

## Da lesão do direito de exclusivo de concessionário

PAULO OTERO \*

Sumário: §1º - *Configuração do direito de exclusivo*; §2º - *Quebra do direito de exclusivo: a abertura da atividade à concorrência*; §3º - *Dimensão patrimonial do direito de exclusivo*; §4º - *A força operativa do conceito constitucional de “justa indemnização”*; §5º - *Conclusões*.

### §1º - Configuração do direito de exclusivo

**1.1.** A circunstância de decorrer da lei que a outorga da concessão da exploração comercial de uma atividade, sendo feita um regime de serviço público, envolve a atribuição de um direito de exclusivo, assume um duplo significado:

- (i) A concessão de um serviço público pressupõe que essa mesma atividade se encontra subtraída à livre concorrência – se todos pudessem exercer livremente essa atividade, não poderia a mesma ser conferida apenas a uma entidade;<sup>1</sup>
- (ii) São as necessidades de serviço público que justificam a exclusividade de uma concessão<sup>2</sup> – é a eficácia do serviço público que, bem

---

JURISMAT, Portimão, n.º 7, pp. 81-94.

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9ª ed., reimp., Coimbra, 1980, p. 1100.

<sup>2</sup> Neste sentido, em termos genéricos, cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, Berne, 1992, p. 130.

mais do que o interesse do concessionário, alicerça a exclusividade.<sup>3</sup>

A solução que configurando como direito do concessionário a exploração, em regime de exclusivo, de um serviço público concedido, mostra-se acolhida pelo Código dos Contratos Públicos.<sup>4</sup>

**1.2.** A atribuição de um exclusivo de exploração comercial no âmbito de uma determinada área concessionada tem subjacente um verdadeiro sinalagma jurídico entre as partes envolvidas:<sup>5</sup>

- (i) O concessionário desenvolverá consideráveis investimentos em infraestruturas, suportando os inerentes custos financeiros, substituindo-se à entidade pública, e acarretando, em simultâneo, o risco da exploração do bem ou atividade em causa;
- (ii) O concedente, em contrapartida, assume o dever de não apoiar, durante certo tempo e dentro de um espaço previamente definido (correspondente à área concessionada), quaisquer projetos concorrentes,<sup>6</sup> recusando qualquer permissão habilitante do desenvolvimento de uma atividade semelhante<sup>7</sup> e, deste modo, conferindo ao concessionário a exclusividade de exploração do bem ou atividade, numa espécie de reserva de exercício dessa mesma atividade.<sup>8</sup>

O direito de exclusivo, funcionando como base remuneratória do seu titular, criando a seu favor um mercado de utentes, uma vez que incide sobre uma atividade e numa determinada área, exclui, durante a sua vigência, a concorrência do exercício de uma atividade semelhante ou paralela: o “privilégio de exploração”<sup>9</sup> ou “privilégio da exclusividade” consubstancia, afinal, um modelo de proteção do cocontratante pela Administração Pública,<sup>10</sup> conferindo-lhe uma garantia de não concorrência<sup>11</sup> e, por essa via, reforça a segurança dos investimentos efetuados.<sup>12</sup>

<sup>3</sup> Neste último sentido, igualmente em geral, cfr. CHRISTIAN BETTINGER / GILLES LE CHATELIER, *Les Nouveaux Enjeux de la Concession et des Contrats Apparentés - Après les réformes de 1993-1995*, Paris, 1995, p. 63.

<sup>4</sup> Cfr. CCP, artigo 415º, alínea a).

<sup>5</sup> Neste sentido, cfr. LINO TORRALBA / JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, *Concessões de actividades públicas e direito de exclusivo*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, Coimbra, 2012, pp. 554-555.

<sup>6</sup> Existe aqui um dever de abstenção por parte da entidade concedente, enquanto expressão da garantia de exercício exclusivo da concessão, cfr. ENZO SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, p. 380.

<sup>7</sup> Cfr. FRANCIS-PAUL BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*, Paris, 1968, p. 830.

<sup>8</sup> Cfr. PELINO SANTORO, *Manuale dei Contratti Pubblici*, 7ª ed., Milano, 2007, p. 855.

<sup>9</sup> Expressão utilizada por FRANCIS-PAUL BÉNOIT, *Le Droit...*, p. 830.

**1.3.** Independentemente dos efeitos do direito de exclusivo sobre a liberdade de iniciativa económica face aos privados excluídos de desenvolver uma atividade concorrente, uma vez que o exclusivo incide sobre a sua capacidade de exercer essas atividades,<sup>13</sup> verifica-se que a exclusividade na exploração do bem concessionado comporta uma tripla incidência:<sup>14</sup>

- (i) Afasta a concorrência de outros privados no exercício dessa mesma atividade, nessa mesma área territorial objeto de concessão e durante o período de vigência da mesma, numa situação ablativa dos poderes de intervenção destes terceiros;<sup>15</sup>
- (ii) Proíbe que a entidade concedente desenvolva negociações paralelas com outros concorrentes interessados, durante o período da concessão, impondo-lhe o dever de proteção do exclusivo conferido, incluindo o dever de não tolerar comportamentos lesivos ou perturbadores de terceiros;<sup>16</sup>
- (iii) Confere ao concessionário, além de uma posição patrimonial de vantagem, “um *direito de oposição* contra quem quer que apareça a explorar a *mesma atividade* no âmbito geográfico do seu exclusivo”,<sup>17</sup> funcionando essa indevida intromissão de um terceiro (ou do próprio Concedente), em violação do exclusivo, de causa de responsabilidade civil.<sup>18</sup>

**1.4.** O direito de exclusivo conferido por um contrato de concessão encontra-se sujeito a todas as vicissitudes que, nos termos da lei (específica deste tipo de contratos e também da lei geral da contratação pública) e ainda das cláusulas contratuais, a “vida” dos contratos administrativos é passível de registar ao longo da sua execução:

- (i) O direito de exclusivo pode cessar mediante diferentes vias, salientando-se as seguintes principais:
  - Caducidade, rescisão do contrato ou sua revogação através de acordo das partes;
  - Resgate ou sequestro da concessão;

<sup>10</sup> Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE / FRANCK MODERNE / PIERRE DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, II, Paris, 1984, pp. 190 e 191.

<sup>11</sup> Cfr. LINO TORGAL / JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, *Concessões...*, p. 560.

<sup>12</sup> Cfr. CHRISTIAN BETTINGER / GILLES LE CHATELIER, *Les Nouveaux Enjeux...*, p. 63.

<sup>13</sup> Cfr. PELINO SANTORO, *Manuale...*, p. 855.

<sup>14</sup> Em sentido diferente, sublinhando apenas a existência de uma dupla vertente no direito de exclusivo, em relação as terceiros e face à própria Administração, cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE / FRANCK MODERNE / PIERRE DELVOLVÉ, *Traité...*, II, p. 191.

<sup>15</sup> Admitindo, todavia, casos de diferentes tipos ou graus de incidência do direito de exclusivo, cfr. LINO TORGAL / JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, *Concessões...*, pp. 561 ss.

<sup>16</sup> Cfr. ENZO SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, p. 380.

<sup>17</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, p. 266.

<sup>18</sup> Cfr. ENZO SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, p. 380.

- Extinção do serviço público concessionado;
  - Por efeito de decisão judicial (ou arbitral) anulatória ou declarativa da nulidade do seu fundamento legal ou contratual e ainda de vícios próprios;
- (ii) Os próprios termos configurativos do conteúdo e extensão do direito de exclusivo podem ser modificados, por via negocial entre as partes, ou, em alternativa, dentro dos limites legais e contratuais, objeto de modificação unilateral;
- (iii) Nem se pode excluir, por outro lado, que fenómenos como a alteração de circunstâncias, casos de força maior ou situações de *fait du prince* possam, igualmente, gerar efeitos modificativos ou extintivos sobre o direito de exclusivo;
- (iv) Por último, poderá suceder que, por efeito de suspensão da concessão prevista na lei, passando a concedente a assumir transitóriamente a exploração do serviço concessionado, ocorra uma paralela suspensão do exercício do direito de exclusivo do concessionário.

O direito de exclusivo conferido a um concessionário, resultando de um contrato administrativo, não vive à margem desse mesmo contrato, antes se encontra sujeito a todas as ocorrências (normais ou anormais, ordinárias ou extraordinárias, intencionais ou não intencionais) que um vínculo jurídico bilateral e de longa duração se mostra passível de sofrer com o decurso do tempo.

## §2º - Quebra do direito de exclusivo: a abertura da atividade à concorrência

2.1. Independentemente da incidência do Direito da União Europeia sobre os direitos de exclusivo objeto de concessão administrativa,<sup>19</sup> a existência de um “privilégio de exclusividade” mostra-se suscetível de conflitar com o simples propósito de outorga de uma nova concessão que, em termos materiais e territoriais, habilite o desenvolvimento de uma atividade concorrente por parte de outros operadores privados face ao atual concessionário titular de um direito de exclusivo:

- (i) Atribuindo essa nova concessão, a Administração Pública viola o dever de se abster de quaisquer medidas que lesem ou comprometam a exclusividade conferida ao atual concessionário (v. *supra*, nº 1.2.): a violação do direito de exclusivo do concessionário con-

<sup>19</sup> Em termos gerais, cfr. FAUSTO DE QUADROS / JOSÉ MARIA DE ALBUQUERQUE CALHEIROS, *Os exclusivos no Direito Administrativo Português e a sua conformidade com o Direito Comunitário*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55º, III, 1995, pp. 1049 ss.; MARGHERITA RAMAJOLI, *Concessioni di Pubblico Servizio e Diritto Comunitario*, in GIUSEPPE PERICU / ALBERTO ROMANO / VINCENZO SPAGNUOLO VIGORITA (org.), *Le Concessioni di Pubblico Servizio*, Milano, 1995, em especial, pp. 342 ss.

substancia uma forma de incumprimento do contrato de concessão, se feita pela própria entidade concedente,<sup>20</sup> e, em qualquer caso, traduzirá sempre uma violação de um direito conferido ao concessionário;

- (ii) A violação do direito de exclusivo titulado pelo concessionário envolve diferentes efeitos:
- Determina, em princípio, a invalidade da decisão administrativa de abertura do procedimento de adjudicação de uma nova concessão e, naturalmente, de todos os atos subsequentes, incluindo do futuro contrato de concessão a celebrar, encontrando-se o atual concessionário legitimado processualmente a agir junto dos tribunais na defesa do seu direito de exclusivo;
  - Gera uma diminuição do valor económico do exclusivo até então existente, por efeito da partilha concorrencial de um mercado que era reservado à exploração comercial do concessionário, alicerçando, também por esta via, uma fonte autónoma de responsabilidade civil contra a entidade concedente;<sup>21</sup>
  - Faz ocorrer, por razões totalmente imputáveis a intervenientes de natureza pública, uma alteração anormal e imprevisível do quadro factual que esteve na base do contrato de concessão e que existiu até ao momento em que foi criada na nova concessão, habilitando o concessionário a, num caso de grave desequilíbrio financeiro da exploração, ultrapassando o risco normal da gestão, ou num cenário de uma superveniente excessiva onerosidade do contrato, a exigir um reequilíbrio financeiro<sup>22</sup> ou até, numa hipótese extrema, a resolução do contrato.<sup>23</sup>

**2.2.** Mesmo que se admitisse, a título meramente hipotético, que não existia qualquer direito de exclusivo titulado pelo concessionário que invalidasse a abertura de nova concessão (: erro interpretativo do contrato sobre a existência do exclusivo) ou, em alternativa, que o exclusivo existente não exclui a possibilidade de exercício concorrencial dessa atividade (: erro interpretativo sobre o âmbito contratual do exclusivo),

<sup>20</sup> Se, naturalmente, a Administração for alheia ao facto, num cenário de surgimento ilegal da concorrência, compete-lhe então o exercício dos meios tendentes a fazer cessar a violação do exclusivo. Neste último sentido, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, p. 1122.

<sup>21</sup> Neste sentido, sublinhando que a violação do exclusivo confere ao concessionário a faculdade de exigir responsabilidade contratual ao concedente, cfr. LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, 1995, p. 392.

<sup>22</sup> Cfr. Código dos Contratos Públicos, artigo 314º, nº 1, alínea a).

<sup>23</sup> Cfr. Código dos Contratos Públicos, artigo 335º, nº 2.

a verdade é que a outorga de uma nova concessão envolveria sempre, em cenários de uma prolongada situação factual de verdadeiro ou efetivo exclusivo, efeitos lesivos face à posição jurídica do atual concessionário, isto atendendo a quatro ordens de razões:

- (i) A outorga dessa nova concessão produzirá inevitavelmente uma frustração da confiança do concessionário na manutenção de um quadro factual de exclusividade do exercício da sua atividade que, sustentado numa eventual interpretação desde sempre feita do contrato de concessão, se pode entender lesar as suas legítimas expectativas de manutenção de uma exclusividade de exercício da atividade em causa, isto até ao fim do prazo da concessão;
- (ii) Foi esse mesmo investimento na confiança, essa previsibilidade de manutenção de um exclusivo que se tinha como certo resultar de uma interpretação até então adotada do contrato (e sem que a concedente o tivesse alguma vez contrariado ou desmentido), que terá feito o concessionário realizar investimentos no passado e projetar novos investimentos no presente e no futuro<sup>24</sup>, verificando-se que o propósito de criar uma nova concessão lesa de forma inamissível e arbitrária o princípio da confiança;
- (iii) Por isso mesmo, a tutela da confiança e da segurança jurídica nunca poderá deixar de garantir meios de ressarcimento indemnizatório da confiança investida pelo concessionário na manutenção de uma situação por ele tida como titulada por via do contrato de concessão ou, ainda que assim não se entenda, de uma situação de facto que, durante vários anos, alicerçou a confiança da titularidade de um direito de exclusivo que motivou avultados investimentos financeiros;
- (iv) Poderá mesmo tratar-se de uma situação em que o ressarcimento indemnizatório dos danos sofridos não se satisfaça com o simples garantir do reequilíbrio financeiro do contrato de concessão: a tutela da confiança e a dimensão da lesão patrimonial sofrida pelo concessionário poderá determinar uma indemnização de todos os danos emergentes e ainda lucros cessantes que os investimentos realizados ambicionavam à luz do exclusivo factualmente existente.

**2.3.** Abstraindo das hipóteses de erro interpretativo do contrato de concessão sobre a existência ou o âmbito do direito de exclusivo, a verdade é que a outorga de uma nova concessão não se limita a lesar a tutela da confiança do concessionário num

<sup>24</sup> Sublinhando essa mesma associação entre o direito de exclusivo nas concessões e o reforço da segurança dos capitais investidos pelos concessionários, cfr. CHRISTIAN BETTINGER / GILLES LE CHATELIER, *Les Nouveaux Enjeux* ..., p. 63.

cenário de existência jurídica do direito de exclusivo da exploração comercial de uma atividade: a outorga de uma nova concessão atenta, direta e imediatamente, contra o próprio direito de exclusivo titulado pelo concessionário.

Os efeitos da lesão efetuada da posição jurídica do concessionário dependem, todavia, da configuração jurídica do próprio direito de exclusivo.

### §3º - Dimensão patrimonial do direito de exclusivo

**3.1.** Já anteriormente se havia sublinhado que a exclusividade da atividade concessionada confere ao concessionário uma posição patrimonial de vantagem (v. *supra*, nº 1.3.).

O exclusivo atribuído por um contrato de concessão consubstancia um direito de conteúdo patrimonial privado, conferindo ao seu titular uma posição jurídica que se reconduz ao conceito constitucional de propriedade privada, gozando das inerentes garantias de tutela e salvaguarda.

Com efeito, o direito de propriedade tutelado pela Constituição é entendido como todo e qualquer direito de conteúdo patrimonial privado, equivalendo ao conceito de património,<sup>25</sup> conceptualização esta acolhida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.<sup>26</sup>

É a tutela do direito fundamental de propriedade privada do concessionário que, lesado no seu direito de exclusivo pela abertura da atividade à concorrência, justifica suscitar uma questão de validade constitucional numa hipótese de outorga de uma nova concessão.

A fundamentação constitucional dos alicerces do direito de exclusivo na garantia do direito de propriedade privada determina que o “privilégio da exclusividade” beneficia do regime material a que se encontra sujeito o próprio direito fundamental de

<sup>25</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, 1998, pp. 547 ss.; SOUSA FRANCO / OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa*, Coimbra, 1993, p. 174; PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1996, pp. 32 ss.; IDEM, *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra, 1999, pp. 127 ss.; IDEM, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, 2007, p. 574.

<sup>26</sup> Cfr., entre outros, Acórdão nº 491/02, 26 de novembro de 2002, referente ao processo nº 310/99, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão nº 374/03, de 15 de julho de 2003, referente ao processo nº 480/98, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão nº 273/04, de 20 de abril de 2004, referente ao processo nº 506/03, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

propriedade privada, enquanto direito análogo aos direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da Constituição.<sup>27</sup>

Significa isto, desde logo, o seguinte:

- (i) Nos termos do artigo 18º, nº 1, da Constituição, todas as entidades públicas (e privadas) se encontram vinculadas ao respeito pelo direito de exclusivo titulado pelo concessionário: o direito de exclusivo, enquanto manifestação do direito de propriedade privada garantida pela Constituição, deve ser respeitado na ausência de lei e mesmo contra lei expressa;
- (ii) Por via de regra, os atos que violem a exclusividade, atentando contra a inerente garantia do direito de propriedade privada do seu titular, encontram-se feridos de inconstitucionalidade e, tratando-se de atos produzidos pela Administração, são juridicamente nulos;<sup>28</sup>
- (iii) Poderá suceder, no entanto, que, por razões de utilidade pública ou interesse público, respeitado que seja o princípio da precedência de lei, o direito de exclusivo possa ser objeto de um ato materialmente de incidência expropriativa, enquanto decisão de autoridade pública lesiva de direitos privados de conteúdo patrimonial,<sup>29</sup> envolvendo sempre, nesse caso, o direito ao pagamento de uma justa indemnização.

**3.2.** A recondução da tutela do direito de exclusivo de um concessionário à garantia constitucional da propriedade privada, limitando os casos de admissibilidade de intervenção ablativa ou lesiva da exclusividade a situações de utilidade pública alicerçadas em lei e envolvendo sempre o pagamento de uma justa indemnização, não pode fazer esquecer hipóteses de atos análogos à expropriação.<sup>30</sup>

Com efeito, pode suceder que, sem privar formalmente o concessionário do seu direito de exclusivo, a Administração possa produzir uma limitação substancial ou um esvaziamento do conteúdo essencial do direito em causa, num efeito equivalente a uma ablação ou perda da substância do direito patrimonial privado: tratar-se-á, nesse caso, de um ato análogo à expropriação.<sup>31</sup>

Tais atos análogos à expropriação, afetando de modo substancial o direito de exclusivo, criando, por esta via, uma situação equiparável à expropriação, consubstanciam

<sup>27</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Estabilidade contratual...*, p. 33.

<sup>28</sup> Cfr. Código do Procedimento Administrativo, artigo 133º, nº 2, alínea d).

<sup>29</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, pp. 561 ss.

<sup>30</sup> Procedendo ao desenvolvimento do conceito destes designados atos análogos à expropriação, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pp. 205 ss. e 263 ss.

<sup>31</sup> Neste sentido, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção...*, p. 220.

uma lesão do “conteúdo essencial” ou no “núcleo substancial” deste direito de conteúdo patrimonial privado, razão pela qual não podem deixar de estar sujeitos ao regime da expropriação, envolvendo o pagamento de uma justa indemnização.

**3.3.** O direito a obter o pagamento de uma justa indemnização, em cenários de expropriação de um direito patrimonial privado, tal como sucede com a extinção, esvaziamento ou violação do direito de exclusivo titulado pelo concessionário, trata-se de um imperativo constitucional consagrado no artigo 62º, nº 2.

Mais: esse direito à indemnização por privação da propriedade privada é também o sentido interpretativo que decorre da tutela do direito de propriedade pelos principais instrumentos de Direito Internacional vinculativos para o Estado português: o artigo 17º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o artigo 1º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

E, nesse contexto, uma vez que a indemnização que está em causa tem de ser, por exigência constitucional, uma *justa* indemnização, deparamos aqui com um novo e autónomo direito fundamental: a privação de direitos privados de conteúdo patrimonial, por razões de interesse ou utilidade pública, faz gerar, em sua substituição, a título de sucedâneo, o direito a receber do erário público o pagamento de uma justa indemnização.

Ora, esse direito a uma justa indemnização, funcionando como garantia substitutiva do direito de propriedade privada objeto de um ato expropriativo, é, também ele, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias<sup>32</sup> e, por conseguinte, encontra-se sujeito ao regime material do artigo 18º da Constituição.<sup>33</sup>

Este último entendimento é, aliás, objeto de expresse acolhimento pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.<sup>34</sup>

Deste modo, qualquer expropriação ou ato análogo a uma expropriação que incida sobre o direito de exclusivo proveniente de um contrato de concessão sem que envolva o pagamento de qualquer indemnização ou sem o pagamento de uma indemnização que seja justa, equivalendo materialmente a uma situação de confisco, mostra-se uma conduta violadora do direito fundamental ao pagamento de uma justa indemnização.

<sup>32</sup> Neste sentido, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, p. 178.

<sup>33</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, p. 570.

<sup>34</sup> Cfr. Acórdão nº 341/86, de 10 de dezembro de 1986, referente ao processo nº 111/84, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860341.html>

#### §4º - A força operativa do conceito constitucional de “justa indemnização”

4.1. Reconduzido o direito de exclusivo a um direito de conteúdo patrimonial privado que encontra tutela na garantia constitucional de propriedade privada, verifica-se que a lesão da exclusividade pode ocorrer através de três diferentes vias:

- (i) Pode essa lesão consubstanciar-se numa privação ou extinção da exclusividade por razões de interesse ou utilidade pública, caso em que estaremos diante de ato válido de natureza expropriativa, envolvendo, todavia, o direito ao pagamento de uma justa indemnização;
- (ii) Pode, em sentido contrário, essa privação ou extinção do direito de exclusivo não se fundar em razões de interesse ou utilidade pública ou as razões invocadas não serem válidas, haverá aqui uma situação de expropriação inválida, num cenário de inerente atentado ao direito de propriedade privada do concessionário (v. *supra*, nº 3.1.), caso em que, por uma questão de coerência ou unidade do sistema jurídico, nunca poderá envolver um dever de indemnizar de montante inferior ao que ocorreria em cenário de expropriação válida – existe um direito ao pagamento de uma justa indemnização (até à luz de um argumento por maioria de razão);
- (iii) Poderá ainda, por último, a lesão do direito de exclusivo resultar de um ou vários atos análogos à expropriação (v. *supra*, nº 3.2.), independentemente de se saberem fundados ou não em razões de interesse público ou utilidade pública, determinando sempre, por identidade de razões face aos atos de expropriação em sentido próprio, um igual direito ao pagamento de uma justa indemnização.

Pode concluir-se, em suma, que a lesão (total ou parcial, válida ou inválida) do direito de exclusivo, reconduzindo-se a um ato de natureza ou efeitos expropriativos de uma posição jurídica subjetiva garantida pelo direito fundamental de propriedade privada, origina sempre o direito ao pagamento de uma justa indemnização.

E esse direito a uma justa indemnização é ele, igualmente, um direito fundamental garantido pela Constituição.

4.2. Em boa verdade, o direito fundamental a uma justa indemnização, em cenários de expropriação, é ainda um direito de conteúdo patrimonial privado que emerge da Constituição, a título de bem sucedâneo, resultante da privação ou lesão, por ato de autoridade pública, de um primeiro direito de propriedade privada: o pagamento de uma justa indemnização é o “preço” decorrente da privação ou simples lesão, por expressão de vontade de uma entidade pública, de um outro direito de propriedade privada titulado por um particular.

Num outro sentido, pode dizer-se, o direito à justa indemnização é um direito de conteúdo patrimonial privado de segundo grau: trata-se de uma propriedade privada sobre um valor em dinheiro que exerce uma função sucedânea, substitutiva ou complementar da lesão a uma propriedade privada sobre um outro bem.

**4.3.** Como se pode materializar, em caso de privação ou lesão do direito de exclusivo do concessionário, por efeito da outorga de uma nova concessão, o seu direito fundamental a uma justa indemnização?

Uma primeira tentativa de solução poderá envolver o apelo à ideia de um reequilíbrio financeiro, segundo a equação financeira subjacente ao contrato de concessão violado: tudo começará aqui, aferindo da justiça do valor indemnizatório resultante do clausulado contratual.

Pode suceder, porém, que um tal critério baseado no reequilíbrio financeiro se mostre insuficiente para o ressarcimento integral dos danos sofridos,<sup>35</sup> designadamente:

- Os danos decorrentes da perda, deterioração, inutilização ou subaproveitamento de bens integrantes do património do concessionário e utilizados na exploração do exclusivo;
- Os danos resultantes de gastos extraordinários que o concessionário tenha efetuado em virtude da lesão sofrida;
- Os danos provocados por despesas já feitas pelo concessionário e que foram desaproveitadas por efeito da privação do exclusivo;
- Os lucros cessantes, traduzidos em todas as receitas que não entraram no património do concessionário e que deveriam ter ingressado se não tivesse ocorrido a lesão ou privação do seu direito de exclusivo.

Nestes termos, se uma solução baseada na equação financeira do contrato se mostrar insuficiente, existindo, por força da lesão ou privação da exclusividade, danos do concessionário que não foram integralmente indemnizados, uma única conclusão se torna lícita: a indemnização resultante das regras do reequilíbrio financeiro contratual não se mostra uma indemnização justa.

Não sendo justa a indemnização, esse critério de cálculo é contrário à lei constitucional: trata-se de um critério violador de um direito fundamental (: o direito a uma *justa* indemnização).

<sup>35</sup> Para um elenco de tais danos, cfr. MANUEL GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pp. 117-118.

**4.4.** A equação financeira subjacente ao contrato de concessão funciona apenas como ponto de partida para a determinação de um montante indemnizatório que, por exigência constitucional, tem de ser justo, nunca podendo ser tomada como solução única ou inultrapassável.

Se, no final do cálculo, a indemnização obtida não se mostrar justa, a garantia constitucional deste direito fundamental exige que se abandone o critério subjacente ao reequilíbrio financeiro contratual, devendo procurar-se um critério material que assegure a justiça indemnizatória, isto é, o ressarcimento integral de todos os danos que, por efeito da privação do direito de exclusivo, o concessionário tenha sofrido.

Na ideia de justa indemnização reside, afinal, o critério, o fundamento e o limite da compensação financeira a pagar em casos de expropriação, tal como sucede com as situações de privação do direito de exclusivo.

Ora, essa justiça do valor indemnizatório só se obtém através da integral reparação dos danos sofridos pelo concessionário, em resultado da privação ou lesão do seu direito de exclusivo: as cláusulas contratuais definidoras da equação financeira não podem limitar ou excluir a operatividade do direito fundamental à justa indemnização decorrente de atos expropriativos de direitos de conteúdo patrimonial privado.

No limite, não é o direito fundamental à justa indemnização por expropriação, emergente de uma norma constitucional, que se deve harmonizar com um critério indemnizatório fixado por uma cláusula contratual, antes tem de ser a cláusula do contrato concessão que tem de se flexibilizar e interpretar em conformidade à aplicabilidade direta da norma constitucional que garante, em caso de expropriação de direitos de conteúdo patrimonial privado, o direito a uma justa indemnização.

Se o valor indemnizatório não é justo, haverá aqui a violação de um direito fundamental do titular do direito de exclusivo: o ato de conteúdo expropriativo de um tal direito de conteúdo patrimonial privado converter-se-á, materialmente, num ato análogo a um confisco.

Num tal contexto, a uma primeira lesão do direito de propriedade privada, por efeito da quebra do “privilégio da exclusividade” do concessionário, adicionar-se-á uma segunda lesão patrimonial: a resultante do pagamento de uma indemnização que, não procedendo ao ressarcimento de todos os danos sofridos, não será justa.

Nos tribunais residirá, numa tal hipótese, a garantia última da tutela eficaz dos direitos fundamentais do concessionário que se encontram envolvidos e violados, numa ação concretizadora de parâmetros constitucionais de decisão indemnizatória em sede de direitos fundamentais.

## §5º - Conclusões

**5.1.** O direito de exclusivo confere ao seu titular uma posição jurídica de vantagem pela subtração do exercício da atividade em causa à concorrência de terceiros, traduzindo, à luz de um sinalagma jurídico, um modelo de proteção pela Administração Pública dos avultados investimentos a fazer pelo concessionário e da assunção do risco da exploração do bem ou atividade.

**5.2.** O direito de exclusivo conferido a um concessionário, por via de um contrato administrativo, não vive à margem desse mesmo contrato, antes se encontra sujeito a todas as vicissitudes que, ao longo do decurso do tempo, esse vínculo possa sofrer.

**5.3.** A violação do direito de exclusivo titulado pela concessionária mostra-se passível de gerar a invalidade das condutas administrativas envolvidas com a nova concessão, alicerçando ainda uma ação de responsabilidade civil, além de não se poder excluir que habilite um pedido de reequilíbrio financeiro ou até, numa hipótese extrema, a resolução do contrato.

**5.4.** A outorga de uma nova concessão não se limita a lesar a tutela da confiança da concessionária, registando-se que essa outorga atenta, direta e imediatamente, contra o próprio direito de exclusivo titulado pela concessionária.

**5.5.** Sucede, porém, que o exclusivo consubstancia um direito de conteúdo patrimonial privado, conferindo ao seu titular uma posição jurídica que, reconduzida ao conceito constitucional de propriedade privada, goza das inerentes garantias de tutela e salvaguarda: lesar o direito de exclusivo conferido por um contrato de concessão é atentar contra o direito fundamental de propriedade privada.

**5.6.** A lesão do direito de exclusivo apenas se mostra admissível se, respeitado o princípio da precedência de lei, existirem razões de utilidade pública ou interesse público, reconduzindo-se essa lesão a um ato materialmente de incidência expropriativa, envolvendo sempre, por expressa exigência constitucional, o direito ao pagamento de uma justa indenização.

**5.7.** A lesão do direito de exclusivo, podendo ser total ou parcial, válida ou inválida, reconduz-se a um ato de natureza ou efeitos expropriativos de uma posição jurídica subjetiva garantida pelo direito fundamental de propriedade privada, originando a emergência do direito ao pagamento de uma justa indenização.

**5.8.** O direito a uma justa indenização, funcionando como garantia substitutiva do direito de propriedade privada objeto de um ato expropriativo, é, também ele, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdade e garantias.

**5.9.** Na determinação do montante indemnizatório resultante da lesão ou privação do direito de exclusivo, a equação financeira subjacente ao contrato de concessão, segundo uma lógica de reequilíbrio financeiro, funciona apenas como ponto de partida para a determinação do valor da indemnização: se o resultado final não for uma indemnização justa, esse critério determinativo da indemnização não poderá ser validado, pois é contrário à Constituição, violando o direito fundamental à *justa* indemnização.

**5.10.** Não é o direito fundamental à justa indemnização emergente de uma norma constitucional que se deve harmonizar com um critério indemnizatório fixado por uma cláusula contratual, antes tem de ser a cláusula do contrato concessão que tem de se flexibilizar e interpretar em conformidade à aplicabilidade direta da norma constitucional que garante, em caso de expropriação de direitos de conteúdo patrimonial privado, o direito a uma justa indemnização