

Os Serviços de Interesse Económico Geral – Missões, Formas de Organização e Gestão ¹

Ana Paula Ribeiro ²

I – INTRODUÇÃO E ENQUADRAMENTO

1. O ESTADO E A ACTIVIDADE ECONÓMICA

1.1. O Estado moderno

O Estado, tal como o conhecemos na actualidade, constitui uma realidade recente, resultado de um processo histórico de evolução que não se encontra terminado.

O Estado moderno encontra as raízes no sistema europeu de Estados que se formou a partir do século XVI ³ e é classicamente definido por apelo a três elementos fundamentais ⁴:

- colectividade ou povo;
- território;
- poder político organizado.

Do Estado Absoluto em que o poder se encontra concentrado na pessoa do rei, cuja expressão máxima se encontra na afirmação de Luís XIV «L'État c'est moi» e, em Portugal, no Governo do Marquês de Pombal, passa-se ao Estado

¹ Trabalho realizado no âmbito do curso de pós-graduação em *Gestão e Controlo dos Dinheiros Públicos*, que teve lugar na Universidade Autónoma de Lisboa.

² Mestre em Direito. Directora Jurídica do Grupo Parpública – Participações Públicas SGPS, SA.

³ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, p. 51.

⁴ A. Marques Guedes, *Ideologias e Sistemas Políticos*, pp. 56-57.

constitucional, representativo ou de Direito, resultado dos movimentos filosóficos do racionalismo, do individualismo e do enciclopedismo e das evoluções verificadas nos Estados Unidos, na França, na Inglaterra e na Alemanha. Nascem os Estados constitucionais, baseados numa Constituição escrita, instrumento técnico-jurídico que reforça a institucionalização do poder político, da soberania nacional e do povo enquanto conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres perante a lei ⁵. Neste sentido a Constituição passa a ser o fundamento e o limite da actuação do Estado e, concretamente, do poder político.

No século XIX surge o Estado liberal, baseado na ideologia do liberalismo político e económico e nos interesses e valores da classe burguesa. O alicerce do Estado liberal e da sociedade que o suporta é o indivíduo, cabendo ao Estado «tão só vigiar pela preservação das condições óptimas de realização da liberdade individual e abster-se, em absoluto, de qualquer interferência na esfera privada dos cidadãos» ⁶. Este é o «modelo do Estado mínimo» ⁷ ou abstencionista, sujeito ao princípio da legalidade formal na sua actuação.

No entanto, a lógica abstencionista vigente no século XIX deu origem a desigualdades sociais e económicas de tal ordem que a própria realidade impôs a alteração do modelo de intervenção do Estado. Perante as convulsões sociais, económicas e bélicas do início do século XX – primeira revolução industrial, primeira Guerra Mundial, Grande Depressão – o Estado é forçado a intervir e a modelar a vida económica e social, a planificar, a definir objectivos e meios para os atingir, em suma, a corrigir as desigualdades ⁸.

Assim, o Estado passa a assumir directamente todas as actividades necessárias ao bem-estar social e colectivo (*welfare state*). Para assumir as novas funções, o

⁵ Jorge Miranda, *idem*, pp. 79-80.

⁶ António Goucha Soares e José Manuel Pureza, *Instituições Públicas e Comunitárias*, p. 23.

⁷ António Goucha Soares e José Manuel Pureza, *idem*, p. 23.

⁸ De modo sugestivo e sintético, Jorge Miranda, *ob. cit.*, p. 85, aponta as expressões usadas correntemente na evolução do século XIX para o século XX: do Estado neutro ao Estado ético; do Estado-polícia ao Estado-providência; do Estado jurídico ao Estado cultural; e do Estado legislativo ao Estado administrativo.

Estado-Providência atinge proporções gigantescas e influi decisivamente na criação das condições políticas, sociais e económicas que permitem atingir a progressiva melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

O gigantismo e a acção tentacular do Estado-Providência ou Estado Social de Direito trouxe exigências acrescidas aos cidadãos, designadamente ao nível dos impostos, culminando no quase comprometimento da iniciativa individual. Perante o crescimento do peso administrativo do Estado e, consequentemente, da burocracia, inflexibilidade, ineficiência e ineficácia na actuação, constata-se um recente retorno ao liberalismo, em duas vertentes: ideológica, através da desregulamentação, e juridico-económica, através do movimento das privatizações.

1.2. A intervenção do Estado na economia

1.2.1. Noção

Seja qual for o sistema político e económico em causa, a própria organização política da colectividade e as incapacidades do mercado para reger a economia global determinam a intervenção do Estado com vista à obtenção do equilíbrio económico geral e do bem-estar social, através de acções correctivas e supletivas.

Em sentido amplo, a intervenção do Estado na economia corresponde a toda a espécie de comportamento económico do Estado. É neste sentido que se pode afirmar que à política liberal corresponde a intervenção mínima do Estado na economia, essencialmente para defesa da liberdade e da propriedade privada, seja numa óptica de ruptura com as instituições medievais, seja para disciplinar o crescimento de uma nova ordem económica de puro capitalismo liberal. De facto, cedo se constatou que a defesa da ordem liberal exigia a regulação da actividade económica, o que veio a concretizar-se em várias medidas de defesa do mercado capitalista, desde as leis *anti-trust* ou de defesa da concorrência nos Estados Unidos do final do século XIX até ao estabelecimento de normas de combate ao protec-

cionismo e às restrições ao comércio internacional (GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade* – 1947) e à constituição das Comunidades Europeias (na vertente de defesa da concorrência).

Mas se a actuação do Estado (em substituição do mercado) releva, em qualquer caso, de um conceito de base essencialmente económico, parece-nos que, em sintonia com o entendimento de Sousa Franco, *intervenção económica do Estado* é «todo o comportamento do Estado (ou de outras entidades públicas equiparáveis) cuja função e finalidade consiste na modificação concreta do comportamento de outros agentes ou sujeitos ou das condições concretas da actividade económica»⁹. Será, pois, um comportamento teleologicamente orientado: o Estado exerce uma função subordinada a um fim determinado, recorrendo a «um conjunto coerente de normas juridico-económicas que, no essencial, se caracterizam por operarem uma delimitação dos poderes do Estado relativamente a comportamentos económicos dos sujeitos que em princípio seriam livres»¹⁰.

1.2.2. *Modalidades e níveis de intervenção*

O grau de intervenção do Estado na economia varia de acordo com as inspirações doutrinárias de base, desde o intervencionismo simples, em que o Estado, ao procurar atingir objectivos próprios, influencia ou condiciona com tais objectivos a actividade dos particulares; o dirigismo, em que, não obstante o respeito pelos princípios da liberdade económica e do mercado, o Estado procura dirigir a actividade dos sujeitos económicos em vez de se limitar a corrigi-la; e a planificação, em que o mercado é substituído pelo plano imperativamente definido e imposto à generalidade dos sujeitos económicos ou, pelo menos, aos sujeitos produtivos, pelo Estado. A planificação é característica dos sistemas socialistas de direcção central

⁹ Sousa Franco, *Noções de Direito da Economia*, Vol. I, p. 296.

¹⁰ Idem, p. 297.

e, portanto, incompatível com uma economia de mercado, o que não sucede com os restantes ¹¹.

A actuação económica do Estado em substituição do mercado verifica-se essencialmente a dois níveis. São eles ¹²:

- O da intervenção via despesa pública;
- O da ordenação ou regulação.

O intervencionismo através da despesa pública assentava numa «visão macro-económica, em que o papel do Estado consistia em desenvolver políticas que assegurassem a prioridade ao pleno emprego e se reconhecia que era da responsabilidade das autoridades públicas promover a redistribuição dos rendimentos através de políticas fiscais e sociais adequadas» ¹³. O efeito multiplicador da despesa pública sobre a actividade económica, propugnado por Keynes, constituiu a justificação para a utilização da despesa pública como instrumento do Estado «no sentido de favorecer o crescimento e de controlar a amplitude dos ciclos de actividade» ¹⁴.

O aumento da despesa pública tem sido um factor constante ao longo das últimas décadas que, apesar da *crise* do Estado Providência, parece não abrandar, confirmando-se assim a teoria de Wagner de acordo com a qual a despesa pública cresce proporcionalmente mais do que o crescimento económico. Na origem desta evolução está ¹⁵:

- a transformação dos sistemas sociais operada no século XX, em virtude da qual o Estado passou a assumir novas funções, inclusive produtivas, de satisfação das necessidades sociais e públicas que anteriormente não eram sentidas ou eram satisfeitas por entidades ou grupos sociais privados.

¹¹ *Ib.*, pp. 297-298.

¹² Seguimos aqui o estudo sobre *O Estado e a Economia*, elaborado por Manuel Victor Martins e Carlos Pestana Barros, in *Livro Branco do SEE*, pp. 205 e ss.

¹³ *Idem*, p. 209.

¹⁴ *Ib.*, p. 210.

¹⁵ Para mais desenvolvimentos vd. Sousa Franco, *Finanças Públicas e o Direito Financeiro*, 1986, pp. 435 e ss.

«O Estado teve de suportar o que pode designar-se por custos sociais do desenvolvimento económico, chamando a si áreas como as da construção de estradas, urbanização, saúde pública, segurança social, etc.»¹⁶;

- progresso tecnológico, determinante da melhoria do número e nível das necessidades satisfeitas, públicas e privadas, e, consequentemente, do aumento de encargos;
- outras causas, nomeadamente o aumento do custo dos serviços públicos, as alterações demográficas, a economia de guerra e as novas concepções financeiras.

A intervenção do Estado através da ordenação ou regulação é justificada, para além das razões apontadas anteriormente, pela necessidade de controlar os efeitos perversos da existência de monopólios naturais, bem como para evitar ou corrigir as falhas do mercado e a existência de factores que poderão conduzir à destruição ou eliminação da concorrência¹⁷.

1.2.3. *A intervenção económica em Portugal*

Em Portugal, a evolução da intervenção do Estado na economia não difere muito dos restantes países baseados numa economia de mercado, à excepção do período revolucionário do pós 25 de Abril de 1974 em que o peso do Estado, incluindo do seu sector empresarial, aumentou substancialmente por via, directa ou indirecta, das nacionalizações, das expropriações e da intervenção na gestão de empresas, em obediência aos recém adquiridos princípios socialistas de apropriação colectiva de bens e de transformação do Estado e da economia, posteriormente expurgados pelas várias revisões da Constituição da República Portuguesa (CRP) entretanto ocorridas.

¹⁶ Idem, p. 439.

¹⁷ Para mais desenvolvimentos vd. Manuel Victor Martins e Carlos, ob. Pestana Barros cit., p. 213.

A actividade económica do Estado, enquanto produtor de bens e serviços, traduziu-se, numa primeira fase, na concessão de exploração dos serviços públicos a sociedades privadas ou na sua gestão directa por agentes da Administração sem personalidade própria de que são exemplos, da primeira situação, os caminhos de ferro, os correios e as telecomunicações e, da segunda situação, a Manutenção Militar e o Arsenal da Marinha. Posteriormente, foram instituídos serviços personalizados, como foi o caso da Imprensa Nacional e dos Correios e Telecomunicações de Portugal. O final dos anos 60 trouxe o reconhecimento da necessidade de flexibilizar o regime da gestão de certos serviços públicos económicos, o que conduziu à transformação desses serviços em empresas públicas (caso da Caixa Geral de Depósitos), ao mesmo tempo que foram constituídas novas empresas públicas, de que é exemplo a EPUL (Empresa Pública de Urbanização de Lisboa).

No entanto, o regime do Estado Novo preferia o modelo de colaboração próxima entre Estado, economia pública e economia privada, que se traduziu na participação, minoritária ou maioritária, no capital de empresas privadas¹⁸.

Seguiu-se o período revolucionário e pós-revolucionário da segunda metade da década de setenta. Mas já no final da década e sobretudo na década seguinte, começou a proliferar a convicção de que «a propriedade do Estado não estimula a eficiência e a produtividade de empresas produtoras de bens e serviços, pelo menos quando não está em causa a produção de serviços públicos»¹⁹.

Actualmente, decorre do texto constitucional que a iniciativa económica pública constitui o instrumento de concretização da cláusula de bem-estar. Assim, a actual versão da CRP, na parte referente à organização económica (Parte II, Título I, artigos 80.º e seguintes) consagra como princípios fundamentais o da subordinação do poder económico ao poder político democrático, o da liberdade de iniciativa

¹⁸ Seguimos de perto a exposição de António Carlos dos Santos *et al.*, to *Direito Económico*, 1991, pp. 131-132.

¹⁹ Carlos Francisco Alves, in *Privatizações e Regulação – A Experiência Portuguesa*, Ministério das Finanças (Direcção-Geral de Estudos e Previsão), 1999, p. 2.

e organização empresarial no âmbito de uma economia mista, o do planeamento democrático do desenvolvimento económico e social e o da coexistência de sectores de propriedade dos meios de produção – público, privado e cooperativo e social (artigo 80, alíneas a), c), e) e b), respectivamente). O artigo 81.º da CRP consagra as incumbências programáticas do Estado em matéria económica, tendo por referência a promoção do bem-estar social, da justiça social e do desenvolvimento económico e social equilibrado, em condições de funcionamento eficiente dos mercados.

Por força da adesão de Portugal às Comunidades Europeias em 1986, Portugal passa a participar no desígnio da construção do mercado interno europeu, baseado numa lógica de essência liberal ²⁰. A iniciativa económica do Estado é restringida, numa dupla perspectiva:

- a da prevalência das normas de direito comunitário sobre as normas de direito interno, ao menos das normas de direito ordinário (não constitucionais) em obediência à necessidade de harmonizar a legislação dos vários Estados membros em matéria económica (e não só);
- a da desregulamentação ou desregulação, ou seja, o movimento contrário ao acima assinalado, com vista à diminuição da intervenção do Estado na economia.

Em parte por influência directa da integração de Portugal nas Comunidades Europeias, assiste-se nos nossos dias à alteração do entendimento sobre o papel do Estado na economia, encarado de forma cada vez mais restritiva, não só por força do renascimento do liberalismo económico e do objectivo de realizar o mercado interno mas também por necessidade premente de reduzir a despesa pública e, em consequência, o *déficit* público que a política social e económica das últimas décadas originou ²¹.

²⁰ Manuel Victor Martins e Carlos Pestana Barros, ob. cit., p. 215.

²¹ Esta necessidade tem por vezes induzido o Estado a adoptar formas empresariais como «veículos» privilegiados para a realização de tarefas que anteriormente eram prosseguidas directamente.

É neste âmbito que surge a privatização como elemento central da política económica.

2. O SERVIÇO PÚBLICO

2.1. Breve nota histórica

A origem histórica da ideia que subjaz ao conceito – aliás, polivalente e polissémico – de serviço público encontra-se nas Constituições americana de 1787 e francesa de 1789, em que se afirma o poder do Estado enquanto instrumento ao serviço do cidadão e, nessa medida, um instrumento de serviço público²². Trata-se, pois, de uma consequência das novas doutrinas do Estado moderno e das finalidades que o mesmo prossegue. A noção sistematizada de serviço público deve-se a Léon Duguit, para quem «tout act des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public»²³.

A assunção pelo Estado de tarefas de serviço público, isto é, de actividades «desenvolvidas no interesse geral da colectividade, com vista à satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar, obtendo para o efeito os recursos mais adequados e utilizando as formas mais convenientes»²⁴ foi de início acompanhada de uma estrutura orgânica pública, consubstanciada nos serviços da administração pública, e por um regime de direito público. Por outras palavras, o fim de interesse público tem por *objecto* a satisfação de necessidades colectivas, através de *meios* de autoridade. Nesta linha, Hauriou, autor francês do início do século XX, define o serviço público como «serviço

²² Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 28.

²³ Citado por Pedro Gonçalves, *A Concessão ...*, p. 28.

²⁴ Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 9.

técnico prestado ao público de maneira regular e contínua para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública»²⁵.

O serviço público enquanto fundamento, critério e limite da actuação do poder público sofreu a primeira crise quando a Administração francesa começou a utilizar instrumentos de direito privado na gestão de actividades públicas, quebrando-se assim a conexão entre serviço público e regime de direito público e com ela parte do interesse do conceito de serviço público. A segunda crise tem a ver com o facto de o conceito de serviço público se aplicar também às actividades administrativas económicas e empresariais ligadas à administração de prestações, surgindo noções próximas, mas distintas, como as de serviço universal, actividades privadas com obrigações de serviço público e actividades privadas de interesse público²⁶.

2.2. Definições

Os vários autores consultados divergem na noção apresentada, embora todas as definições apresentadas apresentem aspectos comuns. Assim, para além da noção histórica, apresentada no ponto anterior, de serviço público enquanto fundamento, critério e limite da actuação do poder público:

- Para Marcello Caetano serviço público «é o modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idóneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida»²⁷. Trata-se de uma definição que apela ao sentido de actividade subjectivamente administrativa de prestação *uti singuli*;
- Freitas do Amaral critica a definição apresentada por Marcello Caetano, em particular o entendimento de que os serviços públicos são uma espécie

²⁵ Citado por Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 1983, p. 1068.

²⁶ Pedro Gonçalves, *A Concessão ...*, p. 27.

²⁷ Ob. Cit., p. 1067.

do género serviços administrativos, propondo uma noção orgânica de serviço público de acordo com a qual «são as organizações humanas criadas no seio de cada pessoa colectiva pública com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob a direcção dos respectivos órgãos»²⁸. Mas também esta noção pode ser alvo de crítica, sobretudo se tivermos em conta que o conceito, ao contrário do tipo, apela à essência ou *ratio* do serviço público, cuja determinação não resiste a uma concepção organicista. As organizações são meios ou instrumentos para melhor prosseguir a missão de serviço público e não o contrário. A essência do serviço público não resulta de ser exercido por organizações de natureza pública, mas estas são criadas *para* o serviço público;

- a concepção material subjectiva de serviço público é retomada por Pedro Gonçalves ao definir serviço público como a tarefa administrativa (pública) de prestação em benefício directo e imediato de terceiros, *maxime* o público em geral. Trata-se, na opinião deste autor, de «uma actividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável (*responsabilidade de execução*) ... cujo elemento essencial se encontra no conceito de prestação» entendida não como a base de uma relação jurídica, «mas antes como uma *técnica operativa*, um *modo de actuar* ou um *processo de acção administrativa*»²⁹. Pensamos, todavia, que esta definição é extremamente redutora, excluindo, como o próprio autor expressamente reconhece, as tarefas de regulação ou de polícia, as de fomento ou promoção, as de planeamento e as de infra-estruturas³⁰. Por outro lado não lança qualquer luz sobre o significado de *prestação*, pois a técnica operativa ou o modo de actuar aplicam-se a toda e qualquer acção administrativa sem que seja demonstrada qual a especificidade desta técnica em particular.

²⁸ Freitas do Amaral, *Curso ...*, Vol. I, p. 620.

²⁹ Pedro Gonçalves, *A Concessão ...*, pp. 35-38.

³⁰ Idem, pp. 36-37.

2.3. Noção proposta

Pensamos que o serviço público não pode caracterizar-se apenas por apelo ao sentido material enquanto actividade, mas por conjugação de dois elementos do próprio termo *serviço público*. Assim:

- o serviço não pode ser confundido com a prestação desse serviço, já que não está em causa o modo ou o processo de actuação, mas a própria actividade. O conceito de serviço tem, pois, a sua essência na substância e não no processo (prestação). Significa isto que a actividade ou actuação diz respeito ao conjunto coerente de actos, jurídicos e/ou materiais desenvolvidos. Por outro lado o termo inculca a ideia de incumbência e subordinação, isto é, a sujeição da actividade a um sentido e finalidade superiores;
- a componente teleológica ou sociológica é dada precisamente pela sujeição da actividade a um objectivo de natureza pública. Somos de opinião que o serviço público se encontra subordinado, em termos genéricos, ao interesse público enquanto princípio fundamental ou primário do Estado com vista a garantir o bem-estar da colectividade. Este sentido é, aliás, apoiado pela actual redacção constitucional constante do artigo n.º 266, números 1 e 2. Do conteúdo destas normas se infere a subordinação, quer dos órgãos e agentes, quer da actividade, aos vários princípios aí assinalados, designadamente o da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé, tendo sempre em vista a prossecução do interesse público ou do bem público.
- De acordo com os ensinamentos de Rogério Soares³¹ o interesse público «consiste no primeiro e mais amplo interesse que ao Estado cabe realizar:

³¹ Citado por Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, 1980, pp. 287-288.

é o interesse da justa composição dos conflitos, mediante a repartição, segundo critérios variáveis, dos bens materiais e imateriais da sociedade». Quando este interesse coincide ou está em estreita ligação com o interesse da sociedade, corresponde a necessidades colectivas do corpo social. A satisfação destas necessidades constitui aquilo que é denominado na doutrina por interesse público secundário³². E os sujeitos a quem a lei reconhece o carácter público de um interesse do corpo social ficam constituídos na obrigação de o realizar, ou seja, de prestar um *serviço*. A actividade destes sujeitos destina-se a satisfazer estas necessidades colectivas, realizando assim, de modo instrumental, o interesse público primário acima referido. Naturalmente, é a Administração que tem, em primeiro lugar, a incumbência da prossecução do interesse público, mas nem sempre lhe cabe o exercício das actividades com vista a esse fim, por diversos motivos. Quando tal não suceda, a sua posição é a de garante da subordinação ao interesse público da actividade exercida por outros sujeitos que vêm a *sua* actividade sujeita a normas de enquadramento, ao acompanhamento e à fiscalização por parte da Administração. Não é por isso, no entanto, que a actividade em causa deixa de consubstanciar um serviço público porque subjacente à mesma está a prossecução do interesse público.

Em síntese, a noção que propomos é de cariz material teleológico e não assenta tanto na entidade que presta o serviço, ou no modo de actuação, mas na actividade subordinada à prossecução do interesse público, sem prejuízo do papel reconhecido à Administração, quer enquanto sujeito privilegiado da actividade de serviço público, quer enquanto garante da finalidade. Supomos que é esta a noção que reflecte mais fielmente a essência do serviço público.

³² Márió Esteves de Oliveira, ob. cit., p. 288.

II – OS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL

1. NOÇÃO E ENQUADRAMENTO LEGAL – A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUNITÁRIO

A noção de serviço público aliada à satisfação de necessidades colectivas induz a actividade económica do Estado, como produtor de bens e serviços.

Como já foi afirmado, a iniciativa económica pública encontra-se sempre subordinada à prossecução do interesse público, o qual constitui, na opinião de Paulo Otero «o fundamento, o limite e o critério da iniciativa económica pública» devendo «ter subjacente a existência de uma especial utilidade pública em tal actividade ou envolver a mesma a satisfação de necessidades fundamentais da colectividade que, de outro modo, ficariam por satisfazer total ou parcialmente»³³.

Em termos genéricos, e na sequência da matéria exposta, os serviços de interesse económico geral correspondem às actividades de carácter comercial que consubstanciam missões de interesse geral, entendido este na acepção de interesse público secundário, coincidente com o interesse do corpo social. Neste sentido, pode concluir-se que os serviços de interesse económico geral são uma espécie do género serviço público, caracterizada por se tratar de actividades económicas que visam satisfazer necessidades colectivas. Actualmente, esta disposição corresponde ao n.º 2 do artigo 86.º.

O termo «serviços de interesse económico geral» surge expresso pela primeira vez no n.º 2 do artigo 90.º do Tratado de Roma (adiante designado abreviadamente TR), na Secção I (As regras aplicáveis às empresas), do Capítulo I (As regras de concorrência), do Título V (As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações). Actualmente, esta disposição corresponde ao n.º 2 do artigo 86.º

O n.º 1 do artigo 90.º do TR impõe aos Estados membros que não adoptem ou mantenham, em relação às empresas públicas e às empresas a que concedam

³³ Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, in *Livro Branco do SEE*, pp. 322-325.

direitos especiais ou exclusivos, qualquer medida contrária ao disposto no TR, em particular em tudo o que diz respeito à construção do mercado interno, à concorrência entre empresas, às práticas de *dumping* e aos auxílios de Estado. O n.º 2 do mesmo artigo cria uma excepção para as «empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral» ao dizer que estas empresas ficam sujeitas ao disposto no Tratado, designadamente às regras de concorrência, apenas «na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada». Verifica-se, portanto, que a *missão* destas empresas é algo que se sobrepõe ao próprio cumprimento das regras do TR, justificando um tratamento jurídico de excepção.

No direito nacional, a última revisão constitucional, operada pela Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro, reformulou completamente o n.º 1 do artigo 86.º da Constituição da República Portuguesa (anterior artigo 87.º), introduzindo pela primeira vez a expressão a propósito da obrigação do Estado fiscalizar o cumprimento das obrigações legais das empresas privadas, «em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral».

A recente revisão do regime jurídico do sector empresarial do Estado, concretizada no Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, veio acolher a expressão comunitária de *empresas (públicas) encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral*, consagrando-lhes um capítulo autónomo e definindo-as como «aquelas cujas actividades devam assegurar a universalidade e a continuidade dos serviços prestados, a coesão económica e social e a protecção dos consumidores» (n.º 1 do artigo 19.º). No seguimento da previsão comunitária do n.º 2 do artigo 86.º do TR, também no diploma legal nacional se consagra a possibilidade de criar regimes derogatórios especiais «sempre que a aplicação das normas gerais de concorrência seja susceptível de frustrar, de direito ou de facto, as missões confiadas às empresas públicas incumbidas da gestão de serviços de interesse económico geral» (artigo 9.º do DL n.º 558/99). A análise do regime legal constante do decreto-lei mencionado será desenvolvida adiante.

2. MISSÕES DAS EMPRESAS ENCARREGADAS DA GESTÃO DE SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL

2.1. Introdução

Como se adiantou no ponto anterior, os serviços de interesse económico geral encontraram a sua primeira consagração no texto do actual n.º 2 do artigo 86.º do TR. Mas qual a razão de ser da sua consagração no texto do Tratado e da sobreposição aí prevista relativamente aos princípios económicos mais queridos no seio da Comunidade Europeia (CE)? O próprio texto do artigo adianta a justificação: a *missão* particular que lhes foi confiada. Mas quem confiou a missão a estas empresas e que missão é esta?

Tendo presente o que foi dito acima sobre os serviços de interesse económico geral, enquanto espécie de serviço público, pode afirmar-se que aqueles serviços correspondem a:

- uma actividade que deriva de uma incumbência especial:
- de interesse geral, correspondendo esta expressão precisamente ao interesse da colectividade ou da sociedade, coincidente com o interesse público secundário de satisfação de necessidades colectivas;
- de carácter económico, ou seja, relacionados com a aplicação de recursos produtivos escassos na produção e na distribuição de bens para consumo, actual ou futuro, entre as várias pessoas e grupos sociais ³⁴.

A Comissão da CE, em texto divulgado sobre este assunto ³⁵, procede a uma ponderação de valores e princípios comunitários, da qual resulta a assunção da

³⁴ Para mais desenvolvimento sobre a noção de economia vd. Paul Samuelson, *Economia*, p. 4.

³⁵ Ao qual tivemos acesso através da Internet, no site da Comissão das CE, subordinado ao título *Os Serviços de Interesse Geral na Europa*.

enorme importância destes serviços, considerando que extravasam o mero plano das preocupações materiais porque desempenham uma função de *cimento da sociedade*, oferecendo pontos de referência à colectividade e constituindo vínculos de pertença dos cidadãos a esta.

A existência de serviços de interesse económico geral reflecte a dimensão social que tem vindo crescentemente a ser assumida pelas Comunidades Europeias ao ponto de sobrepor esta dimensão social à económica, sempre que tal se justifique para consolidar o bem-estar social. Estamos perante a confissão expressa de que os mecanismos de mercado apresentam por vezes limites e o risco de exclusão de uma parte da população dos benefícios que deles podem ser retirados, não permitindo a promoção da coesão social e territorial. Ou seja, os imperativos de livre circulação, de eficácia e dinamismo económico e de livre concorrência estão em constante balanço com os objectivos de interesse geral económico, determinando um equilíbrio difícil de manter devido à sua natureza dinâmica e evolutiva.

O ponto de equilíbrio consiste no seguinte: os serviços de interesse geral de carácter económico estão, em princípio, sujeitos às regras da Comunidade com vista à criação do grande mercado interno. A aplicação destas regras constitui um estímulo favorável à adaptação dos serviços devendo, no entanto, manter-se compatível com as missões de interesse geral. Em consequência, os prestadores de serviços de interesse geral beneficiam da isenção das regras do TR na medida em que a aplicação dessas disposições entrava as missões de interesse geral de que são incumbidas.

Esta isenção está, no entanto, sujeita ao *princípio da proporcionalidade*, implícito no artigo 86.º do TR, de modo a salvaguardar a melhor adequação entre obrigações e missões de interesse geral, bem como a proporção entre meios utilizados e objectivos pretendidos, assegurando que aqueles não perturbem, de forma desproporcionada, o bom funcionamento do mercado europeu e não afectem as trocas comerciais num sentido contrário ao interesse da Comunidade.

2.2. Quem define as missões

A acção da Comunidade, no contexto descrito, baseia-se na diversidade das situações dos serviços de interesse económico geral na Europa, pautando-se pelo princípio da subsidiariedade, de modo a respeitar as opções nacionais em matéria de organização económica e social, limitando-se à análise da compatibilidade dos meios utilizados com os compromissos europeus. Daqui decorre:

- a liberdade dos Estados membros para definir as missões de interesse geral, conceder os direitos especiais ou exclusivos necessários para assegurar essas missões às empresas às quais elas são confiadas, regular a respectiva gestão e zelar, se necessário, pelo seu financiamento em conformidade com o artigo 86.º do TR; e
- a neutralidade relativamente ao estatuto público ou privado das empresas e do seu pessoal.

É, pois, ao Estado, enquanto autoridade pública e titular por excelência do interesse público primário, que compete prosseguir ou garantir que outra entidade prossiga a missão, já que esta corresponde à satisfação das necessidades colectivas³⁶. Mas estamos perante serviços de cariz económico e a lógica da economia de mercado em que nos inserimos implica que sejam normalmente entidades de natureza empresarial a prosseguir na prática a incumbência ou missão. É com o objectivo de favorecer ou de permitir a realização da missão de interesse geral que a autoridade pública pode impor obrigações de serviço público específicas às entidades que prestam o serviço. No centro de todas estas considerações encontra-

³⁶ Constitui indício da afirmação feita o facto de a gestão destes serviços ser, como regra, atribuída e exercida nos termos de um contrato de concessão, que constitui uma modalidade de contrato administrativo (cfr. n.º 2 do artigo 19.º do DL n.º 558/99).

se o interesse do cidadão cujo exercício requer, nas sociedades actuais, a garantia de acesso a serviços considerados fundamentais e a prossecução de objectivos prioritários. Os serviços de interesse económico geral estão, deste modo, ao serviço da sociedade globalmente considerada e, portanto, de todos os seus cidadãos.

2.3. Princípios em que assentam

A integração económica da Europa e a política de solidariedade e coesão social conduziu a que o interesse geral fosse encarado sob a forma de serviço universal ou de outras obrigações de serviço público.

A noção de serviço universal é flexível, na medida em que o seu conteúdo é elaborado progressivamente em função das características estruturais e técnicas de cada sector, e assenta na preocupação de assegurar por toda a parte um serviço de qualidade a um preço acessível a todos, baseando-se, pois, nos seguintes princípios:

- igualdade;
- universalidade;
- continuidade ou funcionamento continuado;
- adaptação (às mutações tecnológicas, às novas exigências do interesse geral e às necessidades dos utilizadores).

Mas nada impede os Estados membros de definir outras missões de interesse geral que extravasem as obrigações do serviço universal, constituindo outras obrigações de serviço público com objectivos específicos, como o ordenamento do território, a segurança de aprovisionamento e o ambiente.

Em síntese, o serviço universal e as outras obrigações de serviço público contribuem para os objectivos de solidariedade e de igualdade de tratamento, assegurando aos cidadãos e à sociedade europeia a defesa do interesse geral. O serviço

universal constitui assim a expressão na Europa das exigências e das especificidades do modelo europeu de sociedade, no quadro de uma política que concilia dinamismo do mercado, coesão e solidariedade.

O direito nacional acolheu amplamente as preocupações comunitárias nesta matéria. De facto, no preâmbulo do DL n.º 558/99 é assumida claramente a importância e, em simultâneo, o carácter excepcional das derrogações previstas para as empresas que desenvolvem estes serviços, ao afirmar-se que «um lugar à parte é ocupado pelas empresas que exploram serviços de interesse económico geral, reguladas no Capítulo II, que consagra algumas soluções que levam em atenção a sua especial importância para o conjunto dos consumidores e para a própria coesão social». E, adiante, é afirmado que se teve em atenção, designadamente, o princípio geral introduzido no TR pelo Tratado de Amsterdão, através do novo artigo 7.º-D, no sentido de que «a Comunidade e os seus Estados membros, dentro do limite das respectivas competências ..., zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões».

O artigo 20.º do DL n.º 558/99 concretiza os «princípios orientadores». Das várias alíneas deste artigo resulta que as missões (ou actividades de interesse público) que estão confiadas a estas empresas exigem a prossecução de uma actividade económica orientada para a prestação de bens em condições especiais. As várias alíneas deste artigo prevêem não só os princípios subjacentes à forma de actuação, mas também a forma como se concretizam. Nestes termos:

- a al. a) diz respeito ao princípio da universalidade, ou seja, da prestação dos serviços de interesse económico geral na totalidade do território nacional, de modo que os serviços estejam acessíveis ao conjunto da população independentemente do ponto do território em que se encontrem os cidadãos;
- a al. b) concretiza o princípio da igualdade ou da não discriminação no acesso de todos os cidadãos aos bens e serviços essenciais, admitindo

inclusivamente a discriminação positiva em nome do interesse geral, nomeadamente pela imposição de taxas ou contraprestações diversas consoante as possibilidades económicas do utilizador;

- a al. c) visa garantir o cumprimento de prestações de serviço de carácter universal nos sectores básicos vedados à iniciativa privada. A Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, regula actualmente o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas que, em regra, lhe estão vedadas, mantendo-se na titularidade do Estado os bens de produção e os meios afectos a essas actividades, assim como a respectiva exploração e gestão, exceptuando a hipótese de concessão. Estão abrangidas por esta restrição as actividades económicas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, através de redes fixas, recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, comunicações por via postal, transportes ferroviários explorados em regime de serviço público e exploração de portos marítimos;
- a al. d) tem a ver com a importância de determinados serviços para a população, mas que a iniciativa privada, por si só, não procura empreender dado não serem actividades rentáveis, por vários motivos, entre os quais sobressai o domínio das novas tecnologias e das novas energias, em que é necessário realizar um avultado investimento em infra-estruturas ou redes de distribuição. Ao Estado compete o papel de impulsionador destas novas áreas e, em contrapartida, assume compromissos de ordem financeira perante as empresas com vista a compensá-las por levarem a cabo uma actividade deficitária (cfr. artigo 21.º)
- a al. e) resulta da necessidade de adaptar a gestão das redes de serviços públicos tendo em atenção as modificações organizacionais impostas por inovações técnicas ou tecnológicas;

- a al. f) diz respeito a obrigações específicas, não associadas à prestação de serviços de carácter universal.

De todo o exposto, pode concluir-se que as alíneas a) a e) procuram garantir a prestação de serviço universal, nas suas múltiplas vertentes, enquanto a alínea f) concerne à imposição de outras obrigações de serviço público.

2.4. Domínios de intervenção – Exemplos

Podem, desde já, adiantar-se algumas áreas de actividade económica em que tal incumbência tem surgido, como é o caso dos serviços em redes nos sectores dos transportes, da energia e das comunicações. Factor comum a todos os sectores é o facto de ter ocorrido nos últimos anos uma abertura progressiva e controlada dos mercados e das infra-estruturas à iniciativa privada, acompanhada da definição de obrigações de serviço universal, com o objectivo de adaptar o serviço às evoluções da tecnologia, das necessidades dos consumidores e das exigências do interesse geral. Tal tem vindo a ocorrer nos sectores ³⁷:

- das telecomunicações, onde o objectivo é o de reforçar o serviço junto do público, multiplicando o número de serviços, melhorando a sua qualidade e mantendo o seu carácter acessível. Os consumidores podem, assim, escolher livremente o telefone fixo ou móvel, bem como o operador, a telecopiadora ou modem. Proximamente, serão abertos os mercados e as infra-estruturas da telefonia vocal. Para tanto, as entidades reguladoras são separadas dos operadores;
- dos correios, cujo serviço responde a exigências de continuidade, confidencialidade, neutralidade, igualdade de tratamento e adaptabilidade.

³⁷ Seguimos de perto o texto divulgado pela Comissão das CE através da Internet.

Apesar da anunciada abertura aos mercados, prevê-se manter um sector reservado aos operadores do serviço universal:

- dos transportes, designadamente no sector da aviação civil, onde o Estado poderá impor às empresas obrigações de cobertura de zonas periféricas ou ligações regionais com tráfego de fraca intensidade, vitais para o desenvolvimento regional, assegurando em contrapartida compensações financeiras; no sector dos transportes marítimos;
- e no sector dos transportes terrestres (caminho de ferro, estradas, navegação interior da electricidade, onde a abertura à iniciativa privada poderá trazer uma redução dos custos energéticos, beneficiando os consumidores em termos de redução das tarifas;
- da rádio e televisão, onde o interesse geral diz essencialmente respeito ao conteúdo dos programas difundidos, tendo em vista assegurar o pluralismo, a deontologia da informação e a protecção da pessoa ³⁸.

Para além destes domínios «clássicos» em que as exigências do interesse económico geral justificam a imposição de obrigações às empresas que gerem os serviços, podemos assinalar outros domínios potenciais que, até há pouco tempo, não relevavam da esfera económica, mas que, em virtude do desenvolvimento da economia de mercado e da crise do Estado-Providência, têm vindo progressivamente a ser afastados da esfera puramente social. É o caso, nomeadamente, dos serviços de saúde e da segurança social.

Consideramos que, em particular o sector da saúde, virá a sofrer claras transformações do ponto de vista das formas de organização dos serviços e do tipo de gestão, cuja tendência será a privatização da actividade.

³⁸ A pressão exercida pela concorrência origina, em alguns casos, uma deturpação destes objectivos. Quando tal suceda relativamente a um canal de rádio ou de televisão público, não há qualquer justificação para o tratamento de excepção associado à prestação de um serviço de interesse económico geral.

Por isso, é essencial considerar os serviços em causa como serviços de interesse económico geral, mantendo o Estado a posição de garante da prestação dos serviços de saúde em determinadas condições, através da regulação da actividade e da fiscalização dos resultados de acordo com as incumbências cometidas às empresas (missões).

3. FORMAS DE ORGANIZAÇÃO

3.1. Formas de organização presentes no ordenamento comunitário

Como foi apontado supra (ponto 2.2.), a CE deixou ao critério de cada Estado-membro a definição das formas de organização das actividades de interesse económico geral.

Há que ter em consideração, no entanto, os seguintes aspectos prévios:

- estamos perante actividades de carácter económico. Ora, no âmbito de uma economia de mercado, a estrutura organizativa típica de enquadramento da actividade económica é a empresa, ainda que este termo reflecta uma diversidade de formas e conteúdos que aconselham, na perspectiva jurídica, a sua não utilização, substituindo este termo por outros mais precisos e adequados a cada situação;
- a ideia generalizada a partir dos anos 80 é a de que a gestão privada assegura níveis de eficiência superiores aos da gestão pública;
- a letra do n.º 2 do artigo 86.º do TR, por confronto com a letra do n.º 1 do mesmo artigo, inculca no sentido de as empresas encarregadas da gestão dos serviços de interesse económico geral poderem assumir a forma jurídica de direito público ou a forma jurídica de direito privado. De facto,

no primeiro, não há qualquer indicação sobre o carácter público ou privado das empresas, ao passo que no segundo se refere expressamente as «empresas públicas» ou «empresas a que (os Estados-membros) concedam direitos especiais ou exclusivos».

3.2. Âmbito de aplicação do DL n.º 558/99

No âmbito do DL n.º 558/99, a epígrafe do Capítulo II aponta, desde logo, para a aplicabilidade das normas constantes desse Capítulo às empresas públicas. O mesmo sucede no corpo do artigo 20.º, no n.º 1 do artigo 21.º e no n.º 2 do artigo 22.º. Por outro lado, o n.º 1 do artigo 19.º não distingue entre empresas públicas e privadas ao apresentar a noção de «empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral», «para efeitos do presente diploma».

O âmbito do diploma, na parte referente ao Capítulo II e aos artigos 9.º, 12.º e 13.º é, porém, alargado extraordinariamente às empresas *privadas* encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Trata-se, obviamente, de empresas que não fazem parte do sector empresarial do Estado, mas às quais é aplicável o regime específico das empresas *públicas* encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral constante do Capítulo II, justamente porque a razão de ser da sua aplicação às empresas públicas se mantém na íntegra para as empresas privadas. O elemento essencial está na atribuição de uma missão de interesse público a entidades que prosseguem actividades económicas cujas características são de molde a que o Estado determine o seu desenvolvimento em benefício da comunidade, impondo deveres especiais a estas empresas e, em contrapartida, permitindo-lhes o exercício de determinadas prerrogativas de autoridade, a atribuição de determinados direitos exclusivos ou a isenção da aplicabilidade de normas que visam garantir a livre concorrência, sempre e na medida em que tal seja indispensável para a obtenção de níveis maiores de satisfação das necessidades colectivas.

No caso das empresas privadas, não faria sentido aplicar-lhes todo o conteúdo do DL n.º 558/99, pois as restantes normas aí previstas decorrem da natureza pública das empresas cujo regime, embora no essencial coincida com o regime privado, tem especificidades resultantes da qualidade pública do seu accionista ou da entidade tutelar. Mas já faz todo o sentido que lhes seja aplicável o artigo 9.º, que permite regimes derogatórios especiais em matéria de concorrência; o artigo 12.º, que prevê a sujeição destas empresas a regras de controlo financeiro, interno e externo (este exercido pela Inspeção-Geral de Finanças), considerando que muitas delas recebem financiamentos e indemnizações compensatórias por parte do Estado; e o artigo 13.º, que impõe deveres especiais de informação dada a necessidade que o Estado tem de assegurar que os serviços de interesse económico geral são exercidos nos termos da missão de que foram incumbidas.

Apenas uma nota. O n.º 4 do artigo 36.º não inclui no elenco das normas aplicáveis às empresas privadas o artigo 14.º, relativo aos poderes e prerrogativas de autoridade do Estado que as empresas públicas poderão exercer mediante atribuição legal ou contratual. Tal poderia inculcar no sentido de que as empresas privadas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral nunca poderiam exercer poderes de autoridade. Pensamos, no entanto, que a conclusão seria precipitada. De facto, não só o n.º 4 do artigo 36.º prevê a atribuição de direitos especiais, onde supomos que se incluem os poderes de autoridade ³⁸, como poderão constar de contrato de concessão (n.º 2 do artigo 14.º), forma por excelência de atribuição da missão de interesse geral (n.º 2 do artigo 19.º).

Em suma, quer as empresas públicas, quer as empresas privadas, podem ser encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral.

O conceito de empresa pública introduzido pelo DL n.º 558/99 abarca, porém, realidades bastante diversas do ponto de vista da natureza jurídica, consequência

³⁸ Até porque estes podem ser essenciais para a prossecução da actividade em benefício de toda a comunidade.

do sentido corrente das doutrinas comunitárias «para as quais o conceito de empresa pública abrange todas as empresas criadas por qualquer forma de iniciativa pública e controladas pelo Estado, independentemente da sua estrutura e forma institucional»⁴⁰. De facto, o conceito de empresa pública presente no artigo 3.º do DL n.º 558/99 é largamente inspirado na Directiva n.º 80/723/CEE, da Comissão, de 25-06-80⁴¹ relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados membros e as empresas públicas, e abrange:

- a) as sociedades comerciais constituídas nos termos da lei comercial⁴², seja sob a forma de sociedade anónima, de sociedade por quotas ou de sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais⁴³ possam exercer isolada ou conjuntamente, ou seja o Estado ou uma entidade pública estadual, isoladamente, o Estado e uma ou mais entidades públicas estaduais, em conjunto, ou duas ou mais entidades públicas estaduais, em conjunto, de forma;
 - directa ou indirecta, através de outras empresas que dominem, por sua vez, as sociedades comerciais, no sentido previsto no n.º 1 do artigo 3.º, influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias, bastando a verificação de uma delas para se considerar que há influência dominante;

⁴⁰ António Carlos dos Santos *et. al.*, *Direito Económico*, p. 134.

⁴¹ Alterada pelas Directivas n.º 85/413/CEE, de 24-07-85 e n.º 93/84/CEE, de 30-09-93, ambas da Comissão.

⁴² Há que interpretar de forma hábil a expressão *constituídas nos termos da lei comercial*. Somos de entender que abrange não só as sociedades constituídas por escritura pública em cartório notarial, isto é, nos termos da legislação comercial aplicável à constituição de sociedades comerciais, como as sociedades (comerciais) constituídas através de decreto-lei, na medida em que o acto jurídico constitutivo não influi no regime (privado) que lhe é aplicável estatutariamente. O acto constitutivo pode ter natureza pública ou privada, mas esgota-se na própria constituição. Vd. João Pacheco de Amorim, *As Empresas Públicas no Direito Português...*, pp. 14-15.

⁴³ Supomos que o legislador se refere às entidades que integram a administração estadual indirecta, nomeadamente aos institutos públicos e às fundações públicas. O legislador do diploma em análise preferiu adoptar uma terminologia mais próxima da utilizada nos textos de direito comunitário por razões de harmonia legislativa, em prejuízo do rigor técnico-jurídico dos conceitos que é, aliás, frequente nos textos legislativos comunitários.

- detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto ⁴⁴, direito;
 - de designar ou de destituir, a maioria dos membros dos órgãos;
 - de administração ou de fiscalização;
- b) as entidades públicas empresariais previstas no Capítulo III, que correspondem actualmente ao «antigo» conceito de empresa pública previsto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril. A forma jurídico organizatória destas entidades é de cariz público, traduzido numa organização e num funcionamento internos parcialmente regulados pelo direito público e numa actividade externa regulada, em regra, pelo direito privado.

De fora do amplíssimo conceito de empresa pública ficam as empresas meramente participadas, legalmente definidas por exclusão de partes em relação às empresas públicas, ainda que integrem o sector empresarial do Estado (n.º 1 do artigo 2.º) ⁴⁵.

Não podemos esquecer, por último, que a forma jurídico-organizatória que irá enformar a entidade incumbida da gestão de serviços de interesse económico geral é determinada ou escolhida pelo Estado pelo que, em última análise, e por considerações de interesse público, poderá o mesmo assumir directamente, através dos serviços da administração estadual directa ou indirecta (institutos públicos) a gestão de determinados serviços de interesse económico geral. Embora não seja provável que tal suceda, ao menos no actual enquadramento económico.

Em síntese, exceptuando as situações – escassas no actual contexto económico – em que o Estado ou outras entidades públicas estaduais decidam assegurar directamente os serviços de interesse económico geral, quer as empresas públicas,

⁴⁴ Os direitos de voto abrangem as situações previstas no artigo 20.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro.

⁴⁵ O n.º 2 do artigo 6.º precisa que não é toda a empresa participada que se integra no sector empresarial do Estado, mas apenas a respectiva participação pública e os representantes da entidade participante.

quer as empresas privadas encarregadas da gestão daqueles serviços são estruturadas de acordo com o modelo orgânico das sociedades comerciais ⁴⁶, compreendendo um órgão máximo de decisão sobre as grandes linhas de orientação e actuação da empresa, constituído pelo conjunto dos sócios, um órgão colegial de administração a quem cabe a execução do objecto da empresa de acordo com as orientações definidas pelo órgão máximo e um órgão de fiscalização.

No caso das entidades públicas empresariais, o órgão máximo deliberativo é substituído pela tutela económica e financeira exercida pelo Ministro das Finanças e pelo ministro responsável pelo sector de actividade de cada empresa nos termos do artigo 29.º. A tutela prevista nesta norma é essencialmente a tutela directiva (al. a) do n.º 2) e a tutela correctiva, consubstanciada no controlo da legalidade e do mérito, incluindo-se nesta a autorização ou a homologação para a prática de actos (al. b) do n.º 2)

4. GESTÃO E CONTROLO

4.1. Tipo de gestão

Na sequência de tudo o que foi afirmado anteriormente, não restam grandes dúvidas quanto ao tipo de gestão destes serviços, prosseguidos por empresas sujeitas ao direito privado que actuam segundo as regras do mercado. É preciso não esquecer que estamos perante actividades económicas produtivas, cujo exercício apela a

⁴⁶ Nada impede que a forma jurídica adoptada inclua, para além dos vários tipos especiais de sociedades comerciais e da constituição de grupos societários em relação de coligação, designadamente em relação de domínio ou de grupo, a possibilidade de associação de empresas para a prossecução da actividade, nomeadamente o consórcio, a associação em participação e o agrupamento complementar de empresas. Entendemos que estão excluídas as entidades singulares (indivíduos) dado o empenhamento de meios e a responsabilidade associada que são necessários para a prossecução deste tipo de actividades.

técnicas e métodos de actuação flexíveis, ágeis e expeditos, sujeitas a critérios de economia, de eficiência e de eficácia.

A gestão é, pois, de tipo empresarial, quer se trate de empresas privadas, quer de empresas públicas, incluindo as entidades públicas empresariais, quer se trate ainda de uma entidade pública estadual ou do próprio Estado. Nesta situação, remota nas actuais circunstâncias, a natureza jurídica pública da entidade e da forma de organização não coincide com o regime aplicável ao exercício da actividade.

Em regra, na gestão privada de tipo empresarial, o órgão de administração responde apenas perante os sócios e perante a sociedade pelos actos que pratique no âmbito das suas funções e está sujeito apenas à direcção e orientação do órgão máximo deliberativo – a assembleia geral. Porém, a missão de interesse público associada à prestação dos serviços de interesse económico geral justifica um regime especial em que se concilia o princípio básico da gestão privada e da autonomia da entidade empresarial com a necessidade, por parte do Estado, de garantir que esses serviços se destinem à satisfação de necessidades colectivas. A forma encontrada pelo Estado para a atribuição de direitos especiais, isenções, derrogações a regimes gerais, bem como para a imposição de obrigações inerentes ao cumprimento das missões de que são incumbidas estas empresas, é a do contrato, sem prejuízo de a lei dispor de modo diverso (n.º 2 do artigo 19.º). A possibilidade de a lei dispor diversamente diz respeito à situação de atribuição directa, por lei, a uma determinada entidade, da gestão dos serviços de interesse económico geral. Esta hipótese é salvaguardada pelo DL n.º 558/99 para situações em que as necessidades colectivas exigem um nível elevado de publicização da actividade, incompatível com a celebração de um acordo.

A forma preferencialmente escolhida aponta claramente para um encontro de vontades de carácter duradouro entre entidades livres, conscientes e autónomas. A evolução recente que todo este estudo espelha é o de que os co-contratantes do Estado deixaram de ser auxiliares episódicos do Estado para se tornarem auxiliares quase permanentes. A consequência é a alteração das relações entre o Estado

e os seus co-contratantes, tendo-se tornado essencialmente relações de colaboração ou de cooperação, em vez de relações antagónicas ou divergentes ⁴⁷.

O contrato entre Estado e empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral não é, no entanto, um contrato «puro». Trata-se de um contrato administrativo de concessão, isto é, «de um acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa» (n.º 1 do artigo 178.º do Código do Procedimento Administrativo), «com o fim de encarregar o particular de desempenhar funções próprias da Administração» ⁴⁸.

Para Freitas do Amaral, a relação jurídica administrativa «é aquela que confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à Administração perante os particulares, ou que atribui direitos ou impõe deveres públicos aos particulares perante a Administração» ⁴⁹.

Para Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e João Amorim «é a simples ligação expressa do contrato à realização de um resultado ou interesse especificamente protegido no ordenamento jurídico, se e enquanto se trata de uma tarefa assumida por entes da própria colectividade, isto é, de interesses que só têm protecção específica da lei quando são prosseguidos por entes públicos». ⁵⁰

Quanto a nós, perfilhamos o entendimento de Freitas do Amaral, que reflecte mais fielmente a essência da relação jurídica administrativa, centrada na especificidade dos direitos e deveres dos sujeitos da relação e não na natureza dos sujeitos.

Em síntese, a gestão dos serviços de interesse económico geral assume a forma empresarial, dado constituir a forma de gestão mais adequada ao desenvolvimento de actividades económicas. No entanto, o Estado não deixa ao livre arbítrio dos agentes económicos a prossecução de actividades que ultrapassam a esfera da prestação de utilidades individuais para assumir uma dimensão pública de satisfação

⁴⁷ Vd. André de Laubadère, *Direito Público Económico*, p. 380 e ss.

⁴⁸ Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, Vol. III, p. 419.

⁴⁹ Idem, p. 427.

⁵⁰ Mário Esteves de Oliveira et. al., *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, p. 811.

das necessidades colectivas. Para garantir que a actividade das empresas é conduzida de forma a que sejam satisfeitos os objectivos de interesse público, celebra com estes entes empresariais um contrato, o que permite salvaguardar a liberdade e autonomia económicas exigíveis em qualquer actividade deste tipo, mas impondo em simultâneo determinados deveres e concedendo-lhes certos direitos, justificáveis em face da prossecução dos fins de interesse público.

4.2. A concessão como forma típica de atribuição da gestão

O contrato de concessão da gestão de serviços de interesse económico geral justifica, só por si, um estudo autónomo que ultrapassa o âmbito do trabalho que nos propusemos empreender, pelo que ficam apenas algumas notas genéricas.

O contrato administrativo nos termos do qual a gestão dos serviços de interesse económico geral é atribuída e exercida é um contrato de concessão. Na sequência do entendimento perfilhado quanto aos serviços de interesse económico geral (supra, II, 1.), somos de opinião que o contrato de concessão destes serviços corresponde a um sub-tipo ou espécie do contrato de concessão de serviços públicos previsto na al. c) do n.º 2 do artigo 178.º do Código do Procedimento Administrativo. Em consequência, são plenamente aplicáveis a este contrato as normas dos artigos 180.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

A finalidade da celebração destes contratos é expressa no n.º 2 do artigo 21.º do DL n.º 558/99, onde se prevê que «visarão assegurar a adaptação permanente à evolução das circunstâncias, inclusive técnicas e tecnológicas, e à satisfação das necessidades colectivas, conciliando a eficácia económica dos operadores com a manutenção da coesão social e a luta contra a exclusão».

Do conteúdo típico deste contrato fazem parte, para além de um conjunto de cláusulas contratuais, um grupo de cláusulas regulamentares. As primeiras dizem respeito às vantagens materiais e financeiras consentidas ao concessionário (duração da concessão, garantias de lucro, etc.). As segundas dizem respeito à organização e funcionamento do serviço.

A concessão a entidades empresariais privadas é normalmente atribuída mediante prévio concurso público, ao passo que a concessão a empresas públicas, *maxime* de capitais exclusivamente públicos, é normalmente atribuída sem prévio procedimento concursal, já que não se justifica aqui um procedimento prévio de escolha com as características do concurso público ⁵¹.

4.3. O controlo

Uma última nota sobre o controlo. A Constituição da República Portuguesa confere dignidade constitucional à tarefa fundamental do Estado de fiscalização do cumprimento das obrigações legais, em especial das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral (n.º 1 do artigo 86.º da CRP).

Em regra, a actividade das empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral está sujeita ao controlo financeiro do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças (respectivamente previsto nas alíneas b) a f) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 98/97 e n.º 2 do artigo 12.º do DL n.º 558/99).

Por força do n.º 4 do artigo 36.º do DL n.º 558/99 e do n.º 3 do artigo 2.º da Lei n.º 98/97, as empresas privadas estão também sujeitas ao controlo financeiro do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças.

O controlo externo previsto na lei não prejudica a necessidade de adopção de procedimentos de controlo interno, previstos no n.º 3 do artigo 12.º do DL n.º 558/99 para as empresas públicas, e de uso corrente desde há algum tempo por parte das empresas privadas.

Por outro lado, cabe aos serviços competentes do Ministério das Finanças o acompanhamento geral da execução das cláusulas financeiras do contrato de concessão que envolvam a assunção de obrigações ou de compromissos financeiros por parte do Estado (n.º 3 do artigo 21.º do DL n.º 558/99).

⁵¹ Seguimos aqui a opinião de João P. Amorim, ob. cit., p. 75.

Resta saber em que termos é exercido o controlo do modo de execução da actividade de interesse económico geral. Este controlo, em nossa opinião, só pode ser exercido pelo serviço da Administração representante do Estado na celebração do contrato de concessão com a empresa (pública ou privada), nos precisos termos em que conste do contrato. Para além resultar da lei constitucional, este poder de fiscalização encontra-se expressamente previsto na alínea d) do artigo 180.º do Código do Procedimento Administrativo.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 1986.

— *Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, 1985.

AMORIM, João Pacheco, *Direito As Empresas Públicas no Direito Português – Em Especial, as Empresas Municipais*, Coimbra, 2000.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 9.ª edição, Coimbra, 1983.

FRANCO, António Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Coimbra, 1986.

— *Noções de Direito da Economia*, Vol. I, Lisboa, 1982-19.

GONÇALVES, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999.

GUEDES, Armando Marques, *Ideologias e Sistemas Políticos*, Lisboa, IAEM, 1984.

LAUBADÈRE, André, *Direito Público Económico*, Coimbra, 1985.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 1985.

OLIVEIRA, Mário Esteves, *Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 1980.

OLIVEIRA, Mário Esteves, GONÇALVES, Pedro e AMORIM, João Pacheco, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Coimbra, 1997.

SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, Coimbra, 1991.

SOARES, António Goucha e PUREZA, José Manuel, *Instituições Públicas e Comunitárias*, ISEGI, 1993.

SAMUELSON, Paul A., *Economia*, 5.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian.

VÁRIOS (GRUPO DE TRABALHO INTERMINISTERIAL PARA ANÁLISE E AVALIAÇÃO DA SITUAÇÃO E DAS PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO DO SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO), *Livro Branco do Sector Empresarial do Estado*, Ministério das Finanças, 1998.

VÁRIOS (MINISTÉRIO DAS FINANÇAS – DIRECÇÃO-GERAL DE ESTUDOS E PREVISÃO), *Privatizações e Regulação – A Experiência Portuguesa*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1999.