

UM (NOVO) OLHAR SOBRE O RESGATE NAS CONCESSÕES
A (NEW) LOOK OVER REDEMPTION IN CONCESSIONS

ANA LUÍSA GUIMARÃES

Gómez-Acebo & Pombo. Lisboa, Portugal

Resumo: No ordenamento jurídico português, existe, nas concessões, a figura do “resgate”, expressão que designa um fenómeno extintivo do contrato com fundamento em razões de interesse público, da iniciativa do concedente, e que toma a forma de ato administrativo contratual (exibindo a *auctoritas* pública). Apesar de não haver estudos monográficos recentes sobre o resgate, deteta-se na doutrina alguma inquietação sobre o seu regime. A particularidade do resgate em face do poder geral de resolução com fundamento em interesse público passa pelo âmbito contratual de aplicação (o resgate substitui este nas concessões) e pelo regime, particularmente associado ao prazo de garantia e pré-aviso que não são conhecidos no âmbito do regime geral do poder de resolução por interesse público.

Palavras-chave: resgate, concessão, interesse público, poder de conformação contratual, ato administrativo contratual

Abstract: In the Portuguese legal systems, concessions are subject to ‘redemption’, an expression that designates a phenomenon that terminates the contract on grounds of public interest, at the initiative of the grantor, and which takes the form of a contractual administrative act (displaying public *auctoritas*). Although there are no recent monographic studies on redemption, there is some disquiet in the doctrine about its regime. The particularity of redemption in relation to the general power of termination on grounds of public interest lies in the contractual scope of application (redemption replaces the latter in concessions) and in the regime, particularly associated with the guarantee period and notice period, which are not known under the general regime of the power of termination in the public interest.

Keywords: redemption, concession, public interest, public power, contractual administrative act

1. Apresentação breve

1.1 A consagração do resgate no CCP

Sobre a figura do resgate não têm, pelo menos nos últimos tempos, incidido estudos monográficos da doutrina nacional, nem sequer abundante jurisprudência – é, neste sentido, “la niña fea” das causas extintivas dos contratos (cfr. Lafuente Benaches, 2018: 360). O resgate tem sido, de resto, uma solução muito pouco usada no registo concessório português, o que, dada a natural anormalidade da sua mobilização, não é em si mesmo motivo de espanto. Para além do famoso resgate da Carris do Porto de 1936, de poucas decisões de resgate de concessões do setor do abastecimento de água e de uma concessão de estacionamento, não temos eco de qualquer outro nos últimos anos.

O resgate é uma figura que permite extinguir a concessão por razões de interesse público e que é privativa dos contratos com perfil concessório, o que equivale a dizer que não há resgate fora desse domínio. De acordo com o n.º 1 do artigo 422.º do Código dos Contratos Públicos (doravante, “CCP”), “[o] concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público, após o decurso do prazo fixado no contrato ou, na sua falta, decorrido um terço do prazo de vigência do contrato”. Como imediatamente se intui, a *anormalidade* do resgate decorre do efeito de extinção precoce que aquele provoca numa relação contratual estável e duradoura, como é próprio das relações concessórias, e concomitantemente da circunstância de esse efeito precoce não ser consequência de conduta ou incumprimento contratual imputável ao concessionário. Antes lhe é totalmente alheio. O resgate apresenta-se, pois, como um desvio ao princípio *pacta sunt servanda*. Se é verdade que o princípio *pacta sunt servanda*, comprometido pelo resgate (e também por outros poderes públicos, como o poder de modificação unilateral e de resolução unilateral por motivos de interesse público), também não é absolutizado no direito privado, como o demonstra a aceitação pacífica da cláusula *rebus sic stantibus*, a forma como tal poder se impõe à contraparte privada nos contratos administrativos confere-lhe uma especial força que não encontra paralelo fora do campo do direito administrativo.

Enunciados os traços essenciais do resgate nos n.ºs 1 e 2 do artigo 422.º do CCP (o âmbito, o fundamento, o designado prazo de garantia e o aviso prévio), os n.ºs 3 a 8 tratam dos respetivos efeitos para além do próprio efeito extintivo. Tais efeitos constituem aspetos muito relevantes do instituto e abrangem: (i) o efeito indemnizatório (previsto nos n.ºs 5 e 6), que constitui a garantia do concessionário em face da investida ablativa do poder público e que está atualmente previsto em termos maximalistas, cobrindo danos emergentes e lucros cessantes; (ii) o efeito translativo do estabelecimento da concessão (direitos e obrigações diretamente relacionados com as atividades concedidas) e dos bens do concedente afetos à concessão e dos bens do concessionário abrangidos por cláusula de transferência para o concedente (cfr. n.ºs 2 e 7); e (iii) o efeito liberatório, que determina que a caução e as garantias prestadas são liberadas um ano após o resgate (cfr. n.º 8). Por razões de limitação da extensão, o presente texto foca-se apenas nos aspetos do regime do “nebuloso instituto do resgate” (cfr. Soares, 1950, 1951: 320) tratados nos n.ºs 1 e 2 do mencionado preceito legal.

1.2 A natureza jurídica: um poder exorbitante e um ato administrativo contratual

O resgate é talvez o poder mais exorbitante da Administração – a par do poder geral de resolução por interesse público e porventura a par do poder de modificação unilateral – no quadro dos contratos que celebra. E, paradoxalmente ou não, é talvez um dos que menos dúvidas levanta tradicionalmente à doutrina por se entender que a Administração não pode continuar adstrita a receber e a pagar prestações que já não satisfazem o interesse público (cfr. Athaíde, 1981: 96).

O resgate é visto como uma espécie da resolução por razão de interesse público e, nessa base, reconduz-se a um dos poderes de conformação contratual do contraente público listados no artigo 302.º do CCP¹. A figura dos poderes autoritários ao serviço do interesse público na execução dos contratos vem sendo historicamente considerada como a pedra de toque que corporiza a própria autonomia do contrato administrativo² em face do regime matriz da autonomia contratual (o contrato de direito privado). Mercê dos ventos do direito europeu, houve já quem sustentasse que o resgate de uma concessão, ou figuras análogas, não podem já ser considerados como uma prerrogativa do contrato administrativo, devendo este ceder a favor de um modelo de igualdade de tratamento, eficiência e integridade na gestão dos fundos públicos (cfr. Gimeno Feliu, 2017: 70)³.

Como é sabido, o CCP afirma que, em regra, as declarações do contraente público na execução dos contratos são meras declarações negociais (n.º 1 do artigo 307.º), sem prejuízo da natureza de *ato administrativo* das declarações que sejam emitidas no exercício dos poderes de conformação contratual (cfr. no n.º 2 do artigo 307.º), poderes esses que são os que se encontram elencados no artigo 302.º, entre os quais a resolução unilateral do contrato, que inclui, portanto, o resgate. A doutrina apelida de *atos administrativos contratuais* os atos administrativos emitidos pelos contraentes públicos na execução dos contratos (cfr. Oliveira, 2007: 14 ss; Guimarães, 2012). Na nossa perspetiva, o que mais desequilibra a relação entre as partes contratantes é, mais do que o conteúdo do próprio poder exercido, a atribuição da natureza de ato administrativo a algumas das pronúncias da Administração. De facto, “[o] elemento verdadeiramente exorbitante surpreende-se no regime que a forma de ato administrativo acarreta para o contrato, o qual comporta uma desigualdade de armas entre as partes em termos do exercício das respetivas posições jurídicas contratuais” (cfr. Guimarães, 2012: 17).

O regime do ato administrativo encontra-se regulado no Código do Procedimento Administrativo (doravante, “CPA”) e é enformado pelas seguintes características que a doutrina vem, a partir do direito positivo, construindo e integrando na designada autotutela administrativa⁴: (i) a *imperatividade*, que decorre da sua unilateralidade, (ii) a *estabilidade*, comumente designada por força de caso decidido, (iii) a *executividade* (embora nem todos os atos administrativos careçam de ser executados) e, finalmente, a (iv) *executoriedade*, a qual é tida, hoje em dia, pela doutrina

¹ Sobre a conformação contratual, cfr. Almeida (2007: 3 ss); Amado Gomes (2008: 519 ss); Pereira (2011); Oliveira (2001).

² Temática já profundamente tratada pela doutrina administrativista portuguesa. Destaca-se, entre a vasta literatura publicada, as obras de Sérvulo Correia (2003, reimpressão da edição de 1987) e de Maria João Estorninho (2003, reimpressão da edição de 1988).

³ No mesmo sentido, Meilan Gil (2023: 11 ss).

⁴ No sentido de que o princípio da autotutela administrativa é um princípio geral de Direito Administrativo, cfr. Sérvulo Correia (1982: 337).

dominante como característica excepcional, dependente de previsão legal específica. A força que esse regime atribui à forma ato administrativo coloca o particular numa situação menos favorável do que aquela em que estaria caso tivesse diante de si uma declaração negocial, mesmo que emitida em exercício de um direito potestativo. O ato administrativo contratual está sujeito a um regime legal especial previsto nos artigos 308.º a 310.º do CCP, que procura adaptar o regime geral que decorre do CPA ao plano da execução contratual: destaca-se, entre outros aspetos, a não sujeição destes atos ao regime do CPA sobre a marcha do procedimento (cfr. artigos 102.º a 134.º do CPA) e, por outro lado, a expressa previsão da possibilidade de celebração de acordos endocontratuais a respeito dos atos administrativos contratuais. Aplicado tal regime especial ao resgate, conclui-se que: (i) o resgate não está sujeito à marcha do procedimento do CPA, onde se inclui a instrução e o direito de audiência prévia, pelo que não há que submeter um projeto de decisão a pronúncia do concessionário; (ii) a decisão de resgate é executiva e (iii) é executória, pelo que, em caso de o concessionário não se conformar com essa decisão e não colaborar com o concedente na sua execução, como na adoção dos efeitos do resgate, o concedente pode recorrer ao processo executivo previsto no CPA, impondo coercivamente o cumprimento da decisão de resgate, sem necessidade de recurso aos tribunais (nos termos previstos no artigo 175.º e seguintes do CPA).

A figura do ato administrativo contratual é, de resto, compatível com a moderna conceção do relacionamento entre a Administração e os particulares no quadro de uma “Administração paritária” por contraposição a uma “Administração autoritária”⁵. Um modelo paritário de relacionamento entre o Estado e os cidadãos, fundado na ideia de relação jurídica e baseado na “[...] perspectiva de legalidade democrática em que a Administração, tal como os particulares, apenas pode exercer os poderes jurídicos que normativamente lhe hajam sido concedidos: aquela e estes estão, todos, e em igual medida, subordinados à lei e ao direito” (Machete, 2007: 457), tal como configurado no nosso atual quadro constitucional, admite o exercício pela Administração de poderes jurídicos unilaterais e a prática de atos administrativos (Machete, 2007: 458). A possibilidade de atuação unilateral existe “desde que corresponda a uma faculdade juridicamente prevista”, o que significa que “a igualdade ou paridade jurídica da Administração e dos particulares é, por conseguinte, estrutural-formal no sentido de se tratar de uma subordinação ao direito do mesmo tipo, tanto no caso daquela, como no caso destes” (Machete: 459, 610).

2. A origem e a evolução do resgate

2.1 Em geral

As primeiras concessões não tinham, regra geral, uma duração limitada e não previam o resgate; assentes na lógica de concessões precárias, a Administração poderia revogá-las a qualquer momento. Apenas mais tarde a duração das concessões começou a ser limitada e a Administração a ser confrontada com situações em que, por motivos de interesse público, era importante antecipar a extinção do contrato e fazer reverter para a entidade pública o estabelecimento concessionado (*la reprise de l'établissement*). Foram assim surgindo as primeiras cláusulas contratuais a consagrar o direito de resgate nos contratos de concessão de longa duração. Em França,

⁵ Segue-se aqui de perto a posição de Guimarães (2012: 18-20).

podem encontrar-se nas concessões de caminhos de ferro secundários ainda em meados do século XIX⁶. Em Portugal, a estipulação de resgate deteta-se pelo menos na concessão para a exploração da viação elétrica na cidade do Porto de 1906⁷, no n.º 5 do artigo 58.º e artigo 76.º da Lei das Águas de 1919⁸, no artigo 65.º da Lei dos Caminhos de Ferro de 1927⁹. Na vizinha Espanha, só na década de 40 do Século XX, o resgate foi acolhido na legislação administrativa (cfr. González-Varas Ibáñez, 2013: 123, nota 4)¹⁰.

A ausência da previsão no clausulado contratual do direito de resgatar ou mesmo de uma estipulação convencional que o limitasse (por exemplo, na primeira fase da duração da concessão) não significava, contudo, que a extinção unilateral da situação contratual pela Administração estivesse descartada. A ciência jurídica foi encontrando fórmulas diversas para chegar a esse resultado.

A doutrina francesa foi praticamente unânime no entendimento segundo o qual, nesses casos, a Administração podia lançar mão do designado “rachat non-contractuel”. O fundamento para esta posição (adotado por parte da doutrina francesa) radicava na visão do *resgate como uma aplicação particular do poder de resolução unilateral dos contratos administrativos* derivado diretamente dos próprios princípios gerais de direito administrativo e que poderia portanto operar sempre nas situações concretas em que os contratos não o previssem especificamente¹¹. Este raciocínio conduziu mesmo a que se entendesse que quando o contrato contém cláusula de resgate, prevendo que este só pode ser exercido depois de decorrido certo número de anos, a Administração pode lançar mão do resgate não contratual e não lhe é aplicável aquele regime contratual do resgate (prazo de garantia, pré-aviso, regras de forma, cálculo da indemnização). Estes autores afastam assim a natureza expropriatória do resgate – que foi justamente usada por alguns administrativistas autores gauleses como Jèze (1932: 1223, *apud* Laubadère, Moderne, Delvolvé [1984: 707], Bonnard (1943: 766, *apud* Laubadère, Moderne, Delvolvé [1984: 735] e Payen (1907: 335, *apud* Soares [1950, 1951: 322, nota 1] para explicar o resgate, assumindo que estava em causa uma expropriação por interesse público mediante pagamento de justa indemnização –, contrapondo-lhe a

⁶ Mais tarde nos cadernos de encargos das concessões de elétricos (1881), depois nos primeiros cadernos de encargos das concessões de distribuição de energia elétrica e de iluminação a gás (1921) e mais generalizadamente na sequência da decisão do Conselho de Estado sobre os Tramsways de Cherbourg, em 1932 – cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 701, 709).

⁷ Esta concessão veio a ser resgatada à Carris do Porto em 1946, embora anunciada pela câmara em 1936 – cfr. Alves (2000: 107).

⁸ Aprovada pelo Decreto 5787-III, de 10 de maio.

⁹ Aprovada pelo Decreto-lei 49514, de 31 de Dezembro.

¹⁰ O Administrativista dá conta que a primeira regulação normativa do resgate surgiu nessa década com as Leis de 24/01/1941 (transporte ferroviário e por estrada), o Regulamento dos elétricos de 04.12.1944, e a Lei das estradas com portagem de 1953, entre outras. E, com vocação transversal às autoridades locais, ficou previsto no Regulamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junho de 1955.

¹¹ Assim era pois “ninguém contesta que a Administração dispõe sempre do poder de suprimir ou reorganizar os serviços públicos que estão ao seu encargo e que o exercício de tal competência é irrenunciável” e que “o serviço público, apesar de concedido, continua a ser um serviço público” – cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 735).

natureza contratual do resgate assente nos princípios gerais de direito administrativo.

Entre nós, a doutrina clássica sempre distinguiu o resgate contratual e o resgate legal. Com a primeira expressão (que Marcello Caetano também designava de resgate particular ou especial) queria aludir-se ao resgate especialmente previsto em cada título contratual e nele regulado; com a segunda (que o mesmo administrativista apelidava alternativamente resgate de interesse público) referia-se o resgate previsto na lei geral, concretamente na Lei de 26/07/1912¹². Marcello Caetano defendia a natureza supletiva do resgate legal em face do resgate contratual (isto é, o primeiro funcionava na ausência de cláusula contratual que o previsse, mas o resgate legal já não servia para afastar os termos do resgate pactuados entre as partes) (cfr. Caetano, 1983: 1131)¹³. Por outro lado, o administrativista da Escola de Lisboa considerava que esta lei geral que fundava o resgate legal tinha natureza diferente dos preceitos legais setoriais que mandavam incluir nos atos de concessão cláusulas onde se preveja e regule o resgate particular (cfr. Caetano, 1983: 1132), como era o caso do n.º 5 do artigo 58.º da Lei das Águas de 1919, do artigo 65.º da Lei dos Caminhos de Ferro de 1927 e do n.º 4 do artigo 362.º do Código Administrativo¹⁴, de onde se depreende que, para Marcello Caetano, estas normas eram ainda reconduzíveis à figura do resgate contratual pois remetiam a regulação do resgate para o título contratual, diferentemente do que ocorre com o resgate legal¹⁵. Também entre nós Rogério Soares adotava semelhante distinção entre resgate legal (que se funda em preceitos legislativos expressos) e resgate contratual (antes baseado em estipulações pactícias (cfr. 1950-1951: 322)¹⁶) e, na mesma linha, embora mais recentemente, também Pedro Gonçalves usa o binário resgate contratual e resgate extracontratual ou de interesse público para se referir à mesma realidade (1999:349). Esta distinção da doutrina nacional não coincide com a referida contraposição na doutrina francesa entre resgate contratual e resgate não-contratual, na medida em que este (o *rachat non-contractuel*), na doutrina gaulesa, não encontrava fonte positivada em lei, mas era antes inferida dos princípios gerais de direito administrativo.

O debate na ciência jurídica administrativa foi evoluindo desde meados do século XIX, em face da contratualização de concessões de longa duração com investimentos das entidades privadas concessionárias privadas,

¹² Para Marques Guedes (1954: 155, nota 5), o resgate legal, previsto na Lei de 26 de junho de 1912 “[...] pode suprir, coexistir, ou sobrepor-se ao anterior [resgate estatutário, inserido no texto da concessão]”.

¹³ Esta posição que ficou confirmada na alínea c) do n.º 2 do artigo 12.º da Lei n.º 2030, de 22.06.1948, que limitava a declaração de utilidade pública ali prevista ao resgate não previsto nos respetivos contratos de concessão. Em sentido divergente manifestou-se Mendes de Almeida (1951: 90-134).

¹⁴ Assim estabelecia o n.º 4 do artigo 362.º do Código Administrativo: “Em todos os contratos de concessão deve ser previsto o direito de resgate pela entidade concedente ou pelo Estado, a partir, pelo menos, do décimo ano de exploração.”

¹⁵ Esta posição é também adotada por Gonçalves (1999: 349, nota 581). O Autor acrescenta, com elevado interesse, que “a eventual não inclusão da cláusula [no contrato] não determinará a invalidade do contrato, já que deve entender-se que ela faz parte do contrato por força da lei”.

¹⁶ A respeito do resgate contratual, é curiosa a nota deste Autor sobre a forma como alguns contratos exteriorizavam a figura do resgate, recorrendo muitas vezes a expressões formalmente indutoras de equívocos sobre natureza da solução materialmente ali prevista. Dá precisamente como exemplo a cláusula do contrato da concessão da Companhia Carris de Ferro do Porto, que se refere a rescisão quando na verdade pretende criar um resgate contratual (1950-1951: 322, nota 2).

oscilando entre a ponderação e a valorização titubeantes dos interesses contrapostos em jogo: de um lado, da Administração, com a reconhecida mutabilidade das necessidades públicas a reclamar instrumentos que permitissem afeição ao contrato a tais necessidades; do outro, dos privados, a reclamar certeza jurídica e proteção do seu património investido na confiança de manutenção de determinada duração contratual. Esta oscilação foi estabilizando com o entendimento de que nas concessões era necessário fixar limites ao poder da Administração de pôr subitamente termo aos contratos, o que “[...] lhe permitiu esquecer as angústias primitivas, e com um hábil compromisso, nem sacrificar o presente ao futuro, nem este ao primeiro, garantindo a satisfação daquele interesse público de associar o particular à gestão do serviço, e acautelando, ao mesmo tempo, as exigências de interesses públicos vindouros” (cfr. Soares, 1950-1951: 324). Tais limites – que foram em geral reconhecidos, cá e lá fora – são o *prazo de garantia* (durante o qual o privado sabe que não será possível à Administração fazer extinguir o contrato), um *pré-aviso* (isto é, uma antecedência mínima para a efetivação da decisão de resgate) e o direito a uma *justa indemnização*.

Em Portugal, a primeira “lei geral” que previu o resgate das concessões foi a legislação contendo o regime da expropriação por utilidade pública. A Lei de 26/07/1912 (que regulou a expropriação por utilidade pública e que foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 71/76, de 27/01) consagrava o resgate¹⁷ e desenvolvia o seu regime¹⁸, o qual acomodava os limites a que a teoria administrativa havia chegado como forma de calibração entre os interesses públicos e o interesse do privado nas concessões: (i) por um lado, não permitindo o resgate antes de decorrido um terço do prazo da concessão¹⁹ (ii) condicionando o resgate a um anúncio com um ano de antecedência²⁰ e (iii) prevendo o direito à justa indemnização²¹. O Decreto-Lei n.º 71/76, de 27/01, não estabelecendo literalmente o direito de resgate da concessão, prevê, todavia, no seu artigo 2.º, que “[c]om o resgate das concessões e privilégios outorgados para a exploração de serviços de utilidade pública, poderão ser expropriados os bens e direitos a eles relativos que, sendo propriedade do concessionário, devam continuar afetados ao respetivo serviço” e, no n.º 2 do artigo 16.º, submeteu à competência de um Conselho de Ministros restrito “a declaração de utilidade pública do resgate não previsto nos respetivos contratos, das concessões ou privilégios outorgados para a exploração dos serviços de utilidade pública (...)”; mas já nada se diz sobre o *quantum* indemnizatório do resgate, nem sobre o prazo de garantia,

¹⁷ Cfr. artigo 3.º: “é reservada às entidades adjudicantes a faculdade de resgatarem as concessões e privilégios por elas outorgados para a exploração de serviços de utilidade pública, uma vez que o resgate seja considerado de interesse público”.

¹⁸ Cfr. artigo 12.º.

¹⁹ Cfr. corpo do artigo 12.º da Lei de 26/07/1912, publicada no Diário do Governo n.º 185, de 08/08/1912 – “o resgate, a que se refere o artigo 3.º, só poderá ter lugar decorrido que seja um terço do tempo máximo da concessão [...]”.

²⁰ Cfr. § 1.º do artigo 12.º da Lei de 26/07/1912, publicada no Diário do Governo n.º 185, de 08/08/1912.

²¹ Cfr. corpo do artigo 12.º da Lei de 26/07/1912, publicada no Diário do Governo n.º 185, de 08/08/1912. Os termos previstos naquele artigo 12.º para cálculo da indemnização são os seguintes: “a) Valor industrial da empresa e respetivo material móvel, e imóvel, tendo-se em vista o tempo decorrido desde o começo do serviço e consideradas também as cláusulas que no contrato de concessão digam respeito à propriedade do material no final da concessão”; b) quaisquer antecipações aos subsídios pagos pelo Estado ou pelos municípios; c) Lucros que o concessionário venha a perder pelo facto do resgate”. Os lucros cessantes estavam pois já garantidos ao concessionário.

nem sobre o pré-aviso. Semelhante regime pode encontrar-se na Lei n.º 168/99, de 18 de setembro, atualmente em vigor²².

Esta ligação originária do resgate à expropriação de utilidade pública explica-se pelo facto de o resgate ter estado sempre associado ao pagamento de uma indemnização e à transmissão para o concedente dos bens associados à concessão, ao ponto de ter conseguido “[...] impressionar autores de extraordinário vulto no sentido de reconhecer nela o traço específico do resgate [...]”, induzindo por esta via os autores da “primeira fase da teoria do resgate” (cfr. Soares, 1950-1951: 322) a considerá-lo como uma expropriação. O resgate legal em Portugal foi assim, durante muito tempo, o resgate previsto nos regimes legais que se foram sucedendo sobre as expropriações por utilidade pública²³.

2.2 A configuração normativa atual do resgate em Portugal

O conteúdo normativo da lei expropriatória em matéria de resgate foi emagrecendo ao longo do século XX, deixando, desde o diploma legal das expropriações de 76, de tratar matérias como o prazo de garantia, o pré-aviso ou regras para o cálculo da indemnização. Paralelamente, os diplomas legais setoriais (integráveis, na esteira de Marcello Caetano, no resgate contratual) foram prevendo imperativamente o resgate e o seu regime para os contratos de concessão que regulavam. Pese embora esta dispersão em legislação setorial do direito de resgate das concessões e do respetivo regime, a primeira lei geral que, fora do quadro do regime expropriatório, previu o resgate das concessões surgiu apenas em 2008, o CCP, e criou a figura do poder de resgate com alcance geral para todas as concessões de obras públicas, de serviços públicos e, subsidiariamente, de exploração de bens do domínio público²⁴; nem o CPA previa este poder, ainda que, na alínea c) do artigo 180.º, previsse, de entre os poderes da entidade pública contratante nos contratos administrativos, o poder de “rescindir unilateralmente os contratos por imperativo de interesse público devidamente fundamentado, sem prejuízo do pagamento de justa indemnização”; todavia, estava ausente uma referência expressa ao resgate para as concessões²⁵.

²² Cfr. n.º 1 do artigo 7.º e artigo 12.º.

²³ A doutrina já explicou que o resgate se apresenta substancialmente como uma expropriação, na medida em que traduz uma privação autoritária por motivos de interesse público de um direito ou interesse patrimonial (do particular) – cfr. Correia (1982: 75). Para este Autor, nos casos de resgate contratual, “está totalmente esbatida a característica da unilateralidade do ato expropriatório”, na medida em que o concessionário “acedeu àquela faculdade da Administração, aquando da assinatura do contrato”.

²⁴ Cfr. artigos 442.º e 408.º do CCP.

²⁵ Diferentemente, a legislação espanhola de contratação pública contempla desde há muito a possibilidade de um contrato administrativo de gestão de serviços públicos se extinguir de modo unilateral pela Administração para que esta assumia a gestão direta do serviço. O regulamento de serviços das empresas locais, aprovado por decreto de 17/06/1955, o texto articulado de Ley de contratos del Estado, aprovado pelo Decreto 923/1965, de 8 de abril, incluíam entre as causas de extinção do contrato de gestão de serviços públicos, o *rescate del servicio por la Administración* – cfr. Míguez Macho (2018: 177). Este regime permaneceu inalterado durante 50 anos até que foi alterado com a lei dos contratos públicos, de 2017, ainda em vigor, a que nos referiremos adiante.

Chegados ao momento atual, surpreende-se a regulação normativa do resgate concessório numa tríplice apresentação:

- a) Mantém-se a sua previsão, ainda que menos desenvolvida do que no passado, no atual Código de Expropriações, vigente desde 1999, referindo-se ao resgate das concessões e prevendo a possibilidade de, em paralelo àquele, serem expropriados os bens ou direitos a eles relativos que, sendo propriedade da concessionária, devam continuar afetos ao serviço ou à obra; para além disso, atribui a competência para a declaração de utilidade pública a outra entidade, que não o concedente;
- b) A lei contratual geral para as concessões administrativas (isto é, o CCP) estabelece o poder de resgate das concessões a favor dos concedentes e desenvolve o respetivo regime, incluindo prazo de garantia, antecedência mínima, indemnização e outros efeitos do resgate;
- c) Num terceiro plano, mas não menos importante, proliferam inúmeros atos legislativos avulso, de natureza setorial, que preveem o poder de resgate nas relações concessórias a que se dedicam, desenvolvendo também alguns, senão todos, os relevantes aspetos do seu regime²⁶.

Sendo clara a relação entre os fenómenos normativos identificados nas anteriores alíneas b) e c) – lei contratual geral vs. lei especial –, carece hoje de justificação a manutenção no ordenamento jurídico português da regulação específica do resgate na lei expropriatória. Sendo em parte inconsistente com a regulação que a figura do resgate encontra no CCP, existe mesmo razão para que os atuais artigos 7.º e 12.º do Código das Expropriações sejam eliminados, deixando a regulação geral da matéria do resgate das concessões entregue ao legislador do CCP. A inconsistência deteta-se em três níveis: por um lado, o CCP atribui a competência para a decisão de resgate ao contraente público, enquanto o artigo 14.º da lei expropriatória atribui essa competência a órgão diferente (ao ministro e, na administração local autárquica, à assembleia municipal) do contraente público; em segundo lugar, o CCP também regula o destino dos bens e direitos afetos à concessão (reversão dos bens do concedente e transferência dos bens do concessionário abrangidas por cláusula de transferência no contrato), não sendo necessária uma previsão especial, no Código das Expropriações, da possibilidade de expropriação dos bens

²⁶ Sem pretensão de exaustividade, aqui se nomeiam alguns desses atos legislativos avulsos: artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto (que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos); Base L aprovada pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho (que estabelece o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados); Base XXXVII aprovada pelo Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de Novembro (que estabelece o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos); Base XLIV aprovada pelo Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro (regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público), e Base XXXVII aprovada pelo Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro (que estabelece o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes); Base XXXV do Decreto-Lei n.º 448/99, de 4 de novembro (que estabelece as bases da concessão do serviço postal universal a celebrar com os CTT - Correios de Portugal, S. A.).

afetos à concessão na sequência de resgate de concessões (essa possibilidade de expropriação em caso de utilidade pública sempre decorre do regime geral das expropriações, sem particularidade no caso de resgate); finalmente, num plano mais macro, o enquadramento do resgate na lei expropriatória evidencia uma arrumação lógica extracontratual que é, em si mesma, incompatível com o enquadramento contratual expressamente adotado no CCP. São estas as razões pelas quais a regulação do resgate no Código das Expropriações não se justifica e revela-se, além disso, ilógica à luz das opções tomadas pelo legislador no CCP²⁷, residindo neste o porto seguro para o tratamento legal geral da figura do resgate²⁸.

De resto, em Espanha, onde também a Lei de 16/12/1954, sobre *expropiación forzosa*²⁹, regula no artigo 41.º a indemnização por resgate, a própria jurisprudência testemunha uma relação nem sempre clara entre a expropriação e a legislação administrativa contratual, aludindo umas vezes à primeira e outras vezes à segunda para fundamentar a fixação da indemnizações por resgate, sustentando a doutrina que é importante assegurar a devida segurança jurídica na matéria, considerando que a “vis expansiva” da contratação administrativa nos anos mais recentes prova que é neste contexto que o regime jurídico do resgate deve encontrar a sua fonte (cfr. González-Varas Ibáñez, 2013: 125)³⁰.

3. A delimitação da figura do resgate

3.1 A finalidade e o alcance do resgate

3.1.1. Panorama geral e posicionamento do problema

Sendo inequívoca a caracterização do resgate como forma de extinção de um contrato de concessão pela Administração por motivos de interesse público, persistem diversos pontos neste “nebuloso instituto do resgate” (cfr. Soares, 1950-1951: 320) que oferecem um campo fértil para dúvidas, como reconhecia Rogério Soares em 1951. Apesar de, em Portugal, muitas das inquietações então colocadas por este instituto não estarem hoje, quase setenta e cinco anos depois, totalmente ultrapassadas, elas não despertaram o interesse da doutrina, não existindo, que se conheça, qualquer estudo

²⁷ Pedro Gonçalves manifestava, em 1999, que considerava inútil, à época, a figura do resgate extracontratual. Explicava a desnecessidade da figura do resgate extracontratual pela suficiência para o efeito do “poder legal e geral de rescisão dos contratos administrativos por motivos de interesse público” então previsto no CPA. Nas suas palavras, “[a] circunstância de a Administração poder lançar mão deste poder de rescisão torna por isso inútil a declaração de utilidade pública do resgate da concessão, o que se traduz afinal na inutilidade da própria figura do resgate extracontratual” – cfr. Gonçalves (1999: 350, 351). Tendo em conta a opção hoje positivada de regular o próprio resgate concessório na lei geral contratual, a regulação da matéria torna-se, à luz da posição de Pedro Gonçalves, *duplamente desnecessária*, por referência quer ao poder geral de resolução por interesse público, quer ao poder de resgate ambos previstos no CCP.

²⁸ Em sentido aparentemente diferente, cfr. Assis Raimundo (2022: 317, 318). O Autor entende que a norma que prevê o prazo de garantia (2.ª parte do n.º 1 do artigo 422.º do CCP) só poderá “ser salva da inconstitucionalidade se se admitir que, mesmo que não seja possível o resgate por estar temporalmente vedado, pode sempre ocorrer a expropriação da concessão”, vendo assim utilidade e razão para a manutenção na ordem jurídica da norma referente ao resgate constante do Código das Expropriações.

²⁹ Cfr., na versão consolidada e atualmente em vigor, [https://www.boe.es/eli/es/l/1954/12/16/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/l/1954/12/16/(1)/con).

³⁰ No mesmo sentido, Míguez Macho (2018: 178); García de Enterría, Ramón Fernández (2022: 278).

monográfico sobre o resgate, para além do tratamento que a figura recebe nos manuais e artigos jurídicos enquadrados no tratamento global das concessões. Isto explica-se, parece-nos, pelo facto de o resgate estar relativamente adormecido na prática jurídica, não sendo um fenómeno extintivo muito usado em Portugal. Em contraste, a *praxis* jurídica tem sido muito mais profícua em matéria de resgate na vizinha Espanha (sobretudo recentemente, após um ressurgimento fruto do movimento de remunicipalização³¹ e no contexto das alterações legislativas na matéria de 2017), e também em França (*le rachat*) e Itália (*il riscatto*).

Para explorar a essência do instituto do resgate numa perspetiva atual, que é a que interessa, o ponto de partida deve ser o artigo 422.º do CCP que trata a figura do resgate em termos gerais, como sublinhado. A primeira dificuldade salta logo à vista: o n.º 1 do artigo 422.º do CCP, ao enunciar o poder em causa - “[o] concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público [...]” -, é omissivo quanto a saber *em que consiste* o resgate e qual a *sua finalidade* e o seu *alcance* na relação com outras figuras próximas, exigindo uma operação de interpretação jurídica que delimite afinal o poder de resgate da Administração.

Na doutrina francesa, alguns Autores frisavam, nas suas definições de resgate, a nota de retoma do serviço pela Administração³², mas essa não era uma nota geral³³ nem era certo que fosse vista por aqueles autores como sendo a única finalidade do resgate.

Em Espanha, o tema do resgate tem sido desde há algum tempo mais discutido, no quadro do debate a que se assistiu em Espanha sobre a remunicipalização e nunca parece ter havido grandes dúvidas sobre a finalidade do resgate: a gestão direta do serviço (cfr. Mestre Delgado, 1992: 262-270). Apesar de o Texto refundido da Ley de Contratos del Sector Público (Ley 3/2011) não assumir posição sobre a exigência, ou não, da referida finalidade - em cujo artigo 269 se podia ler que “[s]e entendería por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión del titular” -, a verdade é que a legislação anterior continha o acolhimento expresso desse objetivo³⁴ e a jurisprudência, em linha com a doutrina, pronunciava-se no sentido da afirmação dessa finalidade, isto é, que o resgate tem como objetivo a gestão do serviço pela própria Administração ou através de um ente público dela dependente, anulando

³¹ Sobre a municipalização como “um novo vento que corre na Administração Pública local” após uma tendência anterior para a generalização de formas de gestão indireta, cfr. Torno Más (2016: 32 ss).

³² É o caso de Bonnard (1943: 763) e de Lecomte (1942: 15) - *apud* Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 693).

³³ Em geral, a doutrina configurava o resgate como uma forma de extinguir antecipadamente o contrato de concessão, com fundamento em razões de interesse público, mas admitindo uma abertura de razões e finalidades subjacentes a essa decisão, sendo a retoma do serviço para gestão direta (*régie*) apenas uma delas - cfr. neste sentido, Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 716, 717; Jèze (1925: 1025), *apud* Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 693, 717).

³⁴ O texto articulado da Ley de Contratos del Estado, aprovado pelo Decreto 923/1965, de 8 de abril, incluía no artigo 75, entre as causas de extinção do contrato de gestão de serviços públicos, o “rescate del servicio por la Administración” e clarificava no artigo 79 que “si la Administración antes de la conclusión del contrato estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate”.

resgates que não foram presididos por esse objetivo³⁵. Não obstante, a doutrina espanhola já vinha reconhecendo que a prática gera situações reais que, não encaixando rigorosamente no resgate neste sentido dirigido à gestão direta do serviço – dando como exemplo os casos de extinção de concessões com o objetivo de unificar o regime de prestação do serviço em situações em que coexistam duas ou até mais concessões –, devem ainda ser considerados resgates (como que “resgates impróprios”) (cfr. González-Varas Ibáñez, 2013: 124). Em qualquer caso, a *Ley de Contratos del Sector Público* de 2017³⁶, ainda em vigor, veio estabelecer expressamente que o resgate tem em vista a gestão direta do serviço, sem que esta previsão tenha sido considerada disruptiva ou inovadora pela ciência administrativa espanhola^{37/38}. Este entendimento do resgate em Espanha tem como consequência uma enorme limitação do espectro de situações em que o concedente pode extinguir antecipadamente a concessão fora dos casos de incumprimento: como em Espanha não existe uma *potestas* geral de resolução dos contratos com fundamento em interesse público, os contratos administrativos só podem ser extintos nas situações expressamente previstas na lei; para além da alteração da gestão indireta para gestão direta (resgate), as concessões apenas podem ser extintas (por motivos de interesse público, entenda-se) nos casos de “*supresión de la explotación de las obras [o servicios]*”³⁹ e de “*imposibilidad de la explotación de las obras [del servicio] como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato*”⁴⁰.

Entre nós, alguns autores clássicos faziam menção a esta finalidade do resgate, enquanto requisito para a utilização desta figura⁴¹. Enfrentando o problema em 1999, Pedro Gonçalves veio admitir o resgate não apenas nos casos em que a finalidade seja a gestão direta do serviço, mas também sempre que se pretenda reorganizar o modelo de gestão do serviço (1999:

³⁵ Cfr. sentença do Tribunal Supremo de 05.04.1999: o resgate “supone una reversión anticipada cuya motivación se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo por la propia Administración o a través de un ente público dependiente de la misma”, *apud* González-Varas Ibáñez (2013: 124). Cfr. também Solé (2023: 84).

³⁶ No artigo 294.º figura, de entre as causas de extinção do contrato de serviços públicos, “[e]l rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional” (alínea c).

³⁷ Foi a segunda parte do preceito legal – a exigência da demonstração de que a gestão direta é mais eficaz e eficiente do que a gestão concessional – que trouxe novidade e gerou mais discussão.

³⁸ Como assinala Tornos Más, “[...] *el rescate exige que una vez resuelto el contrato concesional se pase a la gestión directa del servicio. No puede rescatarse para abrir un nuevo procedimiento de contratación. La única causa válida del acuerdo de rescate es que, por razones de interés público que deberán estar debidamente justificadas, se ha decidido modificar la forma de gestionar el servicio*” (2018), com destaque nosso.

³⁹ Cfr. artigos 279 e 294, alínea d) da *Ley de Contratos del Sector Público* em vigor.

⁴⁰ Cfr. artigos 279 e 294, alínea e) da *Ley de Contratos del Sector Público* em vigor.

⁴¹ Marcello Caetano definia o resgate como o ato pelo qual “o concedente retoma a gestão direta do serviço público concedido, antes do fim do prazo da concessão e mediante justa indemnização paga ao concessionário (1983: 1130); de forma semelhante, cfr. Freitas do Amaral (2018: 552); ainda mais enfaticamente, Athaide defendeu que o resgate “só pode ter lugar quando a conveniência da Administração exigir que o serviço passe a ser explorado diretamente pelo concedente” (1981: 100).

347), reatribuir uma concessão com bases diferentes⁴² ou adotar outro modelo de gestão do serviço (cfr. Gonçalves, 1999: 345, 347 ss)⁴³. Mas a verdade é que se encontram igualmente fórmulas mais abertas, tanto na definição doutrinal do resgate (cfr. Soares, 1950, 1951: 319, 320; Rebelo de Sousa, Salgado de Matos, 2008: 149; Fonseca, 2022: 204; Assis Raimundo, 2022: 316 ss), como no acolhimento contratual de cláusulas de resgate, que inculcam a dúvida sobre o exato alcance da figura – embora, repete-se, o tema não tenha merecido grande dedicação da doutrina portuguesa. Essa opção aberta foi também, como se viu, a opção do legislador do CCP, que não restringe a finalidade do resgate a uma intenção de gestão do serviço diretamente pela Administração ou a qualquer finalidade, e esta corresponde também, regra geral, ao caminho tomado pela legislação setorial em matéria de resgate em Portugal⁴⁴.

3.1.2 O resgate como decisão extintiva autónoma da opção sobre o modelo de gestão

Resgatar, cuja origem latina é *recaptare*, apresenta diversos significados etimológicos. De entre eles, e com interesse para o tema em debate, destaca-se a ideia de “*readquirir a propriedade de objeto ou bens penhorados ou hipotecados*” (Morais Silva, 1949-1959: 481-482). Sendo a concessão por natureza um ato (ou contrato) translativo de competências da entidade pública sua titular para uma entidade privada para que esta, temporariamente, as desenvolva, resgatar a concessão só pode ser, seguindo fielmente o seu sentido etimológico, extinguir o vínculo concessório e *devolver* à Administração as competências transferidas para o concessionário, fazendo cessar esse “empréstimo” temporário. Por outras palavras: resgatar a concessão consiste em, por motivos de interesse público, fazer cessar o contrato de concessão, extinção esta que tem como *efeito imediato* o retorno da atividade concedida ao seu titular original, a Administração. A devolução da atividade concessionada ao seu titular originário é assim o efeito normal da extinção da concessão; mesmo que, após a extinção do contrato, a Administração volte a concessionar a atividade, há sempre um primeiro momento pelo menos em que a atividade reentrou na esfera jurídica do titular do serviço e (anterior) concedente. Mas do que se trata é de saber se se deve ir mais longe, ao ponto de considerar-se que o resgate só deve ser exercido se tiver como *finalidade* uma reorganização do serviço pela Administração com vista a passar a prosseguir-lo em gestão direta e abandonando o modelo da gestão indireta, o que vai além daquele primeiro momento de inevitável retoma do serviço após a extinção da concessão.

⁴² Fundamental neste caso, de acordo com o Professor de Coimbra, é que, quando, na sequência de um resgate, seja celebrada nova concessão, ela seja “na verdade uma «concessão diferente» (o que, em princípio, só se verifica quando se conclui que as alterações efetuadas não poderiam ter sido introduzidas ao abrigo do *ius variandi* da concessão resgatada)” – cfr. Gonçalves (1999: 348).

⁴³ Neste sentido também, cfr. Maçãs (2008: 422).

⁴⁴ Algumas exceções, sem prejuízo de outras que possa haver: o regime jurídico das concessões dos sistemas municipais de água e resíduos urbanos, em cujas Bases pode ler-se que “o concedente poderá resgatar a concessão, retomando a gestão direta do serviço público concedido, sempre que [...]” – cfr. Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de Novembro, Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro e Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro.

A lei portuguesa (a lei geral) nunca estabeleceu literalmente a ligação entre o resgate e o objetivo de alterar o modelo de gestão do serviço para gestão direta, no sentido de nela ver a única finalidade possível invocável para adotar uma decisão de resgate. Nem a lei de 26/07/1912 o fazia, o Código Administrativo também não e o CCP também não o faz. O mesmo se passava com as primeiras leis setoriais (veja-se o artigo 58.º, n.º 5, da Lei das Águas de 1919 e o artigo 65.º da Lei dos Caminhos de Ferro de 1927). A ligação que a doutrina fez ao objetivo de gestão direta prendeu-se, crê-se, com a origem histórica da figura ligada aos casos em que foi necessário a retoma do serviço concessionado pela administração (foi o caso do gás e eletricidade, que nos princípios do século XX agitou o meio administrativo francês, e que se resumia a saber se se poderia por termo às concessões de iluminação a gás, uma vez que se reconhecia no momento a incontestável superioridade da iluminação elétrica e era importante adotar a gestão direta). Em Espanha, diferentemente, a revisão em 2017 da *Ley de Contratos del Sector Público*⁴⁵ veio alterar a norma que previa o direito de resgate, tendo passado a aludir expressamente a que o resgate tem em vista a gestão direta do serviço como já havia acontecido no passado⁴⁶.

Existe base suficiente, no ordenamento jurídico português, para assumir que a decisão de romper a concessão por motivos de interesse público e a decisão de alterar o modo de gestão do serviço são decisões autónomas e estruturalmente distintas. A evolução económica e a diversidade das situações reais em que o interesse público se move mostra que, no tempo atual, o resgate deve poder aplicar-se em todos os casos em que o interesse público exija uma reorganização dos termos do funcionamento do serviço em moldes que exigem a extinção do contrato. Esta necessidade pode surpreender-se na sequência de diferentes eventos, razões e com diferentes geometrias, tal a riqueza da dinâmica económico-social, e uma preordenação dos motivos e das finalidades não responde adequadamente à proteção do interesse público. Para terminar antecipadamente a concessão independentemente de incumprimento do concessionário, essencial é que haja um motivo de interesse público, fundamentado de maneira devida, que conduza, numa lógica de proporcionalidade, à extinção do contrato de concessão (do que trataremos mais adiante). Em si mesma, a decisão de resgate é uma decisão sobre a conveniência da alteração dos termos do funcionamento material do serviço – cristalizados no contrato de concessão (o *objeto* da gestão) –, suscitada, como se verá, por necessidades novas ou, em certos casos, por uma nova ponderação de necessidades existentes, perspetivados em termos de proporcionalidade, e sobre se a necessidade dessa alteração é ou não compatível com uma modificação do contrato de concessão e vai ao ponto de exigir o seu rompimento. Não é, e não deve ser, uma decisão sobre se o serviço deve ser gerido por mão pública ou mão privada (sobre o *sujeito* da gestão), até porque não é fácil detetar em que situações (fora do plano estritamente financeiro, que, ver-se-á adiante, não legitima o resgate) o interesse público possa exigir mudança de identidade (*rectius*, de natureza) do gestor do serviço

⁴⁵ Cfr. artigo 294.º, alínea c): “[e]l rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”. No mesmo sentido, o artigo 279 para a concessão de obras.

⁴⁶ Para além de ter desaparecido a referência “*discricionalmente adotada*” e passar a dizer-se “*adotada por razões de interesse público*” e exigir-se a demonstração de que a gestão direta é mais eficaz e eficiente do que a gestão concessionada.

(impondo que a gestão seja realizada pelo próprio concedente, e já não por um concessionário).

Havendo um serviço que está concessionado, a apreciação sobre se esse serviço está alinhado com a *função*⁴⁷ deve incidir sobre as condições em que o serviço público é prestado (com que amplitude, com que níveis de serviço) e não propriamente sobre quem assume a respetiva gestão (o que importa é o *objeto* e não o *sujeito*). Na falta de fundamentos de interesse público relacionados com o *objeto* com a intensidade exigida para a produção do efeito extintivo, o concedente, mesmo que considere que há motivos para alterar o modelo de gestão, deve aguardar pelo termo da concessão para reequacionar o modelo de gestão escolhido. O momento normal para a alteração do modelo de gestão, nas situações em que exista um contrato de concessão já celebrado, é o termo do prazo dessa concessão; é aí que acontece a “janela de oportunidade” (Feliu, 2017: 45) ao dispor do titular do serviço para alterar o modelo de gestão.

Ao contrário do que sucede em Espanha⁴⁸, não existe, em Portugal, uma norma legislativa de aplicação geral que trate da decisão de escolha sobre modos de gestão de serviços públicos e que aponte critérios para essa opção específica (um pouco à semelhança, ainda que noutro plano, da neutralidade do direito europeu sobre os modelos de gestão e do reconhecimento do princípio da subsidiariedade nesta matéria⁴⁹), mas apenas algumas normas setoriais que se dedicam ao tema e que apontam

⁴⁷ Aludindo aqui à conhecida expressão de Gonçalves (2003: 34): “[...] ao nível da contratação administrativa, o princípio da prevalência do interesse público, que, neste caso, reclama que a “lógica do contrato” ou do *pactum* ceda diante da “lógica da função”: as exigências de interesse público hão-de certamente estar acima do vínculo contratual e, portanto, do respeito pelo *pacta sunt servanda*”.

⁴⁸ Em Espanha, a reforma trazida pela *ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local* (Ley 27/2013, de 27 de dezembro: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/27/27/con>) já tinha imposto às entidades locais que a escolha dos modos de gestão dos serviços públicos, se norteasse por critérios de maior sustentabilidade e eficiência (cfr. artigo 85.º, n.º 2). A normal legal que habilita o resgate nas concessões (artigos 294 e 279 da *Ley de Contratos del Sector Público*), que passou a referir expressamente a que o resgate tem em vista a gestão direta do serviço, exige como condição para o resgate a demonstração de que a gestão direta é mais eficaz e eficiente do que a gestão concessionada. A opção legislativa vai no sentido de tornar absolutamente claro que a decisão de resgate é uma decisão eminentemente técnica e, como tal, deve ser demonstrável mediante juízos técnicos objetivos, enquadrando-a nos modernos princípios da sustentabilidade financeira, eficiência y eficacia, que encontram o seu fundamento último nos artigos 103.º, n.º 1, e 135.º da Constituição espanhola (a alteração introduzida em 2011 consagra a estabilidade orçamental como princípio rector que deve orientar a atuação de todas as entidades da Administração Pública. E o princípio da eficácia surge elencado o artigo 103.º, n.º 1) e na *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril*, de estabilidade orçamental e sustentabilidade financeira (cfr. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2012/04/27/2/con>. Os artigos 3.º, 4.º e 7.º consagram, respetivamente, os princípios da estabilidade orçamental, da sustentabilidade financeira e da eficiência na utilização de recursos públicos), e também na legislação do setor local, e que adquiram relevância fundamental sobretudo a partir da crise financeira de 2008.

⁴⁹ Cfr., neste sentido, artigo 2.º da Diretiva 2024/23/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de concessão. A este respeito, já foi notado que “nos encontramos ante un punto en el que se observa, de acuerdo con el Derecho europeo, una cierta tendencia a promover formas de colaboración público privadas que, manteniendo la dirección del servicio en manos de la Administración y garantizando unos altos estándares de calidad, sin embargo, se aprovechen de la mayor capacidad de gestión del sector privado y, lo que es muy importante en un escenario de estabilidad presupuestaria, transfiera al sector privado el riesgo operacional” (cfr. González Deleito [2018: 6]). Mas, como alerta o mesmo Autor, “es una regla cuya coercibilidad es ciertamente complicada”.

para critérios de eficácia e eficiência⁵⁰. Certo é que, independentemente de regra legal que expressamente indique a sujeição da decisão de escolha sobre modos de gestão a critérios de eficiência e eficácia, é sabido que qualquer decisão discricionária (por oposição a vinculada) deve observância aos princípios gerais de direito administrativo. Neste domínio, apresenta-se inequívoco que o princípio da eficiência e eficácia da máquina administrativa e da sustentabilidade financeira são princípios gerais que se impõem a todas as entidades da Administração Pública, consagrados no artigo 81.º da Constituição Portuguesa, na Lei de Enquadramento Orçamental⁵¹ e no Código do Procedimento Administrativo⁵², e, nessa medida, a decisão sobre o modelo de gestão é uma decisão assente em juízos de eficácia e eficiência, dirigidos aos fins e objetivos prosseguidos pelos serviços e obras em causa. A alteração do modelo de gestão tem pois de ser justificada à luz fundamentalmente de critérios de eficácia e eficiência dirigidos prospectivamente para a gestão futura do serviço (ainda que partindo dos resultados e do desempenho obtidos no modelo de gestão vigente até à data).

O reconhecimento desta autonomia entre a decisão de resgate da concessão, enquanto decisão de extinção fundada em razões de interesse público, e uma opção de alteração do modelo de gestão do serviço ou da obra é a pedra de toque para uma *interpretação moderna* sobre o âmbito do resgate enquanto figura jurídica das concessões administrativas, libertando-a do estigma da *republicização* da gestão do serviço. Nessa lógica, o efeito extintivo que o resgate desencadeia deve ser autonomizado da decisão eventual sobre uma alteração do modelo de gestão adotado: nada impede que, a par do resgate, o concedente decida assumir a gestão do serviço e não voltar a concessioná-lo⁵³ e nada impede que as duas decisões possam ser concomitantes, mas essa circunstância não põe em causa a sua autonomia e independência no plano lógico-jurídico. Por outras

⁵⁰ É o caso: do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, a respeito da constituição de serviços intermunicipais de águas e resíduos (que se refere à “*racionalidade económica e financeira acrescentada decorrente da integração territorial dos sistemas municipais*”); do Regulamento dos Procedimentos Regulatórios, aprovado pelo Regulamento n.º 446/2018 (publicado no Diário da República de 23 de junho de 2018) da Entidade Reguladora para os Serviços de Águas e Resíduos, em desenvolvimento do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, para os serviços municipais de águas e resíduos (o artigo 5.º exige, para efeitos da delegação dos serviços municipais em empresas locais, a apresentação de estudo de viabilidade económica e financeira e demonstração da racionalidade acrescentada desse modo de gestão; idêntica exigência é formulada no artigo 7.º a respeito da constituição de uma parceria entre o Estado e municípios para a gestão de serviços municipais de água e resíduos nos termos do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e no artigo 8.º para a gestão concessionada); do artigo 32.º da Lei 50/2012, de 31 de Agosto, (que contém o regime jurídico do setor empresarial local) que exige, como condição de validade da constituição de empresas locais, a demonstração da viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades, através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial.

⁵¹ Aprovada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro (cfr., em particular, o artigo 18.º).

⁵² cujo artigo 5.º estabelece que a Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

⁵³ Do mesmo modo que, após um resgate com fundamento no desajustamento de determinados termos do contrato de concessão, o concedente, que não altere o modelo de gestão e mantenha a gestão concessionada, não pode voltar a concessioná-lo com a inclusão daqueles mesmos termos (cfr. Gonçalves, 1999: 347, 348), também após um resgate ao qual se siga uma alteração para gestão direta não pode o concedente prosseguir a gestão do serviço sem alterar as condições de funcionamento do serviço cuja inadequação para a prossecução do interesse público motivou o resgate.

palavras ainda a opção sobre o modelo de gestão do serviço *não releva* para a tomada de decisão sobre a extinção do contrato⁵⁴.

3.1.3 O alcance do resgate enquanto instrumento extintivo nas concessões

Para que se não perca uma visão global sobre a extinção dos contratos de concessão em situações não imputáveis ao concessionário e motivadas por razões de interesse público, é fundamental articular a questão da delimitação da sua finalidade com um outro problema, que é o do seu *alcance* no quadro concessório, em particular no confronto com a figura geral da resolução por motivo de interesse público, prevista no artigo 302.º do CCP, de forma a definir o espaço que o resgate verdadeiramente ocupa. Encontra-se praticamente assente, na doutrina nacional (cfr. Esteves de Oliveira, Gonçalves, Amorim, 2016: 826; Gonçalves, 1999: 345, 346, 351; Gonçalves, 2003: 134; Rebelo de Sousa, Salgado de Matos, 2008: 150; Assis Raimundo, 2022: 261; Esteves de Oliveira, 2016: 85 ss)⁵⁵ e estrangeira⁵⁶, a ideia de que o resgate é uma modalidade de resolução por interesse público, apesar de autonomamente regulada no contexto das concessões. Uma vez que hoje, no nosso ordenamento jurídico, todo o resgate é contratual (na medida em que está previsto no artigo 422.º do CCP, que é uma norma dotada de imperatividade⁵⁷), fica por saber se, nesta circunstância, há ainda espaço para a aplicação da resolução do contrato por interesse público e em que termos. É por isso que importa trazer à discussão se o resgate configura, nos contratos de concessão, a única forma de resolução por motivos de interesse público (caso em que o resgate a substituiria) ou se, para além do resgate, pode o concedente lançar mão da figura geral da resolução unilateral por razões de interesse público. Seja como for, parece à partida indiscutível que quanto mais estreita for a vocação finalística do

⁵⁴ O facto de, em Espanha, a opção legislativa ter ido no sentido contrário (de afirmar, ou reafirmar, que a finalidade do resgate é a gestão direta do serviço, misturando as duas decisões) poderá explicar-se, pelo menos em parte, pelo debate sobre a “remunicipalização” dos serviços públicos que, em Espanha, foi significativamente mais intenso do que no nosso país e, por outro lado, pela limitação natural da admissibilidade da extinção contratual por razões de interesse público no país vizinho, em que não existe um reconhecimento geral da *potestas* administrativa de extinção dos contratos administrativos por razões de interesse público.

⁵⁵ Soares (1950-1951: 320, nota 1) parece defender que o resgate não é um tipo de resolução por interesse público, embora o faça em contraposição com a doutrina francesa que defende que o resgate pode operar mesmo onde nada esteja previsto (isto é, sem necessidade de expressa determinação da lei ou do contrato, como defende Rogério Soares e, como refere este autor, em geral a doutrina, sobretudo italiana).

⁵⁶ Cfr. Em França: Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 705); Richer (2010: 241); Parecer do Conseil d’État de 08/06/2023 em <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-portant-sur-la-securisation-des-mesures-permettant-d-assurer-une-meilleure-prise-en-compte-de-l-interet-public-dans-l-equilibre-des-contrats-d>; cabe notar todavia que, em França, o poder de resolução por motivo interesse é um poder geral que existe independentemente de previsão na lei e no contrato; em Espanha, cfr. Solé (2023: 84).

⁵⁷ Utilizando aqui o critério proposto por Sérvulo Correia (2003: 706-711) segundo o qual “[n]o Direito Administrativo, a superintendência do princípio da legalidade conduz à conclusão inversa: a da presunção do carácter injuntivo das normas como critério de interpretação” (destaque no original) e “[...] quando uma norma se não declara expressamente supletiva, as dúvidas quanto à sua natureza deverão ser resolvidas à luz de uma presunção de injuntividade” (2003: 708, 709, respetivamente).

resgate, maior proteção tenderá a reclamar o interesse público no sentido de lhe ser oferecida outra solução para pôr termo à concessão.

Olhando para o panorama, deteta-se que alguns autores clarificam que o resgate não exclui a possibilidade de aplicação da resolução por motivo de interesse público nas concessões e acresce a esta: alguns sem entrarem pela distinção entre o campo de aplicação de um e de outro e pela discussão sobre se o prazo de garantia previsto para o resgate deve também aplicar-se ao poder geral de resolução nas concessões (cfr. Rebelo de Sousa, Salgado de Matos, 2008: 150); outros já defenderam que a resolução por interesse público (invocável em caso de motivos de interesse público não diretamente ligados à concessão em causa) não pode estar sujeita ao prazo de garantia, unicamente previsto para o resgate e defendendo que aquele poder geral “não pode ser limitado[o] senão em termos proporcionais, que não prejudiquem de forma sensível o interesse público” (cfr. Esteves de Oliveira, 2016: 88); e houve também quem já defendesse que “a particularidade do resgate está muito atenuada perante a existência de um poder geral de resolução do contrato por motivo de interesse público como figura geral” (cfr. Assis Raimundo, 2022: 316), advogando no fundo uma perda de autonomia do resgate face ao poder geral de resolução por interesse público, que aparece muito ligada à defesa da inconstitucionalidade do prazo de garantia. Do pensamento de Pedro Gonçalves em 1999 parece resultar que, sendo, por um lado, admissível em tese a aplicabilidade nas concessões desta forma de resolução a partir da lei geral que a prevê (seja o artigo 180.º do CPA, seja o CCP a partir de julho de 2008), a possibilidade do exercício daquele poder fica, na prática, limitado, quer porque só pode ter lugar se “baseada nas razões que poderiam justificar o resgate (ou seja, retoma do serviço ou atribuição de uma concessão do mesmo serviço em novas bases)” (cfr. Gonçalves, 1999: 351) ou, em geral, uma *reorganização do modelo de gestão do serviço público* (cfr. Gonçalves, 1999: 347) (casos em que o Autor admite o resgate), quer porque “em princípio, deixa de poder ser exercido a qualquer momento” (cfr. Gonçalves, 1999: 345) (entendendo-se que o Autor está aqui a pensar na observância do prazo de garantia previsto para o resgate, exigindo-a também nas situações em que seja invocado nas concessões o poder de resolução por interesse público). Esta posição equivale a defender que, nas concessões, a extinção do contrato por razões de interesse público está limitada à figura do resgate, sendo, portanto, os casos acima referidos as (únicas) situações possíveis de extinguir uma concessão por conveniência administrativa. Uns anos depois, em 2003, o administrativista de Coimbra, em assumida mudança de posição, sustentou que a resolução por interesse público pode ser usada *em casos excepcionais* durante o prazo de garantia com fundamentos diferentes daqueles que o resgate tem vista, isto é, “desde que não esteja em causa a reprise do serviço ou a intenção de atribuir uma concessão em novas bases (fundamentos do resgate)” (cfr. Gonçalves, 2003: 134).

Quem, como nós, defenda que o resgate é autónomo de qualquer opção sobre o modo de gestão do serviço, significando (apenas) uma decisão de extinção antecipada da concessão com fundamentos estritos de interesse público, adequadamente exteriorizados, segundo uma lógica de proporcionalidade, tem de aceitar, em coerência, que o resgate substitui, nas concessões, o poder geral de resolução por interesse público. Partindo desta premissa, a distinção entre as figuras passa pelo *âmbito contratual de aplicação* (a resolução por interesse público é aplicável em todos os contratos administrativos; o resgate está vocacionado apenas para as concessões, de obras públicas, de serviços públicos e de exploração de bens dominiais, esgotando a prerrogativa pública de rompimento do contrato por

conveniência administrativa nesses tipos contratuais) e pelo *regime*, particularmente associado ao prazo de garantia e pré-aviso que não são conhecidos no âmbito do regime geral do poder de resolução por interesse público.

Seja como for, a ordem jurídica tem de oferecer soluções à Administração para que possa extinguir o contrato quando ocorram motivos imperiosos de interesse público que o justifiquem, os quais, como acima se afirmou, não são suscetíveis de arrumação em catálogo preordenado. Nessa base, se o resgate for visto como funcionalizado à finalidade de retoma do serviço em administração direta (ou mesmo a outras finalidades, ainda que sempre de espectro limitado), então, na medida em que essa finalidade não preenche a panóplia de finalidades que o interesse público potencialmente poderá convocar, dever-se-á admitir que pode funcionar nas concessões o instituto geral da resolução por interesse público e as duas formas de extinção seriam concorrentes e mutuamente exclusivas⁵⁸; nesta hipótese, a particularidade do resgate residiria apenas na previsão do prazo de garantia e do pré-aviso, que não está previsto a propósito do poder geral de resolução por motivo de interesse público (já que a cobertura indemnizatória é semelhante nos termos do CCP⁵⁹). Já se se perspetivar o resgate como um instituto de efeito extintivo recetivo a qualquer finalidade de interesse público (posição que se adota neste texto), então a figura coincide ontologicamente com a resolução por interesse público e deve aceitar-se que a substitui, sendo o resgate a única modalidade adotável para cessar o contrato de concessão com fundamento em interesse público. Pragmaticamente, a diferença entre um e outro caminhos passa pela solução a dar sobre se a resolução por interesse público pode, nas concessões, ficar sujeita ao respeito pelo prazo de garantia e pelo pré-aviso: se a resposta for afirmativa, a dúvida sobre a escolha de um dos caminhos acima assinalados em torno da finalidade do resgate torna-se (em termos práticos) inútil, porque o regime das duas figuras passa a ser em tudo semelhante.

Do nosso ponto de vista, qualquer forma extintiva de um contrato de concessão por conveniência administrativa deve, em princípio, sujeitar-se ao mesmo regime⁶⁰ e, portanto, ainda que perspetivados o resgate e a

⁵⁸ Na medida em que o resgate previsto em legislação setorial esteja finalisticamente limitado à opção pela retoma da gestão do serviço pelo concedente e tal legislação setorial não regule a resolução por interesse público além do resgate, poderá questionar-se, paralelamente à problemática colocada no texto no quadro do CCP, se poderá a Administração recorrer à resolução por interesse público regulada no CCP. Nesse campo, partindo da premissa afirmada no texto de que a ordem jurídica deve oferecer soluções à Administração para que possa extinguir o contrato sempre que ocorram motivos imperiosos de interesse público que o justifiquem, a solução seria – sem prejuízo, evidentemente, do exercício de hermenêutica a empreender sobre o texto legislativo concreto – a de afirmar a possibilidade de uma resolução do contrato por motivos de interesse público fora da situação de retoma da gestão direta do serviço pela Administração.

⁵⁹ Em ambos os casos são cobertos os danos emergentes e os lucros cessantes, devendo, quanto a estes, deduzir-se o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos – cfr. n.º 5 do artigo 422.º e n.º 2 do artigo 334.º. Não se ignora que existe legislação setorial – especial, portanto – cujo regime indemnizatório a propósito do resgate não coincide com a formulação do CCP e que os contratos vigentes (anteriores aos CCP ou celebrados ao abrigo da mencionada legislação especial) preveem regimes indemnizatórios diferenciados.

⁶⁰ Esta posição está alinhada, nessa parte, com a posição de Pedro Gonçalves em 1999 quando considerou que o poder de resgate nas concessões limita a possibilidade de exercício do poder geral de resolução – cfr. Gonçalves (1999: 345), muito embora a sua posição tenha mudado mais tarde.

resolução por interesse público como soluções de saída da concessão abstratamente concorrentes, teria de estender-se o regime do resgate (o regime imperativamente previsto na lei e o correspondente clausulado contratual na parte apenas supletivamente regulada na lei) à decisão de resolução com base no poder geral previsto do artigo 302.º do CCP. Esta posição, que envolveria uma construção metodológica que passa pelo caminho da aplicação analógica (ou pelo menos, da interpretação extensiva) justificar-se-ia atendendo a que o regime particular do resgate – o prazo de garantia e o pré-aviso – é o corolário de um esforço de ponderação entre os dois interesses divergentes patentes nas concessões, “como entre Cila e Caribedes” (cfr. Soares, 1950-1951: 324), não se vislumbrando razão para não terem plena aplicação em qualquer modalidade de resolução por conveniência administrativa. Como lapidarmente descreveu Rogério Soares: “de um lado, o que resulta da necessidade de garantir uma longa exploração do serviço público concedido; do outro o que provém da urgência de deixar a Administração em condições de assegurar uma satisfação sempre atual das necessidades públicas. Se se pretende garantir sem reservas a posição do concessionário, vê-se a Administração tolhida de desempenhar durante todo o prazo da concessão as suas funções impostergáveis de tutela do interesse público; se, ao contrário, se entregam ao concedente amplos poderes nesta matéria, difícil será encontrar concessionário que, com seriedade, se vincule a desenvolver o serviço em termos convenientes” (1950-1951: 323, 324). O pré-aviso e o prazo de garantia são, pois, o resultado produzido pela teoria administrativa para o referido dilema “com um hábil compromisso, sem sacrificar o presente ao futuro, nem este ao primeiro, garantindo a satisfação daquele interesse público de associar o particular à gestão do serviço, e acautelando, ao mesmo tempo, as exigências de interesses públicos vindouros”. Nas palavras felizes do Professor de Coimbra, “[a] fisionomia do instituto do resgate [é] postulada pela natureza do negócio da concessão” (1950-1951: 324): “[...] a primeira fase da vida da concessão é a mais difícil, aquela em que todos os esforços tendem a constituir e desenvolver a empresa, e mal seria se por qualquer motivo a Administração pudesse vir tolher as legítimas esperanças de lucros de quem se comprometera a exercitar o serviço público” e por isso “[e]nquanto esse prazo correr, o concessionário pode olhar confiante pelas suas coisas; uma vez que ele se extinga, tornam-se mais inquietantes as representações do futuro” (1950-1951: 326). Ora, se o prazo de garantia e o pré-aviso previstos na lei para o resgate se destinam a proteger um interesse do particular em detrimento do interesse público (o que parece incontestável)⁶¹ – pressupondo que, durante um certo tempo, “o interesse público, mesmo não sendo satisfeito, deve ceder perante o interesse do particular, por força das especiais condições em que se encontra o concessionário” (cfr. Athaíde, 1981: 100) –, na verdade “[...] as razões que há para defender os interesses do concessionário são as mesmas [...]” (cfr. Athaíde, 1981: 100) nas duas situações, seja qual for a forma de resolução unilateral⁶².

⁶¹ Neste mesmo sentido, seguindo a explicação de Rogério Soares, cfr. Fonseca (2022: 204).

⁶² A posição do texto afasta-se da visão de Esteves de Oliveira (2016: 87, 88), segundo a qual o prazo de garantia “em rigor só deveria valer para as situações em que a extinção da relação contratual tem como fundamento o (ou um) interesse público diretamente implicado no contrato, ou seja, quando o interesse público que se apresenta como justificação para o resgate (ou para a resolução) se o concreto ‘interesse público concessionado’, que constitui o objeto específico do contrato, sobre o qual se verificou o acordo das partes. Esse regime contratual já não deveria aplicar-se quando o interesse público que pode ou exige a resolução não se encontra “situado”

Partindo deste raciocínio lógico para defender que a aplicação do poder geral de resolução por razão de interesse público nos contratos de concessão (o que só se coloca numa posição de alcance limitado do resgate, que não é a nossa) exigiria sujeitar o seu exercício ao prazo de garantia e de pré-aviso contratualmente⁶³ fixado para o resgate⁶⁴, confirma-se que, como se dizia, não há diferença prática entre um recorte finalístico mais ou menos amplo do resgate, pois qualquer extinção unilateral fundada em interesse público deve ficar sujeita ao regime jurídico do resgate previsto para aquele contrato. A diferença entre um e outro caminhos tem natureza metodológica e reside na maior complexidade jurídica inerente à fundamentação da sujeição nas concessões do poder geral de resolução por interesse público ao regime contratual do resgate. Embora tal fundamentação seja metodologicamente viável, recorrendo à hermenêutica jurídica, a verdade é que, tudo visto, tal maior labor jurídico é injustificado. Efetivamente, se perspetivarmos o resgate como permeável a qualquer finalidade de interesse público (como parece ser a solução juridicamente mais correta), é ainda o regime contratual do resgate, literalmente manifestado, que dita que este só pode ter lugar após o decurso do prazo mínimo de estabilização da exploração pelo concessionário.

Finalmente, uma breve nota para aludir à relação do resgate com as outras formas de extinção contratual: naturalmente, se concorrem outros motivos de extinção para além dos motivos de interesse público invocáveis pela administração, deverão ser primariamente usadas estas outras formas que ao caso se apliquem, abstendo-se a Administração de invocar o resgate como forma extintiva. A título de exemplo: se houver incumprimento pelo concessionário, deve recorrer-se à resolução sancionatória; se o fundamento for uma alteração de circunstâncias não imputável a qualquer das partes nos termos da alínea b) do artigo 312.º deve recorrer-se à resolução prevista no artigo 335.º, n.º 1. De outra forma, estar-se-ia: no primeiro caso, a livrar o concessionário, “em fraude à lei”, das consequências gravosas associadas à resolução sancionatória, para aplicar-lhe as condições muito mais vantajosas do resgate (cfr. Míguez Macho, 2018: 191)⁶⁵; no segundo caso, a atrair para a esfera pública em exclusivo o peso associado às consequências da decisão de extinção, incluindo o dever de pagamento de indemnização, quando esse dever não existiria ao abrigo do n.º 1 do artigo 335.º do CCP.

2.1 Sobre a conformidade do resgate com o direito da União Europeia

É incontestável que a evolução do Direito Europeu da Contratação Pública ultrapassou já a fronteira do plano pré-contratual, o que se encontra patenteado na última geração de diretivas europeias na matéria, de 2014, as

no contrato a resolver, mas é de dimensão e de alcance mais geral [...]”. Este critério, assentando na maior ou menor ligação ao contrato do interesse público invocado, desvaloriza a razão que está na origem do estabelecimento do prazo de garantia e que é a proteção do concessionário, cuja posição jurídica tutelada, na sequência do rompimento do contrato pela Administração, é exatamente a mesma qualquer que seja o interesse público invocado.

⁶³ Entenda-se o prazo fixado no clausulado do contrato ou, na sua falta, o que supletivamente resulta dos n.ºs 1 e 2 do artigo 422.º do CCP.

⁶⁴ Esta solução seria igualmente válida, em princípio, no plano da legislação setorial.

⁶⁵ No sentido de uma *preferência* do ordenamento jurídico nacional pelas formas de resolução concorrentes não fundadas em interesse público “[...] relegando-se a modificação e a resolução por interesse público para as situações em que não exista outro instituto que acorra à situação”, cfr. Guimarães (2012: 110, 111).

quais compreendem normas relativas à modificação dos contratos, na linha da anterior jurisprudência do TJUE, e agora também sobre extinção dos contratos, avançando assim claramente pelo regime substantivo dos contratos adentro⁶⁶.

Deixando de parte a matéria respeitante às modificações contratuais, abundantemente tratada e fora do alcance do tema deste artigo, o foco deve ser o artigo 44.º da Diretiva 2014/23/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos de concessão⁶⁷, segundo qual, na versão portuguesa, “[o]s Estados-membros devem assegurar que as autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes tenham a possibilidade, nas condições determinadas pelas normas de direito nacional aplicáveis, de rescindir uma concessão durante a sua vigência, caso se verifique uma das seguintes condições [...]” e enumera de seguida as situações a que se refere: (i) se o contrato tiver sido objeto de uma modificação substancial que exigiria um novo concurso nos termos do artigo 72.º; (ii) se o adjudicatário, à data da adjudicação do contrato, se encontrar numa das situações referidas no artigo 38.º, n.º 4, pelo que deveria ter sido excluído do concurso; e (iii) se o contrato não pudesse ter sido adjudicado ao adjudicatário em virtude de uma infração grave das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados e da diretiva.

A este respeito, a questão que tem interesse analisar à luz da temática deste breve estudo é a de saber se este artigo 44.º da diretiva tem como efeito impedir que as legislações nacionais prevejam causas de extinção dos contratos com outros fundamentos, em particular baseadas em razões de interesse público como é o caso do resgate. A estranheza imediata que esta problemática possa causar nos amantes da autonomia do contrato administrativo deve recuar perante o reconhecimento de que uma resposta afirmativa já ganhou adeptos de peso na doutrina (cfr. Gimeno Feliú, 2016: 50-71; Gimeno Feliú, Sala Sánchez, Quintero Olivares, 2017: 64 ss)⁶⁸. Esta interpretação do artigo 44.º daquela diretiva encontra a explicação para tal opção legislativa no princípio da segurança jurídica e do *pacta sunt servanda*, considerando que o interesse público deixou de ser base suficiente para sustentar poderes exorbitantes sobre um contrato celebrado. [...]

É verdade que o artigo 44.º não inclui referência ao resgate e que a norma equivalente na diretiva geral sobre contratos públicos (o artigo 73.º) apresenta um texto mais inequívoco no sentido de que o elenco de fundamentos de rescisão do contrato não é fechado, admitindo outras causas de rescisão nas legislações nacionais já que contém a expressão

⁶⁶ Sobre o tema, que é vasto, cfr. Treumer (2014: 148); na doutrina nacional, cfr. Gonçalves (2009: 14).

⁶⁷ Em linha com o artigo 73.º da Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro.

⁶⁸ Para estes autores, “[e]sto significa que el rescate de una concesión – o figuras análogas – no pueden ser consideradas ya como una prerrogativa del contrato administrativo, pues este cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos.” (cfr. 2017: 70). Mas é interessante que, para estes autores, o resgate não desaparece como tal enquanto opção dos poderes públicos: “Su utilización, dogmáticamente, será ya una expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y los principios de esta potestad. Es decir, deberá existir causa expropriandi y aplicarse el procedimiento ordinario expropiatorio. Y un rescate, como “expropiación” del título habilitante, exigirá siempre compensación económica (justiprecio) que deberá abonarse con carácter general previamente”. E, portanto, para quem siga esta linha de entendimento, a alusão ao resgate no nosso Código das Expropriações, continuaria a fazer sentido – não é a nossa posição, conforme sumariamente exposto *supra*.

“pelo menos nas circunstâncias a seguir enumeradas”, o que deixa claro que se trata de um elenco não limitativo, consentindo outras causas de rescisão. Já os considerandos que justificam aquelas soluções são similares nas duas diretivas (considerandos 80 e 112), não resultando da sua redação indícios de uma intenção diferenciada do legislador europeu na mesma matéria.

O certo é que nem o legislador português nem, pelo menos, o espanhol assumiram essa interpretação na transposição da diretiva para os respetivos nacionais. Quer o CCP quer a Lei de contratos do Setor Público de 2017 afirmam o direito de a Administração exercer o resgate da concessão. E tudo indica que o fizeram acertadamente⁶⁹. Em primeiro lugar, o texto do artigo 44.º não se apresenta decisivo no sentido de dele constar um elenco fechado de causas de rescisão: a letra da lei não é, em si mesma, suficiente para fundar essa convicção. A segunda razão, em reforço da primeira, prende-se com a total semelhança entre os considerandos das duas diretivas que explicam a solução⁷⁰. Além disso, desses considerandos não se retira que fosse intenção do legislador europeu proibir a rescisão contratual em outras situações para além daquelas em que exige que a rescisão esteja prevista nas legislações nacionais para tutela do direito europeu.

Não deixa de ser verdade, no entanto, que o direito europeu, incluindo a jurisprudência europeia (a partir da relevância que concede aos princípios da segurança jurídica, do *pacta sunt servanda*, da igualdade de tratamento e da eficiência na gestão de fundos públicos), conflui com o direito português no sentido de impor requisitos e exigências a uma extinção do contrato de concessão mediante resgate.

4. Os fundamentos: os «motivos de interesse público» e a sua concretização

4.1 A base fundamentante comum ao resgate e ao poder de modificação por interesse público – e a maior exigência nos fenómenos extintivos

A necessidade de o resgate assentar em razões de interesse público é uma daquelas evidências que, de tão evidente, carece de ser constantemente recordada, porque a *praxis* não raras vezes tende a desvalorizá-la. A exigência de razões de interesse público que levem o contraente público a decidir extinguir um contrato de concessão é um requisito pleno de significado que não se satisfaz com qualquer afirmação de princípio, mas antes envolve um esforço de demonstração qualificado. Como facilmente se compreende, a exigência de um motivo de interesse público afasta decisões “frívolas ou sumptuárias, que sejam indefensáveis de um qualquer ponto de vista de prossecução de objetivos de interesse para a comunidade em geral” (cfr. Assis Raimundo, 2022: 154).

Esta observação vale igualmente para o poder geral de resolução do contrato por razão de interesse público que o artigo 302.º do CCP atribui ao contraente público. E vale ainda para o poder de modificação objetiva dos contratos também acolhido pelo CCP na lista de poderes de conformação

⁶⁹ Em linha com o entendimento de Míguez Macho (2018: 179 ss); Poncé Solé (2023: 84). Ainda que não tratando diretamente a questão, parece-nos poder entrever a aceitação implícita desta posição em Hong Cheng Leong (2021: 773); Pereira (2016: 85 ss).

⁷⁰ Neste sentido também, cfr. Míguez Macho (2018: 181).

contratual do contraente público. É consensual que “[o] interesse público relevante [que deve presidir à decisão de resolução do contrato] é de natureza idêntica ao que pode fundamentar a modificação do contrato” (cfr. Freitas do Amaral, 2018: 552; cfr. também Athaide, 1981: 99; Gonçalves, 2003: 133). Tal como no poder de modificação, *mutatis mutandis*, “[o] contrato administrativo só tem razão de ser enquanto for possível adaptar a atividade à necessidade. Quando isto não for mais possível cumpre à administração dar por findo o contrato que chegou, por assim dizer, ao seu termo natural. Faltando a possibilidade de adaptação da atividade à satisfação da necessidade, não sendo já possível articular o objeto e o fim do contrato, o mecanismo que através dele se pretende estabelecer deixa de poder funcionar. É à administração que compete dar a conhecer a impossibilidade. Com ele desaparece a razão pela qual a lei concede força vinculativa ao acordo, como contrato administrativo. Os vínculos que existiam entre as partes perdem a sua força obrigatória. A administração, em última análise, nada mais faz senão declarar o momento em que fenómeno se produz” (cfr. Athaide, 1981: 99).

Há de ser sempre o interesse público que justificou a decisão de contratar, o *interesse público implicado no contrato*⁷¹, que há de exigir a adaptabilidade do contrato de modo a servir aquele interesse público, entendido no sentido de *fim* que o contrato visa atingir ou de *necessidade* que aquele visa satisfazer. E, do mesmo modo, é esse interesse público, esse fim, que tem de exigir a extinção do contrato e não apenas a sua modificação; se esteve na origem do contrato, é esse que deve ser invocado para sustentar agora o seu rompimento. Como é evidente – e esse ponto foi já sublinhado na doutrina (cfr. Gonçalves, 1999: 348; Richer: 2010: 243; Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1984: 718) –, a circunstância de uma concessão ser reputada “excessivamente” lucrativa não é fundamento para o resgate, não podendo as razões puramente económicas preencher a exigência de interesse público que está na base do resgate. Tal motivação apresenta-se desde logo contrária à própria natureza do negócio concessório, que passa por transferir a exploração do serviço ou da obra para o concessionário, sendo de esperar que a sua gestão seja o mais eficiente possível e, conseqüentemente, seja lucrativa como contrapartida do risco que aquele assume.

O direito positivo fornece hoje pistas relevantes para trilhar o caminho da fundamentação da modificação de um contrato por razões de interesse público. As razões que, segundo a alínea c) do artigo 312.º do CCP, autorizam a modificação do contrato com fundamento em interesse público são razões decorrentes (i) de necessidades novas ou (ii) de uma nova ponderação das circunstâncias existentes. Definidas para o poder de modificação unilateral, estas mesmas categorias de razões deveriam valer para o poder de resolução contratual (incluindo o resgate), dado o *continuum* que existe entre estes dois poderes (cfr. Freitas do Amaral, 2018: 552). Se quanto à primeira delas – a categoria das *necessidades novas* – o paralelismo apresenta-se óbvio, já quanto à “nova ponderação de circunstâncias existentes” o fenómeno não é tão linear e a transposição deve ser feita *cum grano salis*.

⁷¹ A expressão é de Rodrigo Esteves de Oliveira (2016: 22) que explicita que o interesse público implicado no contrato não tem de assentar em considerações sobre o contrato sem sentido estrito, podendo “fundar-se em considerações de ordem mais vasta ou abrangente, em considerações extracontratuais ou supracontratuais, com impacto num certo contrato ou numa categoria deles”.

Efetivamente, não surpreende que uma reavaliação do interesse público a que determinado contrato está votado possa ser exigida por novas necessidades, posteriores à celebração do contrato. Num mundo em plena crise ambiental, económica e envolta numa transformação cultural e social, a ninguém espantará que o decisor público seja surpreendido com elementos supervenientes face aos que eram conhecidos à data em que decidiu que o contrato dava resposta ao interesse público com ele prosseguido.

Mas já não reputamos seguro que qualquer *nova ponderação das circunstâncias existentes*⁷² possa legitimar o resgate de uma concessão. Numa situação em que não ocorre uma superveniência de necessidades ou de circunstâncias relativamente àquelas que eram conhecidas à data da decisão de contratar e que o que altera é apenas o modo como a Administração olha para o contrato e para o fim que este prossegue, parece-nos que o resgate (sem prejuízo evidentemente de uma ponderação em concreto das características especialíssimas em jogo) seria uma opção excessiva e injustificadamente limitadora dos direitos dos particulares e desconforme com o princípio da proporcionalidade (na sua tríplice apresentação). Nestes casos, se o interesse público (associado à *nova ponderação das circunstâncias existentes*) não se alcança com a introdução de modificações no modo de execução do contrato, a Administração deve, em princípio, abster-se de romper o contrato⁷³. Não parece concebível que,

⁷² Expressão positivada pelo legislador do CCP. Já antes do CCP, Gonçalves admitia o *ius variandi* com fundamento numa nova ponderação administrativa sobre as exigências de interesse público (cfr. 1999: 109).

⁷³ Chegando a conclusão semelhante, cfr. decisão do Supremo Tribunal espanhol de 25.07.2023 (sentença do Tribunal Supremo 3592/2023, de 25 de julho, Sala de Contencioso, Seção 3, Recurso n.º 2831/2021 e decisão n.º 1907/2023 - <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a4befid40f55fa76a0a8778d75e36f0d/20230914>), que anulou o resgate na concessão rodoviária em Mallorca em final de 2017 (conhecida como concessão do Tunel de Soller). A concessionária impugnou a decisão e o recurso de *casación* apresentado pelo concedente foi finalmente decidido em 25 de julho de 2023 pelo Supremo Tribunal, mantendo as decisões das instâncias anteriores e anulando definitivamente a decisão de resgate. O fundamento invocado para o resgate pelo concedente (o Conselho Insular) foi a necessidade de suprimir as portagens e tratar de igual modo todos os cidadãos que usam as vias rodoviárias insulares e a questão fundamental que se discutiu no processo era precisamente a dos requisitos do resgate e o alcance e características desses requisitos. O quadro jurídico aplicável ao contrato era a legislação setorial especial, e não a lei geral sobre contratos públicos, que dispunha “*si la Administración antes de la conclusión del contrato estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen, así como los beneficios futuros que deja aquél de percibir atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio*” - cfr. artigo 79 da Ley 8/1972, de 10 de mayo (ley de autopistas en régimen de concesión).

O Tribunal Supremo veio dizer que “*el ejercicio de esa facultad o potestad, además de estar sujeto a un determinado procedimiento, está delimitada por factores sujetos a control, cuales son que su ejercicio se justifique por razones de interés público, que ese interés exista y sea adecuado para justificar esta decisión y esté debidamente motivado. Y, además, debe tratarse de un interés público diferente respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente. El rescate concesional no está pensado para remediar una situación que concurría y que ya fue conocida y valorada en el momento del otorgamiento de la concesión, pues ello*

sendo a concessão a entidades privadas uma das formas reconhecidas de gestão pública, se admita sujeitar a continuidade do contrato a um juízo diferente do atual titular (singular ou colegial) da competência para contratar. Seria deixar o destino de vida ou morte do contrato à vontade política (e não técnica) do agente administrativo em funções⁷⁴, o que, se expressamente autorizado pelo CCP para a modificação⁷⁵, não vemos que deva ser alargado genericamente aos fenómenos extintivos. O que acaba de afirmar-se mais não é do que uma recusa de princípio a que possa haver resgates com cariz meramente político-administrativo, isto é, baseados na simples alteração da perceção da realidade pré-existente do decisor administrativo ou, usando uma imagem particularmente ilustrativa, com base na mudança de opinião do político de turno ou dos vaivéns políticos (cfr. Aguilar Valdez, 2007: 153), afastando-se assim o chamados resgates ideológicos⁷⁶.

Já poderá não ser assim, porém, se essa nova ponderação das circunstâncias existentes for significativamente influenciada, por orientações político-

***implicaría la posibilidad de rescindir unilateralmente un contrato por un mero cambio de parecer** o una decisión de la Administración carente de una base objetiva que no puede ser controlada por los tribunales" (cfr. párrafo Terceiro da decisão, com o realce acrescentado).*

Com estes fundamentos, aplicados ao caso concreto, o Tribunal sustentou que os requisitos não estão verificados no resgate da concessão objeto de controvérsia: *"La existencia misma de autopistas de peajes no es discriminatoria sino una decisión de la Administración Pública que con la finalidad de poder contar con una obra pública sin hacer recaer sobre las arcas públicas el coste de su construcción - bien mediante "peajes en la sombra" bien directamente con cargo a los presupuestos generales - opta por su gestión indirecta siendo los usuarios de la autopista los que con sus pagos compensan a la adjudicataria de los costes de construcción y explotación de la autopista"; "Tampoco el que se establezca una bonificación a favor de los residentes de determinados municipios que deben utilizar la autopista con mayor frecuencia puede considerarse una razón de trato discriminatorio carente de justificación objetiva que avale el interés público en el rescate, y así lo declaró ya la STS de 4 de julio de 2006 (rec. 9890/2003) (...); "Y finalmente la existencia de una vía alternativa más complicada ya existía también cuando pese a ello se optó por la autovía de peaje y por la prórroga del plazo de duración"; " Y como acertadamente señala también la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Palma de Mallorca tampoco se justifican las razones por las que el acuerdo del rescate no podía esperar a la conclusión del plazo de la prórroga (30/06/2022) cinco años después de que se acordase el rescate. Maxime cuando el interés público subyacente se había vuelto a ponderar para prorrogar la concesión apenas diez años antes del rescate acordado" (cfr. Parágrafo Quarto da decisão).*

E recordou que, mesmo não sendo aplicável no caso, a *Ley de Contratos del Sector Público* é muito mais exigente (comparativamente com a redação anterior) em matéria dos requisitos que autorizam o resgate.

⁷⁴ Esta hipótese cria, de resto, como a doutrina estrangeira já reconheceu sem qualquer pudor, um incentivo para que os concessionários procurem obter, ao longo de uma exploração que deve supostamente durar décadas, o favor dos políticos de turno em vez de se concentrarem em garantir uma gestão eficiente, transparente e despoliticizada – cfr. Aguilar Valdez (2007: 154).

⁷⁵ No sentido da aceitação de modificações contratuais motivadas por uma nova ponderação de circunstâncias existentes, mas assumindo explicitamente a preocupação no sentido de se "evitarem abusos" e de "separar meros desejos pessoais, preferências subjetivas, inclinações de momento, de razões efetivas de interesse público", e sublinhando que "[e]sta reavaliação político-administrativa é, em regra, mais compreensível e justificada quando estejam em causa contratos de impacto significativo", cfr. Esteves de Oliveira (2016: 128).

⁷⁶ Na Argentina, por exemplo, o resgate encontra-se expressamente excluído em algumas leis setoriais. E, em geral, estabelece-se que, na ausência de pacto ou de regulação expressa, a reassunção pelo setor público carece de prévia lei habilitante. A preocupação subjacente a estas medidas é precisamente a de que o resgate se transforme num instrumento de corrupção – cfr. Aguilar Valdez (2007: 154).

legislativas (“indirizzo político”) às quais, por força do princípio da legalidade, a Administração deve obediência, ou mesmo por normas regulamentares administrativas, em desenvolvimento dessas opções legislativas ou no espaço por elas autorizado. Não se trata aqui de uma determinação legislativa da extinção do contrato; nem de um “facto do príncipe” com potencial resolutivo (isto é, de um ato legislativo com impacto específico e especial sobre o contrato), caso em que poderia estar em causa uma resolução por alteração das circunstâncias nos termos do artigo 335.^º do CCP; está a pensar-se antes em concessões legislativas gerais que, não tendo o contrato por objeto, oferecem, contudo, a base para uma reanálise administrativa das circunstâncias contemporâneas da decisão de contratar, podendo levar a que, à luz dessas novas concessões legislativas, o contrato já não ofereça, fundamentadamente, a resposta para a necessidade em causa⁷⁷. Impõe-se uma distinção entre opções político-administrativas e opções político-legislativas para este efeito, apenas se devendo admitir um resgate desligado da ocorrência de necessidades supervenientes (novas necessidades) e ancorado em nova ponderação das mesmas circunstâncias se essa nova ponderação for consequência clara de uma opção legislativa nova (eventualmente densificada pela Administração através de norma regulamentar).

A sede própria para as opções políticas é a norma⁷⁸: as opções políticas devem ser tomadas pelo legislador e, eventualmente, pela Administração em sede da sua atividade normativa, indicando que prestações devem ser garantidas no serviço, com que alcance e qual o seu regime de financiamento (cfr. Míguez Macho, 2018: 200). Fora do campo normativo, a atividade da Administração é de índole técnica: as decisões administrativas (os atos administrativos) de escolha de determinado modelo de gestão⁷⁹, o desenho do contrato e do feixe contratual das obrigações nele incluído, a decisão de modificar o contrato, a decisão de extinguir o contrato e de resgatar a concessão e de exercício dos demais poderes de conformação contratual são, todas, decisões que exprimem juízos técnicos e que como tal devem ser apresentadas e exteriorizadas.

4.2 O critério da proporcionalidade

Identificadas as relevantes necessidades novas ou reponderadas as circunstâncias existentes em termos que mostram a existência de uma fricção com o contrato de concessão celebrado, a exata projeção desse impacto na concessão deverá ser encontrada à luz de critérios de proporcionalidade, aos quais a Administração concedente deve obediência em toda a sua atividade.

Quando a Administração pretenda exercer o poder de resgate para proteger um concreto interesse público (manifestado através de uma necessidade nova ou de uma nova ponderação da realidade existente) tem de fazê-lo de modo proporcionado depois de uma avaliação ponderada de todos os

⁷⁷ Sobre a distinção entre modificação contratual com fundamento em interesse público e modificação com fundamento em alteração das circunstâncias, em termos transponíveis para o poder de resolução, cfr. Assis Raimundo (2022: 169-178).

⁷⁸ Neste sentido, cfr. González Deleito (2018: 8).

⁷⁹ Como assinala Joaquim Torno Más, “[n]o existe una discrecionalidad política sobre los modos de gestión. Priman las razones de eficacia y eficiencia que deberá estar acreditadas” (2018).

fatores que concorrem para a satisfação desse interesse⁸⁰. Indo mais longe, as exigências de proporcionalidade, sobretudo no quadro do resgate de um contrato de concessão que tem a sua “fisionomia” própria, como se viu, levam a que o princípio *pacta sunt servanda* não possa ser descartado com base num mero raciocínio de *better if*, devendo apenas admitir-se quando, em face de necessidades novas, a extinção do contrato seja a única solução apta a satisfazê-las (*only if*). Vemos assim com dificuldade que a fundamentação da resolução (e do resgate) se baste com um mero juízo de conveniência ou utilidade administrativa, prescindindo de um juízo de necessidade estrita⁸¹.

A concordância prática entre os diversos interesses em equação, presidida por critérios de proporcionalidade, deve ser realizada em dois momentos lógicos distintos:

- a) Um *primeiro* dirigido a apurar se realmente as novas necessidades ou a nova visão sobre o circunstancialismo envolvente ao contrato não toleram a manutenção da concessão nos seus atuais termos, pelo menos até ao termo da concessão em curso; trata-se de apurar se é verdadeiramente exigido intervir no contrato. Operam aqui os três níveis do teste da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
- b) Um *segundo* passo, que supõe já a confirmação da necessidade de intervenção, para testar se a situação exige realmente a extinção do contrato ou se se basta com a sua modificação (há uma preferência da ordem jurídica pela modificação). Também este passo convoca o teste da proporcionalidade, nas suas três dimensões. Na ponderação comparativa entre a modificação e a extinção do contrato, esta última via deve ser perspectivada como solução de *ultima ratio*, pelo que só quando a adaptação do contrato não for suficiente para garantir o fim visado e o fim visado não se satisfaça alternativamente é que se deve admitir o rompimento do pacto (assim posicionada como opção *only if*). Se a satisfação dessas necessidades não é passível de ser obtida com a modificação do clausulado contratual (designadamente porque a modificação não é idónea ou porque no caso são ultrapassados os limites legais a que está sujeita a modificação contratual⁸²), então compreende-se que o contrato deva ser extinto por essa razão⁸³.

As considerações económicas e financeiras não devem também ficar à margem deste exercício de ponderação. Por um lado, cabe à Administração assegurar que o serviço público, não obstante as novas necessidades, seguirá uma gestão eficiente e que não cause prejuízos aos respetivos utilizadores. Por outro lado, a decisão de resgate não pode alhear-se da ponderação do custo nela envolvido associado à indemnização que a lei atribui ao concessionário, em observância dos princípios da eficiência e da

⁸⁰ Neste sentido, cfr. Lafuente Benaches (2018: 395).

⁸¹ Referindo-se a um juízo de conveniência ou utilidade administrativa, cfr. Esteves de Oliveira (2016: 125).

⁸² Cfr. artigo 313.º do CCP.

⁸³ Cfr., neste sentido, Amado Gomes (2008: 555); Assis Raimundo (2022: 261), chamando a atenção para a significativa margem de livre decisão do contraente público quanto a saber se “o hipotético contrato modificado ainda prosseguiria adequadamente o interesse público”.

sustentabilidade, tendo em conta que, em última análise, quem o suporta são os administrados (cfr. Lafuente Benaches, 2018: 395).

4.3 A exteriorização da motivação - o dever de fundamentação

Se há uma necessidade nova que não pode ser satisfeita mediante a mera revisão do conteúdo obrigacional do contrato ou um posicionamento legislativo que determina um diferente juízo sobre as circunstâncias contratuais existentes exigindo a sua extinção (num juízo de *only if*, e não de *better if*), tal exigência tem de ser demonstrável mediante um exercício sério de fundamentação. Se a base fundamentante substancial que norteia o resgate é o interesse público e este deve apresentar-se com os contornos propostos, a apresentação externa do conteúdo decisório de efeito extintivo deve seguir metodologicamente um modelo igualmente exigente de fundamentação desse efeito - é um exercício de fundamentação qualificada que se impõe, imposto também pelos princípios da transparência, garantindo “[...] a imparcialidade da opção (a ponderação os interesses relevantes e a exclusão dos interesses irrelevantes), além de constituir uma arma decisiva no âmbito da impugnação do ato que decreta a resolução [...]” (cfr. Amado Gomes, 2008: 556). O poder de resgate deve ser exercido de forma transparente, o que, estando em jogo um ato administrativo (contratual), é garantido pelo cumprimento do dever de fundamentação. Tal dever envolve a demonstração lógica dos fundamentos subjacentes ao resgate - que necessidades novas, que ponderação nova do circunstancialismo existente, que impacto no contrato de concessão existente, por que não se pode aguardar pelo termo da concessão, por que não é suficiente a sua modificação - em termos completos e claros. Novamente, a evidência de uma proposição não dispensa a constante lembrança da sua exigência e também a verificação da sua observância.

Não se deteta em geral no legislador, nem na doutrina clássica, a preocupação de realçar a relevância da fundamentação do resgate. Poderia pensar-se que um abuso do exercício do poder de resgate está naturalmente prevenido pela obrigação de ampla indemnização a que tal poder está sujeito, mas a realidade tem mostrado que nem sempre é assim e que esse “preço” pode não ser um travão realmente suficiente (cfr. González-Varas Ibáñez: 2013: 140). É precisamente a consciência de que há a tentação para fundar decisões de resgate em juízos político-administrativos, não concretizados em necessidades novas ou conseqüentes de orientações legislativas claras, que explica o esforço de contenção na utilização do resgate que se tem feito sentir recentemente em

Espanha, seja, a montante, pelo legislador⁸⁴ seja, a jusante, pelos tribunais⁸⁵. Não é, como se disse, matéria que tenha despertado muito interesse em Portugal⁸⁶, o que não significa, bem pelo contrário, que a preocupação não se justifique também por cá.

5. O prazo de garantia e a eficácia diferida

Nos n.ºs 1 e 2 do artigo 422.º do CCP vêm estabelecidos os designados “prazo de garantia” e prazo de “aviso prévio” que o legislador prevê como condições de validade (procedimental) do resgate. Por um lado, de acordo com o n.º 1, o concedente só pode resgatar a concessão decorrido que seja o prazo de garantia fixado no contrato ou, na sua falta, decorrido um terço do prazo de vigência do contrato (prazo de garantia supletivo). Por outro lado, como diz o n.º 2, o resgate tem de ser notificado à concessionária com a antecedência mínima estabelecida no contrato ou, na sua ausência, com a antecedência de seis meses (antecedência supletiva).

Já a lei de 26 de julho de 1912 (que era, como se viu, a lei expropriatória) exigia que o resgate fosse exercido com um ano de antecedência e previa

⁸⁴ A revisão em 2017 da *Ley de Contratos del Sector Público* veio alterar a norma que previa o direito de resgate com três novidades: (i) passou a aludir expressamente a que o resgate tem em vista a gestão direta do serviço, (ii) desapareceu a referência “*discrecionalmente adotada*” e passa a dizer-se “adotada por razões de interesse público” e (iii) exigiu-se a demonstração de que a gestão direta é mais eficaz e eficiente do que a gestão concessionada. O objetivo foi evidentemente limitar o direito de resgate, conduzindo a Administração a uma significativa maior exigência na motivação e justificação - cfr. Míguez Macho, 2018: 185; no mesmo sentido, cfr. Fernandez Valverde (2017: 79). A opção legislativa vai no sentido de tornar absolutamente claro que a decisão de resgate é uma decisão eminentemente técnica e, como tal, deve ser demonstrável mediante juízos técnicos objetivos, enquadrando-a nos modernos princípios da sustentabilidade financeira, eficiência e eficácia.

⁸⁵ Exemplo paradigmático é a decisão relativa ao resgate da concessão do *Tunel de Soller*, descrita com mais detalhe *supra*, que chegou ao Supremo Tribunal tendo o confirmado as decisões das instâncias de anulação do resgate - cfr. sentença do Tribunal Supremo 3592/2023, de 25 de julho, Sala de Contencioso, Seção 3, Recurso n.º 2831/2021 e decisão n.º 1907/2023 - <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a4bef1d40f55fa76a0a8778d75e36f0d/20230914>.

⁸⁶ Por cá, aliás, ao invés de limitar, o legislador deu até nos últimos anos, de certo modo, um “impulso” aos resgates no setor da água e saneamento, como ocorreu com a consagração legal de uma exceção ao limite de endividamento estabelecido no artigo 52.º da Lei n.º 73/2013, permitindo a contração de empréstimo destinado exclusivamente ao pagamento do resgate de concessão de serviços municipais de abastecimento público de água ou de saneamento de águas residuais, verificadas determinadas condições - cfr. artigo 48.º da Lei n.º 7-A/2016 de 30/03 (aprovou o OE para 2016); artigo 68.º da Lei n.º 42/2016 de 28/12 (que aprova o OE para 2017); artigo 86.º da Lei n.º 114/2017 de 29/12 (aprova o OE para 2018), artigo 92.º da Lei n.º 71/2018 de 31/12 (aprova o OE para 2019), do artigo 109.º da Lei n.º 2/2020 de 31/03 (aprovou o OE para 2020), artigo 113.º da Lei n.º 75-B/2020, de 31/12 (aprova o OE para 2021), artigo 87.º da Lei n.º 122/2022, de 27/06 (aprovou o OE para 2022), artigo 64.º da Lei n.º 24-D/2022, de 30/12 (o OE para 2023), artigo 60.º da Lei n.º 82/2023, de 29/12 (aprova o OE para 2024) e artigo 130.º da Lei n.º 45-A/2024, de 31/12 (aprovou o OE para 2024). Na jurisprudência do Tribunal de Contas já foi considerado que “[o] objetivo ou teleologia deste regime excepcional é procurar um ténue equilíbrio entre encontrar uma solução para o pagamento de dívidas certas e exigíveis, dessa forma aliviando a gestão autárquica, mas sem que isso seja de molde a colocar em causa, de modo decisivo, os princípios e os objetivos orientadores do regime de crédito e endividamento municipal, estabelecidos no RFALEI” - cfr. acórdão n.º 12/2022 (1.ª secção/PL). Sabe-se que algumas decisões de resgate foram impugnadas, encontrando-se pendentes de decisão judicial.

também o prazo de garantia de um terço do prazo da concessão⁸⁷, “[p]ondo] o concessionário a coberto das resoluções caprichosas do concedente, permitindo-lhe organizar o serviço e explorá-lo com segurança durante certo período para dar provas da sua capacidade e basear um juízo justo acerca das vantagens e inconvenientes da concessão” (cfr. Caetano, 1983: 1132). Mas outras leis, como sinalizava a doutrina da época, usavam outros critérios, sendo muito variável a duração do prazo (cfr. Caetano, 1983: 1132). A propósito do resgate previsto na lei de 1912, Rogério Soares assinalava que “o pré-aviso tem uma finalidade inteiramente distinta da do prazo de garantia—este visa a estabilidade da concessão, aquele assegurar o resgate sem convulsões violentas”, “criando uma plataforma que permita a transição suave e cautelosa do serviço das mãos do concessionário para as da Administração” (1950-1951: 327). Ou, por outras palavras do mesmo autor, “o termo dilatatório da possibilidade de resgate assegura a posição do concessionário, ainda que com possível compressão do interesse público; o pré-aviso destina-se a uma tutela global da continuidade da empresa, permitindo uma mais lata defesa daquele interesse” (1950-1951: 327).

Em França, sempre foi comum encontrar nas cláusulas contratuais um prazo de garantia para o exercício do resgate (cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1984: 711-713)⁸⁸ e grande parte da doutrina aceita que o exercício contratual do resgate (isto é, nos termos previstos no contrato, incluindo o respetivo regime indemnizatório) fica condicionado a esse prazo. Mas isso não significa que, fora do campo do *rachat contractuel*, a doutrina não admitisse que o poder de a administração resgatar mesmo antes de decorrido o prazo de garantia invocando o denominado *rachat non-contractuel* e regendo-se, nesse caso, pela construção doutrinal e jurisprudencial em torno dos princípios gerais administrativo e não pelo regime contratual (cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1984: 712, 713). A lei geral espanhola não prevê prazo de garantia, nem pré-aviso.

Vê-se assim que a previsão do prazo de garantia – isto é, um prazo durante o qual o eventual interesse público na extinção da concessão fica adiado – traduz um “hábil compromisso”, como resultado da conciliação de dois interesses divergentes: “de um lado, o que resulta da necessidade de garantir uma longa exploração do serviço público concedido; do outro, o que provém da urgência de deixar a Administração em condições de assegurar uma satisfação sempre atual das necessidades públicas” (cfr. Soares, 1950-1951: 324)⁸⁹. O contrato de concessão reveste um particular envolvimento e confiança do privado na sua execução, com investimento de capital e risco associado superior aos dos demais contratos administrativos (cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1984: 690), em termos que justifiquem uma maior proteção do particular neste campo oferecendo-lhe uma garantia

⁸⁷ Segundo Rogério Soares, a nossa lei transcreveu em boa parte a lei italiana, embora dela não tenha decalcado alguns “elementos perturbadores” (1950-1951: 332).

⁸⁸ Se o contrato não fixar prazo de garantia na cláusula de resgate, o resgate contratual é possível a todo o momento (“*rachat à toute époque*”).

⁸⁹ Saliendo a relevância da contraposição destes dois interesses em matéria de *rachat*, cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 690).

temporária de inviolabilidade dessa estabilidade (*délai d’invioabilité*)^{90/91}. É, pois, esta “fisionomia própria” do contrato de concessão que explica esta maior proteção do concessionário, comparativamente com os demais cocontratantes privados, em face da decisão pública de resolução do contrato por motivo de interesse público. Não obstante o seu enraizamento histórico, esta perspetiva não é unânime, tendo sido já sustentada a inconstitucionalidade do prazo de garantia previsto para o resgate por violação do princípio constitucional da prossecução do interesse público com base no facto de o dito prazo de garantia apenas se justificar “[...] num momento histórico em que ainda não se encontrava consolidada a ideia de indemnização integral, incluindo lucros cessantes, em caso de resolução por motivo de interesse público” (cfr. Assis Raimundo, 2022: 316)⁹². Para esta doutrina, a única forma de salvar o artigo 422.º, n.º 1, do CCP de inconstitucionalidade passa por uma “interpretação atualista” do artigo 14.º, n.º 1, alínea b), do Código das Expropriações, que se refere à declaração de utilidade pública do resgate, considerando que “essa intenção de habilitar a expropriação tanto vale para os casos de não previsão do resgate, como para os casos em que o mesmo esteja previsto, mas *temporalmente limitado*” (cfr. Assis Raimundo, 2022: 316)⁹³. Pressuposto a este entendimento parece estar a ideia de que a indemnização ao concessionário compensa tudo o que há a compensar e que, portanto, não há razão para se tutelar especialmente (mais do que nos demais contratos administrativos) o privado, com sacrifício para o interesse público.

Se é certo que a funcionalização dos contratos administrativos ao interesse público tem dignidade constitucional, tendemos a considerar que o prazo de garantia não se apresenta desconforme aos parâmetros constitucionais. Para além de poder dar-se o caso de a indemnização não ser apta a colocar de facto o concessionário exatamente na mesma posição em que estaria se tivesse executado o contrato até ao fim⁹⁴, é o especial envolvimento do privado numa relação acessória que exige a dita garantia temporária de estabilidade. Esta limitação do princípio do interesse público não se afigura intolerável do ponto de vista constitucional: todos os valores e princípios constitucionais são suscetíveis de mútuas compressões em caso de conflito, não se vendo como o princípio do interesse público possa ficar à margem dessa premissa; de resto, esta concordância prática entre valores constitucionais realizada pelo próprio legislador não é de todo estranha à ordem jurídico-administrativa já que existem outras situações em que a

⁹⁰ De resto, o prazo de garantia previsto na lei é supletivo, podendo cada concedente prever nas peças do procedimento que precedem a concessão um prazo inferior (que dependerá, crê-se, da prognose que façam sobre o grau de atratividade que a concessão ainda assim terá para os potenciais interessados).

⁹¹ Nota-se, aliás, que chegou a ser defendido na doutrina francesa a inexistência do poder de resolução unilateral por interesse público das concessões justamente com fundamento na necessidade de assegurar estabilidade à situação dos concessionários – cfr. Dufau (1979: 172, *apud* Richer 2010: 241).

⁹² Também Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008: 149, 150) se pronunciaram no sentido da duvidosa constitucionalidade do prazo de garantia.

⁹³ Esta posição, vendo assim utilidade para a manutenção na ordem jurídica da norma referente ao resgate constante do Código das Expropriações, difere da defendida neste texto *supra*.

⁹⁴ O presente artigo não cobre a temática dos efeitos indemnizatórios do resgate, a qual só acessoriamente vai referida neste ponto. Já não falando nas especiais cláusulas de contratos de concessão, cuja indemnização possa ficar aquém da que está consagrada hoje no artigo 422.º do CCP, imagine-se que os bens já estão amortizados e que a continuação da exploração da concessão daria ao concessionário mais do que lhe dará uma indemnização por resgate.

atuação da Administração com fundamento em razões interesse público se encontra fortemente condicionada, como é precisamente o caso da revogação de atos administrativos constitutivos de direitos⁹⁵. E não deve esquecer-se que o prazo de garantia previsto no n.º 1 do artigo 422.º do CCP – de um terço da duração do contrato – tem natureza supletiva, o que significa que o contraente público pode no contrato modelar esse prazo, reduzindo-o substancialmente, em resultado de uma ponderação entre permitir o mais cedo possível a extinção do contrato por razões de interesse público e assegurar a maior atratividade possível do contrato para o universo de interessados na concessão.

Em torno do prazo de garantia e do pré-aviso, discutiu-se se o pré-aviso pode ser produzido antes da queda do prazo de garantia, o que chegou a assumir “consistência de caso real” (cfr. Soares, 1950-1951: 327) num litígio entre a Companhia Carris de Ferro do Porto e Câmara Municipal do Porto, que foi decidido pelo STA em 1938⁹⁶. Tanto Marcello Caetano (1983: 1133) como Rogério Soares e a doutrina estrangeira por este referida, como o STA naquela decisão foram unânimes na posição segundo a qual “nada obsta a que o pré-aviso seja processado antes de extinto o prazo de garantia. Pois este visa a evitar a produção de efeitos jurídicos antes de certa data, mas não interfere de maneira alguma com o nascimento do negócio ou o momento da sua perfeição” (cfr. Soares, 1950-1951: 340). O administrativista de Coimbra acrescentou de resto, em termos lapidares, que “[a] garantia do prazo só é séria – e é-o suficientemente – quando entendida como a fixação de um limite inferior à eficácia do negócio” e ainda que “uma vez que só o prazo de garantia visa a lixar um limite inferior à exercitabilidade do resgate, só também até ao termo do prazo o concessionário se pode considerar a coberto da dissolução. Querer impor que apenas a partir desse momento se possa dar começo à contagem do prazo de pré-aviso é confundir as finalidades deste prazo com as do prazo de garantia, é esquecer que um e outro têm economias diferentes” (cfr. Soares, 1950-1951: 326). Neste sentido, o aviso prévio é independente do prazo de garantia: se o concedente quiser resgatar a concessão logo que finde o prazo de garantia mas for obrigado ao pré-aviso com antecipação de cinco anos por exemplo, deve avisar cinco anos antes do termo do prazo de garantia, não necessitando de esperar por este para manifestar a sua intenção⁹⁷. É, tanto quanto sabemos, dúvida que não voltou a surgir, encontrando-se este entendimento estabilizado (e bem)⁹⁸.

Outra questão premente é a de saber em que momento se dá a decisão de resgate. A doutrina clássica também se ocupou deste ponto, que não colheu consenso. Para o administrativista de Lisboa, o aviso prévio ou pré-aviso não equivale ao resgate “nem vincula o concedente a fazer o resgate na data marcada, sendo-lhe lícito desistir ou aditar, contanto que indemnize o concessionário dos prejuízos que do aviso possam ter-lhe resultado, salvo se a lei estabelecer coisa diferente” (cfr. Caetano, 1983: 1333). Tal significa que, para este administrativista, na data do aviso prévio, não é a decisão do

⁹⁵ Cfr. artigo 167.º do Código de Procedimento Administrativo. A revogação de atos administrativos constitutivos de direitos em determinadas condições constitui uma exceção à regra geral da irrevogabilidade de atos favoráveis.

⁹⁶ Cfr. acórdão do STA, de 9 de dezembro de 1938 – cfr. *O Direito*, Ano 71.º, n.º 5, p. 151 e ss.

⁹⁷ Cfr. Marcello Caetano (1983: 1133), e acórdão do STA de 9 de dezembro de 1938 Carris do Porto.

⁹⁸ Neste sentido também, cfr. Gonçalves (1999: 353).

resgate que é emitida, é apenas um aviso da intenção do resgate, que só se produzirá na data marcada. Diferentemente, Rogério Soares considerava que “a declaração de que vai proceder-se a um resgate, feita ao explorador do serviço pela entidade concedente, contém, ela mesma, a declaração de vontade fundamental do negócio de resgate” (cfr. Soares, 1950-1951: 332), por isso “o concedente pode declarar o resgate, pode realizar o negócio jurídico em que ele se concretiza... mas a sua eficácia ficará sempre dependente da aprovação do Conselho de Ministros” (1950-1951: 333); “só o pré-aviso é o portador da vontade de resgatar” (1950-1951: 334), até porque “não se encontra no processo de resgate outro ato a que sejamos capazes de referir essa declaração” (1950-1951: 333). “O pré-aviso exige mesmo uma consistência e seriedade que só lhe podem advir de o considerarmos [...] o portador da vontade de resgate”, “e assim temos que o negócio de resgate deve reconhecer-se incorporado no pré-aviso” (1950-1951: 340). E continua, questionando se “[p]oder-se-ia julgar consagrada a necessidade de o resgatante, expirado o prazo do aviso, ser obrigado a manifestar ao concessionário a sua decisão de resgatar? Tal exigência pleonástica não pode ter passado pela mente do legislador, porque, ou o pré-aviso traduzia apenas a expressão de um voto, de um desidério do concedente, e dissolve-se a sua seriedade e consistência, que sustentam de pé, como vimos, a economia deste elemento; ou então ele é um ato revestido do interesse das decisões vinculantes para a Administração e particular, e não se percebe que mais tarde aquela tenha de voltar à carga a repetir enfaticamente uma decisão que em face do concessionário e dela própria já é coisa assente. O dilema é premente e estamos convencidos de que ele prova que só o pré-aviso é o portador da vontade de resgatar” (1950-1951: 333-334). Esta posição de Rogério Soares é a que, também do nosso ponto de vista, merece adesão⁹⁹. Efetivamente, uma coisa é o momento constitutivo do resgate e a sua validade – a declaração do resgate coincide com o pré-aviso – e outra diferente é o momento da produção dos seus efeitos jurídicos e da sua eficácia (quando se produz o efeito extintivo), sendo perfeitamente possível a sua dissociação temporal (cfr. Soares, 1950-1951: 341), como, de resto, é amplamente reconhecido ao ato administrativo (sendo o resgate um ato administrativo contratual, como se viu), cuja eficácia diferida está legalmente admitida em geral no CPA¹⁰⁰. Portanto, bem vistas as coisas, o pré-aviso mais não é do que a decisão de resgate e a respetiva comunicação ao concessionário, a qual, atualmente, tem de acontecer com 6 meses de antecedência (ou outra antecedência prevista contratualmente) em face da data na qual o efeito extintivo se produzirá (o que não significa que a data em que ocorra o pré-aviso – *rectius*, a decisão de resgate – não seja relevante, como se infere claramente dos n.ºs 3 e 4 do artigo 422.º do

⁹⁹ Cfr. neste sentido também, Gonçalves (1999: 353); Assis Raimundo (2022: 318). Em sentido diferente: na jurisprudência, cfr. acórdão de 15.06.2018, disponível em www.dgsi.pt, em que estava em causa uma decisão de resgate emitida pelo Município de Braga para por termo a uma concessão de estacionamento e a questão *sub iudice* era da tempestividade da ação, proposta mais de 3 meses depois do pré-aviso: “Continuando a produzir-se os efeitos implicados no resgate, esses e outros mais, decorrido o tempo de pré-aviso; não por acessoriedade de termo, mas porque é nessa típica expressão que se aplica o acto”; na doutrina, cfr. Fonseca (2020: 207), em que a Autora invoca decisivamente a favor da sua tese o facto de, na sua leitura, o n.º 3 do artigo 422.º do CCP testemunhar que o resgate produz efeitos imediatos, por estabelecer que os direitos e obrigações do concessionário são assumidos automaticamente pelo concedente *após aquela notificação* (leitura que, a nosso ver, não se infere da lei, dali decorrendo antes que a assunção dos direitos e obrigações do concessionário pelo concedente acontece na data de produção de efeitos do *resgate*).

¹⁰⁰ Veja-se o disposto no artigo 155.º do CPA, nos termos do qual a eficácia do ato administrativo é imediata, “*salvo nos casos m que a lei ou o próprio ato lhe atribua eficácia retroativa, diferida ou condicionada*”.

CCP¹⁰¹). Como a decisão de resgate não está, por força do regime especial dos atos administrativos contratuais previsto no n.º 2 do artigo 308.º do CCP, sujeita a audiência prévia, não há que articular esse momento no procedimento tendente à decisão de resgate. Após o decurso do prazo de garantia ou antes, desde que a produção de efeitos do resgate ocorra já fora desse prazo, o concedente pode tomar a decisão de resgate, fundamentadamente, comunicando-a à concessionária e indicando-lhe a data em que o resgate produzirá efeitos, a qual deve respeitar a antecedência contratualmente prevista e, na falta dela, prevista na lei (à falta de lei especial, aplicar-se-á supletivamente os seis meses indicados pelo legislador do CCP)¹⁰².

Questão diferente da anterior, ainda, é a que se prende, já não com o momento em que se produz o efeito extintivo (o momento em que o ato *explode* juridicamente, em que é puxado o respetivo *gatilho*, *disparando-se* os seus efeitos) (cfr. Esteves de Oliveira, Gonçalves, Pacheco de Amorim, 2005: 611), mas antes com a “*direção (temporal) em que os efeitos do ato se projetam*” (cfr. Esteves de Oliveira, Gonçalves, Pacheco de Amorim, 2005: 614)¹⁰³, isto é, se se projetam para o passado (eficácia *ex tunc*) ou apenas para o futuro (*ex nunc*). Mesmo que a doutrina não seja unânime em geral sobre qual deve ser a regra a aplicar no direito administrativo¹⁰⁴, no caso do resgate, não oferece grande dúvida que a sua eficácia se projeta apenas para o futuro, não abrangendo as prestações passadas, já que, mesmo que se aceite a aplicação do disposto no artigo 434.º do Código Civil, esta norma privatística ressalva da eficácia retroativa da resolução as prestações efetuadas em contratos de execução continuada ou periódica.

Referências

Aguilar Valdez ÓR. La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos. Revista De Derecho Administrativo. 3; 2007

¹⁰¹ O concedente assumirá (na data de produção do efeito extintivo) automaticamente os direitos e obrigações do concessionário diretamente relacionados com as atividades concedidas *desde que* constituídos em data anterior à da notificação da decisão de resgate. E as obrigações assumidas pelo concessionário *após essa notificação* apenas vinculam o concedente quando este haja autorizado, prévia e expressamente, a sua assunção.

¹⁰² A doutrina já chamou a atenção para que a condição suspensiva em que assenta a eficácia diferida de um ato de resolução sancionatória não deve, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, conduzir a que o efeito resolutivo se produza em data muito próxima do fim da duração do contrato objeto de resolução – cfr. Hong Cheng Leong (2021: 760). Esta preocupação, válida para resoluções sancionatórias, é ainda mais intensa no caso de atos resolutórios fundados em razão de interesse público, como é o caso do resgate, em que, evidentemente, se manifesta totalmente desproporcionado que o efeito extintivo se produza perto do termo da concessão, o que, à partida, seria causa de invalidade dessa decisão de resgate (a menos que fosse demonstrado que o interesse público imperioso que lhe subjaz não toleraria aguardar pelo iminente termo do contrato de concessão).

¹⁰³ Os Autores chamam a atenção para a possibilidade, em linha com o raciocínio exposto, de *atos de eficácia retroativa diferida* como “atos que, quando (ou se) se tornarem eficazes, vinculam (para o futuro e também) para o passado” (cfr. p. 611).

¹⁰⁴ Sobre os contornos do problema, cfr. Hong Cheng Leong (2021: 757-759).

Alves JF. Nos trilhos da cidade. Aspetos históricos dos transportes coletivos no Porto. Revista da Faculdade de Letras, História, Porto. III Série. Volume I; 2000

Amado Gomes C. A conformação da relação contratual. In: Estudos de Contratação Pública - I. Coimbra: Cedipre, Coimbra Editora; 2008

Aroso de Almeida M. Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos. CJA, n.º 66; 2007

Assis Raimundo M. Direito dos Contratos Públicos, Volume 2. Regime substantivo. Lisboa: AAFDL Editora; 2022 (reimpressão)

Athaíde A. Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo. Editora da Fundação Getúlio Vargas; 1981

Caetano M. Manual de Direito Administrativo, Volume II. 9.ª edição, 2.ª reimpressão. Coimbra: Almedina; 1983

Correia FA. As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública. Coimbra; 1982

Esteves de Oliveira M, Gonçalves PC, Pacheco de Amorim J. Código do Procedimento Administrativo Comentado. 2.ª edição; 2005

Esteves de Oliveira R. Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas. Policopiado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; 2001

Esteves de Oliveira R. Estabilidade e Instabilidade no Contrato Administrativo: as Vicissitudes Contratuais Imputáveis ao Contraente Público. Universidade de Coimbra; agosto de 2016

Esteves de Oliveira R. O acto administrativo contratual. CJA, n.º 63. Maio-Junho 2007

Estorninho MJ. Requiem pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina; 2003 (reimpressão da edição de 1988)

Feliú G, Sala Sánchez P, Quintero Olivares G. Cumplimiento de los contratos y seguridad jurídica. Consecuencias prácticas en el ordenamiento español de las exigencias europeas. In: El interés Público y su Satisfacción con la colaboración público-privada, Fundamentos, Equilibrios y Seguridad jurídica. Cámara Oficial de Comerç, Indústria Serveis i Navegació de Barcelona; 2017

Feliú G. Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario. El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho. n.ºs 58-59, Iustel. Fev-Março; 2016

Fernandez Valverde R. El rescate de las concesiones de servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo DA. Nueva Época. n.º 4; janeiro-dezembro 2017

Fonseca IC. Da natureza jurídica do pré-aviso de resgate e da (in)tempestividade da respetiva impugnabilidade. In: Direito da Contratação Pública, Estudos Reunidos. 2.ª edição. Almedina; 2020

Freitas do Amaral. Curso de Direito Administrativo, Volume II. 4.ª edição. Almedina; 2018

García de Enterría E, Ramón Fernández T. Curso de Derecho Administrativo, II. 15.ª edición. Civitas – Thomson Reuters; 2022

Gonçalves PC. A Concessão de Serviço Público. Almedina; 1999

Gonçalves PC. Acordao Presetext: modificacao de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. Cadernos de Justica Administrativa. n.º 73; 2009

Gonçalves PC. O Contrato Administrativo. Um Instituto do Direito Administrativo do Nosso Tempo. Coimbra; 2003

González Deleito N. La republicación de servicios públicos gestionados en régimen de concesión. Actualidad Administrativa. n.º 6. Wolters Kluwer; junho 2018.

González-Varas Ibáñez S. Rescates de concesiones. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. n.º 28; junho 2013

Guimarães AL. O Carácter Excepcional do Ato Administrativo Contratual, no Código dos Contratos Públicos. Almedina; 2012

Hong Cheng L. Resolução do contrato administrativo por incumprimento. In: Amado Gomes A, et al, coords. Comentários ao Código dos Contratos Públicos, Volume II. Lisboa: AAFDL Editora; 2021

Lafuente Benaches M. El rescate de concesión de obra pública. Apuntes al rescate del Túnel de Soller. Revista Vasca de Administración Pública (RVAP). n.º 110; 2018

Laubadère A, Moderne F, Delvolvé P. Traité des Contrats Administratifs, Tome 2. 2.ª edição. L.G.D.F.; 1984

Maçãs F. A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos. In: Estudos da Contratação Pública, Vol. I. Almedina; 2008

Machete P. Estado de Direito democrático e Administração Paritária. Coimbra: Almedina; maio de 2007

Marques Guedes. A Concessão, Parte I, Natureza Jurídica da Concessão. Coimbra Editora; 1954

Meilan Gil JL. Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión. Revista de la Administración Pública, n.º 191; 2023

Mendes de Almeida AJ. Concessões de Serviços Públicos, O resgate, natureza jurídica. Revista da Ordem dos Advogados. Volume II. Ano 11, n.ºs 3 e 4; 1951

Mestre Delgado JF. La Extinción de la Concesión de Servicio Público. La Ley; 1992

Míguez Macho L. La nueva regulación del rescate en los contratos de concesión y sus implicaciones para la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos. Anuario del Gobierno Local. n.º 1; 2018

Pereira PM. O dever de resolver contratos, in Revista de Concorrência e Regulação. n.ºs 27 e 28. Coimbra; 2016

Pereira PM. Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos. Coimbra Editora; 2011

Rebello de Sousa M, Salgado de Matos A. Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral, Tomo III. Dom Quixote; 2008

Richer L. Droit des Contrats Administratifs. 7.^a edição. L.G.D.J, Lextenso Éditions; 2010

Sérvulo Correia. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina; Março 2003 (reimpressão da edição de 1987)

Sérvulo Correia. Noções de Direito Administrativo, I. Lisboa: Editora Danúbio Lda.; 1982

Soares RE. Nota sobre a natureza jurídica do chamado pré-aviso de resgate nas concessões de serviços públicos. Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano VI. N.ºs 4 a 6; Out-Dez 1950 e Fevereiro de 1951

Torgal L. Sobre a nova definição europeia de concessão (Diretiva 2014/23/EU). Estudos de Homenagem a Mário Esteves de Oliveira, 2017, p. 1073 e ss.; Almedina

Torno Más J. El contrato de concesión de servicios. In: Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Capítulo 39. 1.^a ed. Janeiro 2018; Arazandi

Torno Más J. La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho. n.ºs 58-59, Iustel. Fev-Março; 2016

Treumer S. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive. Public Procurement Law Review 3; 2014