

SOBRE O INTUITU PERSONAE NA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA
ON THE *INTUITO PERSONAE* IN ADMINISTRATIVE CONCESSION

LINO TORGAL¹

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Lisboa, Portugal

Resumo: A afirmação tradicional da natureza pessoal da concessão administrativa é problemática em qualquer dos domínios em que é proferida. Em matéria de formação do contrato, salvo situações excecionais, o concessionário é um cocontratante fungível, inexistindo, por isso, base para afastar o princípio do público apelo à concorrência. A necessidade de avaliar a capacidade técnica e financeira dos candidatos e de comprovar a sua idoneidade também não justifica a derrogação da aplicação da regra da concorrência. O facto de a adjudicação recair sobre uma proposta apresentada por um operador que preencheu o perfil de capacidade definido em geral pela Administração e que deverá comprovar antes da outorga contratual ser idóneo dá relevo apenas indireto ao elemento pessoal. No plano jurídico-contratual, a regra da execução pessoal coexiste com o princípio geral da transmissibilidade condicionada da posição jurídica do concessionário por via de cessão da posição contratual ou subcontratação. A índole da concessão não legitima um ilimitado poder discricionário de autorização. Tal ato deve respeitar o regime jurídico aplicável, incluindo os preceitos relativos aos direitos fundamentais e aos princípios normativos da Administração. O mesmo vale para a autorização exigida para a alteração da estrutura acionista implicando mudança de controlo da sociedade concessionária.

Palavras-chave: contrato de concessão, contrato de natureza pessoal, livre seleção do concessionário, público apelo à concorrência, cessão da posição contratual e subcontratação, alteração da estrutura acionista, autorização

Abstract: The traditional assertion of the personal nature of the administrative concession is problematic in any of the areas in which it is normally stated. In terms of the formation of the contract, except in exceptional cases, the concessionaire is a fungible co-contractor, and there is therefore no legal basis to rule out the principle of public appeal to competition. Nor does the need for the administration to assess the technical and financial capacity of the candidates and to prove their suitability in any way justify the derogation from the competition rule. The fact that the award relates to a tender submitted by an operator who has satisfied the capacity profile generally defined by the Public Administration and who must prove that he is suitable before the contract is awarded will, however, give indirect importance in this context to the personal element. On the legal-contractual level, the rule of personal performance coexists with the general principle of conditional transferability of the legal position of the concessionaire by assignment of the contract or through subcontracting. The nature of the concession does not legitimize an unlimited discretionary power of authorization. Such an authorization must respect the applicable framework, including the provisions relating to fundamental rights and the normative principles of the Administration. The same applies to any authorisation required for a change in the ownership structure involving a change of control of the concessionaire company.

Keywords: concession agreement, contract of a personal nature, free selection of the concessionaire, call for competition, assignment of the contractual position and subcontracting, change of shareholder structure, authorisation

§ 1º. Considerações gerais

1. Mercê sobretudo dos seus objeto público, elevada complexidade técnica e típica longa duração (esta, por sua vez, decorrente do elevado volume de investimento económico-financeiro veiculado), o contrato de concessão de atividades (seja de obras públicas, seja de serviços públicos) é por tradição apresentado como assumindo natureza *personal* (*intuitu personae*)¹, ou seja, como concluído e mantido em função da confiança da Administração concedente em relação a certa pessoa (concessionário)². Essa qualificação tem servido para explicar a ampla autonomia da Administração tanto na escolha do concessionário³ como na autorização à transmissão por este da sua posição jurídica no decurso da execução do contrato⁴. Sucede, todavia, que, apesar da tendencial permanência daqueles traços contratuais, a evolução nas últimas décadas registada no ordenamento jurídico-administrativo, em geral, e no domínio dos contratos públicos e das concessões, em especial (cf. a Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro – “Diretiva 2014/23” –, e, entre nós, o Código dos Contratos Públicos, de 2008 – “CCP”), justifica revisitar o sentido e alcance, neste contexto, do fator pessoal.

Manifestamente, como veremos, ele não tem o alcance que outrora lhe foi atribuído (mais numas geografias do que noutras), seja no que respeita à formação (sistema de livre eleição do concessionário), seja no que concerne à execução (sistema de cumprimento pessoal, salvo autorização descondicionada do concedente à cessão da posição jurídica ou da responsabilidade de execução pretendida pelo concessionário).

2. A natureza pessoal, por outro lado, jamais se apresentou como predicado privativo do contrato administrativo de concessão.

No Direito civil, embora não seja uma categoria típica (a lei não se lhe refere) ou doutrinária (os negócios concluídos *intuitu personae* não figuram, habitualmente, entre nós, nos diversos termos das classificações de negócios jurídicos⁵), a afirmação do caráter pessoal de certas posições

¹ Por exemplo, neste sentido, Laubadère, Moderne, Delvolvé (1983: 655); Parejo Gamir (1985: 26), informando que “este fundamental rasgo, el carácter *intuitu personae* de las concesiones ha sido repetidamente proclamado por la jurisprudencia”, com diversas indicações; Garrone (1993: 20-21), para quem a concessão de obra pública se singulariza por ser um “provvedimento *intuitu personae* e, quindi, nell’ampia discrezionalità che, almeno di regola, accompagna la scelta del concessionario da parte dell’Amministrazione concedente”; mais recentemente, Correa (2018: 109-111, 240-241): a concessão “está marcada por el *intuitu personae*, esto es, que en ella es un aspecto esencial las condiciones que concurren en el concesionario para atribuirle la concesión”.

² Sobre a questão, entre nós, cf. Gonçalves (1999: 233 ss.).

³ Cf. por exemplo Chapus (2001: 629), dizendo que isso “se justifie par la considération que l’autorité administrative ne saurait déléguer l’exploitation d’un service public à une personne en laquelle elle n’aurait pas la plus grande confiance possible”.

⁴ Cf. Parejo Gamir (1985: 13): “(...) la concesión de servicio, por su carácter *intuitu personae*, no puede transmitirse a tercero sin autorización previa de la administración concedente”.

⁵ Por exemplo, Andrade (1992: 37 ss.); Mota Pinto (1985: 387 ss.); ou Carvalho Fernandes (2010: 55 ss.). Cf., porém, Ferreira de Almeida (2012: 31 ss.), aludindo, no âmbito da categoria dos contratos pessoais, a contratos próprios, contratos *intuitu personae* e contratos familiares.

jurídicas é frequente na respetiva doutrina, servindo para esclarecer a *ratio* de algumas normas, sobretudo de contratos típicos duradouros.

Comentando um dispositivo específico do regime do mandato do Código Civil (“CC”) – o art. 1174.º (epigrafado “casos de caducidade”) –, Pires de Lima e Antunes Varela referiam que a doutrina da alínea a) deste artigo (não transmissibilidade da posição de mandante ou de mandatário), que já vinha do Código de Seabra, “nada custa a justificar em face do carácter *pessoal* da relação de mandato, toda assente na confiança recíproca que une os contraentes”. Na verdade, isso seria o “reflexo da natureza pessoal das duas posições”; afinal, o “*intuitus personae* [...] domina o contrato” (1986: 738). Escreve, por seu turno, Menezes Cordeiro, discorrendo sobre o “tipo básico do mandato”, que este, muitas vezes, “é concluído tendo em conta as características pessoais dos intervenientes. Claramente *intuitu personae*, o mandato postula uma forte relação de confiança entre os intervenientes”. Assim, “e em princípio, as partes escolhem-se com base na confiança, a qual irá perdurar ao longo da relação [...]”. Esta explicaria ainda, para o referido Autor, certos deveres acessórios e a livre revogabilidade do mandato (2018:489). Noutro tipo contratual, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça: “o contrato de prestação de serviços, como o dos presentes autos, é o que a doutrina designa por contrato *intuitu personae*, vale dizer, contrato celebrado em razão da pessoa do contraente, que influi decisivamente para tal celebração. É em função das características pessoais e profissionais do prestador do serviço que o mesmo é contratado pela empresa para despenhar actividades de considerável complexidade técnica e de correspondente responsabilidade” (cf. acórdão de 16 de janeiro de 2014).

Assinala ainda, em geral, a doutrina civilista que o carácter pessoal pode ser unilateral (apenas de uma parte relativamente à outra) e admitir graus, sendo, nuns casos, mais *fraco* (incide sobre o regime de formação e validade do contrato), e, noutros, mais *forte* (influenciando, também, certos aspetos do cumprimento e das vicissitudes do contrato) (Ferreira de Almeida, 2012: 31-32, com indicações). E, bem assim, observa-se o pendor relativo do elemento pessoal (deve aferir-se, não em geral, mas prestação a prestação): “a apresentação casuística é sempre indispensável, não só para testar a qualificação como para confirmar a aplicabilidade de cada uma das regras especiais, em função da intensidade do carácter pessoal do contrato” (Ferreira de Almeida, 2012: 32).

3. Parece traduzir, portanto, o *intuitu personae* no Direito civil a ideia de que, em alguns contratos, a relação de confiança ou de consideração pessoal que existe entre as partes (unilateral ou bilateralmente) explicará *tendencialmente* – sendo sempre necessário fazer-se um apuramento casuístico – a respetiva celebração, modificação ou cessação, normalmente entre pessoas singulares.

Desde logo, podem ser aspetos subjetivos da pessoa contratada a justificar a celebração do contrato com certa configuração. A sua realização radica em características específicas da contraparte no negócio (identidade, qualidades, traços de carácter), isto é, na projeção dessas marcas pessoais, segundo afirmação ou pressuposição do credor, na atividade devedora. A raiz dessa atribuição de confiança pelo credor ao seu devedor é imperscrutável. Etimologicamente, este é, aliás, “chamado credor porque *acreditou* no devedor – na sua lealdade e na sua capacidade de pagamento” (Andrade, 1966: 17). O esquema reflete a ampla autonomia do sujeito que procede, de forma desprocedimentalizada, à seleção de um parceiro. Pela

negativa, no Direito civil a celebração de um contrato deste tipo *não tem* de ser antecedida da prévia definição do perfil do cocontratante desejado (formulando-se, em geral, um critério de adjudicação) e da aplicação subsequente dele ao universo de propostas que o público apelo à concorrência permitiu gerar.

Por outro lado, vicissitudes que ocorram na execução contratual, com incidência sobre aspetos que relevaram para a outorga, podem exigir a necessidade de consentimento das partes. Nalguns casos, por exemplo, para o evento modificativo operar, será decisiva a confiança que o cessionário ou subcontratado do devedor possa merecer ao credor, que aprecia a cessão ou a subcontratação com a máxima liberdade, não sendo a prestação infungível. Sendo-o, a impossibilidade superveniente subjetiva não culposa do devedor determina a extinção da obrigação (CC, art. 791.º).

Enfim, é por exemplo à luz do caráter pessoal da relação de mandato, baseada na confiança entre o mandante e o mandatário, que é explicada, desde o direito romano, a regra da caducidade do mandato por morte de qualquer das partes (*mandatum morte finitur*). Acrescenta, porém, a doutrina que essa fundamentação é sobretudo pertinente para o caso da morte do mandatário. O caso de caducidade por morte do mandante deve ser explicado, segundo Januário Costa Gomes, noutra base: “pelo facto de desaparecer o sujeito interessado no acto, não se justificando que o mandatário continue a gestão vinculando os herdeiros do mandante que podem preferir uma nova orientação gestória, ou assumir a gestão, sem prejuízo de poderem acordar com o mandatário a constituição de um novo mandato” (2012: 106).

De resto, também da banda do Direito mercantil, considerando que, de acordo com o art. 26.º, al. c), da Lei do Contrato de Agência (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, alterado), a morte do agente, pessoa singular, determina a *automática extinção* do contrato – o que é aí justificado por se tratar de um contrato celebrado *intuitu personae*, isto é, a “circunstância de, tanto na sua celebração como na sua execução, o contrato se encontrar, via de regra, dependente das qualidades pessoais ou profissionais do agente” – , a doutrina questiona o acerto da solução legal. Por um lado, nem sempre o contrato de agência seria celebrado tendo em conta as qualidades pessoais do agente; por outro, “estando em causa um empresário, titular de um *estabelecimento mercantil*, o seu desaparecimento não implica, forçosamente, que a respectiva empresa se torne, *ipso facto*, inapta para o cumprimento de obrigações resultantes do contrato” (Ferreira Pinto, cf., com desenvolvimentos, 2013: 325-326). Haveria, pois, que analisar as particularidades do caso concreto para ver se nele procedem as razões que motivam a solução comum ou típica definida na lei.

Afinal, na decisão de celebrar um contrato de distribuição comercial – escreve ainda o Autor – “pesam, muitas vezes, bastante mais as características *organizativas e funcionais* das *empresas* contratantes (que determinam a sua idoneidade para o exercício da actividade contratada), do que, estritamente, as qualidades *pessoais* ou *estruturais* de quem as detém – e, quando assim seja, tais contratos são sobretudo concluídos *intuitu instrumenti* e não *intuitu personae* ou *intuitu firmæ*” (Ferreira Pinto, 2013: 144-145). A determinação da contraparte nesse giro mercantil parece, assim, algo distante do indicado modelo de contratação de *natureza pessoal* entre pessoas singulares característico do juscivilismo, pois assenta mais no preenchimento (ao alcance de vários operadores com formato organizacional institucionalizado) de características pré-identificáveis pela parte que figura como “principal” a partir do conhecimento do mercado, do que na singular detenção por um específico sujeito de atributos pessoais

únicos (quanto ao *ser* e ao *saber fazer*) para se poder lograr um determinado efeito jurídico.

§ 2º. O *intuitu personae* na formação da concessão

2.1. Concessão tradicional

4. Como referido na introdução, até há não muito tempo prevaleceu, nalguns países, a concessão geral de que a concessão tinha uma *natureza pessoal* (*intuitu personae*), entendendo-se que, por força dessa essência, radicada na confiança pessoal (incidente sobre o *ser* e o *saber fazer* de um indivíduo ou, até, de uma empresa), a Administração, na formação do contrato, deveria poder escolher livremente o cocontratante a quem entregava o desenvolvimento de uma atividade legalmente sua (cf. referências em Torgal, 2011: 981). Sempre que o contrato seja dessa natureza, “on conclura qu’il doit y avoir libre choix” (cf. Chapus, 2001: 389). A sensibilidade dos interesses envolvidos no encargo delegatório – no fundo, a sua preordenação à satisfação de uma necessidade coletiva essencial – tinha um reflexo no regime da respetiva formação. Esta deveria seguir, no essencial, o modelo clássico do Direito privado, em que duas partes, num contexto negocial, trocam declarações que, por aproximações sucessivas, permitem a conformação do conteúdo do contrato a celebrar (cf. Sérvulo Correia, Torgal, Sánchez, 2010: 174).

Em geral, eram mobilizados para o efeito diversos argumentos. Desde logo, o facto de o objeto público deste contrato se assumir como uma circunstância “do mais alto significado para o interesse geral” (cf. Gonçalves, 1999: 210). Estava aí muito mais em causa do que a designação de um *cocontratante* da Administração. Tratava-se antes de apontar um *substituto* temporário (um delegatário) daquela (sempre sujeito a vigilância), um sujeito que se encarregava, afinal, de *administrar*, de prover um empreendimento *público*, segundo um exigente conjunto de deveres (continuidade, regularidade, igualdade, adaptabilidade, etc.), e sem direito de renúncia. Considerando o papel da empresa na montagem e gestão do serviço público, a sua personalidade era determinante, devendo o concedente poder eleger o seu parceiro sem constrangimentos e, sobretudo, sem necessidade de aplicação das regras legais de análise e avaliação de propostas de uma licitação pública aberta relativa a uma aquisição de obras, bens ou serviços (cf. Delvolvé, 1992: 114).

Além disso, estava em causa nas concessões a realização de um objeto de elevada complexidade, exigente da mobilização de elevados capitais e da detenção de um *know-how* complexo, não tendo a Administração em regra capacidade para levantar tais capitais e para elaborar sequer ela própria a documentação base do concurso público (caderno de encargos), requerendo o projeto, muitas vezes, a adoção de uma solução singular ainda não ensaiada. Em Espanha, por exemplo, segundo a legislação vigente no séc. XIX (primeiro, o artigo 7.º da Instrução de Obras Públicas, de 10 de outubro de 1845⁶ e, depois, a *Ley General de Obras públicas*, de 13 de abril de 1877), o pressuposto do recurso à modalidade de execução de obras públicas “por empresa” (e por concessão) era a necessidade de realizar

⁶ Que rezava: “Las empresas promovidas por particulares, en tanto serán aceptables en cuanto la importancia y vasta extensión de las obras proyectadas exijan considerables sumas que la Administración no se halle en estado de afrontar, pero que puede suplir ventajosamente por medio de concesiones”.

investimentos que a Administração, pela sua complexidade técnica e elevada quantia, não estivesse em condições de realizar, revelando a lei para as demais situações preferência pelo sistema da empreitada de obras públicas.

Depois, as concessões implicavam, por via de regra, o estabelecimento de uma relação (muito) *duradoura* entre as partes (cf. referências em Torgal, 2023: 1443), demandando o elemento temporal um cuidado redobrado da Administração na tarefa de avaliação da idoneidade e das capacidades do particular a quem se confiaria, durante décadas, a execução do interesse público.

O princípio da livre escolha do concessionário explicava-se, ainda, por a concessão administrativa não envolver o *pagamento* de um *preço* por parte da Administração ao particular, dado ser este quem assumia o financiamento do estabelecimento e da exploração (a amortizar e remunerar depois mediante a cobrança de taxas aos utentes). Não se colocava, por princípio, um problema de concorrência para potenciar a maior eficiência na realização de despesa pública. Claro que se os rendimentos da exploração da obra ou serviço se antecipassem insuficientes, haveria que estipular condições financeiras particulares em compensação da indústria dos empresários, do capital que adiantam e dos riscos que correm (cf. assim Colmeiro, 1976: 55).

Em suma, procurando a Administração identificar quem, no mercado, mostra idoneidade e detém capacidade técnica e financeira de administrar temporária, mas *duradoura* e continuamente, no seu lugar, uma atividade pública complexa, suportando os respetivos custos, não o teria de fazer, no contexto de um procedimento aberto e pré-configurado por lei, a quem lhe pudesse apresentar, à partida, melhores condições financeiras (quem, p. ex., reclamasse o menor subsídio público ou se propusesse aplicar aos utentes a tarifa mais baixa pelo serviço). O caminho passava por captar, no terreno, segundo abordagens por si planeadas, ou até provenientes da iniciativa espontânea de interessados conhecedores dos problemas e carências administrativos, a informação relevante para a materialização do empreendimento; por valorá-la, depois, por si mesma; e por decidir, a final, após negociação das condições contratuais, quem seria o operador que levaria a específica missão pública por diante.

Em contrapartida, a inexistência, nos contratos aquisitivos (empreitadas, fornecimentos e aquisições de serviços) dos diversos fatores referidos, implicava, por norma (salvo casos de escasso valor, de imperiosa urgência, de excecional infungibilidade), o dever de a Administração apregoar ao mercado (em geral, um universo muito amplo de operadores) estar recebedora de propostas com vista a contratar um objeto que lhe proporcionaria os meios com que ela própria realizaria, depois, a sua missão e, portanto, a agir ao abrigo de regras gerais parametrizadoras com pormenor da sua conduta pré-contratual. Era assim para potenciar a *eficiência* (maximizando o leque de escolhas da Administração) e por se entender que o procedimento de licitação promovia a *igualdade* entre os operadores no acesso aos benefícios económicos da contratação.

5. Esta ideia de que a concessão tinha uma natureza pessoal e, dessa maneira, implicava a livre eleição, teve eco em vários países europeus.

Pela sua exemplaridade, foquemo-nos no caso da França – berço geográfico da conceção moderna da figura da concessão⁷, e portanto nação que influenciou sobremaneira a cultura jurídico-administrativa de outros países, sobretudo na Europa meridional – onde, desde meados do séc. XIX e quase até ao final do séc. XX – à *loi n.º 93-122 du 29 janvier 1993*, conhecida como *loi Sapin*, nome do ministro da economia francês da época (*relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*), vigorou, de forma arreigada, o *principe du libre choix du concessionnaire par la collectivité publique*, considerado um princípio absoluto da formação das concessões de serviços públicos. Na formulação de Bettinger, “la collectivité à placé sa confiance dans un concessionnaire déterminé après avoir pesé les garanties d’ordre moral, technique ou financier qu’il offre. Pour cette raison, l’attribution d’une concession des services publics ou des travaux publics relève normalement du procédé du marché de gré à gré” (1978: 96).

A ideia de base era, pois, a de que a escolha do concessionário investido pela coletividade na missão de administrar em seu lugar, de forma duradoura e contínua, era “libre et guidé par l’intuitu personae”. Isso refletiria, aliás, “une part d’impalpable, d’intuition, d’éléments qu’il n’est pas souhaitable de codifier, de diffuser ou tout simplement de saisir par le droit” (cf. Gugliemi, Koubi, 2007: 392). Justificando-se pelo facto de o cocontratante receber da coletividade a *gestão*, em *nome próprio*, de um *serviço público*, por um período longo ou muito longo, “qui peut se compter en dizaines d’années” (cf. Chapus, 2001: 638), o papel do *intuitus personae* na concessão seria inegável (cf. Delvolvé, 1992: 114). Este carácter era tão forte – admitia-se – “qui pouvait atteindre la forme d’une véritable entente entre la personne publique responsable du service public et la personne tierce bénéficiaire de l’habilitation” (cf. Gugliemi, Koubi, 2007 :392). Em termos práticos, a natureza pessoal justificava, pois, um generosíssimo recurso ao método do *gré à gré*. Como o consagrado André de Laubadère escrevia, em 1979, uma das características essenciais da concessão era, em suma, a de ser “um acto dominado pelo *intuitus personae*” (1985: 402), estando, por isso, o contraente público dispensado do cumprimento da obrigação de publicitar a sua intenção de contratar e da tramitação de um procedimento de licitação.

Libre choix não significava, porém, mesmo no hexágono, *inevitabilidade* de a Administração *conceder* uma atividade, sempre e em qualquer caso, à margem de um concurso público. Vale dizer, a natureza pessoal da concessão não originava uma incompatibilidade com o esquema da licitação pública propriamente dito, mas com a sua imposição como método de escolha obrigatório do cocontratante, dado o âmbito e o figurino com que este método era definido para as aquisições públicas na lei geral. Em certos casos, a doutrina ensinava, na realidade, que a Administração poderia conceder atividades mediante licitação pública aberta, sendo vários os operadores que poderiam atender aos requisitos subjetivos exigidos no anúncio do concurso. Sucedia isso, sobretudo, quanto a empreendimentos de menor complexidade técnica ou onde se perfilava, à partida, a existência potencial de vários interessados (v.g., projetos de construção de pontes

⁷ E, claro, do próprio Direito Administrativo, na sequência da Revolução de 14 de julho de 1789 – cf. a síntese de Weil (1978: 105); ou, mais recentemente, cf. von Bogdandy (2013: 307, 118 ss.), lembrando que, simbolicamente, a Paris (sede do *Conseil d’État*) corresponde, no Direito Administrativo, o papel que a Roma cabe no Direito Privado. Mesmo da Alemanha se reconhece que “Die Ursprünge des Konzessionsbegriffs liegen ... in Frankreich”: cf. Rossi, Pffal (2016: 3).

suspensas exploradas em regime de portagem real). Acontecia isso, também, em concessões de segunda geração, já com o respetivo estabelecimento contruído e em funcionamento (o contrato de gestão de perfil concessório designado em França como *affermage*). Léon Aucoc, por exemplo, nas suas *Conferences sur l'administration et le Droit Administratif faites a l'École des Ponts et Chaussées* (1879 : 373), expunha que as concessões de empreendimentos públicos se “donnent soit de gré à gré, soit par voie d'adjudication [...]”. L'administration est libre de prendre, suivant les circonstances, le parti plus convenable”. Mas, mesmo quando recorria à via da adjudicação, “l'administration se réserve une grande latitude pour l'appréciation de la capacité et de la solvabilité des concurrents admis à l'adjudication” (1879 : 374). E isto não é só a lição da doutrina mais antiga. Já no último quartel do séc. XX, Bettinger sublinha, como vimos, que a atribuição de uma concessão “relewa *normalmente* do procedimento de ajuste direto” (itálico acrescentado). Mesmo em França não se pode, em bom rigor, como por vezes se quer fazer crer, afirmar que existia uma incompatibilidade entre a essência da concessão e o método da licitação pública; existia, sim, uma preferência de *princípio* de se fazer preceder a concessão de um sistema diverso do da licitação definido como regra para a adjudicação das compras públicas.

6. Em Portugal, no plano legislativo, a solução da não exigibilidade do concurso público (livre eleição) enquanto método de celebração de um contrato de concessão de obras e de serviços – denunciadora, em princípio, do carácter *intuitu personae* da concessão –, vigorou para o Estado, até quase ao final do séc. XX, quando o Código do Procedimento Administrativo (CPA), de 1991, nas disposições conjugadas dos artigos 182.º e 183.º, impôs a regra do público apelo à concorrência para a formação de contratos administrativos de colaboração subordinada.

Só a partir de então se inaugurou, com carácter geral – o que não deixou de ser criticado por inadequação “de uma regra absoluta de obrigatoriedade do concurso público” (cf. Rebelo de Sousa, Salgado de Matos, 2004: 319) –, a época da transparência contratual em matéria de contratos administrativos, “em que se procura em primeira linha estabelecer os princípios e regras procedimentais a que deve obedecer a celebração dos contratos pela Administração Pública – a perspectiva central é agora, num sentido amplo, a da *legalidade formal*, através da conformação normativa do procedimento de formação dos contratos e tende a referir-se a uma universalidade de contratos públicos, como categoria diferente dos contratos entre privados, mas abrangendo todos os contratos da Administração Pública” (Vieira de Andrade, 2004: 61-62).

Inexistiu, assim, durante o liberalismo, primeiro, e durante todo o Estado Novo, depois, uma qualquer regra legal *geral* segundo a qual, em matéria de concessões de obras e de serviços públicos *estaduais* – tendo, portanto, a Administração antes concluído pela inevitabilidade ou forte conveniência de não lançar mão do sistema da *régie* para executar, sob sua responsabilidade operacional, obras públicas e serviços públicos –, as concessionárias do ente público máximo deveriam ser escolhidas por via de concurso público, salvo casos pontuais que fossem excecionados.

A regra geral era também aí a de que, como “os resultados da exploração estavam dependentes das qualidades pessoais do indivíduo que as realizava”, o Governo se encontrava liberto da obrigação de seguir qualquer procedimento rígido definido em geral, “de modo que lhe fosse permitido escolher de modo livre aquele que, pelo seu instinto industrial, competência

técnica e capacidade económica” melhor assegurasse a atividade pública em causa (Rodrigues Júnior, 1921: 63, 89). E tratava-se de uma opção materializada, como era habitual no direito concessório clássico de matriz principiológica, através de norma-princípio não escrita, mas afirmada pela doutrina e confirmada e aplicada pela jurisprudência.

Em 1947, a doutrina dominante, depois de enunciar os dois procedimentos em tese disponíveis (“ajuste particular ou concurso”) para a formação pelo Estado de um qualquer tipo de *contrato administrativo* de colaboração subordinada, e após referir que, “na falta de texto legal em contrário, em princípio a Administração tem a *faculdade* de contratar por ajuste particular”, e, ainda, que eram “numerosos” os casos em que a lei “*impõe* o concurso” (cf. Caetano, 1941: 501, em nota), mencionava, sobre os contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos, que “nem sempre é possível e conveniente formá-los por concurso” (Caetano, 1941: 501, em nota).

Para dar um exemplo concreto, a Câmara Corporativa, no seu Parecer relativo à proposta de lei sobre navegação para as colónias, de 2 de outubro de 1939, relatado por António Vicente Ferreira (*Diário das Sessões*, Suplemento ao n.º 47, 1939, de 18 de Novembro), considerou que o regime do concurso público, tendo a vantagem positiva de “evidenciar a perfeita isenção do Governo perante os interesses particulares em jogo”⁸, mostrava contudo inconvenientes e perigos, desse modo advogando, ao contrário do que propusera o Governo, o seu afastamento da letra da lei (posição esta que se tomou não sem votos de vencido). Assim, tal método, dizia-se, “abre a porta à intromissão de entidades porventura pouco desejáveis, de capitais cuja proveniência nem sempre se conseguirá perfeitamente averiguar e de influências que melhor seria contrariar do que favorecer”; além disso, considerava-se que tal via procedimental impedia – por motivo da moral cujas aparências se quiseram salvaguardar – que se discutissem com o adjudicatário, cláusula por cláusula, os termos do contrato para harmonizar mútuos interesses, perdendo-se, porventura, a oportunidade de obter apreciáveis vantagens, visto que, se o Governo o fizesse depois de um concurso público, dir-se-ia que desrespeitara “as condições por ele próprio estipuladas e que os outros concorrentes teriam oferecido idênticas ou superiores vantagens se lhes tivessem proporcionado ensejo”; depois, alegava-se que, “num contrato em que há tantos interesses públicos e particulares a harmonizar e tantas conveniências a atender [...], a simplicidade do processo do concurso público implica uma rigidez de solução que não permite adaptá-la à multiplicidade de condições a que, em princípio, ela deve satisfazer” – serve, quando muito, e mal, acrescentava-se, “para exteriorizar uma virtude que ninguém se atreve a impugnar: a isenção do Governo”; enfim, a putativa vantagem financeira de o concurso público permitir o aparecimento de uma proposta muito competitiva seria claramente ultrapassada pelo perigo resultante de ser apresentada por “capitalistas estrangeiros, sem nenhuma ligação com entidades nacionais”, o que “não pode convir ao Estado”, que não desejaria confiar tão “importante serviço a companhias estrangeiras”⁹.

Lei especial impondo a regra do concurso em matéria concessória era, no entanto, o Decreto n.º 14.330, de 25 de agosto de 1927, sobre linhas férreas

⁸ Parecer da Câmara Corporativa, de 2.10.1939 (Relator: António Vicente Ferreira), 460 (46).

⁹ Parecer da Câmara Corporativa, de 2.10.1939 (Relator: António Vicente Ferreira), 460 (46).

de interesse geral, isto é, “as destinadas ao serviço público de transportes, exclusivo ou cumulativo, de passageiros ou mercadorias” (art. 2.º, § 1.º). Sobre o “modo de fazer” estas concessões, esta lei determinava: “as concessões de caminho de ferro de interesse geral, depois de autorizadas por diploma com força de lei, serão sempre feitas pelo Governo mediante concurso público, com as condições prescritas na lei respectiva” (art. 58.º), excetuando-se, porém, “as linhas incorporadas num grupo já constituído e as de interesse particular, devidamente classificadas” (art. 58.º, § único).

Assim, apesar da implícita indicação doutrinária no sentido de que a *boa administração recomendaria* o cumprimento, pelas “estações oficiais competentes”, de um ónus de demonstração da *impossibilidade* ou *inconveniência* do concurso público, confirmava-se, portanto, em meados do séc. XX, inexistir – para o Estado –, em matéria de formação de concessões de atividades, a *imposição legal geral* de concurso. Cabia-lhe, em função das circunstâncias do projeto público a empreender, avaliar discricionariamente, no ponto de partida, se se justificava (e se era, desde logo, possível) adotar o esquema da licitação concorrencial, aquele que, em geral, permite maior isenção por parte da Administração, ou se, tudo ponderado, se afigurava preferível enveredar pela via do ajuste direto.

O método do concurso era, no entanto, imposto pela lei para as concessões das autarquias locais (cf. artigo 362.º, n.º 2, o Código Administrativo – “CA” – de 1936-40), opção que parece explicar-se tanto pelos méritos moralizadores desse procedimento como pelo tendencial menor relevo político-social dos interesses em jogo nesse nível de administração. A falta de dimensão nacional dos projetos concedidos comprazia-se, assim, com prévia definição abstrata do perfil do concessionário e subsequentes público apelo à concorrência e aplicação do critério de adjudicação às propostas apresentadas em conformidade com a documentação do concurso. Mesmo aí se previa um caso de derrogação: “a concessão dos serviços de distribuição de energia eléctrica poderá fazer-se, independentemente de concurso público, nos mesmos termos previstos para os contratos de fornecimento de energia eléctrica e ocorrendo as mesmas circunstâncias” (artigo 362.º, § único). Estas eram referidas no n.º 6 do artigo anterior: [...] quando assim for determinado pelo Governo, sob proposta da entidade que superintende nos serviços de electrificação nacional, com fundamento na necessidade de coordenação dos elementos de electrificação geral do País”.

Pode, em suma, durante todo este longo período, afirmar-se que o “estado da arte” passava pela não exigência, na lei geral, do concurso público como regra obrigatória para a formação de contratos administrativos de concessão do Estado (ao contrário do que ocorria para os contratos aquisitivos do Estado)¹⁰.

7. Mas, no plano prático, diversas foram, entre nós, desde o liberalismo, as concessões formadas na sequência de concurso público aberto à participação de qualquer operador económico que preenchesse os requisitos definidos de participação no certame.

Sucedeu isso, na realidade, com várias concessões de obras públicas destinadas a servir de veículo jurídico privilegiado à concretização da

¹⁰ Cf. Caetano (1941: 501, em nota), informa que o Regulamento geral da contabilidade pública de 31 de agosto de 1881, arts. 64.º e 65.º fazia essa exigência geral para as empreitadas e fornecimentos do Estado, sendo a disciplina alvo de regulamentação, aí indicada.

política de fomento logo que, a partir de 1851, ao “encerrar-se o ciclo de guerras civis que por tantos anos haviam esgotado todas as energias em Portugal”, e, sob a liderança do “espírito superiormente esclarecido” de Fontes Pereira de Melo, “a Regeneração, mais feliz do que o Setembrismo, conseguiu lançar as bases da reorganização económica do país” (cf. Rodrigues Júnior, 1921: 9).

a) Contextualizando, numa palavra, o período em causa: estamos diante de um tempo marcado, no plano técnico-económico, pelo desenvolvimento industrial possibilitado pela descoberta da máquina a vapor (“que marca a passagem da humanidade para uma nova etapa”, porquanto, o “nascimento da grande indústria transformou os seres humanos em *homens-amplificados*, estreitou o contacto das grandes nações e imprimiu ao ritmo da existência uma velocidade desconhecida” [cf. Pinto Loureiro, 1940, 60-61]), por um lado, e pela marcada expansão do regime capitalista (determinando a “substituição do Estado industrial ao Estado guerreiro” [cf. F. Pinto Loureiro, 1940: 63]), por outro. Neste quadro, para introduzir os “melhoramentos materiais”, ideia-chave que “dominava o pensamento dos economistas e homens de Estado da Europa” (cf. Rodrigues Júnior, 1921: 9), era vital o levantamento de avultado *capital financeiro*. Mas este era um bem escassíssimo para a Administração de um país europeu meridional com parcas receitas públicas e limites consideráveis no acesso ao crédito público (cf. Lobo de Bulhões, 1884: 158). Demais, a instabilidade financeira e a insuficiência crónica de capitais marcavam regularmente a vida pública portuguesa. Está explicada por Oliveira Salazar, quanto à segunda metade do século XIX, a dificuldade dos sucessivos Governos de “extinguir o *deficit* e fechar para sempre o ciclo de bancarrotas vergonhosas e largos desperdícios”, afirmando-se, ainda, ser esse o período em que “afinal o *deficit* não morre, que não renasça outra vez com redobrada energia”, e que “assim se andava fazendo *deficit* para pagar dívida, fazendo dívida para pagar *deficit*” (cf. Oliveira Salazar, 1997 [mas 1916]: 52-53). Colocava-se, pois, de forma aguda, o problema do *modo* de concretização dos projetos necessários à satisfação de necessidades coletivas essenciais: “quando, no meado do século XIX, começou a generalizar-se o uso das então recentes ‘conquistas da civilização’ – o caminho de ferro, sobretudo – o que de momento pareceu difícil aos governos, desejosos de proporcionar às nações o gozo de tais comodidades, foi a realização dos dispendiosos trabalhos que a sua adopção obrigava” (cf. Caetano, 1937: 87). Em face de uma Administração descapitalizada, inexperiente e avessa ao risco, a técnica concessória surgirá como o instrumento que melhor permite responder às carências identificadas. Por via dela se repassava o passivo do investimento e da fase de operação das obras dos contribuintes para os utentes que fruíam as utilidades que aquelas eram suscetíveis de proporcionar; e, além disso, o esquema consentia ao Estado “dirigir sem gerir” (cf. Caetano, 1941: 108) a exploração de empreendimentos, atuando por via de um sujeito privado. Sem perda da sua autoridade, portanto, “a Administração ‘respirava de alívio’ por ter um ‘fardo’ a menos nas suas costas” (cf. Estorninho, 1999, 431). Isso explicou até, nalguns casos, as benesses e favores atribuídos aos empresários que arriscavam capitais em empreendimentos cujos ganhos eram incertos e, caso aparecessem, era só ao fim de muitos anos. Escreveu João M. de Magalhães Collaço: “homem que arrostava todos estes encargos e só esperava lucros ao cabo de se consumirem alguns anos – era um bem-vindo a quem a administração se impunha o menos possível e a quem animava o mais possível, no desejo de ver realizadas as *obras públicas*, o *melhoramento público*” (1914: 16). Por isso, “nada de arredar os que se

aventurassem aos percalços duma exploração ingrata! Exigia-se-lhe o menos possível – e fixava-se-lhe o mais nitidamente possível tudo aquilo com que as administrações se propunham favorecê-los” (Colaço, 1914: 16). Tais compensações, anos mais tarde, com os conhecimentos entretanto adquiridos, viriam a reputar-se exageradas (Colaço, 1914: 15), denunciando-se a constituição, em benefício de alguns concessionários de serviços públicos, de “*véritables rentes de situation*” (cf. Hoepffner, 2009: 241). Serviu, por conseguinte, a concessão do Estado Liberal sobretudo uma função financeira, sendo, à vez, uma operação relativa à execução de atividades públicas e uma operação de crédito público – e o concessionário, a um tempo, “empresário” e, a outro, “banqueiro da Administração” (cf. Mestre Delgado, 1992: 31).

b) Isto referido, ilustre-se então a afirmação anterior da sujeição da respetiva formação à concorrência, desde logo, com o exemplo, no setor do transporte ferroviário, da concessão atribuída, em 1853, ao britânico Hardy Hislop e que viria, depois, a ser pelo mesmo transmitida à Companhia Central e Peninsular (por si fundada) para o desenvolvimento da Linha do Leste (Lisboa-Badajoz), tendo-se apresentado ao concurso público organizado três concorrentes (cf. mais dados em Abragão, 1956: 134).

Refira-se, depois, anos mais tarde, a subsequente concessão atribuída pelo Estado, no mesmo domínio ferroviário, ao cidadão espanhol José de Salamanca, responsável pela realização da Linha do Leste e pela execução da Linha do Norte (Lisboa-Porto) (cf. Abragão, 1956: 248).

Enfim, ainda no século XIX, mas agora no setor do abastecimento de água às cidades, foi na sequência de procedimento aberto que se celebrou, em 1856, a concessão de distribuição domiciliária de água a Lisboa (cf. Leite Pinto, 1972: 31). Vale a pena algum pormenor para elucidar a tramitação singular do procedimento pré-contratual. Neste caso, Fontes Pereira de Melo, em 8 de agosto de 1855, começou por assinar “com Duarte Meddicott e Thomaz Rumball um contrato provisório, que foi aprovado por Decreto de 13 do mesmo mês, no qual se incluía um artigo transitório declarando aberto concurso público pelo espaço de quarenta dias, em rigorosa conformidade com todas as cláusulas e condições desse contrato que servia de programa” (cf. Leite Pinto, 1972: 31). A Administração utilizava, pois como “caderno de encargos”, a proposta do interessado.

Nos termos da “Lei de 20 de Julho, a licitação versaria somente sobre a quantidade de água que cada concorrente se propusesse fornecer obrigando-se os subscritores do contrato provisório a distribuir imediatamente para usos domésticos e industriais 5 milhões de canadas por dia (...), além da quantidade já existente, pertença do Município e distribuída pelos chafarizes, e daquela a que pudessem ter direito quaisquer outros proprietários”. Era um e apenas um, portanto, o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência.

Tendo sido apresentadas três propostas, cuja abertura teve lugar em 27 de setembro, apurou-se haver quem “assumisse a obrigação de ultrapassar em 50 por cento o volume de água com que a empresa que subscrevera o contrato provisório se dispunha a abastecer a capital. E, nessas circunstâncias e nos termos do caderno de encargos, seria a essa nova entidade que se deveria adjudicar o fornecimento”. Resultava, assim, a adjudicação da aplicação objetiva do critério pré-definido aos atributos das propostas.

Desfez-se deste modo, como elucida Luís Leite Pinto, o contrato provisório com Meddlcott e Rumball e, por Decreto do Governo de 28 de janeiro de 1856, adjudicou-se a concessão à entidade que subscreveu a proposta vencedora. Isto, ainda que a contragosto, como refere o Autor, dada a “garantia que apresentava a experiência colhida pelo grupo de Duarte Meddlcott na exploração das concessões de Londres e de Berlim e do receio justificado de confiar ao grupo de Cerqueira Faria negócio de tanta monta, acerca do qual pouco ou nada poderia conhecer” (cf. Leite Pinto, 1972: 31-32).

8. Afigura-se claro por estes exemplos históricos que à natureza da concessão, em si mesma, não repudiaria a imposição da licitação pública – o concurso era, com toda a evidência, a solução decorrente do Código Administrativo de 1936-40 para as concessões locais de obras públicas ou de serviços públicos, sendo ainda imposto como método de escolha do concessionário ao Estado por leis setoriais importantes, como vimos.

E depreende-se, depois, que os obstáculos erguidos ao acolhimento do método concorrencial como regra geral obrigatória da formação de concessões estaduais decorriam de ele não contemplar derrogações à tramitação definida, de forma rígida, para os procedimentos de empreitada de obras públicas ou de formação dos negócios jurídicos instrumentais de direito privado, pelos quais a Administração “procede à aquisição dos bens necessários ao desenvolvimento da própria actividade administrativa” (Estorninho, 1991: 157) (material de escritório, prédios, terrenos, etc.). Como é sabido, ontem como hoje, apesar de variações de tramitação, os concursos são procedimentos nos quais a entidade adjudicante se mostra recebedora de propostas do público interessado, sendo que, recebidas estas, procede *sem mais* à respetiva análise (verificação de conformidade em face do padrão) e avaliação (verificação de desempenho em face do critério de seleção) com o fim de escolher aquela que melhor prossegue o interesse público a realizar com o contrato.

Eram bem conhecidos da Administração casos em que, à míngua de um conveniente e aprofundado *due diligence*, a escolha daquela recaía, com prejuízo sério para o interesse público, sobre propostas que haviam na aparência apresentado a melhor oferta em termos financeiros (p. ex., indicando a menor tarifa; ou requerendo o menor montante de subsidio ao investimento ou à exploração), mas que, afinal, não provinham de quem reunia idoneidade ou capacidades técnica e/ou financeira para a correta montagem e gestão do empreendimento. Voltando ao setor ferroviário, as primeiras concessões que, para o efeito da construção e exploração da Linha do Leste, foram atribuídas, de modo sucessivo, a dois cidadãos britânicos – primeiro a Hardy Hislop, em maio de 1853 (cf. Abragão, 1956: 143), e, depois, a Morton Petto, em 28 de agosto de 1857 –, seriam afinal rescindidas pelo Estado (respetivamente em 1857 e 1859), em virtude das dificuldades financeiras experimentadas pelos seus promotores seja no normal funcionamento da companhia concessionária (Hislop), seja até na reunião dos fundos necessários para a própria constituição desta (Petto) (cf. Abragão, 1956: 225 ss.).

Em sentido próximo, Ruy Ulrich prevenia, em geral, quanto às concessões atribuídas no final do século XIX e início do século XX nas colónias portuguesas – que seriam então porventura os maiores empreendimentos económicos realizados, sob o molde concessório, em Portugal – a

companhias *não privilegiadas* ou majestáticas (sem direitos de soberania¹¹), o seguinte: “é precisa, na origem, uma certa escolha e depois rigor na exigência da execução do contracto celebrado. Em certos casos pode convir dar estas concessões por adjudicação, *mas esse caso será sempre excepcional*” (1908-1909: 508-509, itálico nosso). E o Autor justificava: “carecem estas companhias de capitaes sufficientes, cuja avaliação conscienciosa depende dum conhecimento bastante exacto do seu campo de acção” (1908-1909: 509).

Inferia-se, pois, destas experiência e lição, que a aplicação pura e simples de um método de escolha concorrencial, decalcado do figurino utilizado para as empreitadas e negócios auxiliares de direito privado, poderia levar a entidade adjudicante a fazer uma opção prejudicial, desde logo por concretizada sem informação suficiente sobre a idoneidade e capacidade do adjudicatário e, depois, por insuficiente margem de manobra comercial das condições do contrato. Por isto, foi defendido que aquela poderia e deveria dispor de ampla liberdade com vista a, com o máximo rigor possível, averiguar a idoneidade e capacidade dos interessados para poderem realizar, com sucesso, o interesse público subjacente ao empreendimento. Era este, afinal, um campo em que “a necessidade de ponderação administrativa da diversidade de situações factuais e a exigência sempre presente de uma melhor prossecução do interesse público” desaconselhavam seguir o paradigma fechado “de um procedimento de adjudicação sem margem de negociação” (cf. Otero, 2010: 931).

9. Ao invés porém do tom quase axiomático com que em França se afirmava, *a priori*, a necessidade de *libre choix* em concessões de atividade atribuídas pela Administração (Estado e coletividades territoriais menores) – porventura revelador de particularidades da sua cultura jurídico-administrativa, em geral, e quiçá até, em especial, de um certo culto solene, que, por vezes, parece ser místico, de verdadeiro “guia espiritual do direito administrativo francês” (cf. Plessix, 2024: 976), aí reservado ao *service public* (que chegou a ser arvorado, pelos principais Autores, em critério identificador do Direito Administrativo¹²) –, em Portugal, a história mostra que o princípio (não positivado) da livre eleição pelo Estado do seu concessionário de obras ou de serviços públicos, jamais foi proclamado pela doutrina como uma projeção da quintessência da concessão. O objeto deste contrato era o desenvolvimento de uma atividade industrial (materializada, em termos amplos, numa obra e na sua subsequente exploração) por qualquer um dos vários empresários capitalistas para o efeito em abstrato elegíveis (*recte*, pelos seus funcionários, operários ou subcontratados), segundo o perfil traçado em geral pela programação administrativa. O princípio foi defendido como uma solução pragmática no sentido de ser,

¹¹ Saraiva (1914: 201) definia-as como “sociedades industriais de caracter privado, exercendo alguns poderes públicos que lhe são dados por delegação do Estado metrópole”, o qual “abandona o exercício de certos direitos de soberania, sem de modo nenhum os alienar” (203). Sobre as (antigas e modernas) companhias coloniais privilegiadas, cf. do Autor citado (1914: 203-216) e, mais recentemente, Caridade de Freitas (2012: 336 ss.).

¹² Esta discrepância de sentidos atribuídos ao conceito de serviço público em França e Portugal é, aliás, sublinhada por Sérvulo Correia quando escreve: “não é por certo das menores a dívida de gratidão que nos merece a memória de Marcello Caetano por, apesar da sua estrita afinidade com o pensamento administrativista francês do seu tempo, não ter querido transpor para os quadros teóricos do nosso Direito o conceito material de serviço público com a amplitude que se lhe reconhecia (e reconhece ainda) além-Pirenéus” (cf. 1987: 378).

nesse âmbito, conveniente deixar em aberto à Administração liberdade para discutir as condições contratuais com o industrial que se mostrasse idóneo, engenhoso e capaz de mobilizar os meios financeiros necessários para produzir e explorar a obra pública ou o serviço público que responderiam ao problema administrativo por ela identificado. Legitimava-se, desse modo, o ajuste particular aí onde a “estação oficial” entendesse, com elevada amplitude de apreciação, não ser possível, adequado ou oportuno lançar mão de um procedimento tramitado à moda do regime de “rigidificação integral do procedimento de escolha do co-contratante privado pela Administração Pública” (Otero, 2010: 931) típico das aquisições públicas.

Basta recordar, de novo, que, para além de ter sido determinado por lei geral (o já mencionado Código Administrativo de 1936-40) para as concessões de obras públicas e serviços públicos das autarquias locais, tal método de investidura foi imposto por leis setoriais como a regra para certas concessões do Estado, dadas as suas reconhecidas vantagens gerais de moralização da ação administrativa e tratamento não discriminatório dos operadores económicos no acesso aos benefícios económicos da contratação administrativa. Incompatibilidade *tout court* entre uma realidade e outra não existiria, assim, por certo.

É evidente, por outro lado, que a grande diversidade possível de situações jurídico-concessórias, consoante os múltiplos setores de atividade, desaconselharia estabelecer, *a priori*, a obrigatoria licitação pública definida para empreitadas, fornecimentos e serviços.

Em síntese, em Portugal, a solução de liberdade de escolha justificava-se, menos como uma imposição da “essência dogmática da concessão” (cf. assim Martin Oviedo, 1972: 308)¹³, e mais como uma lição pragmática da experiência *nacional* de preservar um espaço para avaliar idoneidade e capacidades, por um lado, e para negociar condições contratuais, por outro, num domínio em que era sobretudo crítico encontrar um empresário que dispusesse do capital suficiente para *materializar* e empreender em vez da Administração, e portanto um campo que, sendo bem distinto das aquisições públicas, deveria ficar à margem da regulação definida pelo Direito positivo a estas aplicável.

2.2. Concessão atual

10. Uma visão segundo a qual a concessão de atividades admite, com normalidade, pela sua natureza pessoal, a derrogação do princípio da concorrência, pertence ao passado.

Entre nós, a solução do CPA de 1991, acima mencionada, seria reiterada para as concessões de obras públicas por lei especial de 1999 (o art. 244.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março¹⁴), e, depois, para ambas as modalidades de concessão pelo CCP de 2008 – notando-se, quanto às concessões de serviços, que a versão originária do CCP, dado o *loophole* ao tempo existente no direito derivado europeu, admitia, com generosidade, o recurso ao ajuste direto, solução a que se pôs cobro com a transposição do direito europeu por diploma nacional de agosto de 2017, definindo pressupostos mais estritos para esse recurso poder ter lugar.

¹³ Para exemplos dessa visão, cf. Correa (2018: 109).

¹⁴ Diploma que aprovou o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas.

Por decisão autónoma de cada Estado já antes de 2008 adotada, como foi o caso de Portugal – a publicidade prévia de todos os contratos administrativos de tipo francês era a regra essencial do sistema, sendo exigida tanto no interesse dos cidadãos (operadores económicos), como no interesse da própria Administração, tendo sido mantida¹⁵ –, ou sob o influxo do direito europeu de 2014 – onde se verificou que a (aparente) regra da livre seleção do cocontratante propiciava a ocorrência de fraudes pela tentação (amiúde consumada) das entidades nacionais de chamar (e tratar como) concessões aquisições de obras e de serviços (fuga para as concessões), frustrando-se, nessa medida, os objetivos dos Tratados quanto à realização do Mercado Interno –, a regra geral que impõe o respeito do mecanismo da concorrência na escolha do concessionário da Administração aplica-se hoje, de forma incontroversa, a concessões de obras e de serviços.

Apesar de a tese do *intuitu personae* (e suas consequências procedimentais) “ter feito ‘doutrina’ durante muito tempo em não poucos Países do ocidente europeu, certo é que, à luz do Tratado, não são facilmente descortináveis as razões, os argumentos, que possam sustentar essa tese – mais parecendo [...] que afinal, tudo poderá não passar de uma petição de princípio” (cf. Gonçalves, Esteves de Oliveira, 2001: 54). O paradigma mudou: em nenhum país da União Europeia existe fundamento para bloquear neste domínio a aplicação da regra geral da obrigatória *mise en concurrence*. Como preconiza Laurent Richer, o sistema instaurado é o da concorrência pelo mercado, ou seja, tendo em vista a obtenção de um direito de exclusivo limitado no tempo e no espaço (cf. Richer, 2014: 135).

11. Mas, embora não justifique mais a *libre choix*, a especificidade da concessão autoriza a introdução de algumas modelações ao regime pré-contratual.

Envolvendo a constituição de uma relação jurídica de execução duradoura e continuada; pressupondo o permanente desenvolvimento articulado de diversas atividades (conceção, construção, financiamento, exploração, manutenção); requerendo a conjugação de diversos saberes (das diversas engenharias à economia, da gestão de empresas e de projetos ao direito, do setor financeiro e mercado de capitais aos setores da proteção da saúde, ambiente, ordenamento do território e urbanismo); e, sobretudo, demandando o exercício de uma atividade pública ou da competência da Administração e, com regularidade, o exercício de poderes públicos de autoridade – é seguro que as concessões foram e são contratos com características objetivas peculiares e, desde logo, no universo global da contratação pública, acordos sinalizados com a marca da “inegável complexidade” (cf. Sánchez, 2023: 631, 930).

Por isso, o legislador europeu, através da Diretiva 2014/23, sensível às cambiantes da realidade por si disciplinada, depois de afirmar precisamente essa diferença concessória – assinalando, não só que “as regras do quadro legislativo aplicável à adjudicação de concessões deverão ser claras e simples”, como “deverão refletir a especificidade das concessões comparativamente aos contratos públicos e não deverão criar uma burocracia excessiva” (Considerando 2), em particular o facto de que, “por norma, as concessões são contratos complexos, a longo prazo, nos quais o concessionário assume responsabilidades e riscos tradicionalmente assumidos pelas autoridades adjudicantes e pelas entidades adjudicantes e

¹⁵ O mesmo sucedido em Espanha: cf. Villar Palasí (1969: 102).

que normalmente seriam da responsabilidade destas” (Considerando 68) –, dispensou os Estados Membros de ter de seguir, na sua formação, o regime *heavyweight* definido para as estruturas adjudicatórias definidas na Diretiva clássica para a aquisição de bens e serviços (contratos sem normal longa duração e que não visam responsabilizar o cocontratante com a execução em nome próprio de uma tarefa administrativa), e permitiu, ao invés, que se seguisse uma tramitação procedimental mais dúctil, apenas com a exigência de se revelar de acordo com princípios gerais da contratação pública.

Não surpreende, assim, que as regras procedimentais nela definidas sejam consideradas “*quite basic*” (cf. Caranta, 2015: 413, 453). A Diretiva 2014/23 deixa à mercê dos Estados-Membros a modelação das estruturas adjudicatórias conducentes à celebração do acordo (princípio da livre organização do procedimento conducente à escolha), sem prejuízo de, na fixação dos pertinentes modelos procedimentais, se impor o respeito pelos princípios gerais enunciados no artigo 3.º. Importa, designadamente, assegurar, aí, a publicidade do procedimento, salvo ocorrendo as situações específicas previstas no artigo 31.º, n.ºs 4 e 5.

Sem que a isso estivesse obrigado pelo direito europeu – mas também sem que se lhe possa apontar qualquer falta de legitimidade nessa escolha –, o CCP, logo na versão de 2008, havia já adotado porém a opção fundamental de manter a consideração, que vinha de trás, de que as exigências do princípio da concorrência se deveriam projetar em termos análogos sobre as *compras públicas* e sobre as *concessões*, pelo que, ressalvadas certas particularidades admitidas pelas diretivas quanto a concessões, o regime de formação dos referidos modelos contratuais deveria ser, em ampla medida, comum. Isto sem prejuízo de o Código ter reconhecido que o princípio da intangibilidade do objeto do procedimento poderia gerar, nalgumas situações, dada a especificidade concessória, uma rigidez propiciadora de resultados pouco ajustados, seja para o interesse público a cargo da Administração, seja para os operadores económicos em geral, pelo que se justificava, p. ex., a consagração de uma fase de negociação de propostas no regime do procedimento de concurso público tendente à celebração de um contrato de concessão de obras públicas ou de um contrato de concessão de serviços públicos (CCP, arts. 149.º a 154.º). A ideia geral é que essa fase negocial possibilita, sob uma perspetiva subjetiva, que as condições contratuais pelos concorrentes apresentadas não sejam definitivas e possam ser objeto de uma melhoria que se refletirá na pontuação final das propostas, oferecendo-lhes, desse modo, uma hipótese acrescida de obterem a adjudicação; e, sob uma perspetiva objetiva, que as condições contratuais obtidas com as propostas apresentadas possam ser melhoradas, pois é previsível que a competição entre os concorrentes que participam na fase de negociações os pressione a oferecer condições mais atrativas, o que implica que os interesses públicos logrem, em princípio, ser prosseguidos de modo mais eficiente (cf. Sánchez, 2023: 613 ss.).

As opções referidas foram, no essencial, mantidas em 2017, quando por lei se transpôs a Diretiva 2014/23 para o nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, a Diretiva consagra, num quadro concorrencial, a possibilidade de avaliação da capacidade técnica e financeira dos interessados num procedimento conducente à atribuição de uma concessão. Determina o art. 38.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23 que “as autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes verificam as condições de participação relacionadas com as capacidades profissionais e técnicas dos candidatos ou proponentes e a situação económica e financeira dos candidatos ou proponentes, com base em declarações feitas pelos

próprios ou em referências a apresentar como prova [...] de acordo com os requisitos especificados no anúncio de concessão, que devem ser não discriminatórios e proporcionados ao objeto da concessão. As condições de participação devem ser proporcionadas e estar relacionadas com a necessidade de assegurar a capacidade do concessionário para executar a concessão, tendo em conta o objeto da concessão e o *objetivo de assegurar uma genuína concorrência*". O propósito de a Administração avaliar a capacidade técnica e financeira de vários operadores interessados na adjudicação é compatível com um regime de concorrência.

12. Não suscita, portanto, qualquer perplexidade associar hoje a concorrência à formação das concessões, pela razão de que, não obstante a sua especificidade, a Administração poderá descrever, de forma objetiva, os requisitos de idoneidade e de capacidade técnica e financeira a, respetivamente, comprovar e demonstrar por um operador para poder assumir a prossecução do interesse público.

Também aqui se pode afirmar, com Sérvulo Correia, estarmos perante um domínio "em que a Administração precisa de organizar meios com vista à consecução de uma finalidade e, para isso, carece de entrar em relação com outra entidade que lhe possa prestar um serviço [...]", em sentido amplo, hipóteses que se caracterizam, deste modo, "pela fungibilidade do co-contratante porquanto o pressuposto determinante da celebração do contrato não é a necessidade de providenciar uma situação concreta de uma certa pessoa mas sim a de satisfazer uma carência da Administração", e perante casos, portanto, em que por, em abstrato, poderem "ser múltiplos os interessados em contratar em tais termos com a Administração, assume especial acuidade o princípio da imparcialidade, sob a vertente da *igualdade de tratamento*" (cf. Sérvulo Correia, 1987: 691).

Desse modo, a escolha pela Administração do seu concessionário não tem de se fazer a partir de uma qualquer livre iniciativa daquela, legalmente desvinculada, no terreno, mas, sim, no âmbito de um procedimento estruturado, analisando e avaliando candidaturas e propostas e, quanto às segundas, selecionando, de entre todas aquelas que objetivamente satisfazem os parâmetros jurídicos de antemão fixados, a de maior pontuação em resultado da aplicação de um critério de adjudicação que exprime o interesse público a prosseguir com a celebração da concessão (cf. Justen Filho, 2003: 531).

É nesta linha que Marçal Justen Filho observa, do Brasil, que, hoje, "o sujeito que foi escolhido originalmente não merece da Administração qualquer 'preferência' irracional. Foi escolhido por haver formulado a melhor proposta, julgada segundo critérios objetivos. Sua proposta foi apreciada porque ele preencheu os requisitos objetivos da licitação. Não há qualquer relação de natureza subjetiva ou psicológica entre a Administração e aquele particular" (cf. Justen Filho, 2003: 534).

Em suma, numa concessão, o "pressuposto determinante da contratação" é resolver um problema identificado pela Administração à margem da identificação do sujeito que lhe vá dar resposta e, existindo em abstrato um leque de potenciais candidatos, o concessionário é fungível, não se justificando, por isso, a preterição da concorrência. Com a introdução da regra geral da obrigatoriedade da observância de um procedimento concorrencial para a escolha do concessionário, alterou-se, pois, o entendimento anterior acerca de o caráter pessoal deste tipo de acordos militar no sentido da sua formação desprocedimentalizada.

13. São todavia concebíveis situações excepcionais em que qualidades subjetivas justificam a inexigibilidade da licitação. São casos, esses, de infungibilidade da pessoa do cocontratante, que não nascem de uma necessidade sentida pela Administração abstraído de quem deva vir a ser o outro contraente: pelo contrário, “é a verificação de uma situação concreta que suscita a necessidade e a possibilidade do contrato e, desse modo, o co-contratante está naturalmente individualizado desde o princípio [...]” (cf. Sérvulo Correia, 1987: 691). É, por exemplo, o que sucederá “com profissionais notoriamente especializados ou, mesmo, profissionais do meio artístico”; nesses casos, e só neles, divisa-se a presença de aspetos subjetivos da pessoa a justificar a contratação objetivamente concessória – assim exista transferência de risco de exploração (cf. art. 413.º do CCP) – por via direta, podendo-se aí “aludir a uma obrigatória identidade entre objeto e executor” (cf. Garcia, 2021: 319).

14. Acompanhando o que há muito foi detetado no Direito civil, também neste domínio se assiste, portanto, a uma “tendência crescente para a objetivação do vínculo obrigacional” (cf. Andrade, 1966: 17).

A adjudicação de uma concessão não exprime mais qualquer valorização direta das qualidades pessoais do adjudicatário, mas sim a ideia de que a proposta apresentada é, pelos seus atributos, a que melhor responde (em termos de *performance*) à aplicação do critério de adjudicação e demais metodologia de avaliação definida nas peças.

Decerto que se trata, em qualquer caso, de uma proposta apresentada por um operador económico que, as mais das vezes, preencheu de modo satisfatório, na candidatura apresentada antes de submeter a proposta, determinado tipo de *requisitos e de exigências de capacidade pré-definidos e publicitados pela Administração na mira de celebrar um certo contrato de concessão*. Nesse sentido, e só nele, tal preenchimento de capacidades, verificado na fase de qualificação e, assim, a montante da fase de apresentação de propostas, mostra-se afinal determinante para a Administração vir a contratar ulteriormente com o operador económico que apresentou a melhor proposta (cf. Justen Filho, 2003: 531). “Ou seja – como escreve Pedro Gonçalves – ainda que a relação de concessão possa não considerar-se constituída em função da pessoa do concessionário, nela está pressuposta uma avaliação das qualidades desse sujeito” (1999: 235). Trata-se, por isso, de um negócio que, nesta perspetiva, pode dar relevo indireto a fatores pessoais, cujo desaparecimento pode até “pôr em causa a subsistência da relação de concessão” (1999: 235).

Em suma, de um modelo pretérito em que a Administração podia escolher livremente o seu concessionário – podendo incidir a escolha tanto sobre aspetos relativos à proposta como sobre o concessionário –, passou-se para um paradigma em que a Administração por norma define, livre mas objetiva e proporcionadamente, o perfil de idoneidade e de capacidade técnico-financeira do sujeito que, no seu entender, melhor poderá satisfazer o interesse a prosseguir, e depois, recebidas propostas de concorrentes objeto de um juízo de qualificação – e, nesse sentido, pessoalmente validados quanto àquela sua capacidade – escolhe, num ambiente concorrencial, a proposta mais pontuada à luz do critério de adjudicação pré-estabelecido.

2.3. Síntese

15. Em matéria de formação do contrato, não procede hoje a afirmação tradicional da natureza pessoal da concessão administrativa. O concessionário da Administração é, na esmagadora maioria das hipóteses, um cocontratante fungível, sendo, em abstrato vários os interessados elegíveis para responder à situação de carência de meios identificada em cada caso pela Administração, pelo que o fator pessoal não justifica a preterição da concorrência. Se a natureza pessoal da concessão foi, durante algum tempo, apresentada como justificação para o sistema de livre escolha do concessionário (do Estado), pela liberdade de movimentos que ensejava para avaliar idoneidade e capacidades e para negociar condições contratuais, a situação é hoje muito diferente: por terem objetos que são passíveis de abertura à “participação de mais de um interessado apto a executá-los” (cf. Garcia, 2021: 319), as concessões de atividades foram em geral submetidas ao princípio da concorrência. Noutros termos, a conveniência de a Administração avaliar a capacidade técnica e financeira dos candidatos, por um lado, e a necessidade de comprovar a sua idoneidade, por outro, não justificam a derrogação da regra da concorrência. O elemento pessoal terá, porém, uma relevância pré-contratual indireta, reflexa e esbatida, traduzida na verificação de que a proposta adjudicada na sequência da aplicação aos seus atributos do critério de adjudicação e demais metodologia avaliadora provém de um sujeito que preencheu a capacidade técnica e financeira definidas, em geral, nas peças procedimentais, pela Administração, e que deve, nos mesmos termos, mostrar a sua idoneidade.

§ 3º. O *intuitu personae* na execução da concessão

3.1. Concessão tradicional

16. De início, a concessão administrativa evidenciava um caráter *intuitu personae* de grau mais *forte*, no sentido juscivilista acima referido, de que influenciava não apenas a formação, mas ainda certos aspetos do cumprimento e das vicissitudes do contrato.

Um corolário da acima mencionada tese pessoalista de matriz francesa em matéria de execução de concessões de obras públicas e de serviços públicos era formulado de modo lógico pelos seus defensores: o concessionário tem a obrigação de realizar *pessoalmente* o contrato de concessão.

Isto não determinava, porém, a estabilização rígida ou para todo o sempre do elemento pessoal.

Mas qualquer alteração relevante de dimensão subjetiva ao que foi pactuado quanto à responsabilidade pessoal e patrimonial do concessionário pelo desenvolvimento das atividades concedidas dependeria sempre da prévia autorização do concedente, sem a qual a transmissão seria ilícita.

Assim se defendia mesmo naqueles casos, que, como vimos, não eram assim tão raros, em que o concessionário havia sido escolhido por via de licitação: “quem venceu o certame foi o concessionário, e não o terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório [...]” (cf. Bandeira de Mello, 2011: 730).

O regime da autorização (e da implícita disponibilidade) era coerente com a evolução histórica da figura concessória. Com a consagração nas Constituições liberais da divisão de poderes e a autonomização da função administrativa do Estado, “a concessão já não é concebida como uma ‘cessão de poder’, de prerrogativas, mas como uma cessação de função, de gestão de obras ou serviços públicos; a soberania estadual deixa de estar implicada no tema, com o que fica abreviado o caminho para a patrimonialização da mesma concessão” (Parejo Gamir, 1985: 25-26).

Na base, tínhamos, pois, a intransmissibilidade *imediata* da relação concessória por banda do cocontratante. Mas esta, em geral, não era absoluta, mas condicionada. Não estava, com efeito, por norma, em causa *proibir* em definitivo qualquer transmissão, mas “só”, na maior parte das vezes, *condicioná-la* a decisão da Administração, solução justificada por estar aí em causa, nessa transmissão, não os direitos patrimoniais do cocontratante, mas sobretudo um feixe de direitos e deveres derivados de uma concessão cuja contraparte era a Administração. Isto, embora houvesse, nalguns casos, interdição absoluta de transmissão de situações jurídicas emergentes de certos tipos de concessão a cidadãos estrangeiros, ou até, noutros casos, uma proibição de cessão meramente temporária: p. ex., ela era vedada nos primeiros cinco anos de exploração da concessão¹⁶.

Sabendo-se que a vinculação pactícia do concessionário com terceiros pode assumir diversas formas jurídicas ou modalidades, não se tratava, porém, de exigir àquele a obtenção de permissão para todo e qualquer tipo de relação contratual a estabelecer no plano externo.

Fora de tal âmbito se situavam os contratos celebrados com sujeitos auxiliares, posto que esses acordos, ainda que conexos com a execução do objeto do contrato de concessão, se destinam apenas a facilitar a sua realização, mas não envolvem substituição nem a transferência de responsabilidade do cumprimento pessoal da atividade do concessionário para o terceiro. São negócios auxiliares pelos quais o concessionário procede à aquisição dos bens necessários ao desenvolvimento, por si próprio, da atividade administrativa¹⁷.

Mas, nos casos de *cessão da posição contratual* – figura mediante a qual, em síntese, o cocontratante *transfere* para terceiro a sua inteira posição contratual (pessoal e patrimonial), no todo ou em parte, *saindo* da relação jurídica originária e sub-rogando-se aquele terceiro em todos os seus direitos e obrigações no momento da transferência (cf. Caetano, 1990: 1127) – ou de *subcontratação* – figura em que, não havendo saída nem uma modificação subjetiva, ocorre, através da derivação para a esfera de um terceiro do dever de executar parte do direito atribuído ao concessionário pelo contrato de base, a diminuição do envolvimento pessoal do intermediário na execução desse contrato, ainda que conserve “a sua posição jurídica perante o concedente para com quem é responsável pelo conjunto do serviço” (cf. Caetano, 1990: 1127) –, aí sim, a situação de desvio

¹⁶ Cf., em Espanha, exemplos em Martin Oviedo (1972: 312-313).

¹⁷ Neste particular, importa aliás mencionar que, a título paralelo, o CC admite expressamente o recurso pelo devedor a auxiliares no cumprimento pessoal de obrigações contratuais, designadamente nos termos dos artigos 264.º, n.º 4, 1165.º, 1198.º e 1213.º n.º 2, do conjunto destes preceitos resultando, de modo claro, que pode o *solvens* ser auxiliado por terceiros no cumprimento dos seus deveres (contratuais), mesmo quando se não possa substituir pessoalmente por eles no cumprimento das suas prestações.

ao pactuado era evidente e a necessidade de obter autorização para poder dispor do complexo de situações jurídicas emergente da concessão revelava-se imprescindível, sob pena de caducidade da concessão (cf. Rodrigues Júnior, 1921: 66).

Como a personalidade do concessionário se mostrara determinante para a formação da vontade de contratar da Administração concedente, bem como para a modelação do próprio conteúdo contratual (que reflete, ele próprio, a confiança tida no adjudicatário), só com a *prévia* aceitação daquela, a manifestar num quadro de ampla liberdade, semelhante à existente no momento da escolha do concessionário, se poderia operar seja a cessão para terceiro da posição contratual do concessionário, seja, de modo mais limitado, a subcontratação (de feição delegativa ou aquisitiva) a um outro sujeito da responsabilidade de prosseguir a execução de parte do objeto contratual de início atribuído ao concessionário, mantendo este, perante o concedente, a responsabilidade por assegurar a continuidade na prestação do serviço. Isto seria assim porque ao lado, ou acima, “do interesse patrimonial do concessionário está presente um interesse geral causado pelo objeto do direito que se transmite”, interesse esse respeitante à adequada e certa gestão de um serviço público (cf. Parejo Gamir, 1985: 27-28).

Neste sentido, referia, entre nós, Marcello Caetano que “é indispensável a intervenção do concedente, visto que sendo a concessão outorgada a uma empresa em razão das garantias de idoneidade que ela ofereça, não pode passar para outra sem que se verifique se esta oferece as mesmas ou maiores garantias de colaboração com a Administração” (1990: 1127). O mesmo lembrara, em 1921, Manuel Rodrigues Júnior a respeito das concessões mineiras: “já se acentuou que a designação do titular das concessões mineiras era, entre nós, dominada pelo *intuitu personae*, exigindo-se do requerente certos requisitos considerados indispensáveis à realização da lavra. Tal princípio impõe logicamente a necessidade de intervenção governativa para que o Estado verifique a idoneidade do adquirente *causa mortis* ou *inter vivos*, e daí dispor a lei [...] que todas as transmissões voluntárias ou forçadas, perpétuas ou temporárias, devem ser precedidas de autorização ou homologação do Governo [...]” (1921: 168-169).

Mas a doutrina tradicional explicava ainda que o controlo exercido pela Administração, no âmbito jurídico-administrativo, não era só de legalidade, mas também de oportunidade: “não se trata de indagar simplesmente se o adquirente tem a capacidade jurídico-administrativa mínima necessária para ser concessionário, mas outra série de circunstâncias de natureza não jurídica, mas técnica, económica ou simplesmente de pura oportunidade. Esta autorização é puramente discricionária, com todas as consequências que esta qualificação comporta, em especial as da sua fiscalização jurisdicional na via da jurisdição administrativa [...]” (cf. Parejo Gamir, 1985: 32-33).

Diante de um requerimento que lhe fosse apresentado, o concedente não estava vinculado pela norma ao cumprimento de pressupostos de apreciação incidentes sobre a personalidade e circunstâncias do adquirente, pelo que conservava ampla liberdade para orientar o sentido da sua decisão, num exercício em ampla medida isento de sindicância jurisdicional. Se assim não fosse, as referidas operações representariam, não apenas uma modificação subjetiva da relação contratual, mas também, e sobretudo, uma autêntica modificação objetiva do contrato, posto que o conteúdo deste só era o que era em função da pessoa específica do concessionário (cf. Justen Filho, 2003:530-531). Neste sentido, referia a doutrina que, recebido o requerimento do concessionário pedindo autorização para transmitir, o

concedente Estado, através do Governo, “resolverá como for de justiça” (cf. Rodrigues Júnior, 1921: 169) – embora a solução seja extraída, de novo, do regime mineiro, pode, com adaptações, ser sem esforço generalizada às concessões administrativas de atividades.

Por outro lado, relativamente ao negócio transmissivo, tratava-se de uma autorização a solicitar e obter *ex ante* e não *a posteriori*, em virtude da especial sensibilidade do interesse público em causa. Tendo presente a natureza e finalidade desta autorização, dizia-se, com efeito, “repugna admitir que a transmissão da concessão se tenha produzido antes dela. Se do que se trata é de controlar a figura do concessionário, não pode pretender-se seriamente que isto se verifique quando já essa substituição na pessoa do concessionário se realizou” (cf. Parejo Gamir, 1985: 34).

Nesta base, “toda a transmissão que não se subordine a estas condições é nula”, pelo que, “se não foi pedida autorização e a transmissão se deu por acto *inter vivos* e foi voluntária, a alienação é nula e a concessão continua pertencendo ao anterior concessionário [...]” (cf. Rodrigues Júnior, 1921: 170). Por outro lado, uma transmissão não autorizada constituía causa infração grave passível de resolução da concessão, que, contudo, não operava *ipso iure* (cf. Assim Parejo Gamir, 1985: 33 ss).

Enfim, entre nós, esta construção era sobretudo de corte doutrinário. Se bem que alicerçada no regime de diversa legislação extravagante, não tinha, na verdade, especial apoio num Direito administrativo positivo com feição geral.

17. Em suma, em face de uma pretensão do concessionário de transmitir a concessão, a liberdade da Administração Pública a exercer no quadro do procedimento autorizatório assumia, tal como no Direito privado, ampla extensão. Salvo se disposição específica ao abrigo da qual se devesse equacionar o pedido ressaltasse o cumprimento de alguma vinculação particular, nada, ou quase nada, poderia ser oposto à decisão administrativa que, a final, ao cabo de ampla margem de livre apreciação, viesse a negar a concessão ou subcontratação pretendidas pelo concessionário. No contexto da teoria geral do instituto da concessão administrativa feita num Estado “frouxamente conformado por uma constituição corporativo-programática” (cf. Gomes Canotilho, 2001: 706), como era o Estado sob a Constituição de 1933, a discricionariedade de apreciação nestas situações era, numa palavra, levada a um nível profundo, e só de muito limitado sindicável no plano jurisdicional.

3.2. Concessão atual

18. Também em matéria de execução contratual se assistiu a uma evolução da concessão clássica, nalguns casos significativa, estando hoje esta matéria regulada em geral, em primeiro lugar, na Constituição de 1976, que enuncia, no art. 266.º, n.º 2, inderrogáveis princípios gerais para toda a atividade administrativa; depois, no Código do Procedimento Administrativo (CPA) de 2015, que reafirma ou concretiza esses princípios normativos; e, enfim, no CCP, que regula em especial a matéria, tomando sobretudo em consideração a categoria dos contratos cujo procedimento de formação se encontra subordinado à Parte II do mesmo diploma.

Vejamos, com propósitos ilustrativos, apenas um par de coordenadas gerais que se extraem do regime vigente sobre o nosso tema¹⁸.

19. O CCP proclama, em geral, logo no art. 288.º (“Execução pessoal”), que “[...] incumbe ao cocontratante a exata e pontual execução das prestações contratuais, em cumprimento do convencionado, não podendo este transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante o contraente público”. Mas o Código logo ressalva, com grande amplitude, deste princípio o disposto em matéria de *cessão da posição contratual* (transmissão da posição jurídica) e de *subcontratação* (transmissão da responsabilidade de execução). Estas figuras, hoje, considerando o âmbito mais vasto do universo dos contratos administrativos, configuram-se como faculdades integradas na autonomia pública contratual (CCP, art. 316.º) (cf. Assis Raimundo, 2022: 221-222). Ficam somente excluídas do *princípio geral de admissibilidade* da cessão ou da subcontratação situações pontuais identificadas por lei (CCP, por exemplo, o art. 317.º) ou relações contratuais cuja *natureza* seja incompatível com aqueles tipos de transmissão jurídica.

É, pois, hoje admitida a transmissibilidade ou modificabilidade da posição jurídica do concessionário, confirmando-se a ideia, já antiga, de que, em matéria contratual, a sua natureza não implica negar a patrimonialidade dos direitos constituídos na esfera do concessionário (encerram direitos privados de conteúdo patrimonial ínsitos no direito de propriedade privada). E é esta uma solução que nos parece plena de sentido na atualidade, porquanto, como acentua Flávio Amaral Garcia, “seria absolutamente fora do contexto de economias globalizadas que contratos de concessão firmados com sociedades empresárias produzissem como consequência a cristalização do negócio ou, mesmo do seu controle acionário. Solução legislativa dessa natureza seria irreal e irrealizável, por estar descompassada com o mundo dos fatos. Assim como as condições objetivas se alteram, as condições subjetivas também não necessariamente se eternizarão ao longo da execução do contrato de concessão” (2021: 317). Pode até dizer-se, ainda com o mesmo Autor, que “mesmo a atração de potenciais competidores na licitação poderia ficar prejudicada caso se soubesse de antemão que seria inviável a transferência da concessão [...]. Esses são contratos públicos empresariais que resultam de arranjos financeiros e societários que podem, naturalmente, se modificar, pelas mais variadas razões, ao longo da sua execução” (cf. Garcia, 2021: 317-318).

Além disso, tal como no passado, não se deixa hoje de entender que quer a substituição do cocontratante por um terceiro no desenvolvimento das atividades concedidas quer a subconcessão – que não oblitera que o “concessionário permanece integralmente responsável perante o contraente público pelo exato e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais” (cf. hoje o CCP, art. 321.º) –, têm de ser autorizadas pelo contraente público, a qual pode ser prevista no próprio contrato (autorização geral sujeita a condição suspensiva) (Gonçalves, 2015: 578) ou já durante a sua execução.

¹⁸ Para desenvolvimentos, cf. Gonçalves (2015: 576 ss.); Assis Raimundo (2022: 221 ss.); Caldeira (2018: 123 ss.). Por último, Lorena de Brito (2024: 91 ss.). Sobre o típico regime de *Project Finance* associado a concessões administrativas de atividades públicas, cf. Brito Pereira (2023: 201 ss.). Sobre o complexo regime, nesse âmbito, dos *step in rights* (art. 322.º do CCP), cf. por último Caldeira (2024: 48 ss.); e Cristóvão Ferreira (2014: 53).

Por outro lado, ainda, a lei confere à Administração discricionariedade para apreciar o pedido de cessão da posição contratual ou de subconcessão (cf. CCP, arts. 318.º e 319.º). A autorização não constitui um ato vinculado, posto que a “lei não obriga à aceitação da modificação subjectiva, nem mesmo quando o novo co-contratante apresenta os documentos de habilitação e também preenche os requisitos de capacidade técnica e financeira, se for o caso (cf. o n.º 2 dos artigos 318.º e 319.º do CCP): a habilitação e a capacidade técnica e financeira (quando exigível) do novo co-contratante constituem pressupostos mínimos e elementares para que a modificação possa ser autorizada, não condições cuja verificação torne essa autorização obrigatória. De resto, nem faria sentido que, sendo o procedimento pré-contratual de iniciativa oficiosa da entidade adjudicante e tendente à satisfação de um determinado interesse público a seu cargo, pudesse o co-contratante privado, depois de todo um procedimento formalizado com vista à sua selecção, impor unilateral e potestativamente ao contraente público um novo interlocutor como parte no contrato [...]” (cf. Caldeira, 2018: 124-125, em nota).

20. Mas, e neste ponto a evolução face ao modelo tradicional que vem do passado é significativa, tal como a escolha do concessionário é feita, por regra, no quadro de uma licitação concorrencial e obedecendo a regras e critérios definidos de antemão, não sendo aquele livremente selecionado, também a apreciação pela Administração da pretensão transmissiva do concessionário, apesar de discricionária, não é feita de modo arbitrário. O pedido deduzido há de ser apreciado e decidido de maneira discricionária mas com estrito respeito, para além das vinculações específicas de fonte legal especial, regulamentar e contratual que possam existir no caso concreto, pelo sentido dos preceitos relativos aos direitos fundamentais e pelos princípios da atividade administrativa enunciados na Constituição e no CPA.

Decerto que – enquadrando o ponto – no “Estado de Direito, nenhuma discricionariedade é ‘livre’ no sentido pleno da palavra porque a margem auto-determinada do poder de decidir sempre coexiste com zonas de vinculação, a primeira das quais é finalista” (cf. Sérvulo Correia, 1019: 184)¹⁹. No atual paradigma da relação entre Administração e o Direito, na verdade, o *princípio da juridicidade* (subordinação à lei e ao Direito) projeta-se, entre outros, num subprincípio da *discricionariedade condicionada*: ela depende de concessão legislativa e o seu exercício, tal como toda a atividade da Administração, está subordinado ao Direito (cf. Vieira de Andrade, 2017: 51). E, neste âmbito, para além dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, o poder discricionário tem de conformar-se com os princípios normativos da Administração. É bem sabido, aliás, “que se tem assistido, ao longo das últimas décadas, a uma evolução do Direito Administrativo no sentido de uma *normatividade principialista*, que se concretiza na submissão da Administração a um conjunto de princípios jurídicos: os *princípios gerais da atividade administrativa*” (Aroso de Almeida, 2022: 141) (igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, justiça, boa-fé, racionalidade). Surgindo positivados no n.º 2 art. 266.º da Constituição, o seu cerne vem sendo progressivamente depurado pela jurisprudência e pela doutrina, projetando-se hoje num quadro paramétrico de vinculação mais exigente para a Administração quando atua poderes discricionários. Isto, sem obliterar que, como consequência da sua *abertura* típica – “atributiva

¹⁹ Estudo de 2012.

de um papel central aos procedimentos de ponderação” (Medeiros, Fernandes, 2000: 36, citando José Lamago) –, os princípios gerais de direito administrativo “enunciam uma intenção regulativa, mas não oferecem um critério imediato para a resolução de um problema” (cf. Moniz, 2024: 149). Entre eles, avulta sobremaneira o princípio da proporcionalidade, em qualquer dos três subprincípios que é habitual distinguir nele – adequação, necessidade e equilíbrio –, o qual, proscrevendo cargas coativas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares, tem como domínio de aplicação mais importante a restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos (cf. art. 18.º, n.º 2, da Constituição).

Ao mesmo tempo, sem prejuízo da preservação de um reduto de juízos ou valorações próprios da função administrativa imunes ao controlo jurisdicional (a sua conveniência ou oportunidade), em respeito ao legislador democrático – o órgão fiscalizador não está habilitado para controlar a conveniência ou oportunidade da escolha do órgão político decisor –, os diversos princípios normativos acima mencionados vão permitindo ao juiz administrativo sindicá-la hoje plenamente a *juridicidade* da atividade discricionária da Administração. Ainda que seja um controlo que opere de modo negativo. Na lição de Sérvulo Correia, os “[...] princípios do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição são sobretudo *limites negativos* de racionalidade jurídica na valoração e ponderação. Evitam uma intromissão administrativa desigualitária, desproporcionada, injusta, parcial ou de má-fé na esfera jurídica dos cidadãos sob a capa da margem de livre decisão [...]”, pelo que “[...] o papel do juiz administrativo é o de averiguar se tais *limites* foram ultrapassados ou violados, não lhe sendo todavia permitido substituir-se à Administração para efeito de reponderação de juízos valorativos que integram materialmente a função administrativa [...]”; assim, a “[...] consideração dos princípios de conduta administrativa como *limites* para efeito do controlo jurisdicional tem como postulado de base a ideia de que, desde que não os desrespeite, a Administração é livre na eleição dos pressupostos e na sua valoração. O reverso desta ideia é a máxima de que não cabe ao juiz, mesmo quando detecte violação dos limites, substituir-se à Administração na eleição dos pressupostos e na respectiva valoração [...]” (cf. Sérvulo Correia, 2005: 777-778). Longe vão, pois, os tempos do legalismo positivista em que se entendia que o onipotente legislador “é aquela entidade que fabrica uma ordem *ex nihilo*” (cf. Baptista Machado, 1993:289) e, portanto, que o princípio da legalidade formal deveria reger em exclusividade a atividade do juiz ou se sobrepunha “em termos absolutos aos outros princípios jurídicos, desconsiderando-os”, ou, na mais benévola das possibilidades, “remetendo-os para uma aplicação subsidiária” (Vieira de Andrade, 2017: 224).

Nesta base, regressando ao ponto, no âmbito da margem de livre decisão administrativa conferida pela norma jurídica que confere o poder de autorizar, ainda que a Administração “aja como portadora e promotora oficiosa do interesse público em causa” (Sérvulo Correia), deve sopesá-lo com critério com todos os interesses privados merecedores de tutela, ou seja, respeitando nessa ponderação os preceitos fundamentais relativos aos direitos, liberdades e garantias (ou de natureza análoga e, em especial, a liberdade de empresa e a garantia da propriedade privada, em particular esta última, pois a consideração de que a concessão titula direitos patrimoniais privados é hoje um aspeto decisivo para um particular decidir empreender uma exploração aleatória e exigente de elevados capitais) e o sentido extraído no caso concreto pelos princípios gerais da atividade administrativa, com destaque, como dissemos, para o princípio da proporcionalidade.

E, quando inexistir regulamentação particular numa dada concessão sobre a questão e esta tenha de ser enquadrada e respondida em face de princípios e regras gerais, importa recordar que, no plano legislativo do CCP, para além dos casos de recusa obrigatória previstos nos arts. 317.º, n.º 1, e 318.º, n.ºs 2 e 3, o artigo 320.º restringe, de forma bastante significativa, a margem de discricionariedade da Administração para a autorização da subcontratação. Segundo essa norma, a recusa apenas pode tomar por base a circunstância de existir “fundado receio de que a subcontratação envolva um aumento de risco de incumprimento das obrigações emergentes do contrato”, sendo que, bem vistas as coisas, apesar da forte restrição criada pela lei à recusa, “não se trata de um ato juridicamente vinculado, por força das indeterminações conceituais que delimitam esta competência” (Gonçalves, 2015: 579). Por outro lado, propende parte da doutrina para considerar que idêntica solução deve valer para a cessão da posição contratual” (cf. assim Assis Raimundo, 2022: 225; e Lorena de Brito, 2024: 101)²⁰.

21. Em face do bloco legal aplicável – Constituição de 1976, CPA, CCP –, a margem de livre apreciação surge, no novo paradigma de relação da Administração com os particulares inaugurado pela Constituição de 1976 (e progressivamente consolidado, no plano legislativo, ao longo da sua vigência), menos ampla ou mais comprimida do que no período anterior, e, por outro lado, mais controlável pelos tribunais administrativos. Claro, no entanto, que discricionariedade não equivale a vinculação e, por isso, “está ainda na esfera do contraente público aceitar ou não a mudança de interlocutor no contrato²¹. Invertendo a perspetiva, quando a Administração entenda, na apreciação e valoração do pedido que lhe é dirigido, que o cessionário ou o subcontratado corresponde ao perfil definido no procedimento pré-contratual em termos de idoneidade e de capacidade, a recusa de autorização, para se afigurar legítima, tem de poder sustentar-se em face da regulação especial do caso e do sentido deontológico que flui do exigente quadro geral do regime dos direitos fundamentais e dos princípios normativos de Direito Administrativo.

3.3. Idem; em especial, a cessão da posição de controlo

22. A doutrina clássica tendia a reconduzir apenas as figuras da cessão da posição contratual (total ou parcial) e da subcontratação ao universo das *modificações subjetivas* (em sentido amplo) da concessão, não considerando nesse âmbito, autonomamente – até por não ser então obrigatório, como é hoje, que o concessionário, salvo regra em contrário, assumia a forma de sociedade comercial em geral e de sociedade anónima em especial (CCP, art. 411.º) –, a cessão da posição de controlo acionista (cf. Caetano, 1990: 1127).

Interessa deixar uma breve palavra sobre estouta configuração, dada a relevância prática que tende a assumir em muitas concessões em execução,

²⁰ Cf. porém, Caldeira (2018: 125), em nota, parecendo salientar que a diferença de tratamento resulta de se tratar de figuras com alcances bem diversos, não implicando a subcontratação uma verdadeira substituição do concessionário (art. 321.º), pelo que deveria ser aí mais limitada a margem de livre apreciação.

²¹ Cf. Caldeira (2024: 61), analisando a questão no quadro do art. 322.º do CCP.

permeáveis à evolução das dinâmicas empresariais e dos mercados; confrontá-la-emos, por comodidade, só com a cessão da posição contratual.

23. Há muito se equipara a situação da cessão da posição contratual do cocontratante à situação da transmissão de participações sociais que envolvam a cessão de uma posição de controlo da sociedade concessionária. Decerto que as duas situações são diferentes. Num caso, há modificação do cocontratante (ocorre a modificação de uma parte do contrato) e, no outro, não (existe apenas a modificação da composição societária do mesmo sujeito cocontratante). Mas a verdade é que, por detrás da permanência imodificada da personalidade jurídica coletiva do sujeito privado da relação contratual, ocorre, na segunda situação referida, uma transmissão do controlo do concessionário para terceiro, o que conduz a equiparar as duas situações em confronto do ponto de vista do interesse público. Na realidade, também na segunda hipótese passa a ser outrem, que não o controlador originário do veículo que recebeu da Administração a concessão, o sujeito investido no poder de orientar de forma determinante as decisões que afetam as operações do dia-a-dia da sociedade incumbida do desenvolvimento da atividade concedida, ou seja, que afetam o modo de prosseguir, em concreto, o interesse público pelo contrato partilhado pela Administração com o cocontratante. Basta aliás ver que se a concordância da Administração fosse apenas exigida para a cessão da posição contratual, e não também para a hipótese da cessão do controlo ou domínio societários, poderia ser suficiente que os sujeitos interessados engendrassem, não a transmissão da posição contratual, mas a alienação dos títulos representativos do capital social da concessionária, para assim iludirem a razão de ser da regra geral que exige o consentimento administrativo para a modificação subjetiva.

Embora se trate de configurações distintas, a cessão da posição contratual e a cessão da posição jurídica de controlo de um concessionário sob forma societária são, por vezes, sujeitas a regras equivalentes e, em especial, ao consentimento prévio do concedente. Referindo-se a esta realidade, entre nós, Pedro Gonçalves recorda que, “mesmo nos casos (frequentes) em que a concessão é atribuída a uma sociedade anónima, há fórmulas de garantir a estabilidade do factor pessoal que, dada a forma jurídica do concessionário, pareceria estar secundarizado ou menosprezado. É o que se passa com a equiparação da alienação de acções da sociedade a uma transmissão da concessão (exigindo-se a autorização do concedente) ou com a atribuição do direito de veto à alienação de acções a um administrador-delegado designado pelo concedente” (cf. Gonçalves, 1999: 235).

24. Não se quer com isto sugerir que toda e qualquer alienação de participações sociais deva ser objeto de autorização administrativa. Algumas transmissões haverá que, não só correspondem a atos normais no tráfico jurídico privado (e exprimem mesmo o exercício de uma *liberdade económica fundamental*: cf. artigo 61.º, n.º 1, da Constituição), como pela sua expressão não afetam em nada o interesse público, pelo que se tornará desnecessário num caso desses a obtenção de autorização da Administração. Pode suceder isso no âmbito de uma concessão há muito tempo em execução e cuja exploração se encontre em velocidade de cruzeiro, com a venda de participações que, pela sua expressão minoritária, não confirmam qualquer poder de controlo ao adquirente: em princípio, este

ato não bulirá com o interesse público que, por delegação do concedente, está a ser prosseguido pela concessionária.

25. A questão da necessidade de autorização administrativa coloca-se, porém, noutros termos quanto àquelas alienações que, pela sua expressão em termos de direitos “políticos” e patrimoniais, determinam a alteração do poder dentro de uma sociedade comercial, pois são de molde a outorgar poder de dominação interna a um novo sujeito e, em via reflexa, a influenciar o modo de realização em concreto do interesse público pela concessionária.

Nestes casos, a aceitação prévia da Administração é, por vezes, regulada como requisito de validade da alienação pretendida. A sua não obtenção gerará, por regra, não apenas a ineficácia mas também a invalidade do ato transmissivo, além de criar para o concessionário o dever de desconsiderar a transmissão efetuada em violação grave da regra definida, sob pena de responsabilidade contratual perante o concedente, porventura da máxima gravidade, por infração das regras basilares a que se sujeita a concessão, por um lado, e de, por outro, poder facultar ao concedente o exercício do poder de resolução unilateral do contrato (resolução sancionatória).

Esta autorização em matéria de regime de estrutura acionista das concessionárias não é inédita na nossa prática contratual. Entre nós, por exemplo, logo nas Bases da concessão Lusoponte, de 1994 (aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 168/94, de 15 de junho), depois de se referir “*que os membros do agrupamento deterão necessariamente, ao longo de todo o período de duração da concessão e a todo o tempo, o controlo da concessionária*”, e que “*entende-se por controlo da concessionária a detenção de, pelo menos, 51% do respectivo capital social com direito a voto, acrescida da capacidade de designar a maioria dos membros do seu órgão de administração*”, determina-se que “*será nula e de nenhum efeito a alienação a terceiros, por parte dos membros do agrupamento, na sua qualidade de accionistas, de ações necessárias para assegurar o controlo da concessionária*” (Base XV).

Ela também é frequente no Direito Comparado. Em França, depois de se entender, num primeiro momento, que o facto de “uma sociedade tornar sob o controlo de outra sociedade, adquirente da maioria das suas ações era indiferente, dado que a pessoa moral permanecia a mesma”, informa-se que esse entendimento, entretanto, desapareceu. Assim, “*l'intuitu personae est considéré comme s'attachant aux puissances ou groupes ayant le contrôle réel de la société concessionnaire*” e que “*certaines cahiers des charges interdisent le transfert de contrôle de tel groupe national à tel autre groupe national sans l'agrément de l'administration*” (Bettinger, 1978: 97).

No Brasil, Marçal Justen Filho sublinha, por sua vez, que a alienação de participações sociais não é “um negócio puramente privado: alienar todas as participações societárias de uma sociedade, cujo objeto consiste no desempenho de prestações num contrato administrativo, produz efeitos no âmbito do interesse público. Pelos mesmos fundamentos que se exige a concordância estatal para a cessão do objeto contratual também se impõe idêntico procedimento para atos jurídicos internos ao particular contratado que produzam efeitos jurídicos equivalentes” (2003: 538). O Autor informa, aliás, que o artigo 27 da Lei Federal brasileira de 1995 sobre concessões de obras e serviços (Lei 8.987), ainda vigente, exige, sob pena de invalidade do ato transmissivo e de potencial rescisão da concessão, a anuência prévia do concedente. Flávio Amaral Garcia, por seu turno, depois de escrever que

“não é livre ao concessionário, a despeito de exercitar uma atividade com nítido caráter empresarial, ceder o contrato para terceiros ou se sujeitar a uma mudança no controle acionário sem o atendimento de determinados requisitos legais, em especial a aquiescência do poder concedente”, informa também que, pela “legislação brasileira, seja no caso de transferência da concessão, seja no caso da transferência do controle acionário, a anuência prévia do poder concedente apresenta-se como um requisito indispensável, devendo o pretendente demonstrar que: (a) atende às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; (b) se compromete a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor” (cf. Garcia, 2021: 311-312).

26. O regime geral plasmado no direito português em vigor prevê que a transmissão do poder de controlo sobre a sociedade pode também ser sujeita por disposição contratual a autorização administrativa. No artigo 323.º do CCP – norma posta, em geral, para todos os contratos administrativos de colaboração, não se distinguindo consoante a respetiva feição – determina-se, com efeito, o seguinte: *“Nos casos em que o cocontratante deva constituir-se sob a forma de sociedade, o contrato pode sujeitar a autorização do contraente público qualquer alteração do contrato constitutivo da sociedade, bem como a alienação ou oneração das participações no respetivo capital social”*. E, segundo o disposto no artigo 411.º, n.º 1, do CCP, *“na falta de estipulação contratual, o concessionário deve manter a sua sede em Portugal e a forma de sociedade anónima”*.

Vários são os exemplos da nossa prática concessória que evidenciam, há bastante tempo, que as concessões são, normalmente, alvo de regulação específica, a respeito das mencionadas operações de alienação ou oneração de participações sociais no decurso da execução contratual, não só no próprio clausulado do contrato, mas na lei singular (Lei de bases) emitida a propósito de cada concessão estadual para acomodar as exigências do princípio da legalidade, na vertente da reserva de lei. E essa regulação tende a assumir, em não raros casos, sentido restritivo ou condicionador (permanente ou temporário) das operações que envolvem alteração de controlo da sociedade concessionária (por transmissão ou execução de garantia). É compreensível que assim seja, já que pode, desse modo, como vimos, fazer perigar-se a continuidade e eficiência na execução da atividade objeto do contrato, ou até afirmar-se existir, no contexto de contratos de formação por lei sujeita ao princípio do público apelo à concorrência, um “possível ardil que tenha por propósito malferir o princípio da licitação” (cf. Garcia, 2021: 318). Trata-se, de resto, da sede apropriada para regular o tema, permitindo-se, desse modo, acautelar no regime adrede definido o particularismo de cada concessão (natureza das partes, regime do risco contratual, tipo de financiamento, etc.) ou de cada operação (p. ex., quanto à sua dimensão relativa).

Refira-se, aliás, mais em geral, que, tendo presente a diversidade de situações possíveis, a lei singular de cada concessão define o quadro jurídico especial a que se deve submeter a atividade da sociedade concessionária e também, nalguns pontos, dos seus próprios acionistas. Múltiplos são, na realidade, os aspetos importantes aí regulados (v.g., objeto social, sede e forma, estrutura acionista, capital social, estatutos e acordo parassocial, oneração de ações, alienação de bens, obrigações de informação, obtenção de licenças, regime fiscal). Pode, por isso, dizer-se que tal lei constitui, para a sociedade concessionária (e seus acionistas), naquilo que nela especialmente se versa, um “mini-código das sociedades comerciais”.

Seja como for, os dispositivos legais e contratuais que prevejam e regulem autorizações deste tipo tendem a densificar, de forma precisa, os respetivos termos, tornando mais previsível a conduta da Administração e mais facilitada a atividade jurisdicional de controlo desta. Nesse sentido, constituem mais um sinal de ultrapassagem da caracterização originária do *intuitu personae* na execução da concessão, deixando a matéria ao livre-arbítrio do concedente (cf. Moreira, 2010: 34).

Também por aqui se mostra inexistir justificação para qualificar como pessoalíssima a execução de um negócio firmado pela Administração “com uma empresa que possui como uma de suas principais características o facto de ser *intuitu pecuniae*” e em que, em boa realidade, “a pessoa do acionista é um dado secundário” (cf., de novo, Moreira, 2010: 34).

27. Em jeito de excursão, informe-se que a matéria da alteração do controlo acionista foi alvo de atenção pela jurisprudência do TJUE no recente Acórdão Adusbef, de 7 de novembro de 2024, tirado no Processo C-383/22, onde se analisa o âmbito do dever de a Administração promover um novo procedimento de adjudicação, nos termos do art. 43.º da Diretiva 2014/23, por ocasião da celebração de um acordo entre o concedente e o concessionário de uma autoestrada estadual regulador, entre outros aspetos, de uma alteração relevante (mudança de controlo) da estrutura acionista da concessionária.

Não se tratou, no entanto, de discutir aí a validade dos requisitos exigidos para uma tal alteração poder operar, mas de abordar uma questão a jusante dela, qual seja a de decidir se a sua realização por *acordo*, ao abrigo do direito italiano – pressupondo, portanto, a existência de autorização administrativa à alteração da estrutura de controlo da concessionária –, implicaria, em qualquer caso, segundo o direito europeu, o dever de lançar um novo procedimento de contratação pública. Ainda assim, pelas novidades e exemplaridade deste aresto, vejamos, brevemente, os seus aspetos fundamentais.

a) Na sequência do desabamento em 14 de agosto de 2018 da ponte Morandi, situada em Génova, infraestrutura explorada em regime de concessão estadual desde 11 de agosto de 2007, trágico evento que provocou a morte de 43 pessoas (n.º 12), e do acordo de transação entretanto celebrado entre as partes do referido contrato de concessão, em 14 de outubro de 2021, para pôr termo ao litígio entre elas entretanto surgido (n.º 14) – acordo com alcance tanto objetivo (previsão de compensação financeira a cargo da concessionária; reforço das obrigações de segurança da rede de autoestradas; prorrogação do prazo da concessão) e subjetivo (alteração da estrutura acionista do concessionário) –, o TJUE, em sede de reenvio, foi também questionado quando à bondade jurídica desta vertente do acordo.

Concretamente, inquiria-se se o facto de aquele acordo ter contemplado a transferência, pela sociedade-mãe da concessionária ASPI, de 88% das ações representativas do capital social desta ASPI a “uma sociedade *holding*, cujo acionista maioritário com 51% do capital social é a Cassa Depositi e Prestige Equity, e na qual dois fundos estrangeiros, a Macquarie e a Blackstone, detêm cada um 24,5%”, configura, ou não, uma modificação da composição da estrutura acionista da concessionária necessitada de um

novo procedimento de adjudicação da concessão, nomeadamente à luz do artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2014/23 (n.º 21) 22.

b) Pronunciando-se sobre o tema, entendeu, desde logo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e bem, que, *ratione temporis*, a modificação regulada no acordo de transação deve ser aferida, desde logo, em face art. 43.º Diretiva 2014/23, não obstante o disposto no art. 54.º, segundo parágrafo, desta determinar que a Diretiva “*não se aplica às concessões objeto de proposta ou adjudicadas antes de 17 de abril de 2014*” (n.º 33). Com efeito, importa assegurar que os acordos de alteração de uma concessão celebrados já na vigência da Diretiva correspondem efetivamente, em face deste parâmetro, a uma verdadeira *modificação*, e não à celebração de um *novo* contrato (ainda que com as mesmas partes e semelhante objeto). Admitir que qualquer acordo “modificativo” de uma concessão cujo procedimento adjudicatório fosse anterior a 17 de abril de 2014 escaparia à sindicância material do direito europeu hoje existente neste domínio (plasmado justamente na Diretiva 2014/23), pela simples circunstância de estar conexionado com um procedimento de concessão anterior a 2014, abriria a porta a um resultado verberado pela normatividade principiológica constante no Tratado e, por conseguinte, com o precípua objetivo de realizar o mercado interno. Tem de ser em face do critério da lei nova que se apura se a alteração realizada é uma modificação da concessão anterior ou uma concessão nova. Noutros termos, como decidiu o TJUE, é perante a Diretiva 2014/23 que se deve apurar se se trata de uma verdadeira modificação de uma concessão celebrada outorgada ao abrigo da lei antiga ou, ao invés, de um novo contrato de concessão, devendo-se, se se tratar de uma realidade deste último tipo, lançar mão de um procedimento de contratação pública.

c) Estabelecendo o art. 43.º as condições em que um novo concessionário pode substituir o inicial sem que seja necessário organizar um procedimento de adjudicação (n.º 65.º), o TJUE entende na sua decisão, em vista do acordo quanto à alteração da estrutura acionista da ASPI e suas implicações, que: (i) o acordo celebrado “implicou uma mudança sustentável no controlo da ASPI” (n.º 66); (ii) “não se afigura que uma modificação da composição da estrutura acionista do concessionário possa, enquanto tal, ser considerada uma modificação da própria concessão, na aceção do artigo 43.º, n.º 5, da Diretiva 2014/23” (n.º 67); (iii) “de forma mais específica, as cessões de partes do capital social do concessionário, tanto em benefício de novos acionistas como de acionistas já existentes, não implicam a substituição do concessionário inicial por um novo concessionário, hipótese prevista no

²² De acordo com este preceito, as “concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de concessão, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos: [...] d) Se o concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos: i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos da alínea a), ii) transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou iii) assunção pela própria autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante das obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional”.

artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), desta diretiva, mas apenas modificações na composição ou na repartição do capital social desse concessionário” (n.º 68); e que, “visto que as modificações que afetam o capital social do concessionário não modificam a concessão na aceção do artigo 43.º, n.º 5, da Diretiva (...), não exigem a organização de um novo procedimento de adjudicação” (n.º 69).

O TJUE julga, assim, que a “modificação da composição da estrutura acionista” do concessionário, embora não seja um dos casos de modificação previstos e permitidos pela al. d) do n.º 1, não é igualmente uma situação de modificação em sentido próprio da concessão, nos termos e para os efeitos do n.º 5 do art. 43.º da Diretiva 2014/23 (n.º 100).

Ainda segundo o TJUE, a modificação operada ao abrigo do referido acordo de transação, feito segundo a lei nacional italiana, não viola o art. 43.º, porquanto não é uma modificação abrangida pelo art. 43.º, n.º 5, embora o cumprimento do Direito europeu imponha, concretamente o princípio da boa administração, “que a autoridade adjudicante tenha exposto os motivos pelos quais considerou que não estava obrigada a organizar esse procedimento” (n.º 85).

O TJUE consignou, depois, que, “na falta de harmonização a nível da União, cabe a cada Estado-Membro determinar as regras que permitem à entidade adjudicante reagir quando o concessionário tiver cometido ou for suspeito de ter cometido um incumprimento contratual grave, pondo em causa a sua fiabilidade, durante a execução da concessão” (n.º 103).

Enfim, decidiu-se que o direito europeu “não se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante pode proceder à modificação da concessão durante a sua vigência sem ter avaliado a fiabilidade do concessionário, quando essa modificação não esteja abrangida pelo artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), ii), nem pelo artigo 43.º, n.º 5, desta diretiva” (n.º 104).

d) Este caso mostra, pois, que uma modificação contratual, ao abrigo da lei nacional, operando (também) a alteração da estrutura acionista de controlo da concessionária não configura, por si mesma, uma modificação “das disposições de uma concessão durante a sua vigência” e, portanto, não implica, nos termos e para os efeitos do n.º 5 do art. 43.º da Diretiva 2014/23, lançar mão de um procedimento de contratação pública.

§ 4º. Nota final

28. A afirmação da natureza pessoal da concessão administrativa é problemática em qualquer dos domínios em que é normalmente proferida. Em matéria de formação do contrato, salvo situações excecionais, o concessionário é, desde logo, um cocontratante fungível, sendo em abstrato vários os operadores económicos elegíveis para responder à situação de carência de meios identificada pela decisão de conceder da Administração, inexistindo, por isso, base jurídica para afastar o princípio do público apelo à concorrência. Depois, a necessidade de avaliar a capacidade técnica e financeira dos candidatos e de comprovar a sua idoneidade também não justifica a derrogação da aplicação da regra da concorrência. Enfim, o facto de a adjudicação recair sobre uma proposta apresentada por um operador que preencheu o perfil de capacidade definido de antemão pela

Administração e que deverá comprovar, antes da outorga contratual, ser idóneo dar, contudo, um relevo indireto nesta sede ao elemento pessoal.

No plano jurídico-contratual, a regra da execução pessoal coexiste com o princípio geral da transmissibilidade condicionada da posição jurídica do concessionário por cessão da posição contratual ou subcontratação. Além disso, a índole da concessão não legitima, atualmente, um ilimitado poder discricionário de autorização. Tal ato deve respeitar o regime jurídico aplicável, incluindo os preceitos relativos aos direitos fundamentais e aos princípios normativos da Administração. O mesmo se diga quanto à eventual autorização exigida para a alteração da estrutura acionista que implique mudança de controlo da sociedade concessionária, a qual deve conformar-se com aquelas bitolas gerais.

Referências

- Abragão F. Caminhos de Ferro Portugueses. Esboço da sua História. Vol. 1^o. Lisboa: edição da Companhia dos Caminhos de Ferro Portugueses; 1956
- Almeida CF. Contratos (Conteúdo. Contratos de Troca), II. 3^a ed. Coimbra; 2012
- Andrade M. Teoria Geral da Relação Jurídica, II. Coimbra: Almedina; 1992 (reimpressão)
- Andrade M. Teoria Geral das Obrigações. 3^a ed. Coimbra: Almedina; 1966
- Aroso de Almeida M. Teoria Geral do Direito Administrativo. 10^a ed. Coimbra: Almedina; 2022
- Assis Raimundo M. Direito dos Contratos Públicos, II. Lisboa: AAFDL; 2022
- Aucoc L. Conférences sur l'administration et le Droit Administratif faites a l'École des Ponts et Chaussées, tome 2. 10^a ed. Paris: Dunod; 1879
- Bandeira de Mello C. Curso de Direito Administrativo. 28^a ed. S. Paulo: Malheiros Editores; 2011
- Baptista Machado J. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina; 1993 (6.^a reimp.)
- Bettinger C. La concession de service public et de travaux publics. Paris: Berger-Levrault; 1978
- Caetano M. Manual de Direito Administrativo, II. 10^a ed.; 1990 (reimp.)
- Caetano M. Manual de Direito Administrativo. 2^a ed.; 1941
- Caetano M. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora; 1937
- Caldeira M. Considerações em torno do elemento pessoal na contratação pública. Revista de Contratos Públicos. n.º 18. 2018
- Caldeira M. O step in nos contratos administrativos. In: VV. AA., coord. Execução dos Contratos Administrativos. Nova Causa Edições Jurídicas; 2024

Caranta R. The Changes to the Public Procurement Directives and the Story They Tell About How EU Law Works. *Common Market Law Review*. n.º 52. Kluwer Law International; 2015

Carvalho Fernandes LA. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5ª ed. Lisboa: UCE Editora; 2010

Chapus R. *Droit administratif général*, I. 15ª ed. Paris: Montchrestien ; 2001

Colmeiro M. *Derecho Administrativo Español*, Tomo II. 4ª ed. Madrid: Imprenta y Librería de Eduardo Martínez; 1876

Costa Gomes J. *Contrato de Mandato*. Lisboa: AAFDL; 2012

Delvolvé P. *La Concession de Service Public et le Droit Communautaire. Rapport de Synthèse*. In : *La concession de service public face au droit communautaire*. Paris: Sirey; 1992

Estorninho MJ. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina; 1991

Estorninho MJ. *Responsabilidade por danos de concessionários*. In: Martínez López-Muniz JL, Velázquez AC, coord. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. Madrid: Marcial Pons; 1999

Ferreira FC. *O direito de step-in do financiador*. *O Direito*. 9, 2014

Ferreira Pinto FA. *Contratos de Distribuição*. Lisboa: UC Editora; 2013

Freitas PC. *Portugal e a Comunidade Internacional na segunda metade do século XIX*. Lisboa: Quid Juris; 2012

Garcia FA. *A Mutabilidade nos Contratos de Concessão*. S. Paulo: Malheiros; 2021

Garrone GB. *La Concessione di Opera Pubblica Negli Ordinamenti Italiano e Comunitario*. Nápoli: Casa Editrice Jovene; 1993

Gomes Canotilho JJ. *O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também*. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora; 2001.

Gonçalves P, Oliveira RE. *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*. Coimbra: Coimbra Editora; 2001

Gonçalves P. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina; 1999

Gonçalves PC. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina; 2015

Gugliemi G, Koubi G. *Droit du service public*. 2ª ed. Paris: Montchrestien; 2007

Hoepffner H. *La Modification du Contrat Administratif*. Paris: L.G.D.G; 2009

Justen Filho M. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. S. Paulo: Dialética; 2003

Laubadère A, Moderne F, Delvolvé P. *Traité des Contrats Administratifs*, I. Paris: LGDJ; 1983

Laubadère A. *Direito Público Económico*. Trad. port. da edição francesa de 1979. Coimbra; 1985

- Lobo de Bulhões M. A Fazenda Pública de Portugal. Lisboa: Imprensa Nacional; 1884
- Lorena de Brito M. A modificação subjetiva do contrato no CCP. Revista de Contratos Públicos. n.º 34, Coimbra: Almedina; 2024
- Magalhães Collaço JM. Concessões de Serviços Públicos. Sua Natureza Jurídica. Coimbra: Imprensa da Universidade; 1914
- Martin Oviedo JM. Transferencia, Hipoteca, Embargo Y Ejecución em las Concesiones Administrativas. In: AA. VV. Estudios de Derecho Administrativo (Libro Jubilar del Consejo de Estado). Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1972
- Matilla Correa A. La concesión administrativa. Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional; 2018
- Medeiros R, Fernandes MJ. Artigo 203.º. In: Miranda J, Medeiros R. Constituição Portuguesa Anotada, I. Coimbra: Coimbra Editora; 2000
- Menezes Cordeiro A. Tratado de Direito Civil, XII. Coimbra: Almedina; 2018
- Mestre Delgado JF. La extinción de la concesión de servicio público. Madrid: La Ley; 1992
- Moniz AR. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina; 2024
- Moreira EB. Concessões de serviço público e Project Finance. Revista de Direito Público e Regulação. 2010
- Mota Pinto CA. Teoria Geral do Direito Civil, 3ª ed. Coimbra; 1985, 387
- Otero P. Da negociação no procedimento de adjudicação de contratos públicos. In: Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina; 2010
- Parejo Gamir A. Transmisión y Gravamen de Concesiones Administrativas. Revista de Administración Pública. n.º 107. Mayo-Agosto 1985
- Pereira JB. Contratos Bancários. Coimbra: Almedina; 2023
- Pinto LL. História do Abastecimento de Água a Lisboa. Lisboa: Ed. da Imprensa Nacional Casa da Moeda; 1972
- Pinto Loureiro F. Individualismo e Anti-Individualismo no Direito Privado. Coimbra: Coimbra Editora; 1940
- Pires de Lima MA, Antunes Varela JM. Código Civil Anotado, III. 3ª ed. Coimbra: Almedina; 1986
- Plessix B. Droit administratif général, 5.ª ed. Paris: L.G.D.J; 2024
- Rebello de Sousa M, Salgado de Matos A. Direito Administrativo Geral (Actividade Administrativa). Lisboa: Dom Quixote; 2004
- Richer L. La concession en débat. Paris: L.G.D.J.; 2014
- Rodrigues Júnior M. A Indústria Mineira em Portugal (Estudo Jurídico Económico). Coimbra: Coimbra Editora; 1921
- Rossi M, Pfhal S. Grundstrukturen der Konzession im Umwelt- und Infrastrukturrecht. In: Hg. Kment M. Konzessionen in Umwelt- und Infrastrukturrecht. Mohr Siebeck: Tübingen; 2016

- Salazar O. O Ágio do Ouro. Sua Natureza e Suas Causas (1891-1915). Ed. do Banco de Portugal (dir. Nuno Valério). Lisboa; 1997 (1916)
- Sánchez PF. Direito da Contratação Pública, I. Lisboa: AAFDL; 2023
- Saraiva AR. Direito Colonial. Coimbra: Livraria Neves; 1914
- Sérvulo Correia JM, Torgal L, Sánchez P. Alteração de circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública. In: Estudos de Contratação Pública, III. Coimbra: Coimbra Editora; 2010
- Sérvulo Correia JM. Direito do Contencioso Administrativo, I. Lisboa: Lex; 2005
- Sérvulo Correia JM. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra: Almedina; 1987
- Sérvulo Correia JM. Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites. In: Paes Marques F et al, org. Escritos de Direito Público, I. Coimbra: Almedina; 2019
- Torgal L. Concessões de obras públicas e ajuste directo. In: Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina; 2011
- Torgal L. Sobre a concessão administrativa no Estado Liberal. In: Coord. VV.. Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória F. P. D. Garcia, II. Lisboa: UCP Editora; 2023
- Ulrich RE. Política Colonial. Coimbra: Imprensa da Universidade; 1908-1909
- Vieira de Andrade JC. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade; 2017
- Vieira de Andrade JC. Os poderes substantivos e processuais do juiz nas leis do processo administrativo revistas. In: Nos 20 anos dos CJA, Braga: CEJUR; 2017
- Vieira de Andrade JC. Princípio da legalidade e autonomia da vontade na contratação pública. In: AA. VV. La contratación pública en el horizonte de la integración europea. Madrid: INAP; 2004
- Villar Palasí JL. Lecciones sobre Contratación Administrativa. Madrid; 1969
- von Bogdandy A. El Derecho Administrativo en el Espacio Jurídico Europeo: Perspectivas de una Disciplina. In: von Bogdandy A, Puigpelat OM, coords. El Derecho Administrativo en el Espacio Jurídico Europeo. Tirant lo Blanch; 2013
- Weil P. O Direito Administrativo. Coimbra: Almedina; 1978

ⁱ Advogado. Docente-convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa)