratuais de concessão de obras públicas e de concessão serviços públicos*.

Assim, em face das múltiplas formas de organizar a distribuição do risco nos contratos de concessão⁽³⁸⁾, vai sendo possível observar a proliferação de diversos matizes na *distribuição do risco contratual*, os quais imprimem um cunho particular a cada contrato, originando, em face desses matizes, o surgimento de vários *subtipos* de concessão⁽³⁹⁾. Toda esta nova tendência gera novos problemas. A distribuição do risco, como veremos, implica valorações concretas, compatíveis com a justiça interna contratual.

9. Exemplifiquemos o referido alargamento do âmbito típico das concessões: por exemplo, no âmbito das infra-estruturas de transportes, ao lado do *modelo de concessão com portagem real (clássico modelo de concessão com transferência do risco normal do negócio para o concessionário)*, têm surgido concessões nas quais o concessionário assume um risco menor daquele que seria o risco *típico*.

Esta nova *modalidade de concessão* vem sendo ultimamente corporizada, por exemplo, pelos casos de concessão com *portagem sombra* ou de concessão em que a remuneração do concessionário não assenta num *modelo de tráfego*, mas, sim, num esquema de *disponibilidade*. Exemplos paralelos poderiam ser apresentados no sector das infra-estruturas e equipamentos hospitalares.

(38) Entre nós, cf. sobre o tema NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 71 e segs.; e, por último, PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 135 e segs.

(39) Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, II, p. 1011.

Ora, nestes casos de menor risco, divergindo do modelo típico clássico, as *concessões* tendem a tornar-se mais *comutativas* — ou seja, com prestações de conteúdo mais simétrico — do que normalmente sucedia: o risco do concessionário esbate-se. Na verdade, no clássico modelo concessão de obras e de serviços públicos, que assenta — ainda hoje — no *modelo de portagem real*, a remuneração do concessionário resulta *tipicamente* dos resultados financeiros da exploração da obra ou do serviço e, principalmente, da cobrança de taxas aos utentes, o que traduz, como é bom de ver, uma assunção de elevado risco por parte do concessionário.

Porém, já nas concessões/PPP segundo um modelo de portagem sombra ou de disponibilidade, o regime remuneratório do concessionário é distinto: na verdade, o Estado assume, aí, a obrigação de efectuar directamente o pagamento da obra ao co-contratante (de acordo com a procura verificada ou segundo a disponibilidade). Porém, ao contrário do que sucede na contratação tradicional, não faz tal pagamento no decurso ou no termo da fase de construção. Fá-lo antes, periodicamente, ao longo de um prazo mais ou menos longo, que abrange a própria fase de exploração da obra. Nestes casos, o risco esvanece-se, tornando previsível e simétrica a prestação do concessionário e a prestação do concedente: domina, então, a lógica da comutatividade relacional.

10. Procurando colocar estes casos em perspectiva, diremos pois que na concessão clássica a amortização e remuneração do esforço privado vem directa e essencialmente dos utentes; nos novos modelos de concessão/PPP, a remuneração do parceiro privado vem, no essencial, directamente de verbas provenientes do Orçamento do Estado. No primeiro caso, o concessionário suporta claramente o risco de procura (o que não exclui a possibilidade de subsídios ao investimento); já nos mais recentes modelos de concessão, o risco de procura tem relevância menos significativa ou quase diminuta, em função do modelo adoptado.

2.2. *Os subtipos de contratos de concessão onerosa: a comutatividade, a aleatoriedade e a parciariedade.*

11. No seguimento do que agora expusemos, recuperemos o que já afirmámos anteriormente: a forma de interpretar um contrato variará em função da sua qualificação. Este aspecto é central, pois é diferente interpretar uma doação (contrato tendencialmente gratuito), um contrato de compra e venda (contrato tendencialmente oneroso), um contrato de prestação de serviços (contrato tendencialmente oneroso e comutativo) ou um contrato de concessão (contrato oneroso que pode ser mais ou menos comutativo ou mais ou menos parciário).

Procurando concretizar, impõe-se salientar que, quando nos referimos a contratos onerosos, como é o caso típico dos contratos de concessão, é importante reter que, dentro destes contratos onerosos, é ainda possível recortar⁽⁴⁰⁾:

- a) *Contratos comutativos*: nestes casos, as prestações das partes são correspectivas, são tendencialmente equivalentes, pelo que entre elas deve, em tese, existir uma relação de simetria perfeita;
- b) *Contratos aleatórios*: nestes casos, o negócio é perpassado pelo risco, pela álea, ficando uma ou ambas as partes dependentes de determinado factor aleatório, tal como sucede tipicamente nos casos de contratos de jogo e de aposta — aqui, a álea introduz um factor de ruptura com a simetria tendencialmente perfeita;
- c) Por último, com muita relevância para o caso dos contratos de concessão, encontramos ainda os *contratos parciários*: nestes, a remuneração de uma das partes (parciariedade unilateral) ou de ambas (parciariedade bilateral) fica dependente da sua participação no resultado da operação económica subjacente ao contrato, sendo relevante apurar o grau de risco (positivo e negativo) assumido por cada

⁽⁴⁰⁾ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 448 e segs.

uma delas para determinar a exacta medida dessa participação — aqui, a simetria varia na exacta medida da incorporação do risco na esfera das partes, sendo mais ou menos assimétrico em função do risco alocado.

Este recortar de subtipos dentro dos subtipos é muito relevante: a interpretação dos contratos variará de subtipo para subtipo, uma vez que cada uma deles transporta consigo uma lógica própria e, por esse motivo, exige uma forma particular de interpretação. É o que veremos de seguida.

2.3. Dos critérios interpretativos aplicáveis às concessões de actividades públicas: qualificação contratual e variação de critérios interpretativos.

12. Aqui chegados, surge como resultado adquirido que é sempre relevante identificar a que subtipo de contrato se reconduz determinado contrato de concessão que esteja sob análise, uma vez que tal recondução terá evidentes repercussões no momento em que se torne imperativo proceder à sua interpretação.

E, para alcançar qual o tipo e o subtipo contratual mais semelhante a um determinado contrato de concessão, é essencial analisar, em concreto, como foram compostos os interesses de cada uma das partes: que tipo de contrapartidas foram dadas, como foi distribuído o risco contratual, que tipo de garantias foram prestadas pelas partes e, ainda, como se processa a participação das partes nos resultados económicos da concessão.

Só desta forma será possível, então, indicar, com algum grau de verosimilhança, que esse contrato é gratuito ou oneroso. Mais ainda: se, dentro desta última categoria dos contratos onerosos, determinado contrato de concessão é tendencialmente comutativo, aleatório ou parciário⁽⁴¹⁾. Tudo isto com relevantes repercussões, como veremos.

⁽⁴¹⁾ Para perspectivar os *tipos* parciários, que, na sua opinião, constituem uma terceira categoria face à clássica dicotomia que separa os negócios onerosos dos gratuitos, é

13. Pensar-se-ia, à partida, que deste esforço de qualificação nada de muito relevante decorreria para resolver problemas interpretativos inerentes à determinação do conteúdo dos contratos de concessão. Todavia, tal asserção, sendo manifestamente prematura, é ainda infundada, dado que detectar a concreta feição típica dos contratos que carecem de interpretação é determinante para apurar quais as regras interpretativas que poderão ser utilizadas para encontrar o real sentido dos contratos celebrados entre as partes⁽⁴²⁾.

É por esse motivo que é central qualificar os contratos, uma vez que, em função dessa qualificação, poderemos ou não recorrer a determinados critérios interpretativos. Efectivamente, a interpretação dos contratos não é fruto do acaso; pelo contrário, ela é, acima de tudo, fruto de critérios de justiça que permitem alcançar, para cada caso, a interpretação mais conforme ao que seja equo. Só assim se entende que, em função do tipo de contrato, possam variar os critérios que determinam a sua interpretação. É a Justiça contratual que o impõe.

14. Mais: ao contrário do que sucede como as leis gerais, cujos critérios interpretativos são, por natureza, gerais e abstractos, no caso dos contratos, os critérios de interpretação contratual tendem a ser concretos.

Para ilustrar a variação de critérios interpretativos em função do tipo contratual, basta sublinhar que, nos termos do artigo 237.º do Código Civil, no caso dos contratos gratuitos, o legislador

fundamental o pensamento de DETLEF LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, Berlim: Duncker&Humblot, 1971, p. 134 e segs.

(42) Sobre a interpretação dos contratos, em geral: A. FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Almedina: Coimbra, 2001 (mas 1967), e, mais recentemente, E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos — estudo de direito privado*, Lisboa: AAFDL, 1988. Igualmente com interesse, com plano metódico de análise que acompanhamos: M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milão: Giuffrè, 1989. Especificamente sobre a interpretação dos contratos administrativos, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, Coimbra: Almedina, 2011, p. 604 e segs.

indica que tais contratos devem ser interpretados da forma menos gravosa para o disponente⁽⁴³⁾.

Por outro lado, no caso dos contratos onerosos, o mesmo legislador indica caminhos de interpretação diversos, que devem conduzir ao *maior equilíbrio das prestações*. Aqui, uma vez que, nos negócios onerosos, se assume existir uma simetria perfeita entre as prestações, o critério adoptado vai no sentido de assegurar que, mesmo nos casos de dúvida, tal simetria perfeita deve ser mantida, sob pena de ser desvirtuada a Justiça interna do contrato.

15. Além disso, é manifestamente relevante, dentro dos contratos onerosos, distinguir entre contratos comutativos, contratos aleatórios e contratos parciários. Com efeito, cada um destes *subtipos* exprime uma particular composição de interesses, mais ou menos simétrica, em função da alocação do risco suportado por cada uma das partes.

Não obstante estas *nuances*, como vem sendo desde há muito sublinhado^(44/45/46), o artigo 237.º do Código Civil assenta numa dicotomia perfeita entre negócios onerosos e gratuitos e essa dicotomia (afinal, imperfeita) não é suficiente para captar “todas as categorias de situações existentes no domínio das atribuições patrimoniais”, mais se afirmando que “a opulência das formas criadas espontaneamente pela vida social (...) parece apostada em desafiar a rigidez do pensamento categorial da ciência jurídica”⁽⁴⁷⁾, sendo necessário recorrer ao critério da equidade para dirimir conflitos interpretativos.

(43) Compreende-se que assim seja, uma vez que o legislador parte do princípio que o disponente não deve ser prejudicado quando, por pura liberalidade, pratica um acto que favorece terceiro. Exprime-se, aqui, um critério de Justiça material.

(44) Cf. A. FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 2001 (mas 1967), 223 (a propósito do artigo 685.º do Código Civil de 1867).

(45) Cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 394.

(46) Cf. ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Coimbra: Atlântida, 1955, p. 221.

(47) Cf. ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, 221.

16. Na realidade, nada se dispõe expressa e especificamente, no Código Civil, quanto à interpretação dos contratos aleatórios e parciários (subtipos dos contratos onerosos), os quais, pela sua própria especificidade estrutural, assumem uma natureza particular que os permite distinguir dos contratos onerosos comutativos, para os quais foi pensado o critério do maior equilíbrio das prestações plasmado no artigo 237.º do Código Civil.

Porém, pensando no caso concreto dos contratos parciários, é manifesto que a regra do maior equilíbrio entre as prestações reclama adequação, uma vez que estes contratos incorporam um desequilíbrio natural associado à participação no resultado na operação económica subjacente ao contrato. Desta forma, torna-se necessário adaptar o critério interpretativo previsto na parte final do artigo 237.º do Código Civil: tal impõe-se, repita-se, uma vez que este artigo foi configurado tipicamente para os contratos onerosos comutativos, negócios em que a onerosidade é perfeita e, por isso, se recorre à ideia de equilíbrio entre as prestações quando se torna necessário interpretá-los.

Assim, na Doutrina⁽⁴⁸⁾ vem sendo dado o alerta para o facto de, nos casos dos contratos onerosos parciários, serem devidas “uma valoração e uma ponderação específicas das circunstâncias especiais que acompanham o contrato e a sua equação económica concreta”⁽⁴⁹⁾, uma vez que, “no caso de contratos (...) que não sejam perfeitamente onerosos, há que recorrer à interpretação de acordo com a equidade, para dar solução às dúvidas suscitadas”⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Em Itália, por exemplo, neste sentido, M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milão: Giuffrè, 1989, p. 137 e segs.

⁽⁴⁹⁾ Cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 394.

⁽⁵⁰⁾ Cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 381.

§ 3.º Enquadramento estrutural e histórico dos «direitos de exclusivo».

17. O que acabámos de referir quanto à especificidade dos contratos parciários tem a maior importância no contexto das concessões de actividades públicas e dos direitos de exclusivo.

Na verdade, é no plano da contratualidade concessória parciária que melhor se entende que, em vultuosos projectos de infra-estrutura, o Estado suporte o dever de não apoiar, por certo período de tempo e dentro de determinada área geográfica, projectos concorrentes, dever esse que se configura como um elemento integrante do sinalagma jurídico que caracteriza de modo claro este tipo de grandes operações, as quais, sem essa contrapartida de não concorrência, não raras vezes, não suscitariam qualquer interesse às potenciais entidades concessionárias. Ademais, esta é a razão histórica que explica a atribuição aos concessionários de direitos de exclusivo.

Neste plano, com extrema relevância, importa reter as ainda muito pertinentes considerações desenvolvidas por JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO⁽⁵¹⁾, em célebre texto de 1914 dedicado às *concessões de serviços públicos*, afirmando então que “como as ideias do tempo eram ainda demasiado individualistas para que os corpos administrativos e o Estado ousassem a realização directa de (...) grandes obras públicas, a esta circunstância acrescentando a da comovente penúria das suas disponibilidades financeiras e o carácter um tanto aleatório dos resultados pecuniários, note-se, dessas obras públicas a realizar, tornou-se corrente e mister que um particular se aventurasse a assumir os encargos da sua execução, ficando com o *direito de*, como gestor, pelo tempo acordado, em nome e como representante do poder público, *receber taxas impostas pelo uso que fizessem os particulares do serviço proporcionado (...)*” (itálicos nossos), mais afirmando o Autor que “o que ressaltava mais impressionante nestes contratos, era decerto o seu carácter de empreendimento, o risco que o concessionário corria aventurando-se neles (...)”.

⁽⁵¹⁾ Cf. JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO, *ob. cit.* 17.

18. Esta compreensão histórica é decisiva para situar a atribuição de direitos de exclusivo como traço característico dos mais típicos contratos de concessão, uma vez que, como já assinalámos, o Estado transferia para o concessionário/parceiro todo o risco (positivo e negativo) normal da exploração de um bem económico que servirá para o concessionário se remunerar como contrapartida da realização de uma obra pública. Evidentemente, a contrapartida teria de ser a *exclusividade* na exploração da obra pública concedida. Aliás, nem de outro modo poderia ser, uma vez que, em face dos avultados investimentos provenientes do esforço de privados e dado que existia risco na exploração do bem que lhes permitiria a sua remuneração, surgiu, assim perfeitamente justificada, a figura do direito de exclusivo, sendo este, segundo o entendimento que perfilhamos, nada mais do que um corolário lógico da natureza *parciária* que caracterizou e ainda caracteriza o modelo clássico de concessão de obras e de serviços públicos.

19. Neste plano, registe-se também o que refere em momento mais recente SCOTT L. HOFFMAN no seu livro sobre *International Project Finance*: “o contrato deve garantir ao promotor o direito de desenvolver o projecto em regime de exclusivo durante um determinado período de tempo. Caso contrário, o Governo local poderia, deliberadamente ou não, desenvolver negociações simultâneas com outros promotores. Assim, durante as fases de execução e exploração do projecto, o promotor deve obter da Administração central o compromisso de que se absterá de, durante esse período, apoiar projectos concorrentes” (*a commitment that a government will not directly discriminate against the project in such a way as to support other, competing projects*)⁽⁵²⁾. É igualmente pertinente salientar que, para CHRISTIAN BETTINGER e GILLES LE CHATELIER, o direito de exclusivo se “justifica, no direito das concessões, pela importância dos investimentos normalmente feitos pelo concessionário. A colectividade tem todo o interesse em

⁽⁵²⁾ Cf. SCOTT L. HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, Amsterdão: Kluwer, 1998, p. 240.

proteger este último dos efeitos da concorrência, os quais não deixariam de se fazer sentir sobre as receitas esperadas, o equilíbrio da exploração e, enfim, sobre a capacidade financeira do concessionário de prosseguir o seu plano de equipamentos, e depois da modernização destes”⁽⁵³⁾.

Por outras palavras, pela “*outorga da exclusividade*”, como diz sugestivamente CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, o concessionário encontra uma “*garantia de mercado*”⁽⁵⁴⁾, uma vez que, sendo o Estado quem controla externamente esse *mercado*, existe como que uma transferência do domínio do mercado para as entidades concessionárias, transferência essa que integra o conteúdo dos contratos de concessão.

20. Aliás, de outro modo, mal se compreenderia que as entidades concessionárias promovessem a realização de avultados investimentos, tendo por base determinado cenário de mercado, sem que este mercado ficasse condicionado por determinado período de tempo e em determinada zona territorial⁽⁵⁵⁾.

Assim, impõe-se assinalar que o direito de exclusivo, como direito de exploração com exclusão concorrencial, surgiu como contrapartida pela total (ou pelo menos significativa) transferência de risco de procura do activo realizado, que caracterizava tipicamente o modelo clássico dos contratos de concessão. Esta raiz histórica é mais um elemento que permitirá indiciar fortemente qual o teor do direito de exclusivo quando, nos dias que correm, o Estado decide adoptar o modelo clássico de concessão.

⁽⁵³⁾ Cf. CHRISTIAN BETTINGER/ GILLES LE CHATELIER, *Les Nouveaux Enjeux de La Concession*, Paris: EFE, 1995, p. 136.

⁽⁵⁴⁾ Cf. CELSO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 28.^a ed., S. Paulo: Malheiros, 2011, p. 741.

⁽⁵⁵⁾ Porém, claro está que delimitar a amplitude do *efeito de condicionamento* do mercado, por via de uma *cláusula de direito de exclusivo*, é tarefa que sempre exige uma sindicância concreta relativa a cada caso contratual de concessão, uma vez que, em certas situações, o direito de exclusividade com amplitude máxima (privilégio territorial), ora por não ter sido um seu *pressuposto*, ora por não ser essencial ao contrato, poderá não ser necessário à manutenção do equilíbrio económico do referido contrato de concessão.

§ 4. Os «direitos de exclusivo» no direito dos contratos administrativos

4.1. *Enquadramento*

21. Prossequindo, poderá agora perguntar-se, em abstracto, qual o exacto sentido do conceito de “*direito de exclusivo*” na teoria geral dos contratos administrativos?

Vale seguramente, a este propósito, explicitar, ainda que sinteticamente, o contributo da Doutrina francesa. LAUBADÈRE, MODERNE E DELVOLVÉ, autores do clássico *Traité des Contrats Administratifs* (dois volumes, Paris: L.G.D.J., 1983-1984), começam por explicar que, de entre as várias obrigações que de um contrato administrativo de colaboração resultam para a Administração, se destaca a de *proteger o seu co-contratante*. Esta obrigação justifica-se pela especial colaboração que este dá àquela e como contrapartida dessa colaboração⁽⁵⁶⁾.

Defendem, depois, os aludidos Autores que “... a protecção dos co-contratantes é assegurada contra terceiros e contra a própria Administração. No primeiro caso, dirige-se a evitar que quaisquer terceiros possam prejudicar a execução do contrato (...), seja desenvolvendo uma actividade do mesmo tipo, entrando em concorrência com aquela que é assegurada pelo co-contratante, seja (...) em face de comportamentos que, sem serem exactamente concorrentes, prejudicam o co-contratante ou dificultam a sua tarefa... Mas a protecção do co-contratante deve ser igualmente assegurada contra a própria Administração, seja no que se refere às suas relações com terceiros, caso em que não deve favorecer actividades prejudiciais ao co-contratante, seja no que concerne à sua própria actividade, que (...) não deve concorrer com a do co-contratante”⁽⁵⁷⁾. Nesta segunda perspectiva (protecção contra a própria Administração), a obrigação de protecção do co-contratante resolve-se essencialmente em prestações de facto negativo, ou seja, proíbe-se à Administração a adopção de comportamentos directamente concorren-

⁽⁵⁶⁾ Cf. *Traité des Contrats Administratifs*, II, p. 190.

⁽⁵⁷⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 191.

ciais da actividade desenvolvida pelo co-contratante e que causem prejuízo grave a este. Trata-se aliás de uma obrigação que é do próprio interesse da Administração, pois caso contrário ela estaria a prejudicar o desenvolvimento de actividades das quais é por lei titular⁽⁵⁸⁾.

Nesta linha, os Autores citados esclarecem que o modo usado tradicionalmente para assegurar o imperativo de protecção do co-contratante é o “privilégio da exclusividade (...) que emerge essencialmente no quadro das concessões administrativas (...): isso mesmo se revela lógico, porquanto este tipo de contratos confia ao co-contratante a realização de uma actividade, serviço ou obra, relativamente à qual este assume integrais responsabilidades; cor-relativamente, consagra-se a exclusividade da assunção de tal responsabilidades”⁽⁵⁹⁾. Assim, repete-se, o exclusivo em matéria de concessões visa garantir “que a Administração não adopte medidas que permitam a terceiros exercer uma actividade concorrente com a do co-contratante (...): não é impedir em absoluto o exercício de uma actividade análoga por terceiros, mas garantir ao co-contratante que a Administração não adopta medidas que permitam ou facilitem o desenvolvimento por terceiros de uma actividade idêntica ou comparável à que está confiada ao co-contratante da Administração”⁽⁶⁰⁾.

Nestes termos, a *obrigação de protecção* do co-contratante é, assim, uma obrigação que se resolve essencialmente em prestações negativas, ou seja, que vedam à Administração a adopção ou a tolerância de comportamentos concorrenciais prejudiciais ao seu co-contratante.

22. São similares as indicações que se extraem do cotejo da Doutrina brasileira existente sobre esta matéria.

MARÇAL JUSTEN FILHO, tendo por referência o contrato de concessão de serviços públicos, começa por referir, em geral, que a

⁽⁵⁸⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 191.

⁽⁵⁹⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 192.

⁽⁶⁰⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 192.

“exclusividade significa a vedação à possibilidade de terceiros competirem com o ente estatal titular do serviço, com o concessionário ou com o permissionário no desempenho da actividade objecto da outorga”. E acrescenta, depois, que quando a concessão se fizer com a “previsão da exclusividade”, o concessionário “será beneficiado por uma espécie de *monopólio* na prestação do serviço público”, o qual “não produz efeitos apenas no âmbito privado”, sendo também “oponível ao próprio concedente”. Na realidade, traçando o âmbito de oponibilidade da exclusividade, escreve o Autor que esta, “para os demais empresários, eventualmente interessados em explorar o serviço, configurar-se-á vedação à livre iniciativa. Para os usuários, haverá ausência de outra alternativa para fruir o serviço. Para o poder concedente, surgirá um impedimento ao desempenho do serviço público, ressalvada a via” de recuperação do direito de exercer a actividade através do resgate (*encampação*, na terminologia jurídica brasileira)⁽⁶¹⁾.

O mesmo Professor recorda ainda que, no Direito brasileiro, a regra geral vigente na matéria (artigo 16 da Lei 8.987/95) diverge da plasmada no artigo 415.º do CCP. Efectivamente, de acordo com tal regra, a exploração das actividades concedidas dá-se por norma em regime de competição ou de “ausência de exclusividade”⁽⁶²⁾. Deste modo, a previsão do regime de exclusivo fica, nos termos da assinalada lei de 1995, dependente “da impossibilidade de desempenho do serviço público em regime de competição”, o que apenas ocorrerá por motivos *técnicos* ou *económicos*. No primeiro caso, estaremos em face de situações “em que é impossível o desenvolvimento de uma mesma actividade por dois sujeitos autónomos e distintos entre si. Assim, é tecnicamente impossível promover concessão de serviço antecedida da execução de obra pública a não ser em regime de exclusividade. Não há como uma mesma rodovia ser objecto de manutenção, conservação, amplia-

(61) Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, S. Paulo: Dialética, 2003, p. 39.

(62) Conforme refere HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 24.ª edição, S. Paulo: Malheiros, 1999, p. 341, no Brasil, “a concessão, *em regra*, deve ser conferida sem exclusividade, para que seja possível sempre a competição entre os interessados, favorecendo, assim, os usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas”.

ção e exploração por mais de um concessionário”. Já os motivos económicos pressupõem a “viabilidade técnica de sujeitos diversos desempenhando simultaneamente a mesma actividade. O problema, porém, reside na impossibilidade de obtenção de resultados económicos para manter o desempenho da actividade, especialmente quando estabelecidos determinados parâmetros mínimos de qualidade. Com a pluralidade de sujeitos desempenhando actividades similares, os resultados económicos obtidos por cada um serão menores. Isso acarretará margens de lucros mais reduzidas e períodos mais longos para retorno dos investimentos”⁽⁶³⁾.

23. Por seu turno, a Doutrina portuguesa tem também recordado o conceito de *direito de exclusivo* num sentido coincidente, quanto ao essencial, com aquele que lhe vimos ser atribuído em França e no Brasil.

Assim, defende-se, entre nós, que da *garantia de exclusivo* deriva para a Administração uma obrigação jurídica que se traduz essencialmente *numa prestação de facto negativo*: isto é, numa proibição de adopção de condutas que lesem, directa ou indirectamente, a posição jurídica dos concessionários. Nas palavras de MARCELLO CAETANO, o direito de exclusivo “toma a forma de uma obrigação assumida pelo concedente de não consentir a mais ninguém [incluindo a ele próprio] o exercício da actividade que haja sido objecto da concessão”⁽⁶⁴⁾. Isto, sobretudo, pela simples mas decisiva razão de que “só a concessão por um prazo fixo e com exclusivo permite fazer cálculos razoáveis de retribuição do concessionário”⁽⁶⁵⁾. Por outro lado, sublinha o mesmo Autor que, “sendo (...) o exclusivo uma excepção aberta ao princípio da liberdade de trabalho, comércio ou indústria, nesse caso em benefício de uma iniciativa privada, a actividade por ele abrangida deve sem-

⁽⁶³⁾ Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 40.

⁽⁶⁴⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, p. 251.

⁽⁶⁵⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 251.

pre ser devidamente especificada e restrita ao indispensável à exploração do serviço”⁽⁶⁶⁾.

A regra, portanto, como refere PEDRO GONÇALVES, “é a de que o exclusivo seja específico”⁽⁶⁷⁾ e que o “primeiro factor importante a considerar será o do território abrangido pela concessão (...); por outro lado, importa definir o direito concedido ao concessionário como o direito à gestão de uma actividade económica determinada, que pode estar em concorrência com actividades económicas diferentes (...), caso em que tem de entender-se que o exclusivo não é posto em causa pela atribuição de títulos para a exploração dessas outras actividades”^(68/69).

24. Em suma: do depoimento sumário das Doutrinas francesa, brasileira e portuguesa sobre o sentido do conceito de direito de exclusivo em matéria de contratos administrativos (*de concessão*) resulta que a ideia geral que subjaz a essa figura é a de que, por seu intermédio, por razões técnicas e/ou económicas, a Administração se compromete perante o concessionário, sob pena de responsabilidade de sua parte, a, por um lado, não autorizar outras empresas, exercendo a *mesma* actividade daquele, a virem fazer-lhe concorrência *directa* no âmbito geográfico da concessão, e, por outro lado, a não lhe fazer ela própria essa concorrência. O direito de exclusivo representa, pois, fundamentalmente uma garantia de não concorrência dada pelo concedente ao concessionário, de modo a que este reúna as condições que lhe permitam amortizar o estabelecimento, pagar a exploração e obter um lucro remunerador dos seus capitais.

⁽⁶⁶⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 251.

⁽⁶⁷⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 223.

⁽⁶⁸⁾ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 267.

⁽⁶⁹⁾ MARCELLO CAETANO exemplificava: por exemplo: “o serviço público de transporte ferroviário só abrange esse meio de transporte (viação sobre carris) embora possa utilizar qualquer motor (...), mas não compreende os outros meios de transporte colectivo, e deixa liberdade aos meios individuais. E pode ser ainda mais especificado — transporte ferroviário com motor eléctrico — o que já não abrangeria outras formas de energia motriz” (*ob. cit.*, p. 223).

4.2. *A concretização interpretativa dos «direitos de exclusivo»*

25. Aqui chegados, cumpre no entanto assinalar que, atendendo à variedade de contratos de concessão celebrados e aos interesses neles em jogo, o sentido da protecção jurídica conferida pelas referidas cláusulas de exclusivo não é unívoco, variando de contrato para contrato — de concessão para concessão —, sendo essencial o recurso à qualificação e à interpretação de cada contrato de concessão para sindicarem especificamente o conteúdo das suas cláusulas.

Será sempre necessário apurar a que (sub)tipo de contrato pertence a concessão na qual surge determinada cláusula atributiva de um direito de exclusivo, uma vez que tal factor será decisivo, na maior parte dos casos, para apurar se estamos diante de um direito de exclusivo de tipo x (grau máximo) ou de tipo y (grau mínimo). Efectivamente, só através da correcta qualificação do contrato de concessão será possível proceder a uma igualmente correcta delimitação da posição de exclusividade em que foi investido o respectivo concessionário.

Convirá insistir: o âmbito e a eficácia do «direito de exclusivo» são variáveis na exacta medida da variação que caracteriza cada um dos subtipos contratuais que é possível recortar dentro do tipo contratual da concessão. Assim, podem identificar-se, tipicamente, os *i) direitos de exclusivo de grau amplo* e os *ii) direitos de exclusivo de grau reduzido*.

26. Com efeito, em alguns casos, e na linha das considerações doutrinárias acima expendidas, a cláusula atributiva de um direito de exclusivo confere à entidade concessionária uma posição jurídica activa que se traduz na total exclusão da concorrência directa dentro de certo perímetro territorial, tornando-se aquela detentora do direito de exploração em regime de monopólio territorial e temporal. Nestes casos, o Estado aliena, temporariamente, o direito de explorar determinado bem económico (volume de tráfego, etc.), não podendo permitir que terceiros explorem esse bem,

uma vez que a sua exploração foi integralmente cedida a uma entidade concessionária^(70/71).

Como único remédio, assiste ao Estado, caso pretenda intervir, o poder de resgatar a concessão e assim provocar a sua extinção antecipada.

27. Porém, noutros casos, o direito de «exclusivo» tem um significado menos amplo, que consiste na mera protecção dos *efectos negativos* da concorrência que venha a ser introduzida — aqui há a possibilidade de ser introduzida concorrência, embora com consequências patrimoniais para a Administração — durante a vigência da concessão, não se traduzindo num direito de exploração territorial. Nestas situações, inexistente supremacia posicional da entidade concessionária sobre determinado território. A entidade con-

(70) Exemplificativamente, observe-se que tal é o que sucede precisamente no contrato de concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar no CASINO DO ESTORIL, uma vez que “o Governo compromete-se a não permitir a criação, a partir da data de hoje e durante todo o prazo da concessão, de novas zonas de jogo a menos de 300 km do local em que se situa o Casino do Estoril, nem salas de jogo do bingo no concelho de Cascais”. No mesmo sentido, refiram-se as Bases do contrato de concessão “de um porto destinado ao serviço da navegação de recreio junto da povoação de Quarteira, no Algarve, com vista ao aproveitamento turístico da região”, aprovadas e publicadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 215/70, de 15 de Maio — concessão LUSOTUR, nos termos do qual: “A concessionária goza de exclusivo na instalação e exploração de qualquer novo porto de recreio do tipo ‘marina’ até uma distância de 10 km da zona da concessão» e de preferência na instalação e exploração até uma distância de 35 km”.

(71) Ainda quanto ao este tipo de *direito de exclusivo*, aluda-se, enfim, ao determinado a este propósito no caso *clássico* do contrato da concessão “Eurotúnel”, em que são concedentes o Reino Unido e a República Francesa. Como informa RUIZ OJEDA, “*La cláusula 34 del Acuerdo de Concesión prevé la construcción de un segundo Enlace Fijo, en este caso para tráfico rodado; para ello los concesionarios deberán proponer a los Principales, desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Concesión y hasta el año 2000, un segundo proyecto. Caso de que tal cosa no se produzca o no haya acuerdo entre los concesionarios y los Estados, éstos podrán iniciar, nunca antes del año 2010, un procedimiento de concurrencia abierta para la adjudicación de la concesión del segundo enlace. En este caso, ni este segundo enlace, ni cualquiera otro, podrá entrar en funcionamiento antes del año 2020*”. Nestes termos, e na pior das hipóteses, o concessionário apenas suportará concorrência (indirecta) 35 anos após a assinatura do contrato de concessão. Cf. ALBERTO RUIZ OJEDA, *El eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión*, RAP, n.º 132, 1993, p. 495.

cessionária terá apenas um direito de *protecção* face a *perturbações concorrenciais* que possam fazer perigar o equilíbrio (comutativo) do contrato gizado entre as partes. Inexiste, portanto, um *efeito ablativo* na esfera do concedente, o qual continua a ser titular do poder de conferir a terceiros licença de actuação concorrencial, apenas estando onerado com a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão que, em certo contexto geográfico, tenha celebrado com outras entidades concessionárias.

Por isso, em face deste conteúdo de mera protecção da exploração, o concessionário fica detentor de um direito de grau reduzido.

28. Isto ponderado e antes de mais avançar, convirá ainda sublinhar que, no que respeita aos dois tipos de graus de direito de exclusivo que agora analisámos, é ainda possível estabelecer uma relação entre os tipos de concessão e os tipos de direito de exclusivo aí previstos. Com efeito, as cláusulas de direito de exclusivo *de grau amplo* são mais típicas dos *clássicos contratos de concessão parciária*. E isto porque transferindo-se totalmente para o concessionário o risco da exploração do *bem*, cuja exploração lhe foi entregue como contrapartida contratual, aquele fica investido numa posição cuja remuneração depende totalmente do resultado económico da exploração desse bem. Nestes casos, como vimos, encontramos-nos diante de contratos onerosos fortemente parciários, pois que a remuneração de uma das partes, ainda que seja certa a forma como se obtém essa remuneração (exemplo: cobrança de portagens), é completamente incerta quanto ao seu quantitativo. Tudo dependerá, para o concessionário, do resultado concreto da operação, pois tomou como seu o risco da mesma. Recuperando a feliz expressão de JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO, o “mais impressionante nestes contratos” [é] “o seu carácter de empreendimento, o risco que o concessionário corr[e] aventurando-se neles (...)”⁽⁷²⁾. Assim, quando a opção administrativa é a de transferir fortemente o *risco* para o concessionário, evidente-

(72) Cf. JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO, *ob. cit.* 17.

mente, o Estado deverá suportar, na sua esfera, uma *ablação* — ainda que temporária — nos seus poderes relativos ao *bem* que entrega ao concessionário como *contrapartida* contratual. Só mediante resgate — e pagando a correspondente *justa indemnização* — poderá recuperar o domínio sobre as actividades que atribuiu a terceiros. Nestes termos, melhor se compreende que, sobre esse bem, incida um direito de *exclusivo*, que assume âmbito territorial.

29. Por outro lado, as cláusulas de direito de exclusivo de grau reduzido — *i.e.*, as que apenas se traduzem na atribuição da exploração de um bem com salvaguarda contratual de uma compensação por perturbações na exploração desse bem — são mais típicas dos contratos de concessão onerosos com traços de forte comutatividade ou simetria. E isto porque, em face da natureza destes, a *ratio* da equivalência das prestações implicará, nestes casos, um equilíbrio quase simétrico entre as prestações.

Assim, nestes casos, a função contratual da consagração de um direito de exclusivo é, essencialmente, a de criar um mecanismo contratual que permita e justifique a reposição do equilíbrio perdido por força do comportamento do concedente. Nem de outro modo poderia ser: existindo, nestes casos, a possibilidade de o Estado permitir a terceiros — ou de desenvolver ele próprio — a exploração concorrencial do mesmo tipo de bem em zona directamente concorrente com a do empreendimento concessionado, incumbirá àquele, sempre e em todos esses casos, uma obrigação de reposição da simetria do contrato de concessão, aspecto este que representa, segundo o entendimento que perfilhamos, uma manifestação evidente de comutatividade contratual.

30. Por tudo quanto antecede, entendemos que o remédio contratual da reposição do equilíbrio financeiro é mais típico dos contratos de concessão comutativos, não sendo tão eficaz e/ou apropriado nos casos de contratos de concessão onerosos parciais. Com efeito, como verificámos, o desequilíbrio é-lhes natural, sem

que isso envolva qualquer entorse à justiça (proporcionalidade) que, por regra, deve presidir às relações contratuais entre a Administração e os particulares (cf. hoje o disposto no artigo 281.º do CCP).

Mais se refira: é precisamente por esse motivo — *o desequilíbrio parciário* — que se explica que, nos casos de concessões com traços de *negócios parciários*, o direito de exclusivo se configure como um direito de grau amplo. Se o Estado entrega ao concessionário a exploração de um bem e fá-lo sem lhe garantir um resultado certo, um resultado à partida considerado como simetricamente equivalente ao da prestação a cargo do co-contratante, é compreensível — até natural — que tenha de o compensar com a atribuição de um direito de exclusividade de grau máximo, ou seja, com uma posição de âmbito territorial.

Só assim o Estado evitará que, no futuro, o concessionário surja brandindo judicialmente com uma intolerável onerosidade da sua prestação⁽⁷³⁾. Paradoxalmente, o direito de exclusivo de grau amplo, podendo ser perspectivado publicamente como um “*mau negócio*” estadual — é certo que num juízo de prognose “póstumo”, sempre falacioso —, surge, afinal, no caso de concessões onerosas parciárias, como uma forma de compensação pela imperfeição/inexistência de rigorosa simetria e comutatividade das prestações contratuais.

Numa frase: a falta de comutatividade e simetria nos contratos parciários implica a atribuição de um direito de exclusivo de grau amplo (normalmente, exclusividade territorial), que, para o concedente, tem como consequência um efeito *ablativo* nos poderes que poderia exercer sobre o *bem* que entregou ao concessionário como contrapartida contratual. Esta asserção tem, ademais, perfeito enquadramento no contexto da designada Justiça do contrato, dado que, em face da inexistente simetria das prestações, as partes introduzem um mecanismo que permite recolocar alguma simetria, ainda que incerta, entre as mesmas.

⁽⁷³⁾ Genericamente, sobre o problema do risco e do equilíbrio nos contratos, cf. DOMENICO RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, ESI: Roma, 2001; VINCENZO FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Roma: ESI, 2001; e ENRICO GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto (Studi)*, Roma: ESI, 1997.

31. Resulta claro que, neste plano, importa descortinar se o direito de exclusivo consagrado em cada contrato de concessão é de molde a conferir um direito de exclusivo amplo (de âmbito territorial), mais típico dos contratos de concessão onerosos parciários, ou se, pelo contrário, é um direito de grau mínimo, traduzindo-se, portanto, num mero direito ao equilíbrio financeiro da concessão, mais típico dos contratos de concessão comutativos, tudo conforme as considerações que anteriormente expusemos.

É assim, desde logo, pela evidente necessidade de se proceder ao enquadramento da cláusula atributiva do direito de exclusivo no contexto dos contratos de concessão parciária. Este aspecto é central, uma vez que, na interpretação do contrato de concessão, nos casos em que este se enquadre no *subtipo* de contrato oneroso parciário, há-de ter-se em conta, obrigatoriamente, toda a *equação económica concreta* do contrato, nomeadamente, como acima referimos, deve ser valorado, para efeito de interpretação contratual, o nível de *risco* (positivo e negativo) que é transferido para o concessionário.

Aliás, só dessa forma encontraremos, num plano tipológico, o correcto sentido do *direito de exclusivo* que normalmente surge previsto nesses contratos.

32. Ou seja: havendo transferência total ou significativa de risco de procura para o concessionário, deverá à partida entender-se que a exclusividade é de *grau amplo/máximo*. Ao invés, nos casos em que a *transferência de risco* é menor ou diminuta, deverá partir-se da ideia de que a *exclusividade* é meramente instrumental à manutenção do equilíbrio financeiro do contrato concessório. Na verdade, qualquer tipo de *interpretação* contratual que se pretenda efectuar não poderá negligenciar o facto de existirem traços típicos dos contratos onerosos parciários, pelo que se imporá, nessa actividade interpretativa, valorizar especialmente a *equação económica concreta do contrato*.

De facto, estando em causa um *clássico* contrato concessório parciário (repete-se: uma concessão em que uma das partes se remunera integralmente tendo por referência o *resultado econó-*

mico da própria operação contratual), a *equação económica concreta* do contrato — *maxime*, a alocação do *risco* — servirá para determinar *interpretativamente* o conteúdo concreto dos direitos e das obrigações das partes, nomeadamente para concretizar o *conteúdo do direito de exclusivo*.

Por outro lado, importa ainda afirmar que a *remuneração* que o Estado permite que o privado obtenha é *variável* e, de certo modo, imprevisível, uma vez que apenas por *prognose* — *rectius*, através do caso base contratual — se poderá estimar o *resultado económico* da exploração do *bem* que o Estado *aloca* à concessionária. Ora, como atrás se referenciou, nestes casos, em que grassam traços típicos de parciariedade contratual, o natural será que, no contexto de contratos de concessão com tão elevada transferência de risco, o Estado atribua um direito de exclusivo de grau amplo/máximo, de âmbito territorial, como forma de compensar a aleatoriedade do resultado económico subjacente à concessão.

