

NOTA PRÉVIA

O tema que nos propomos, os princípios da transparência e da proporcionalidade no financiamento dos serviços de interesse económico geral, encontra as suas fontes no direito comunitário resultante dos Tratados da Comunidade Europeia, reafirmado no Tratado de Lisboa e apoiado numa actividade legislativa e administrativa da Comissão Europeia e de outros órgãos da União, mas também da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Da actividade do direito da União Europeia resulta que os serviços económicos de interesse geral são essenciais à vida em sociedade para se atingir a missão da União, a coesão social e territorial. Estes serviços, sendo prestados em regime de mercado, deverão ser garantidos em condições de igualdade, de acessibilidade e de qualidade aos consumidores e utentes, o que não será possível sem financiamento público. Assim justifica-se a salvaguarda da transparência e da proporcionalidade no financiamento destes serviços de interesse geral. Estes serviços em mercado, ao serem financiados por compensações de serviço público, podem afectar ou distorcer a concorrência, o que, com regra geral, é proibido nos Tratados. Se não forem financiados, dado que as actividades em geral estão entregues ao mercado, torna-se missão muito difícil, ou mesmo impossível, atingir o grande objectivo dos Tratados da União Europeia, a coesão social e territorial. É de grande importância tornar transparente a atribuição da gestão dos serviços públicos a determinadas empresas e avaliar-se de forma equilibrada (proporcionalidade) as compensações de serviço público. Para isso, propomos que as metodologias e critérios financeiros se concretizem de conformidade com os princípios da transparência e da proporcionalidade, como princípios limitadores da discricionariedade da função administrativa, que nos dias de hoje, pelo princípio da neutralidade, tanto pode ser prestada pela Administração Pública como por empresas privadas, a quem lhe foi adjudicado, por concessão pública, a gestão de serviços públicos.

No **primeiro capítulo**, no contexto do enquadramento dos serviços de interesse económico geral no direito da União Europeia, explicamos a sua essencialidade para a vida em sociedade e, assim, o seu sentido de universalidade, acessibilidade, continuidade no fornecimento e qualidade na forma da prestação. Dentro destes princípios clássicos do serviço público, impõe-se que as actividades associadas aos serviços de interesse geral sejam prestadas com padrões de garantia de qualidade e que o seu acesso seja igual para todos os cidadãos e utentes. Quanto à forma de organização do tradicional Serviço Público prestado pela Administração, directa ou indirecta, passou-se às obrigações de serviço público com a

possibilidade de o mesmo ser prestado por privados em regime de concorrência. Neste ambiente de entrega dos serviços de interesse geral ao mercado, para contribuir para a garantia das obrigações de serviço público, compete ao Estado regular o mercado, porque é lá que todos os cidadãos procuram os bens e serviços de interesse geral em regime de concorrência. Efectivamente o Estado tem o dever de controlar o modo como os agentes privados prestam os serviços de interesse geral, anteriormente por si assegurados como serviço público, evitando, também, as chamadas falhas de mercado.

No **segundo capítulo** abordaremos o regime excepcional, previsto no direito comunitário sobre o financiamento dos serviços de interesse económico geral. O direito comunitário tem como pilar fundamental a promoção da concorrência em simultâneo com a coesão social e territorial, com base nos princípios clássicos do serviço público: universalidade, acessibilidade, continuidade e qualidade e nos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Num mercado interno, com concorrência, cria-se a aparência de uma contradição ao pretender-se garantir o serviço público em sentido clássico, pois este objectivo não se concretizaria sem um financiamento pelo erário público.

A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, no acórdão *Altmark*, foi decisiva e marcante ao fixar regras e condições para os Estados Membros poderem financiar os serviços de interesse económico geral. Com o cumprimento de determinadas regras claras e transparentes, passou a ser compatível com os Tratados o financiamento por compensação de serviço público prestado por empresas encarregadas dessa missão de interesse geral. A partir da Jurisprudência *Altmark*, a Comissão Europeia produziu várias comunicações no sentido de esclarecer as condições em que as empresas encarregadas de produzir e distribuir serviços de interesse económico geral o poderiam fazer, sendo compensadas por forma a não afectar a concorrência, ou seja, por forma a salvaguardar a compatibilidade entre as regras da concorrência com o pagamento de auxílios estatais. Nesse sentido, foi publicada a Directiva da Transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas Públicas bem como da transparência financeira relativamente a certas empresas¹. Em concorrência, as empresas responsáveis pela prossecução do interesse geral, garantia de serviço público, não seriam económica e financeiramente viáveis sem o necessário e adequado nível de compensações financeiras das suas actividades, nomeadamente das actividades de serviço de interesse económico geral. Os auxílios financeiros às actividades de interesse económico geral têm de ser concedidos na medida adequada e necessária em relação à utilidade prestada

¹ Directiva 2006/111/CE, de 16 de Novembro.

de interesse geral. Se o financiamento for além do necessário e do adequado, está-se com esta medida a distorcer a concorrência, o que é proibido pelos Tratados. A acrescentar a esta ideia, há maior garantia do nível do custo das compensações a suportar pelo erário público e em simultâneo há melhor garantia aos utentes e cidadãos de serviços de melhor qualidade e a preços mais acessíveis quando os serviços são produzidos e oferecidos ao mercado por empresas competitivas e economicamente geridas por critérios de eficiência na sua gestão.

No **terceiro capítulo**, vamos relacionar os princípios da transparência e o princípio da proporcionalidade, ambos acolhidos pelos Tratados da União Europeia, com a gestão dos serviços de interesse económico geral e a forma do seu financiamento. Dentro do exercício do poder discricionário, limitado pelos princípios gerais do direito, vamos dar maior relevância aos princípios da transparência e da proporcionalidade, os quais são operativos, em conjunto, com a gestão dos serviços de interesse económico geral. O princípio da transparência, muito estreitamente ligado ao princípio da imparcialidade, tem como um dos objectivos principais o reforço da confiança dos cidadãos que se relacionem com a Administração Pública. Também conexionado com o princípio da boa-fé no propósito da Administração, neste caso as empresas responsáveis pelas prestações de serviço público têm o dever de prestar informação aos cidadãos com clareza, objectividade e fundamentação. Esta qualidade de prestação de informação visa aumentar o interesse de participação dos cidadãos na vida pública. O princípio da proporcionalidade, presente em todos os domínios do direito, é um princípio geral de limitação do poder público através do qual se censuram medidas excessivas, desproporcionais, inidóneas, inadequadas ou insuficientes, pelo que entendemos que o mesmo opera na perfeição, com todos os seus subprincípios - necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito - na gestão dos serviços de interesse económico geral, nomeadamente no apuramento dos auxílios concedidos às empresas encarregadas da prestação de serviço público.

Os critérios de avaliação e ponderação, ou seja, a proporcionalidade, terão de ser transparentes. Os mecanismos de financiamento concedido às empresas de garantia de serviço público têm de ser claros e transparentes, para que qualquer utilizador da informação prestada pelos intervenientes fique esclarecido. A informação publicitada deve, de forma clara e transparente, sem criar dúvidas, prestar todas as informações relacionadas com o valor das transferências financeiras para compensação do serviço público na justa medida em relação ao fim que se pretendeu prosseguir com a utilidade oferecida com os serviços económicos de interesse geral prestados aos utentes e cidadãos.

Índice

Nota Prévia	1
Índice	4
1 – SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL	5
1.1 – Enquadramento	5
1.2 – Do serviço público às “Obrigações de Serviço Público”	11
2 – A PROBLEMÁTICA DO FINANCIAMENTO DOS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL	18
2.1 – Introdução	18
2.2 – Jurisprudência <i>Altmark</i> e actos da Comissão da União Europeia	20
2.3 – Princípios de base na atribuição de auxílios sob a forma de compensação de serviço público	29
3 – PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	32
3.1 - Generalidades	32
3.2 – Princípio da Transparência	39
3.3 – Princípio da Proporcionalidade	45
3.4 - O princípio da proporcionalidade no direito da união europeia	52
4 – CONCLUSÃO	56
BIBLIOGRAFIA	58
LEGISLAÇÃO	59
ACTOS COMUNITÁRIOS	60
JURISPRUDÊNCIA	60

1 – SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL

1.1 – Enquadramento

Referindo-nos aos serviços de interesse económico geral, queremos reportar-nos à terminologia europeia adoptada para designar os serviços, que, pela sua relevância no funcionamento normal da economia e na vida quotidiana dos utentes², devem respeitar certas condições essenciais: continuidade, qualidade, segurança do abastecimento, igualdade de acesso, preço razoável, e aceitabilidade social, cultural e ambiental³.

Para a Comissão⁴, sobre os serviços de interesse geral, por comunicação^{5 6}, o conceito de serviço universal deverá ser definido em função de alguns princípios gerais, nomeadamente, o da igualdade, universalidade, continuidade e adaptabilidade. Segundo este órgão da União Europeia, a garantia de acesso universal, elevada qualidade e acessibilidade de preços, constituem a base das necessidades dos consumidores. Desta forma, estes serviços são sempre e ininterruptamente garantidos aos cidadãos a partir do momento em que são colocados ao seu dispor. São serviços que não dependem da lei da oferta e da procura porque fazem parte integrante da vida do consumidor.

O princípio da igualdade pressupõe que devem existir normas que garantam o acesso dos consumidores, em condições de igualdade, aos serviços de interesse geral. A universalidade refere-se à disponibilização desses serviços a toda a comunidade a preços

² Utente no sentido mais abrangente que consumidor, além dos consumidores, são também considerados utentes as pessoas colectivas. Isto, na perspectiva dos destinatários dos serviços de interesse geral. Sobre o conceito, vide MACHETE, Rui Chancerelle (2004), p. 173 a 187. Como refere este autor, “os direitos a prestações, os princípios da igualdade e da não discriminação aproximam os utentes dos consumidores e deram um novo sentido à economia social do mercado”.

³ Sobre o tema vide VITAL MOREIRA (2004); GONÇALVES, Pedro (2008); VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS (2003); SILVA, João Nuno Calvão (2008); GOUVEIA, Rodrigo (2001); CARDOSO, Elionora (2010); SIMÕES, Fernando Dias e ALMEIDA, Mariana Pinheiro (2012).

⁴ Um dos órgãos principais da estrutura orgânica da União Europeia – artigos 13º e 17º do TUE e artigos 244º a 250º do TFUE.

⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2010), p. 358 – Comunicação é um dos actos atípicos da União como, entre outros, as resoluções, conclusões, cartas administrativas de arquivamento de processos, códigos de conduta, relatórios. Sendo atípicos por não estarem previstos no art.º 288.º do TFUE, “são desprovidos de efeitos jurídicos obrigatórios, sem que isso signifique a ausência de juridicidade (...) alguns destes actos, nomeadamente relatórios ou comunicações, em que a Comissão (...) exprime a sua política em relação a determinado assunto, foram já considerados pelo Tribunal de Justiça como autovinculando a posição da Comissão”.

⁶ COM (1996) 443, 12 de Setembro e COM (2000) 580, 20 de Setembro, da designada Comissão das Comunidade Europeias, sobre os serviços de interesse geral na Europa.

acessíveis. A satisfação de interesses essenciais da comunidade envolve a continuidade ou mera regularidade de serviço público, não podendo haver interrupções. A adaptabilidade traduz-se pela necessidade de os serviços de interesse geral acompanharem o progresso técnico e tecnológico, bem como as alterações sociais⁷. Assim, por um lado, todos os cidadãos (universalidade), sem discriminações injustificadas (igualdade) devem ver satisfeitas aquelas necessidades essenciais. Por outro lado, os serviços de interesse geral têm de ser prestados de forma contínua (continuidade), com níveis adequados de qualidade e segurança, garantindo-se, dentro do possível, a participação e informação dos utentes⁸ (transparência)⁹.

A Comissão¹⁰, mais recentemente, referindo-se às obrigações de serviço universal, realça que estas constituem um tipo de obrigação de serviço público destinado a assegurar que certos serviços, nomeadamente os de serviço de interesse económico geral, são disponibilizados a todos os consumidores e utentes de um Estado-Membro, independentemente da sua localização geográfica, com uma determinada qualidade e, atendendo às condições nacionais concretas, a um preço acessível.

A autonomização dos serviços de interesse económico geral no direito europeu apresenta-se como “sucedânea do tradicional Estado prestador de serviços públicos”, consubstanciando uma nova proposta de “garantia de bem-estar e da coesão social a partir do mercado”¹¹. A tendência é para transformar um “regime de serviços públicos num regime de fornecimento regulado de bens e serviços pelo mercado”.

A dimensão europeia da questão liga-se a outro vector relacionado com a garantia da socialidade no novo contexto, que pressupõe não apenas uma intervenção dinâmica dos privados e uma intervenção reguladora dos Estados, mas também uma participação solidária dos Estados-membros da União Europeia¹². Segundo a Comissão¹³, a União Europeia e os Estados-Membros devem garantir que os serviços públicos sejam mais fáceis de prestar ao nível adequado, obedeçam a regras claras de financiamento, ofereçam a mais elevada qualidade e sejam efectivamente acessíveis a todos.

⁷ GOUVEIA, Rodrigo (2001), p. 26 a 29.

⁸ SILVA, João Nuno Calvão da (2008), p. 122 e 123.

⁹ Sobre o princípio da transparência iremos fazer adequado desenvolvimento.

¹⁰ COM (2011) 900 final, 20 de Dezembro, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa, p. 4.

¹¹ SILVA, Suzana Tavares da (2011), pág. 17 e ss.

¹² Art.º 5º, n.º 1 do Tratado da União Europeia (TUE): princípio das competências atribuídas.

¹³ COM (2011) 146 final, 23 de Março, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sob a Reforma das regras de U. E. em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral, p. 2.

Em termos substantivos, um serviço de interesse geral é uma actividade (que pode ou não ter carácter mercantil) cuja generalidade dos cidadãos utiliza, traduzindo-se, para eles, numa verdadeira necessidade para uma completa vida em sociedade (coesão social e territorial)¹⁴. Desta forma, serviço de interesse geral será aquele que satisfaça necessidades básicas da generalidade dos cidadãos quer elas sejam económicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos.

Pela evolução do direito da União Europeia, nomeadamente pelo Tratado de Lisboa (TL) e da entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), pela comparação e evolução do direito comunitário, em momentos do final do século passado e do presente, a amplitude do conceito de serviços de interesse geral está em permanente mutação, não é estático. Desta análise e pela percepção das necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, entendemos que os serviços de interesse geral, sem descorar a permanente actualização, passam pela prestação de energia eléctrica, telecomunicações, serviços postais, de água, de gás, transportes colectivos, de saúde, de segurança social, de educação, de cultura e os serviços de interesse geral relacionados com a autoridade pública.

Na comunicação¹⁵, da Comissão, é referido que os serviços públicos¹⁶ ocupam uma posição fundamental entre os valores da União. Para além de serem fulcrais para a competitividade, participam na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana¹⁷, são factores da economia do conhecimento e da coesão social, económica e territorial e constituem elementos do desenvolvimento sustentável. Os termos¹⁸ "serviço de interesse geral" e "serviço de interesse económico geral" não devem ser confundidos com a expressão "serviço público", que é menos específica. Esta pode ter diferentes significados e provocar assim confusão. Pode referir-se ao facto de um serviço ser oferecido ao grande público ou quando um papel particular lhe é atribuído no interesse público, ou ainda referir-se ao regime de propriedade ou ao estatuto do organismo que fornece o serviço em questão. O Tratado de Lisboa reconhece o importante papel dos serviços públicos e, simultaneamente, a sua diversidade no modelo europeu de sociedade. Esta dupla abordagem está reflectida no

¹⁴ Missão da União Europeia prevista no n.º 3 do art.º 3.º do Tratado da União Europeia: "A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros".

¹⁵ COM (2011) 146 final.

¹⁶ Normalmente referidos nos Tratados como serviços de interesse económico geral.

¹⁷ Art.º 34º e 36º da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹⁸ COM (2004) 374 final, 12 de Maio, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Livro branco sobre os serviços de interesse geral, anexo 1.

Protocolo¹⁹ relativo aos serviços de interesse geral, segundo o qual os valores comuns da União incluem, em especial, “um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores” bem como “o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral”. Nesta conformidade, o artigo 14.º do TFUE mandata a União e os Estados-Membros, dentro dos limites das respectivas atribuições e competências, a zelar “por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões” e prevê também uma nova base jurídica que permite ao Parlamento Europeu²⁰ e ao Conselho²¹ adoptarem, com base numa proposta da Comissão, regulamentos que estabeleçam esses princípios e condições. É importante referir que as disposições do artigo 14.º do TFUE não prejudicam a aplicação das regras de concorrência aos serviços de interesse económico geral. Mais especificamente, esta norma não prejudica o disposto no art.º 4.º²² e nos artigos 93.º²³, 106.º²⁴ e 107.º²⁵ do TFUE. As regras de concorrência da UE não são aplicáveis a todos os serviços de interesse geral, mas apenas aos que têm uma natureza económica, ou seja, aos serviços de interesse económico geral²⁶. A Comissão²⁷, ao definir o conceito de serviço de interesse geral, diz que estes são serviços que

¹⁹ In Versões Consolidadas dos Protocolos anexos ao Tratado da União Europeia, ao Tratado de Funcionamento da União Europeia e ao Tratado que Institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica – Protocolo relativo aos Serviços de Interesse Geral.

²⁰ Parlamento Europeu, um dos órgãos principais da estrutura orgânica da União Europeia – artigos 13º e 14º do TUE e artigos 223º a 234º do TFUE.

²¹ Conselho Europeu, um dos órgãos principais da estrutura orgânica da União Europeia – artigos 13º, 15º e 16º do TUE e artigos 235º a 243º do TFUE.

²² Segundo o art.º 4.º, a União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros para os domínios previstos no seu n.º 3. A competência partilhada não se aplica aos domínios previstos nos artigos 3º e 6º.

²³ No art.º 93º estão autorizados auxílios para a coordenação dos transportes e para certas prestações inerentes à noção de serviço público há autorização de compensações.

²⁴ Pelo 106º, no que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18º e 101º a 109º, ou seja proibição de qualquer discriminação e cumprir as regras da concorrência em relação às regras aplicáveis às empresas e aos auxílios concedidos pelos Estados.

²⁵ Por regra, segundo o art.º 107º, n.º 1, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções. No n.º 2 estão descritos exhaustivamente os auxílios compatíveis com o mercado interno.

²⁶ Os serviços sociais de interesse geral, que podem ser, simultaneamente, de natureza económica e não económica, só são abrangidos pelo direito da União Europeia, quanto às regras da concorrência e mercado interno, quando são, de facto, económicos. Estes serviços, como um dos pilares da sociedade e da economia europeias, estão descritos na comunicação da Comissão Europeia, COM (2006) 177 final, de 26 de Abril com o fim de realizar o programa comunitário de Lisboa – Os serviços sociais de interesse geral na União Europeia.

²⁷ COM (2011) 900 final, p. 3.

as autoridades públicas dos Estados-Membros classificam como sendo de interesse geral e, por conseguinte, sujeitos a obrigações específicas de serviço público. O termo abrange tanto as actividades económicas²⁸ como os serviços não-económicos. Estas últimas não são abrangidas pelo mercado interno e pelas normas da concorrência do Tratado. Já os prestadores de serviços de interesse económico geral, como estabelece o art.º 106.º-2, do TFUE, estão sujeitos às regras da concorrência, em geral, e às regras em matéria de auxílios estatais, em especial, apenas na medida em que a aplicação de tais regras não represente um obstáculo ao cumprimento das suas missões.

O âmbito de serviços de interesse económico geral é mais restrito que os serviços de interesse geral. Com estes pretende-se satisfazer necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, quer elas sejam, culturais, sociais ou económicas. Também estas necessidades económicas são essenciais, segundo, originariamente pelo direito da união europeia, à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos. Na maioria das vezes, tal como a designação de serviço público, as duas expressões, serviços de interesse geral e serviço económico de interesse geral, são confundidas, são expressões próprias da evolução do direito europeu, nomeadamente do processo de integração europeia. A noção de serviços de interesse económico geral, a que se refere o artigo 106.º-2 do TFUE, dificilmente corresponde a uma categoria simétrica da noção de *serviço público* muito próxima de um modelo de Estado prestador ou garante da provisão pública de bens e serviços, uma vez que, como salienta MARENCO²⁹, a finalidade daquela disposição de direito comunitário consiste em impedir os Estados-membros, enquanto titulares de empresas públicas ou concedentes de direitos especiais ou exclusivos³⁰ a empresas públicas ou privadas, de tomar ou manter em vigor qualquer medida contrária ao disposto no Tratado (artigo 106.º-1) e em impedir as empresas públicas e as empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos, agindo de modo próprio

²⁸ O conceito de “actividade económica” está definido na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Resumidamente, no domínio do direito da concorrência e em conformidade com esta jurisprudência, constitui actividade económica qualquer actividade que consista na oferta de bens ou serviços num mercado, independentemente da forma jurídica sob a qual é desenvolvida. Ver processo C-205/03, FENIN/Comissão, n.º 25, Colectânea 2006, p. I-06295. No que se refere aos conceitos de actividade económica e empresa, ver igualmente processo C-350/07, Kattner Stahlbau, Colectânea 2009, p. I-1513.

²⁹ *Apud* MARENCO Giuliano, citado por CABO, Sérgio Gonçalves (2006) p. 686 e 687.

³⁰ Para a Directiva relativa à transparência (Directiva n.º 2006/111/CE, de 16 de Novembro, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas bem como à transferência financeira relativa a certas empresas, Directiva que revogou a 80/723/CEE de 25 de Junho de 1980) são direitos exclusivos “os direitos concedidos por um Estado-Membro a uma empresa, através de qualquer ato legislativo, regulamentar ou administrativo, que lhe reservam o direito de prestar um serviço ou de exercer uma actividade numa determinada área geográfica” e são direitos especiais “os direitos concedidos por um Estado-Membro a um número limitado de empresas, através de qualquer ato legislativo, regulamentar ou administrativo” para determinadas áreas geográficas segundo vários critérios.

ou em cumprimento de orientações do Estado, de infringir as normas do Tratado, designadamente em matéria de concorrência. Contudo, como salienta MARENCO, ao inserirem no Tratado uma disposição como o actual artigo 106.º, os Estados-membros procuraram clarificar a questão da utilização do sector público empresarial em infracção às disposições do Tratado, bem como a questão da sujeição desse sector às regras de concorrência, com especial incidência nas regras relativas à proibição de auxílios de Estado, mesmo quando estejam em causa empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal. Por isso, a noção de serviços de interesse económico geral não corresponde a um conceito com tradição dogmática nos Estados-membros, nem sequer equivale ao conceito de serviço público tal como foi estudado pela doutrina e aplicado pelos tribunais no quadro dos diversos direitos nacionais, uma vez que está em causa uma noção própria de direito comunitário³¹ que resulta, fundamentalmente, da aplicação do artigo 106.º do TFUE e que sujeita os Estados-membros e as suas empresas públicas, bem como as empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos (que podem ser empresas privadas³²) ao respeito pelo princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (artigo 18.º do TFUE), às regras da concorrência (artigos 101.º a 105.º do TFUE) e à proibição dos auxílios públicos (artigos 107.º a 109.º do TFUE). É neste contexto que ganha importância o n.º 2 do artigo 106.º do TFUE, na medida em que estabelece que “as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada”. No Tratado, a noção de serviço de interesse económico geral não desempenha uma função positiva, mas, sobretudo, uma “função negativa, operando como excepção à aplicação de princípios gerais de direito comunitário e delimitando, negativamente, a liberdade de conformação dos Estados membros em matéria de organização dos serviços públicos”³³.

³¹ *Apud* BUENDIA SIERRA, citado por CABO, Sérgio Gonçalves (2006), p. 689, dando nota do debate travado a este respeito e concluindo pela autonomia da noção de “serviço de interesse económico geral” face à noção de “serviço público”.

³² Acórdão de 27 de Março de 1974, *BRT / SABAM*, proc.º 127/73, 1973; O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a este respeito, “teve a oportunidade de precisar que as empresas privadas só podem invocar esta disposição do Tratado no caso de se encontrarem investidas na prestação de serviços de interesse económico geral”. Esta linha jurisprudencial provocou uma verdadeira revolução em matéria de financiamento dos serviços de interesse económico geral, que culminou na apresentação pela Comissão, em 12 de Maio de 2004, de um Livro Branco sobre os serviços de interesse geral (COM (2004) 374 final).

³³ *Apud* GONZÁLEZ-ORÚS, citado por CABO, Sérgio Gonçalves (2006), p. 689.

Nos termos do artigo 106.º-3, do TFUE, cabe à Comissão supervisionar a aplicação dessa excepção, podendo dirigir aos Estados-membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas. Naturalmente que a aplicação desta disposição do Tratado, num contexto de diversos modelos de actuação económica erigidos ao longo dos anos pelos diversos Estados-membros, constituiu uma fonte permanente de conflitos, os quais foram sendo dirimidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³⁴, dando origem a uma jurisprudência fortemente limitativa dos poderes dos Estados-membros em matéria de conformação dos serviços públicos³⁵.

Para concluir, estes serviços de interesse geral têm relevância jurídica, económica, social e política e têm uma grande importância ideológica ligada à legitimação da intervenção da acção dos Estados Membros³⁶. A reforçar esta ideia, a Comissão³⁷, em reacção à actual crise económica e financeira e pretendendo reforçar a dimensão social do mercado único, põe em evidência que na prestação dos serviços de interesse geral deve integrar os valores da qualidade, segurança e acessibilidade de preços, igualdade de tratamento, acesso universal e os direitos dos utilizadores reconhecidos³⁸.

A noção de serviços de interesse económico geral abrange, pois, em especial certos serviços fornecidos pelas grandes indústrias de rede, como os transportes, os serviços postais, a energia e as comunicações e outras actividades económicas sujeitas também a “obrigações de serviço público”.

1.2 – DO SERVIÇO PÚBLICO ÀS “OBRIGAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO”

Na concepção tradicional do serviço público na Europa continental, o serviço público é um instrumento pelo qual os poderes públicos assumem como responsabilidade sua o encargo de fornecer aos cidadãos a satisfação de certas necessidades consideradas essenciais.

³⁴ O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, um dos órgãos principais da estrutura orgânica da União Europeia, agora designado por Tribunal de Justiça da União Europeia que inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados – artigos 13º e 19º do TUE e artigos 251º a 281º do TFUE.

³⁵ *Apud* BUENDIA SIERRA, citado por CABO, Sérgio Gonçalves (2006), p. 689.

³⁶ Em Portugal sobre esta temática, serviços públicos essenciais, temos a Lei n.º12/2008, de 26 de Fevereiro que actualizou e republicou a Lei 23/96 de 26 de Julho. O objecto e âmbito dos serviços públicos essenciais foi alargado, além da água e energia eléctrica, também o fornecimento de gás natural, comunicações electrónicas, serviços postais, recolha e tratamento de águas residuais e gestão de resíduos sólidos.

³⁷ COM (2011) 900 final, introdução.

³⁸ Direitos fundamentais reconhecidos no Tratado, no Protocolo n.º 26 e no art.º 36º da Carta dos Direitos Fundamentais, que pelo Tratado de Lisboa tem o mesmo valor Jurídico dos Tratados.

No final do século XX assistiu-se na Europa a uma transformação profunda em diversas actividades integradas no serviço público. Muitas destas actividades tradicionalmente exercidas em regime de monopólio foram liberalizadas³⁹. Tratava-se de sectores onde eram exigidos avultados investimentos, que naturalmente afastam a iniciativa privada, e tratava-se, sobretudo, de actividades que os Estados, na sua lógica de Estado-Providência, decididamente queriam desenvolver por si mesmos.

ESTORNINHO⁴⁰, sobre as novas formas de actuação da Administração Pública e a crise do Direito Administrativo tradicional, refere que com a falência do Estado-Providência se está a passar “do Estado Social para um novo Estado Pós-Social, cujas características estão ainda em aberto e em formação”. Assim, não tendo ainda a doutrina conseguido adaptar-se totalmente às exigências do Estado-Social, “criando os quadros conceptuais necessários para enquadrar a actividade administrativa, mais uma vez, já ela volta a ser ultrapassada pelos acontecimentos, dado que se coloca, de novo e em termos totalmente diferentes, a questão da redefinição das fronteiras da Administração Pública e das suas formas de actuação”.

Os serviços que o Estado tradicionalmente prestava de forma directa foram sucessivamente externalizados pelas autoridades nacionais, regionais e locais, sendo, hoje em dia, muitas vezes prestados pelo sector privado. Esta mudança de abordagem foi impulsionada pelo processo de desregulamentação, por alterações nas políticas públicas e por alterações das necessidades e expectativas dos utilizadores. Com efeito, ter acesso a diferentes propostas em matéria de preços e de qualidade dos serviços pode trazer, às autoridades públicas, benefícios significativos em termos de possibilidade de escolha. Embora alguns interessados estejam preocupados com o impacto destas regras, nomeadamente em matéria de serviços sociais, a Comissão⁴¹ está convicta de que estas podem ser aplicadas de modo a ter em conta as necessidades específicas e a melhorar a prestação dos serviços. As regras devem, consequentemente, ser revistas com regularidade, a fim de assegurar que continuam a proporcionar a flexibilidade necessária para as autoridades públicas poderem responder à evolução das necessidades da sociedade e manter-se actualizadas quanto à evolução tecnológica.

O progresso tecnológico, que vai permitir em alguns sectores a concorrência na rede, favoreceu a separação entre a rede e os serviços, continuando a competir ao Estado o dever de assegurar a existência, a manutenção e a conservação das redes públicas, mas deixando de ter

³⁹ Com a desregulamentação.

⁴⁰ ESTORNINHO, Maria João (2009), p. 96.

⁴¹ COM (2011) 900 final, p. 5 e 6.

o dever de assegurar directamente a prestação dos serviços. Assim, os serviços foram liberalizados, permitindo-se o livre acesso de terceiros às redes públicas. Ainda assim, tratando-se de actividades que satisfazem necessidades colectivas básicas, o Estado impõe às empresas, que operam na rede, obrigações de serviço universal⁴².

A neutralidade no que se refere à propriedade pública ou privada das empresas é garantida pelo artigo 295º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), agora 345º do TFUE⁴³. Como nota a Comissão⁴⁴, não há qualquer obrigação das empresas responsáveis pelo fornecimento dos serviços de interesse geral deverem ser públicas ou privadas, nem há qualquer exigência de privatização das empresas públicas, pois as regras do Tratado e em especial as disposições em matéria de concorrência e de mercado interno aplicam-se independentemente do regime de propriedade de uma empresa (pública ou privado).

Por acto da Comissão⁴⁵, o princípio da liberdade de definição dos Estados-Membros significa que estes são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que considerem serviços de interesse económico geral, com base nas características específicas das actividades. Esta definição pode apenas ser sujeita ao controlo das situações de abuso. Podem conceder direitos especiais ou exclusivos às empresas que asseguram o seu funcionamento, podem regular as suas actividades e, quando necessário, podem financiá-las. Em áreas que não estão especificamente cobertas pela regulamentação comunitária, os Estados-Membros beneficiam de uma ampla margem de manobra na concepção das suas políticas, que apenas e, só apenas, podem ser sujeitas a controlo por erro manifesto. O facto de um serviço ser considerado de interesse geral e a modalidade do seu funcionamento é uma questão decidida prioritária e principalmente a nível nacional. O papel da Comissão consiste em garantir que os meios utilizados são compatíveis e coerentes com o direito da união europeia. A prestação de serviços de interesse geral pode ser organizada em cooperação com o sector privado ou entregue a empresas privadas ou públicas com fins lucrativos ou não, em contrapartida, a definição das obrigações e missões do serviço público continua a ser da competência dos poderes públicos ao nível adequado. Os poderes públicos envolvidos têm igualmente a seu cargo regulamentar os mercados e velar por que os operadores — públicos ou privados — cumpram as missões de serviço público que lhes são confiadas.

⁴² COM (2004) 374 final, p. 8 e 9.

⁴³ Princípio da neutralidade na norma do art.º295ºde TCE (345º do TFUE): “O presente Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros”.

⁴⁴ Comunicação 2000 (580), pág. 11.

⁴⁵ Ibidem.

Entrou-se noutra fase de vida, uma fase em que o serviço público é chamado a desempenhar um papel de factor de coesão social e de superação das desigualdades, subjazendo-lhe assim uma dimensão inegável de interesse público. Isto leva-nos a esboçar uma noção actualizada de serviço público⁴⁶ da qual ressaltam os seguintes elementos: É uma actividade que visa, tal como outrora, responder a actividades de interesse colectivo; O carácter do sujeito que desenvolve e presta essa actividade ao público é relegado para um segundo plano; Pode dizer-se que passou a ser elemento meramente tendencial mas já não essencial para qualificar uma determinada actividade como sendo de serviço público; Dado o importante papel reconhecido ao serviço público, a eficácia e a eficiência com que o mesmo é prestado converte-se em ponto fulcral que determina a aplicabilidade de um regime jurídico específico a estas actividades, regime este cuja natureza pública ou privada é relegada para segundo plano.

Quanto ao conceito base de “serviço público”, a Comissão⁴⁷ refere que a expressão é, por vezes, utilizada de uma forma ambígua, podendo dizer respeito ao facto de um serviço ser prestado ao público em geral e/ou de interesse público, ou ser utilizada para caracterizar a actividade das entidades do sector público. Para se evitar a ambiguidade, na mesma comunicação não se utiliza esta expressão “serviço público”, mas a expressão “serviço de interesse geral” e “serviço de interesse económico geral”. Com isto, entendemos, que os fins que se pretendem atingir com os serviços de interesse geral são os mesmos do “serviço público”, ou seja a “prossecução do interesse público”. Podemos então concluir que é actualmente inequívoco que o critério definidor de determinada actividade como constituindo serviço público é hoje o da finalidade ou objectivo a prosseguir com a prestação de determinado serviço.

A expressão “*obrigações de serviço público*” é utilizada no Livro Branco⁴⁸. Designa as obrigações específicas impostas pelas autoridades públicas a um fornecedor de serviços a fim de garantir a realização de certos objectivos de interesse público, por exemplo, no sector dos transportes aéreos, ferroviários ou rodoviários e no domínio da energia. Estas obrigações podem ser impostas a nível comunitário, nacional ou regional.

Segundo MACHETE⁴⁹ podemos entender o “serviço público enquanto actividade desenvolvida necessariamente pelo Estado (sentido subjectivo), ou destacar a faceta

⁴⁶ Vide GOUVEIA, Rodrigo (2001), p. 20 e ss.

⁴⁷ COM (2011) 900 final, p. 4.

⁴⁸ COM (2004) 374 final, anexo 1.

⁴⁹ Vide MACHETE, Rui Chancerelle (2004), p. 173 a 178.

substancial daquele conceito, definindo-o como actividade de interesse colectivo, independentemente do carácter público do ente que atua (sentido objectivo ou material)”.

RAIMUNDO⁵⁰, num contexto europeu, refere que os serviços públicos são hoje de algum modo cobertos e protegidos por uma afirmação de “posições jurídicas activas dos cidadãos”. Dito de outro modo, os cidadãos (e as empresas) têm, nas Constituições dos seus Estados e, hoje, na própria Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art.º 36º) “direitos fundamentais que têm por objecto os serviços públicos”. Como notou recentemente SÉRVULO CORREIA⁵¹, a complexidade do mundo de hoje leva o Direito Público a prever sobretudo “directrizes funcionais de resultado”, mais do que regulações substantivas detalhadas dos meios para chegar a esses resultados. E é isso que acontece com as imposições constitucionais e comunitárias de pôr em vigor sistemas que atinjam o fim da satisfação dos direitos dos cidadãos e das empresas a serviços públicos de qualidade⁵².

ESTORNINHO⁵³, a propósito da actividade administrativa de prestação no Direito Público, refere, como opção, que esta se limita “à satisfação daquilo a que se tem chamado o nível mínimo da esfera vital do indivíduo, ou seja, às prestações necessárias à existência”. Trata-se de actividades prestacionais de bens e serviços aos cidadãos de carácter vital para a satisfação ou exercício dos direitos fundamentais e consequente usufruto de uma vida digna, minimamente de acordo com as condições espaciais e temporais, do progresso social, e que por isso não podem deixar de ter um destino universal e ser efectivamente acessíveis a todos em condições básicas de igualdade, assegurando-se a sua regularidade, continuidade, qualidade com adaptação progressiva à evolução técnica e social.

Como nota GONÇALVES “o serviço público, entendido por agora como uma tarefa pública de natureza económica (fornecimento de bens e prestação de serviços), própria da administração de prestações, é (...) o sector em que se começa por fazer sentir de forma mais manifesta a atenuação das responsabilidades públicas executivas”⁵⁴. Na mesma linha se pronuncia MARTÍN-RETORTILLO, ao mencionar a dimensão financeira da crise do Estado

⁵⁰ RAIMUNDO, Miguel Assis (2011)

⁵¹ *Apud* SÉRVULO CORREIA, citado por RAIMUNDO, Miguel Assis (2011), p. 7.

⁵² É de sublinhar a carga ideológica das normas constitucionais e da União Europeia.

⁵³ ESTORNINHO, Maria João (2009), p. 86 e 87.

⁵⁴ GONÇALVES, Pedro (1999), p. 13

Social de Direito⁵⁵ e LÓPEZ-MUÑIZ, quando sublinham a tendência para a redução ou eliminação dos monopólios públicos e dos exclusivos nas actividades com impacto económico e a acção da Comunidade Europeia no sentido de exigir o desmantelamento progressivo dos serviços públicos económicos, submetendo-os às regras da concorrência⁵⁶. Por isso, não é de estranhar que, em virtude desse duplo fenómeno que consiste, num determinado momento, na abertura à iniciativa privada dos sectores explorados em regime de serviço público e, a outro momento, na regulação das actividades privadas exercidas nesses sectores, se assista a uma verdadeira crise do conceito de serviço público, tal como era tradicionalmente entendido, e à sua substituição por soluções que passam pela imposição de obrigações regulamentares orientadas para o desenvolvimento do mercado, como sucede nomeadamente nas comunicações electrónicas⁵⁷. As obrigações de serviço público são genericamente definidas como prestações de serviços que o agente não realizaria ou não realizaria nas mesmas condições se atendesse apenas aos seus interesses comerciais⁵⁸.

Como dissemos, compete à União e aos Estados garantir a coesão social, desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas e proteger a concorrência. “Do ponto de vista conceptual, a concorrência pode considerar-se numa dupla acepção, subjectiva e objectiva”⁵⁹. No primeiro sentido, preconiza um sistema onde a cada sujeito é garantido o exercício da liberdade de iniciativa económica. No segundo, descreve o mercado⁶⁰ caracterizado pela presença de uma pluralidade de operadores económicos⁶¹. Pois o Estado tem o dever de controlar o modo como os agentes privados prestam os serviços anteriormente por si assegurados, colmatando as chamadas falhas de

⁵⁵ *Apud* MARTÍN-RETORTILLO, cit. por CABO, Sérgio Gonçalves (2006), p. 682.

⁵⁶ *Apud* LÓPEZ-MUÑIZ, cit. por CABO, Sérgio Gonçalves (2006), p. 682.

⁵⁷ Pela imposição de obrigações de serviço público orientadas para a garantia da oferta, como sucede no caso da cabotagem marítima, do transporte aéreo, da electricidade e do gás natural, ou pela imposição de obrigações de serviço universal, orientadas para a universalidade da oferta, como sucede no caso da electricidade e do gás natural, das comunicações electrónicas e dos correios. Cf. Artigos 8.º, 14.º, 15.º e 16.º da Directiva 2002/21/CE (directiva-quadro), artigos 16.º, 17.º, 18.º e 19.º da Directiva 2002/22/CE (directiva serviço universal) e artigos 7.º a 13.º da Directiva 2002/19/CE (directiva acesso).

⁵⁸ (cf. Artigo 2.º, n.º 4 do Regulamento (CEE) 3577/92, relativo à cabotagem marítima e artigo 2.º, alínea o) do Regulamento (CEE) n.º 2408/92, relativo ao acesso das transportadoras aéreas às rotas intracomunitárias). Regulamento é um ato típico da União Europeia, tem carácter geral e é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros (art.º 288º do TFUE).

⁵⁹ *Apud* GRONDONA, Mauro, citado por ASSIS, Miguel Assis (2011), p. 9.

⁶⁰ O mercado, por sua vez, neste sentido, não é um sítio, mas o processo através do qual os agentes que atuam no mercado efectuam as suas trocas.

⁶¹ Cada um dos quais compra ou vende uma porção tão irrisória, do total do produto trocado, que não consegue influenciar o preço de mercado com a sua conduta económica

mercado, tal como diz VITAL MOREIRA⁶², “deixando a si mesmo o mercado, pode ser suicídio, importa, portanto, regular o mercado para garantir a concorrência”.

Os serviços de interesse económico geral são actividades económicas que satisfazem atribuições de interesse geral⁶³ que não poderiam ser satisfeitas pelo mercado sem uma intervenção pública⁶⁴. Para que tudo isto pudesse acontecer, sublinha-se, foi preciso que a concorrência fosse permeada por valores típicos do direito público, os valores sociais. Com efeito, seria profundamente redutor ver na concorrência que se promove hoje uma referência puramente “mercantil”, “económica”, uma exclusiva protecção do mercado sem outro objectivo. A concorrência é protegida enquanto instância do interesse público, não se pode dizer que ela se oponha ao interesse público, ela “é uma forma de proteger o interesse público”. Há aqui um apelo à ideia de “pragmatismo”; mais do que uma ideia vaga e abstracta de interesse público, assente apenas na aprovação de “boas leis”, uma ideia concreta de interesse público assente em “números”. Pretende-se o estabelecimento de critérios objectivos que sejam conhecidos por todos (transparência).

A nossa Constituição, na Parte II – organização económica, no art.º 81º, alínea f), quanto às incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social, diz que o Estado deve assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência⁶⁵ entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.

⁶² Na comunicação de um colóquio com o título: “Requiem pelo serviço público? Mercado e regulação no sector eléctrico”; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, págs. 223 e seguintes. Sobre o tema regulação vide SALDANHA SANCHES, J. L. – *A Regulação: história breve de um conceito*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, Lisboa, Janeiro (2000). O conceito de regulação reveste um carácter económico, traduzido no melhoramento da eficiência e equilíbrio dos sectores regulados, e um carácter social, traduzido na preocupação de corrigir os desequilíbrios que o próprio funcionamento do mercado origina. “O novo conceito de regulação é a negação da “mão invisível”, esta poderá ser entendida como o estabelecimento de regras de funcionamento e regras institucionais, que visam a eficiência e o equilíbrio financeiro dos sectores dos serviços de interesse geral, por um lado, e estabelecer uma correcção social dos desequilíbrios causados pelo normal funcionamento do mercado, por outro”. Pelo que parece, a regulação incide sobre interesses diferentes, os económicos, do lado dos regulados, os sociais, do lado dos consumidores e do interesse público. O regulador deve ser “isento dos interesses antagónicos”.

⁶³ Em condições de qualidade, segurança e acessibilidade de preços, igualdade de tratamento e acesso universal.

⁶⁴ COM (2011) 900 final, p. 3.

⁶⁵ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio que revogou as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de Junho, e 39/2006, de 25 de Agosto, onde se prevê a sujeição às regras da concorrência das empresas públicas, as entidades públicas empresariais e as empresas às quais o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos e ainda as empresas encarregadas de serviço de interesse económico geral.

2 – A PROBLEMÁTICA DO FINANCIAMENTO DOS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL

2.1 – Introdução

As empresas prestadoras dos serviços de interesse económico geral vinculadas ao cumprimento da obrigação de serviço público podem ver o seu equilíbrio financeiro e a sua posição no mercado em risco se não forem compensadas. Ora, se a compensação dos serviços de interesse económico geral pode ser configurada como forma de evitar a distorção da concorrência, ela não pode ultrapassar, porém, o necessário ao cumprimento das tarefas de serviço público, sob pena de igualmente se perturbar o funcionamento do mercado.

Até ao final dos anos 90 do século passado, o debate em torno dos serviços de interesse económico geral não incluiu a problemática do seu financiamento. A Comissão Europeia⁶⁶ tratou esta questão com base na jurisprudência do TJCE e do Tribunal de Primeira Instância⁶⁷, com a qual a compensação concedida pelo Estado a uma empresa devido ao cumprimento de obrigações de interesse geral constitui um auxílio estatal na acepção do art.º 87º-1 do Tratado CE (agora 107º-1 do TFUE)⁶⁸, embora possa beneficiar da disposição contida no art.º 86º-2 (106º-2)⁶⁹. Daí que a Comissão tenha considerado que essa compensação constitui um auxílio estatal compatível com o Tratado CE com base na mesma norma, desde que não beneficie da derrogação n.º23 da sua comunicação. Segundo esta derrogação, a proporcionalidade nos termos do art.º 106º-2 do TFUE implica que os meios utilizados para realizar a missão de interesse geral não podem provocar distorções desnecessárias no comércio. Especificamente deverá garantir-se que quaisquer restrições às regras do Tratado CE e, em especial, restrições da concorrência e limitações das liberdades do mercado interno não excedem o que é necessário para garantir a realização efectiva da missão. A realização do serviço de interesse económico geral deve ser garantida e a empresa que a assumiu deve estar em condições de suportar os encargos específicos e os custos líquidos adicionais da tarefa específica que lhe foi

⁶⁶ Pela comunicação 2000 (580).

⁶⁷ Processo T-106/95 *FFSA* [1997]; Processo T-46/97 *SIC* [2000]; Processo C-174/97 *FFSA* [1998].

⁶⁸ Art.º 107º-1 do TFUE como regra geral da incompatibilidade com o mercado interno dos auxílios concedidos pelos Estados.

⁶⁹ Art.º 106º-2, onde se prevê a submissão das empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral aos Tratados.

confiada. A Comissão exerce este controlo da proporcionalidade⁷⁰, que está sujeito ao controlo jurisdicional do Tribunal de Justiça, de forma razoável e realista, tal como demonstrado pela actual utilização dos poderes de decisão que lhe são conferidos pelo art.º 106º-3 do TFUE⁷¹.

No que diz respeito à questão específica do financiamento, o Tribunal de Primeira Instância⁷² decidiu que a compensação concedida pelo Estado a uma empresa devido ao cumprimento de obrigações de interesse geral constitui um auxílio estatal na acepção do art.º 86.º-1 (106º-1) do Tratado CE. Poderá contudo ser compatível com o Tratado CE, com base no art.º 86.º-2 (106º-2), desde que não beneficie dos auxílios previstos nos artigos 73º (93º)⁷³ ou 87º-2 (107º-2). Esta derrogação é perceptível porque se assim não fosse poderia haver uma duplicação de benefícios. A coordenação de transportes de serviço público tem os auxílios atribuídos de forma directa. Os auxílios de natureza social, cultural, o apoio a calamidades e a regiões desfavorecidas e outras que não sejam de carácter económico ou mercantil, podem também ser financiadas de forma directa não necessitando do controlo da Comissão Europeia como está previsto para as empresas serviços económicos de interesse geral. Todos os outros serviços de interesse geral, nomeadamente os serviços sociais de interesse geral, que não sejam de carácter económico, são subvencionados directamente, não estando assim enquadrados na incompatibilidade prevista no art.º 107º-1 do TFUE, mas sim nas compatibilidades previstas no art.º 107º n.º 2 e 3 do TFUE.

⁷⁰ Já mais recente, a Comunicação (2011) 146 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 23-03-2011, pág. 5, refere que o art.º 106.º do TFUE reserva à Comissão a tarefa de controlar a conformidade da compensação financeira pela prestação de serviços públicos com as regras da concorrência.

⁷¹ “A Comissão vela pela aplicação do disposto no presente artigo e dirige aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas”.

⁷² Acórdão FFSA - Neste processo que dizia respeito aos benefícios fiscais concedidos pelas autoridades francesas à La Poste com vista a compensar os custos ligados ao cumprimento de missões de interesse geral e esteve na origem de queixa apresentada pela FFSA, actuando conjuntamente com a Union des sociétés étrangères d'assurances (“USEA”) e o Groupe des assurances mutuelles agricoles (“Groupama”), associações que representam empresas de seguros, contra o projecto de lei do Governo francês relativo aos princípios e modalidades essenciais da reforma dos correios e telecomunicações franceses, o qual seria susceptível de criar, no sector dos seguros, distorções de concorrência contrárias ao regime do auxílios de Estado previsto no artigo 87.º do TCE (agora 107º do TFUE) e o acórdão SIC- Este processo esteve na origem de duas queixas apresentadas pela SIC contra a RTP – Radiotelevisão Portuguesa S.A. junto da Comissão Europeia.

⁷³ Redacção da norma do art.º 93: “São compatíveis com os Tratados os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público”.

2.2 – Jurisprudência *Altmark* e actos da Comissão da União Europeia

O Tribunal de Justiça⁷⁴ confirmou a jurisprudência *Ferring*⁷⁵ ao afirmar que na medida em que uma intervenção estatal deva ser considerada uma compensação que representa a contrapartida das prestações efectuadas pelas empresas beneficiárias para cumprir obrigações de serviço público, de forma que estas empresas não beneficiam, na realidade, de uma vantagem financeira e que, portanto, a referida intervenção não tem por efeito colocar essas empresas numa posição concorrencial mais favorável em relação às empresas que lhes fazem concorrência, essa intervenção não cai sob a alçada do art.º107º-1 do TFUE. O Tribunal enumerou um conjunto de requisitos para que num caso concreto tal compensação possa escapar à qualificação de auxílio estatal, a saber: - Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efectivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas; Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes; Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações. O respeito dessa condição é indispensável para garantir que não seja concedida à empresa beneficiária qualquer vantagem que falseie ou ameace falsear a concorrência, reforçando a posição concorrencial desta empresa; Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada através de um processo de concurso público que permita seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as

⁷⁴ Processo C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Colectânea 2003, p. I-7747 – Acórdão de 24 de Julho. Segundo este acórdão, “quando o montante dos benefícios concedidos pelas autoridades públicas não ultrapasse o dos custos provocados pelas obrigações de serviço público a medida controvertida não pode ser qualificada como um auxílio (...)” nos termos do artigo 87.º, n.º 1 do TCE (agora 107.º, n.º 1 do TFUE).

⁷⁵ Acórdão do TJCE de 22 de Novembro de 2001, Processo n.º C-53/00, *Ferring*, Col. 2001, onde se considerou que “(...) as subvenções públicas (...) não caem sob a alçada desta disposição [artigo 87.º, n.º 1 do TCE] na medida em que devam ser consideradas uma compensação que representa a contrapartida das prestações efectuadas pelas empresas beneficiárias para cumprir obrigações de serviço público”.

exigências de serviço público requeridas, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações.

Para o TJCE as subvenções públicas concedidas a empresas encarregadas de prosseguir missões de serviço público que preencham as condições indicadas não caem sob a alçada do artigo 107º-1 do TFUE. Ao invés, a intervenção estatal que não preencha uma ou mais das referidas condições deverá ser considerada um auxílio estatal na acepção desta disposição. Esta linha jurisprudencial provocou uma verdadeira revolução em matéria de financiamento dos serviços de interesse económico geral, que culminou na apresentação pela Comissão Europeia de directivas, decisões e comunicações⁷⁶.

Para a Comissão, a repartição das tarefas e dos poderes entre a União e os Estados-Membros conduz a uma partilha da responsabilidade entre a União e as autoridades públicas dos Estados-Membros, embora estes permaneçam responsáveis pela definição pormenorizada dos serviços a prestar e sua execução. Noutra perspectiva, importa sublinhar as considerações feitas no Livro Branco sobre o financiamento e adjudicação dos serviços de interesse geral, matérias que, no dizer da Comissão, interagem habitualmente com o direito comunitário. Embora reafirme a ideia da autonomia dos Estados para decidir sobre a oportunidade e os meios de financiar a prestação de serviços de interesse económico geral, a Comissão não deixa de recordar que, na ausência de harmonização comunitária, a margem de apreciação dos Estados encontra-se limitada pela regra segundo a qual as opções de financiamento não podem distorcer a concorrência no âmbito do mercado comum. Por isso, a Comissão adoptou uma Decisão^{77 78}, baseada no art.º 86.º-3 do TCE (106º-3 do TFUE)⁷⁹ e relativa à aplicação do art.º 86º-2 (106º-2 do TFUE), quanto aos auxílios estatais sob a forma de compensação de

⁷⁶ COM (2004) 374 final; Directiva 2006/111/CE, de 16 de Novembro, que altera a Directiva 80/723/CEE de 25 de Junho e revoga Directiva 2005/81/CE de 29 de Novembro e outras, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados Membros e as empresas públicas; COM (2011) 146 final, Decisão C (2011) 9380 final da Comissão, de 20 de Dezembro relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral; Comunicação C (2011) 9406 final, da Comissão, 20 de Dezembro, relativa ao enquadramento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação do serviço público; Comunicação da Comissão (2012) C de 8/02, publicado no jornal Oficial da União Europeia em 11 de Janeiro de 2012, relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse geral.

⁷⁷ Decisão é um dos actos típicos da União Europeia, é vinculativo em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatório para estes (art.º 288º do TFUE).

⁷⁸ Decisão (2005/842/CE) de 28 de Novembro de 2005, relativa à aplicação do n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Acto este da Comissão que foi substituído pela Decisão C (2011) 9380 final.

⁷⁹ Nota 72.

serviço público, de acordo com a qual os auxílios concedidos a empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral são considerados compatíveis com o mercado comum e isentos da obrigação de notificação prevista no art.º 88º-3 (108.º-3 do TFUE). Segundo esta disposição do Tratado, a Comissão, para que possa apresentar as suas observações, é atempadamente informada dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no n.º 2 do art.º 108.º. Considerando a Comissão que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107º, notifica de imediato o Estado-Membro interessado para apresentar as suas observações. Recebida a informação, se a Comissão verifica que o auxílio concedido por esse Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado interno nos termos do art.º 107º, ou se esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, determina que esse Estado deva suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar. Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer Estado interessado pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia. O âmbito de aplicação aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, como referido no artigo 106.º, n.º 2, do Tratado, está descrito no art.º 2.º da Decisão da Comissão⁸⁰.

⁸⁰ Decisão C (2011) 9380 final, resumidamente enquadram-se numa das seguintes categorias: Compensações que não excedam um montante anual de 15 milhões EUR pela prestação de serviços de interesse económico geral noutras domínios que não o dos transportes e da infra-estrutura de transportes; Compensações pela prestação de serviços de interesse económico geral por hospitais que prestam cuidados médicos; Compensações pela prestação de serviços de interesse económico geral que satisfazem necessidades sociais no que respeita a cuidados de saúde e cuidados prolongados, cuidados infantis, acesso e reintegração no mercado de trabalho, alojamento social e cuidados e inclusão social de grupos vulneráveis; Compensações pela prestação de serviços de interesse económico geral no que se refere a ligações aéreas ou marítimas com ilhas que tenham registado um tráfego médio anual inferior a 300 000 passageiros durante os dois exercícios precedentes ao da atribuição do serviço de interesse económico geral; Compensações pela prestação de serviços de interesse económico geral no que se refere a aeroportos e portos que tenham registado um tráfego médio anual inferior a 200 000 passageiros no que se refere aos aeroportos e 300 000 passageiros no que se refere aos portos, durante os dois exercícios precedentes ao da atribuição do serviço de interesse económico geral; Em termos temporais, o âmbito de aplicação destes auxílios não excede dez anos; Quando o período de atribuição exceder dez anos, o âmbito de aplicação dos auxílios vigora na medida em que for necessário um investimento significativo por parte do prestador do serviço que tenha de ser amortizado durante um período mais longo, com base nos princípios contabilísticos geralmente aceites; Se, durante o período de atribuição, as condições do âmbito de aplicação destes auxílios deixarem de ser cumpridas, o mesmo deve ser notificado à Comissão, informando qualquer alteração dos auxílios; Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio, depois de modificado, não é compatível com o mercado interno nos termos do art.º 107.º, deve de imediato determinar que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio num prazo por si fixado, conforme disposto no artigo 108.º, n.º 3, do Tratado; No domínio dos transportes aéreos e marítimos, o âmbito desta matéria só se aplica aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, tal como referidos no artigo 106.º, n.º 2, do Tratado, dando assim

Para beneficiar do juízo genérico de compatibilidade com o mercado comum e da isenção da obrigação de notificação, a responsabilidade pela gestão do serviço de interesse económico geral deve ser confiada à empresa em causa através de um ou vários actos oficiais, cuja forma pode ser determinada por cada Estado-Membro, os quais não podem deixar de conter a indicação do teor e a duração das obrigações de serviço público, das empresas e, se for caso disso, o território abrangido, da natureza de quaisquer direitos exclusivos ou especiais atribuídos à empresa pela autoridade que os concedeu, uma descrição dos mecanismos de compensação e os parâmetros para o cálculo da compensação e respectivo controlo e revisão e ainda, as medidas destinadas a evitar eventuais compensações excessivas e respectivas modalidades de recuperação, não esquecendo de fazer uma referência à decisão da Comissão⁸¹. Por outro lado, o montante da compensação não deve ultrapassar o necessário para cobrir os custos líquidos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável⁸².

Para a situação de uma empresa que desenvolve simultaneamente actividades abrangidas e não abrangidas pelo âmbito do serviço de interesse económico geral, a sua contabilidade interna⁸³ deve apresentar, separadamente, os custos e as receitas relativos ao serviço de interesse económico geral e os relativos aos outros serviços, bem como os parâmetros de afectação ou de repartição dos custos e receitas. Os custos relacionados com eventuais actividades fora do âmbito do serviço de interesse económico geral devem cobrir todos os custos directos, uma contribuição adequada para os custos comuns ou gerais e uma remuneração apropriada dos capitais próprios. Estes custos não são objecto de qualquer compensação⁸⁴.

conformidade aos Regulamentos específicos, quando aplicável. Sobre princípios contabilísticos geralmente aceites, temos o princípio da entidade contabilística, princípio da continuidade, princípio da consistência, princípio da prudência, princípio da especialização, princípio da não compensação, princípio do custo histórico, princípio da substância sobre a forma e princípio da materialidade, *Vide* ALMEIDA, José Rui Nunes e CORREIA, Alice Pinto (1999), p. 109 a 112. Como Regulamentos específicos temos os exemplos: Regulamentos (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Setembro, relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade e o Regulamento (CE) n.º 3577/92 do Conselho, de 7 de Dezembro de 1992, relativo à aplicação do princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos internos nos Estados-membros (cabotagem marítima).

⁸¹ No procedimento de atribuição da gestão do serviço económico de interesse geral, a empresa interessada além de cumprir todas as formalidades previstas terá que fazer uma referência à Decisão da Comissão C (2011) 9380 final.

⁸² Art.º 4º e 5º da Decisão C (2011) 9380 final.

⁸³ Sobre o tema *Vide* ALMEIDA, José Rui (2005). Para contabilidade interna, encontramos designações diferentes com os mesmos objectivos de controlo e análise de custos e receitas por funções ou actividades, tal como, contabilidade de custos, contabilidade analítica e contabilidade de gestão, tendo na sua base os pressupostos de gestão, economicidade, eficiência e eficácia.

⁸⁴ Art.º 5º, n.º 9 da Decisão C (2011) 9380 final.

Na comunicação⁸⁵ aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, a Comissão refere que o montante da compensação pode ser estabelecido com base nos “custos e receitas esperados”⁸⁶ ou nos custos e receitas efectivamente suportados, ou numa combinação de ambos, dependendo dos incentivos à eficiência que o Estado-Membro deseja dar desde o início. Sempre que a compensação se baseie, no todo ou em parte, nos “custos e receitas esperados”⁸⁷, estes devem ser especificados no acto de atribuição. Os “custos líquidos necessários” para o cumprimento das obrigações de serviço público ou que se prevê que venham a ser necessários para o cumprimento das obrigações de serviço público devem ser calculados com base na metodologia dos “custos líquidos evitados”⁸⁸, nos sectores onde tal é exigido pela legislação da União ou pela legislação nacional e, noutros casos, sempre que tal seja possível. Deve ser atribuída a devida atenção à determinação correcta dos custos que o prestador do serviço evitaria e das receitas que não receberia na ausência da obrigação de serviço público. No quadro do cálculo do custo líquido, devem ser avaliados os benefícios, incluindo os imateriais, tanto quanto possível, para o prestador do serviço de interesse económico geral. Quando esta metodologia não é viável nem adequada, a Comissão pode, sempre que tal se justifique, aceitar metodologias alternativas para calcular os custos líquidos necessários para cumprir as obrigações de serviço público, como a baseada na “imputação de custos”⁸⁹.

Os custos a tomar em consideração incluem todos os custos necessários para a gestão do serviço de interesse económico geral. Quando as actividades da empresa em causa se limitam ao serviço de interesse económico geral, podem ser tomados em consideração todos os seus custos. Se a empresa realizar igualmente actividades fora do âmbito do serviço de interesse económico geral, os custos a tomar em consideração podem cobrir todos os custos directos

⁸⁵ COM 2011 (146) final.

⁸⁶ Sobre o tema *vide* ALMEIDA, José Rui (2005); Distinção entre custos reais e custos preestabelecidos, também designado pelos economistas por custos padrões, por custos teóricos, custos orçamentados, etc.

⁸⁷ COM 2011 (146) final, estas estimativas devem basear-se em parâmetros plausíveis e observáveis sobre o quadro económico em que o serviço de interesse económico geral é prestado. Devem basear-se, se for caso disso, nos conhecimentos especializados das autoridades de regulamentação do sector ou de outras entidades independentes das empresas. Os Estados-Membros devem indicar as fontes em que estas expectativas se baseiam. A estimativa de custos deve reflectir as expectativas dos ganhos de eficiência alcançados pelo prestador do serviço de interesse económico geral durante o período da atribuição.

⁸⁸ *Ibidem*, os custos líquidos necessários ou que se prevê que sejam necessários para cumprir a obrigação de serviço público, são calculados como a diferença entre os custos líquidos para o prestador do serviço quando executa a obrigação de serviço público e o custo ou lucro líquidos do mesmo prestador que opera sem essa obrigação.

⁸⁹ *Ibidem*, esta metodologia consiste em calcular os custos líquidos necessários para cumprir as obrigações de serviço público como a diferença entre os custos e as receitas para um dado prestador, associados ao cumprimento das obrigações de serviço público, conforme especificado e estimado no acto de atribuição.

necessários para cumprir as obrigações do serviço público e uma contribuição adequada para os custos indirectos comuns ao serviço de interesse económico geral e a outras actividades. Os custos relacionados com eventuais actividades fora do âmbito do serviço de interesse económico geral devem incluir todos os custos directos e uma contribuição adequada para os custos comuns. Para determinar a contribuição adequada para os custos comuns, os preços de mercado da utilização dos recursos, quando disponíveis, podem ser utilizados enquanto parâmetro de referência. Na ausência de tais preços de mercado, a contribuição adequada para os custos comuns pode ser determinada por referência ao nível de lucro razoável que se prevê que a empresa irá realizar com as actividades fora do âmbito do serviço de interesse económico geral ou por outras metodologias, quando tal for mais adequado.

Os Estados-Membros estão obrigados⁹⁰ a exigir às empresas em causa que reembolsem os eventuais excessos de compensação recebidos. Essa aferição tem que ser assegurada pelos Estados-Membros por mecanismos de controlo e devem apresentar elementos que o comprovem, a pedido da Comissão⁹¹.

Este conjunto actos comunitários adoptado pela Comissão na sequência da jurisprudência *Altmark* tem, no entanto, ressalvado que a sua aplicação é independente e não prejudica a aplicação das disposições comunitárias em vigor em matéria de contractos públicos e de concorrência⁹². O mesmo é dizer, como se faz no Livro Branco⁹³, que os Estados-membros deverão assegurar que os quadros nacionais para a atribuição dos contractos de serviços públicos se baseiem em regras transparentes e não discriminatórias⁹⁴.

A Comissão considera que sempre que a compensação é fixada relativamente a um determinado período na sequência de um processo de concurso público, transparente e não discriminatório, presume-se que tal auxílio é compatível com as regras em matéria de auxílios estatais previstas no Tratado. Este entendimento da Comissão foi particularmente acentuado pela revisão da Directiva⁹⁵ da transparência⁹⁶, que passou a obrigar as empresas titulares de

⁹⁰ Art.º 5º, n.º 10 da Decisão C (2011) 9380 final.

⁹¹ Art.º 6º da Decisão C (2011) 9380 final.

⁹² Conforme previsto no considerando n.º 28 da Decisão C (2011) 9380 final.

⁹³ COM (2004) 374 final.

⁹⁴ Art.º 10º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contractos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e art.º 2º da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contractos de empreitada de obras públicas, dos contractos públicos de fornecimento e dos contractos públicos de serviços.

⁹⁵ Directiva é um dos actos típicos da União, “vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios” (art.º 288º do TFUE).

⁹⁶ Directiva 2006/111/CE da Comissão.

um direito especial ou exclusivo ou encargos da gestão de um serviço de interesse económico geral e que prossigam outras actividades a manter contas distintas⁹⁷, as quais devem evidenciar os custos e receitas associados às diferentes actividades e conter elementos pormenorizados sobre os métodos, através dos quais, os custos e as receitas são afectados ou imputados às diferentes actividades. Pela directiva⁹⁸, “empresa obrigada a elaborar contas distintas”, é qualquer empresa que beneficie de um direito especial ou exclusivo concedido por um Estado-Membro, ao abrigo do art.º 106º, n.º1 do TFUE, ou que tenha sido encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral ao abrigo do artigo 106.º, n.º 2 do TFUE e que receba uma compensação em relação a esse serviço público, qualquer que seja a forma que a mesma assuma, e que prossiga outras actividades.

Anote-se a directiva sobre a transparência financeira não limita a sua aplicação às relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, mas abrange igualmente as relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos ou encargos da gestão de um serviço de interesse económico geral, tendo em vista garantir que as verbas recebidas dos poderes públicos não ultrapassam o necessário para suportar os custos suplementares provocados pelo cumprimento das obrigações de serviço público. Neste sentido, a separação de contas é uma garantia de que os montantes atribuídos pelos poderes públicos, qualquer que seja a forma que assumam, não são utilizados para financiar as restantes actividades da empresa, uma vez que, sendo esse o caso, haveria um auxílio de Estado abrangido pela proibição constante do art.º 107º-1 do TFUE.

A fim de garantir a transparência, os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para assegurar que em todas as empresas haja obrigatoriedade de se manter contas distintas⁹⁹.

Todavia, a obrigação de separação de contas não se aplica às empresas que foram encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, nos termos do art.º 106º-2 do TFUE, se o auxílio estatal, independentemente da forma que assuma, incluindo qualquer

⁹⁷ Do art.º 4.º, n.º 1 da Directiva da Comissão 2006/111/CE manter contas distintas significa o seguinte: Sejam estabelecidas contas de exploração distintas em relação às diferentes actividades; Todos os custos e receitas sejam correctamente afectados ou imputados, com base na aplicação coerente de princípios contabilísticos de custeio fundados em bases objectivas; Os princípios contabilísticos de custeio com base nos quais são elaboradas as contas distintas são claramente estabelecidos.

Na nossa opinião, contas distintas pressupõe a utilização de vários sistemas contabilísticos, contabilidade patrimonial ou financeira, contabilidade de gestão por actividades ou funções e contabilidade orçamental. A contabilidade de gestão é o sistema que permite processar informação dos custos e das receitas por actividades.

⁹⁸ Art.º 2º, alínea d) da Directiva da Comissão 2006/111/CE.

⁹⁹ Art.º 4.º, n.º 1 da Directiva 2006/111/CE.

subvenção, apoio ou compensação que recebam, tiver sido fixado por um período adequado na sequência de um procedimento aberto, transparente e não discriminatório¹⁰⁰.

2.3 – Princípios de base na atribuição de auxílios sob a forma de compensação de serviço público

A Comissão Europeia¹⁰¹, referindo-se à reforma das regras em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral, diz que os Estados-Membros devem garantir certos serviços a toda a população e em condições acessíveis e que a afectação dos recursos públicos aos serviços de interesse económico geral seja eficiente¹⁰², visto que é também fundamental para garantir a competitividade da UE e a coesão económica entre os Estados-Membros. “A existência de serviços públicos eficientes e de elevada qualidade apoia e sustenta o crescimento e o emprego em toda a EU”¹⁰³. Para o efeito são necessários instrumentos mais claros, mais simples, mais proporcionados e mais eficazes para assegurar uma aplicação mais fácil das regras e promover assim uma maior eficiência na prestação de serviço de interesse económico geral de alta qualidade, em benefício dos cidadãos da UE.

Para se avaliar de todas as condições inumeradas pelo Tribunal de Justiça¹⁰⁴, da primeira à quarta, principalmente quanto à transparência e proporcionalidade, parece-nos à partida, estando implícitos vários conceitos indeterminados¹⁰⁵, para os aferir, há uma tarefa que não está facilitada e que nos propomos analisar. Em nossa opinião, a transparência e a proporcionalidade são percepcionadas transversalmente em todos os requisitos enumerados pelo Tribunal de Justiça para que, num caso em concreto, se possa aferir se uma compensação concedida pelo erário público escapa ou não à qualificação de auxílio estatal.

¹⁰⁰ Art.º 5.º, n.º 2, alínea c) da Directiva 2006/111/CE.

¹⁰¹ COM (2011) 146 final.

¹⁰² ROLF STOBBER (2008), p. 13 e 109. “O fim da economia consiste em, com a ajuda do princípio económico (princípio da racionalidade, princípio da eficiência), reduzir a escassez existente de bens, através da utilização dos factores de produção”. A eficiência económica visa a maximização da utilização com os meios disponíveis, “porque se tem em vista a relação mais favorável entre o fim em vista e os meios empregues”.

Vide ALMEIDA, José Rui (2005); Eficiência, como pressuposto de gestão económica dos recursos escassos, na afectação dos recursos para a prossecução do interesse público.

¹⁰³ Esta afirmação da Comissão não merece o nosso acordo. A Eficiência económica tal como é vista pelos economistas está a ser incompatível com a criação de emprego. Tendencialmente, a racionalidade económica está a desvalorizar o factor trabalho.

¹⁰⁴ Processo C-280/00, *Altmark*.

¹⁰⁵ Sobre o tema vide SOUSA, António Francisco de (1994), “Segundo o entendimento mais comum, a expressão «conceito indeterminado» pretende referir aqueles conceitos que se caracterizam por um elevado grau de indeterminação. A eles opor-se-iam os «conceitos determinados»”.

Quanto à transparência, como princípio geral do direito e limitador da discricionariedade administrativa, há vários elementos que constam das condições fixadas na jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão *Altmark* que se identificam com este princípio. Esses elementos são os seguintes: Clareza dos processos de selecção das empresas incumbidas do cumprimento de serviço público; Clareza na definição de obrigações de serviço público; Transparência e objectividade na definição dos parâmetros que estarão na base de cálculo das compensações; Metodologia na avaliação dos custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público; Metodologia de avaliação do lucro ou rentabilidade razoável; Metodologia para avaliação de qualquer vantagem que falseie ou ameace falsear a concorrência; Transparência na escolha do melhor candidato que forneça os serviços públicos ao menor custo para a colectividade; Análise dos custos para uma empresa média; Empresa bem gerida; Transparência nas modalidades de reembolso; Metodologia contabilística.

Quanto à proporcionalidade, como princípio geral do direito e limitador da discricionariedade administrativa, há vários elementos que constam das condições fixadas na jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão *Altmark* que relevam este princípio. Os elementos são os seguintes: Compensação financeira na medida do necessário para cobrir o custo de serviço público; Adequação na medida do lucro razoável relativo à execução das obrigações de serviço público; O montante da compensação necessária com a determinação dos custos que uma empresa média e bem gerida necessita para satisfazer as exigências de serviço público requeridas e que teria suportado para cumprir essas obrigações; Avaliação da eficiência na afectação dos recursos públicos aos serviços de interesse económico geral.

Como se pode analisar, com uma subvenção ou auxílio a um operador de serviço de interesse económico geral em medida além do necessário vai-se distorcer a concorrência, visto que o operador de serviços de interesse económico geral concorre num mercado em que nem todos os seus concorrentes beneficiam do mesmo. Assim, os auxílios concedidos às empresas prestadoras de serviços de interesse económico geral têm que ter por base processos claros e transparentes para que a sua medida não vá além, nem fique aquém, do necessário e do adequado. Pois que seja na medida tendencialmente exacta, dentro de uma certa razoabilidade. É do interesse geral que as compensações atribuídas anualmente, pelo Orçamento Geral do Estado¹⁰⁶ às empresas que prestam serviços públicos, sejam calculadas

¹⁰⁶ No caso português, publicado anualmente pela Direcção-Geral do Tesouro e Finanças (www.dgtf.pt/sector-empresarial-do-estado-see/...) onde se quantifica o esforço financeiro do Estado por tipo de apoio. O tipo de

de forma clara e transparente e que se atenda ao princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito. Na abordagem da Comissão Europeia¹⁰⁷ para proporcionar um enquadramento de qualidade ficou expressa a importância de, “aumentar a clareza e a segurança jurídicas” quanto às normas da União Europeia aplicáveis aos serviços de interesse geral. A Decisão apresentada pela Comissão¹⁰⁸, na mesma esteira do acórdão *Altmark*, que já descrevemos atrás, analisada de forma transversal, além dos elementos objectivos que se descrevem no seu art.º 2º¹⁰⁹, também se refere, de forma implícita, aos princípios da transparência e da proporcionalidade.

Voltando à transparência, na mesma Decisão, nos seus artigos 4º e 5º, a mesma deve ser assegurada por acto, ou actos oficiais, que atribuem a responsabilidade da gestão do serviço de interesse económico geral a determinada empresa, os quais não podem deixar de conter a indicação do teor e a duração das obrigações de serviço público. O acto oficial deve conter uma descrição dos mecanismos de compensação e os parâmetros para o cálculo da compensação e respectivo controlo e revisão e ainda, as medidas destinadas a evitar eventuais compensações excessivas e respectivas modalidades de recuperação. Por outro lado, em nossa opinião, também com o princípio da proporcionalidade que está implícito com o princípio da transparência, o montante da compensação não deve ultrapassar o necessário para cobrir os custos líquidos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um “lucro razoável”¹¹⁰. Do art.º 5.º da Decisão, nas situações em que é obrigatória a contabilidade interna ou de gestão, está na base desta, como técnica de apuramento de custos e receitas por actividades ou funções, o princípio da transparência em toda sua execução e o princípio da proporcionalidade na definição e clarificação de parâmetros de repartição dos custos ou receitas¹¹¹, bem como na aferição do

apoio que interessa para o presente trabalho é o designado por “indenizações compensatórias”, que se refere a compensações financeiras atribuídas pelo Estado, com o objectivo de reequilibrar as empresas que prestam obrigações de serviço público.

¹⁰⁷ COM (2011) 900, p. 6 a 10.

¹⁰⁸ Decisão C (2011) 9380 final, acto apresentado pela Comissão da União Europeia na sequência da jurisprudência *Altmark*.

¹⁰⁹ Descritos na nota 81.

¹¹⁰ Do art.º 5, n.º 5 da Decisão C (2011) 9380 final, lucro razoável entende-se a taxa média de rendibilidade do capital que seria exigida por uma empresa média que ponderasse a prestação do serviço de interesse económico geral, ao longo da totalidade do período de atribuição, tendo em consideração o nível de risco. Por taxa de rendibilidade do capital, entende-se a taxa interna de rendibilidade que a empresa obtém sobre o capital investido durante o período de atribuição. O nível de risco depende do sector em causa, do tipo de serviço e das características das compensações.

¹¹¹ Vide ALMEIDA, José Rui (2005) p. 80 a 87; Os custos directos são facilmente repartidos pelas funções ou actividade, a subjectividade levanta-se na repartição dos indirectos aquando da aferição dos parâmetros ou critérios de repartição. Na aferição dos critérios, entre vários factores de análise também se pondera com a justa medida ou proibição do excesso, princípio da proporcionalidade.

que é remuneração apropriada dos capitais próprios¹¹². No mesmo sentido, a Comissão Europeia, na comunicação¹¹³ sobre a reforma das regras em matérias de auxílios, prevê a necessidade de transparência nas metodologias e aferição da proporcionalidade, para alcançar o objectivo da maior eficiência na prestação de serviços de interesse económico geral de alta qualidade em benefício dos cidadãos da U.E., analisando a possibilidade de assentar a futura reforma em dois princípios fundamentais¹¹⁴. Assim a Comissão pretende garantir um quadro jurídico claro, simples e eficaz, que facilite a sua aplicação por parte das autoridades nacionais, regionais e locais e que promova a prestação eficaz de serviços de interesse económico geral, fomentando assim uma economia inteligente, sustentável e inclusiva. Com esta pretensão da Comissão, está-se inteiramente em consonância com o objectivo global da UE em matéria de controlo dos auxílios estatais, que consiste em garantir que os Estados-Membros apenas concedem auxílios estatais que contribuam para objectivos de interesse comum, que são bem concebidos e proporcionados e que não falseiam a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros. A aferição destes objectivos exige entre várias situações, transparência e proporcionalidade, tal como veio a ser confirmado pela Comissão¹¹⁵ para efeito de aplicação dos princípios lá enunciados, os Estados-Membros devem demonstrar que ponderaram de forma adequada as necessidades do serviço público, através de uma consulta pública ou de outros instrumentos úteis, a fim de ter em conta os interesses dos utilizadores e prestadores. Os auxílios só serão considerados compatíveis com o mercado interno com base no artigo 106.º, n.º 2, do Tratado, quando as autoridades responsáveis, ao atribuírem a prestação do serviço à empresa em causa, tiverem cumprido ou se tiverem comprometido a cumprir as regras da União aplicáveis em matéria de contractos públicos. Tal inclui quaisquer requisitos em matéria de transparência, igualdade de tratamento e não discriminação directamente resultantes do Tratado e, quando aplicável, do direito secundário da União. Sempre que uma autoridade atribui a prestação do mesmo serviço de interesse

¹¹² Remuneração dos capitais próprios corresponde à relação percentual entre os lucros obtidos num determinado período (por regra um exercício económico que coincide com o ano civil) com o valor do património da entidade ou do capital próprio.

¹¹³ COM (2011) 146.

¹¹⁴ Clarificação: a Comissão está a ponderar a possibilidade de introduzir, sempre que possível, uma maior clareza relativamente a diversos conceitos fundamentais relevantes para a aplicação das regras em matéria de auxílios estatais aos serviços de interesse económico geral, incluindo o âmbito destas regras e as condições de aprovação, pela Comissão, dos auxílios relativos a serviços de interesse económico geral; Abordagem mais diversificada e proporcionada aos diferentes tipos de serviços de interesse económico geral e dar maior peso às considerações de eficiência e de concorrência na análise dos serviços comerciais prestados em grande escala.

¹¹⁵ C (2011) 9406 final, p.5; Princípios enunciados na comunicação que se resume no princípio da proporcionalidade, princípio da transparência, princípio da igualdade de tratamento e não discriminação, princípio da eficiência na qualidade, e princípio da concorrência.

económico geral a várias empresas, a compensação deve ser calculada com base no mesmo método aplicável a cada empresa (igualdade de tratamento). Os Estados-Membros, ao conceberem o método de compensação, devem introduzir incentivos para promover uma prestação eficiente de um serviço de interesse económico geral de elevada qualidade, a menos que possam justificar adequadamente que não é viável ou adequado fazê-lo. Em termos de transparência, por cada compensação de serviço de interesse económico geral, os Estados Membros têm o dever de publicar as seguintes informações na Internet ou noutro suporte adequado¹¹⁶. Para as compensações superiores a 15 milhões de euros concedidas a empresas concedidas a uma empresa que também exerce actividades fora do âmbito do serviço de interesse económico geral, os Estados-Membros deverão divulgar na Internet ou por outro meio adequado as informações do art.º 7.º da decisão¹¹⁷. Os Estados-Membros devem manter disponíveis, durante o período de atribuição e, pelo menos, por dez anos a contar do termo do período de atribuição, todas as informações necessárias para determinar se as compensações atribuídas são compatíveis com as regras da decisão, a pedido escrito da Comissão, devem comunicar-lhe todas as informações que esta considere necessárias para determinar se as medidas de compensação em vigor são compatíveis com as regras e metodologias da decisão¹¹⁸. Cada Estado-Membro deve apresentar à Comissão, de dois em dois anos, um relatório relativo à aplicação da decisão¹¹⁹, com a descrição de uma perspectiva pormenorizada da aplicação da presente decisão para as diferentes categorias de serviços¹²⁰, referidas no artigo 2.º, n.º 1 da decisão¹²¹.

¹¹⁶ Os resultados da consulta pública ou de outros instrumentos adequados onde se demonstração a ponderação adequada das necessidades de serviço público; O teor e a duração das obrigações de serviço público; A empresa e, se for caso disso, o território em causa; Os montantes de auxílio concedidos anualmente à empresa.

¹¹⁷ O acto de atribuição; O teor e a duração das obrigações de serviço público; As empresas e, se for caso disso, o território abrangido; A natureza de quaisquer direitos exclusivos ou especiais atribuídos à empresa pela autoridade que os concedeu; Uma descrição do mecanismo de compensação e os parâmetros para o cálculo da compensação e respectivo controlo e revisão; As medidas destinadas a evitar eventuais compensações excessivas e respectivas modalidades de recuperação; Uma referência à decisão C (2011) 9380; Os montantes de auxílio concedidos anualmente por empresa.

¹¹⁸ Ibidem art.º 8.º.

¹¹⁹ Ibidem art.º 9.º

¹²⁰ Categorias de serviços descritas no art.º 2.º, n.º 1 da decisão C(2011) 9380 final, âmbito de aplicação.

¹²¹ Uma descrição da aplicação da presente decisão aos serviços abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, incluindo as actividades a nível interna: O montante total de auxílio concedido em conformidade com a presente decisão, com uma repartição dos beneficiários em função do sector económico; A indicação para um determinado tipo de serviço, se a aplicação da presente decisão deu origem a dificuldades ou queixas por parte de terceiros.

3 – PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 - Introdução

O exercício do poder discricionário¹²², por qualquer entidade pública, há-de ser efectuado de forma equilibrada, comedida e dentro dos limites previstos pela lei e pelo direito. Não se admite, nos nossos dias, que ele seja exercido de forma arbitrária e em nome de interesses duvidosos. A discricionariedade não pode ser apartada da função administrativa. Esta implica a execução e gestão do interesse público. A discricionariedade apresenta-se, assim, como um elemento necessário à actividade administrativa.¹²³

O “exercício de poderes discricionários” supõe, antes de mais, a determinação do fim a prosseguir, o que envolve uma operação de interpretação da norma que concede o poder discricionário. Segue-se o teste da adequação, mediante o qual cumpre identificar as alternativas de acção disponíveis, tecnicamente adequadas à realização daquele fim na situação concreta. A decisão final depende, por fim, de uma ponderação jurídica mediante a qual se impõe avaliar os custos jurídicos envolvidos em cada uma das soluções tecnicamente adequadas à realização do fim, para optar pela solução que impuser menores sacrifícios a valores juridicamente protegidos e só na medida em que essa solução não se revele, ainda assim, excessiva em função do fim pretendido.¹²⁴

O exercício da discricionariedade¹²⁵ exige ainda que a administração, ao escolher determinada medida (entre várias à sua disposição), pondere vários factores, para que se assegure que a medida tomada é, efectivamente, a melhor para prosseguir o interesse público. E quais são esses factores que devem ser previamente ponderados? São: o fim da lei, conveniência e oportunidade, efeitos da decisão/acção, bem como todos os princípios gerais de direito (em particular, os princípios de direito administrativo) bem assim os direitos

¹²² Sobre o tema discricionariedade administrativa vide SOUSA, António Francisco de (2011), p. 457 a 514.

¹²³ SOUSA, António Francisco de (2011), p. 458, (...) “a discricionariedade não é um “modo deficiente” de aplicação da lei, mas uma forma nobre de a aplicar, para a realização da justiça no caso concreto.

¹²⁴ BARBOSA DE MELO (1987), pp. 81 ss.

¹²⁵ SOUSA, António Francisco de (2011), p. 459 e 460, (...) “por conseguinte, no exercício do poder discricionário, a autoridade é colocada na situação de encontrar a solução que, tendo em consideração os fins da lei, por um lado, e as circunstâncias concretas, por outro, assegure, no caso concreto, a solução mais justa e oportuna (em termos de maior *performance* possível). Assim, a Administração deve principiar por indagar o fim da lei de autorização e os aspectos a considerar para a prossecução desse fim. Depois, deverá apreciar o caso concreto e encontrar a sua decisão. Trata-se de um procedimento em que são considerados aspectos de oportunidade e conveniência, a par de uma grande diversidade de limitações de natureza estritamente jurídica, como os princípios gerais de direito, os princípios de direito administrativo, os direitos fundamentais, etc. ”.

fundamentais. No processo valorativo do exercício do poder discricionário, que precede a decisão, a administração deve ponderar a relação custo-benefício, a proporcionalidade entre os interesses em causa. Não devemos esquecer que se trata de uma escolha (com limitações várias, mas ainda assim, uma escolha).

Sem dúvida que os principais factores que contribuem para a ponderação (das decisões discricionárias) são a oportunidade e a conveniência. Conveniência, na medida em que o acto satisfaz o interesse público. Oportunidade porque o acto administrativo é praticado no momento adequado. E à valoração entre estes dois factores, os administrativistas denominam de mérito administrativo. Esta ponderação – porque traduz a análise, à luz do interesse público e das exigências do direito – antes de ser tomada a decisão é, sem dúvida, o cerne da discricionariedade administrativa.

Sabemos que, os princípios detêm um papel fulcral no direito administrativo¹²⁶. De resto, estamos em crer que os princípios (sejam princípios gerais de direito ou específicos do direito administrativo) em muito contribuíram para a afirmação e autonomia deste – relativamente recente – ramo do Direito.

O tratamento teórico dos princípios reguladores do exercício da função administrativa como as principais normas limitadoras do exercício da discricionariedade não invalida, naturalmente, que não existam outras normas a regular a discricionariedade, designadamente normas com estrutura de regras, qualificadas como limites permanentes do exercício da discricionariedade¹²⁷.

Na lei ordinária portuguesa, mais propriamente no seu Código do Procedimento Administrativo (CPA), Parte I, Capítulo II, “Princípios gerais”, artigos 3º a 12º, encontramos positivados um leque de princípios norteadores e vinculantes de toda a actividade administrativa¹²⁸. Alguns deles resultam da profícua jurisprudência do Conselho de Estado francês; outros correspondem ao desdobramento de princípios gerais de direito; outros ainda

¹²⁶ Sobre o tema princípios fundamentais de Direito Administrativo vide, SOUSA, António Francisco de (2011), p.388 a 456; ALMEIDA, Mário Aroso de (2007), p. 32 a 72.

¹²⁷ *Apud* D. Duarte; A norma, *in* LOPES, Pedro Moniz (2011), p. 195 e ss.

¹²⁸ Artigo 3º - Princípio da legalidade;

Artigo 4º - Princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos;

Artigo 5º - Princípios da igualdade e da proporcionalidade;

Artigo 6º - Princípios da justiça e da imparcialidade;

Artigo 6º-A - Princípio da boa-fé;

Artigo 7º - Princípio da colaboração da Administração com os particulares;

Artigo 8º - Princípio da participação;

Artigo 9º - Princípio da decisão;

Artigo 10º - Princípio da desburocratização e da eficiência;

Artigo 11º - Princípio da gratuidade;

Artigo 12º - Princípio do acesso à justiça.

foram introduzidos no direito administrativo com vista a constituírem um limite ao poder discricionário da administração. Tais princípios são, com assiduidade bastante, referidos na jurisprudência portuguesa como fundamento das suas decisões.

Aqui chegados, resulta evidente a importância basilar dos princípios e, nomeadamente o da transparência, que à frente veremos como subprincípio implícito nos princípios gerais, por conseguinte, não merece qualquer contestação que a administração pública, o legislador, e os tribunais, têm a obrigação legal e o dever moral de os respeitar.

No entanto, existem outras situações em que por atribuição legal, a Administração dispõe de um determinado poder discricionário, isto é, o poder que a Administração vai utilizar, em razão das circunstâncias específicas do caso concreto. Sucede neste caso que existe a verificação da existência dum conjunto de possibilidades de decisão que de igual modo satisfazem o interesse público. Neste caso o legislador permite à Administração a escolha da decisão mais adequada dentro desse dado conjunto de possibilidades. Nesta situação a vinculação da Administração à lei é menor e a margem para decisão própria do órgão administrativo é maior¹²⁹. É aqui que entram os princípios gerais, normas que vinculam toda a actuação da Administração Pública. São verdadeiros princípios, no sentido de fundamento, de origem, de algo que deve entrar necessariamente na composição dos actos e das decisões administrativas. Neste sentido os referidos princípios gerais previstos no CPA, devem ser componentes dos actos e das medidas que as normas administrativas prevêem ser tomadas. Assim pelo seu papel de regulação e conformação da actividade da Administração, para serem aplicados ao caso concreto, nem necessitam estar expressamente enunciados na norma ou normas que o regulam. Aqui operam todos princípios fundamentais da actuação administrativa no Estado de direito, estando-lhe implícita de forma transversal, a transparência na actuação da função administrativa: princípio da igualdade, princípio da proporcionalidade, princípio da boa-fé, princípio da justiça, e princípio da imparcialidade, conforme art.º 266.º, n.º 2 da CRP¹³⁰ e artigos 4.º, 5.º, 6.º e 6.ºA do CPA.

Sobre o princípio da igualdade¹³¹ previsto no art.º 5.º, nº 1 do CPA, com consagração constitucional nos artigos 13.º, nº 1 e 266.º, nº 2 da CRP, podemos sem hesitação afirmar que

¹²⁹ LOPES, Pedro Moniz (2011) p. 196.

¹³⁰ Nesta norma verifica-se que a Administração Pública não é concebida como um mero instrumento de execução da vontade do legislador, mas como um instrumento dirigido à “prosecução do interesse público” e que, sem prejuízo da sua subordinação à Constituição e às leis, deve actuar, no exercício das suas funções, “no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” e “pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

¹³¹ Para ANTÓNIO SOUSA o princípio da igualdade, tal como o princípio da imparcialidade, é um limite ao exercício do poder discricionário, não exige o tratamento igual de todas as situações, mas, antes, implica que

ele é a origem, a fonte e o núcleo onde residem e donde irradiam todos os outros princípios gerais do direito. O princípio da igualdade não proíbe que se estabeleçam distinções, mas sim, distinções desprovidas de justificação objectiva e racional.

No mesmo art.º 5.º do CPA onde se encontra o princípio da igualdade, está também consagrado, no n.º 2, o princípio da proporcionalidade da actividade administrativa. Nasceu na esfera do Direito Administrativo, e foi definido como critério e limite para o uso do poder de polícia. Foi desenvolvido como uma evolução do princípio da legalidade. Quando entendido no seu sentido amplo (e na perspectiva da doutrina alemã), significa a “proibição do excesso”¹³². Entendido em sentido estrito, impede que as desvantagens para o cidadão sejam maiores do que os benefícios obtidos em face dos objectivos a realizar. Projecta-se no princípio da intervenção mínima, que exige a menor lesão possível dos interesses legalmente protegidos e direitos subjectivos dos cidadãos, na prossecução do interesse público. O princípio da proporcionalidade encontra-se presente em todos os domínios do Direito. É um princípio geral de limitação do poder público por meio do qual se censura medidas excessivas, desproporcionais, inidôneas, inadequadas ou insuficientes. Esta ideia da proporcionalidade no exercício do poder discricionário é conatural à própria ideia de justiça, que é intuída sempre, não só, mas também, como proporção e justa medida.

Mais recentemente, vindo ao encontro do nosso tema, o princípio da transparência e da proporcionalidade no financiamento dos serviços de interesse económico geral, “o princípio da proporcionalidade é pacificamente encarado como um princípio que incide sobre a relação *meio-fim*, designadamente impondo mandatos de optimização ao nível da necessidade, adequação e equilíbrio”¹³³. Para nós, a eficiência na gestão de afectação dos recursos, que se pretende que seja de forma transparente, na medida do necessário, adequado e com equilíbrio entre o custo dos recursos, nomeadamente financeiros, com os benefícios nos serviços de interesse geral.

Princípio da boa-fé - art.º 6.ºA, n.º 1 do CPA e art.º 266.º, n.º 2, da CRP - trata-se de um princípio geral da boa administração da justiça, com relevância e aplicabilidade tanto no

sejam tratados igualmente os que se encontram em situações iguais e tratados desigualmente os que se encontram em situações desiguais, de maneira a não serem criadas discriminações arbitrárias e irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante, in SOUSA, António Francisco de (2011), p. 419 e 420.

¹³² ALMEIDA, Mário Aroso de (2007), pág. 48 e ss; SOUSA, António Francisco de (2010), na Alemanha, o *BVerfG* reconhece, no que é seguido pela restante jurisprudência e pela doutrina, um princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por “princípio da proibição do excesso, que formula três exigências à actuação da Administração, que se traduzem em três subprincípios, que são: princípio da aptidão, princípio da exigibilidade ou necessidade absoluta e princípio da proporcionalidade em sentido restrito”.

¹³³ LOPES, Pedro Moniz (2011), p. 303.

espaço dos poderes discricionários como no âmbito do poder vinculado. Exige à Administração uma actuação ética e leal nas suas relações com os particulares, e o respeito pelos seus direitos e interesses legalmente protegidos. Da mesma forma e com a mesma intensidade, impõe que toda a actividade administrativa se desenvolva em obediência aos valores jurídicos fundamentais relevantes para a decisão, em especial a confiança suscitada no particular e o objectivo a alcançar com a actuação em causa.

Do art.º 6.ºA do CPA resulta que “no exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé”. No cumprimento das regras da boa-fé “devem ponderar-se os valores fundamentais do direito relevantes em face das situações consideradas, e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa” e “o objectivo a alcançar com a actuação empreendida”. O princípio da protecção da confiança remete-nos para a tutela da estabilidade dos actos da Administração Pública, como condição indispensável à segurança dos cidadãos e à permanência e estabilidade da ordem jurídica; o princípio da materialidade exige que a actividade administrativa seja orientada para a tutela substancial das situações jurídicas em vez de ser direccionada para as formalidades. É aqui que opera a transparência, onde se exige o dever de informação com clareza e objectividade, de fundamentação e de participação dos cidadãos¹³⁴.

No enquadramento dos serviços públicos essenciais¹³⁵ o princípio de eleição na forma de prestação desses serviços de interesse geral é o princípio da boa-fé, que surge como o “comportamento a ser tido pelas prestadoras dos serviços aquando e durante a celebração de contractos que tenham por fim assegurar o bem-estar social dos consumidores e utentes que com ela negoceiam”¹³⁶. Segundos os autores decorrem do princípio da boa-fé, a universalidade, a igualdade, continuidade, adaptabilidade, qualidade e segurança¹³⁷ e transparência¹³⁸. A transparência exige às prestadoras o dever de assegurar a informação de todos os procedimentos subjacentes à prestação do serviço em concreto.

No direito da União Europeia, o princípio da transparência “concede a qualquer indivíduo o direito a aceder aos processos que se lhe refiram”¹³⁹.

¹³⁴ Ibidem, p. 290 e 291.

¹³⁵ Lei n.º 23/96 de 26 de Junho, actualizada pela Lei n.º 6/2011 de 10 de Março.

¹³⁶ SIMÕES, Fernando Dias, ALMEIDA, Mariana Pinheiro (2012), p. 71 a 75.

¹³⁷ Estas primeiras características correspondem à garantia de serviço universal tal como identificamos atrás no enquadramento dos serviços de interesse económico geral.

¹³⁸ A transparência exige das empresas prestadoras de serviços públicos o dever de prestar informação.

¹³⁹ SILVA, Susana Tavares da (2010), p. 33.

O Princípio da justiça¹⁴⁰, art.º 6.º CPA, e art.º 266.º n.º 1 CRP, previsto no CPA precisamente na mesma norma que acolhe o princípio da imparcialidade. Parece-nos difícil vislumbrar no normativo legal, uma maior ligação entre dois princípios. Sobre o sentido ideal e alcance abrangente deste princípio, podemos dizer que todos os princípios fundamentais de direito, são partes do princípio da justiça, e todos dele participam.

A conexão do princípio da imparcialidade com o princípio da justiça não poderá deixar de ser estreita e de profunda interligação, sendo difícil pensar-se num sem se pensar no outro. Os fins perseguidos pela materialização da ideia e do conteúdo da noção de justiça que este princípio encerra, aproximam-no em especial dos princípios de igualdade e da legalidade. Representa não só um valor jurídico-conceptual de importância central e absoluta, mas também uma influência jurídico-prática estruturante na aplicação, dos outros princípios jurídico-constitucionais ou jurídico-administrativos, à realidade do caso concreto. De tal modo os seus contornos axiológicos se unem aos dos outros princípios fundamentais do Estado de direito, que se algum desses princípios for violado, estamos também perante uma violação do princípio da justiça. Tem total aplicação independentemente dos poderes exercidos serem discricionários ou vinculados.

Sobre a correcta ou incorrecta aplicação deste princípio, seguimos a opinião de ANTÓNIO DE SOUSA¹⁴¹ que nos ensina que em termos gerais o princípio da justiça é acatado quando no caso concreto a lei e o direito foram devidamente interpretados e aplicados.

O princípio da imparcialidade¹⁴² é um dever imposto aos órgãos e agentes administrativos, e neste sentido desempenha uma dupla função. Por um lado tem o propósito

¹⁴⁰ O princípio da justiça impõe à Administração a observância de critérios de valor, designadamente o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos e liberdades fundamentais, mas não se esgota numa formulação abstracta. Em concreto, o princípio da justiça absorve e aglutina os outros princípios da actividade administrativa, encontrando tradução prática na obtenção da justiça formal, traduzida no respeito pelo Direito, e da justiça material, esta vertida na chamada justa composição dos interesses à luz dos juízos do tempo e lugar em que Administração actua.

¹⁴¹ SOUSA, António Francisco de (2011), p. 425 e 426.

¹⁴² O princípio da imparcialidade impõe à Administração Pública o dever de isenção em relação aos particulares. A imparcialidade da actuação administrativa exige uma apreciação objectiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídico-administrativa. A imparcialidade exige que os interesses dos particulares sejam ponderados objectivamente, enquanto parte integrante do interesse público e segundo critérios jurídicos e da experiência. Uma actuação administrativa imparcial orienta-se pelos critérios do bom funcionamento dos serviços públicos e da melhor prossecução do interesse público.

O princípio da imparcialidade na Administração Pública surge assim como um princípio de enorme relevo e significado no plano garantístico, constituindo um limite externo ao exercício do poder discricionário da Administração. Isto significa que qualquer decisão da Administração, que seja violadora deste princípio, mesmo no âmbito do exercício do poder discricionário, será ilícita por violação da lei. Para que o princípio da imparcialidade seja violado não se exige a prova de uma actuação concreta de parcialidade. Basta que um

de defender os administrados contra os arbítrios da Administração, por outro lado defende e resguarda a Administração duma eventual actuação dos seus agentes, que vise fins pessoais ou interesses subjectivos. O que através dele se pretende alcançar é uma actuação isenta, objectiva, neutral, independente, sem favoritismos nem privilégios, em suma, sem a representação de factores de ponderação diferentes daqueles que formam o núcleo do interesse juridicamente protegido. Este princípio está intimamente ligado com o princípio da transparência¹⁴³, onde se afirma que esta desempenha o papel importantíssimo de pára-fogo e protecção da imparcialidade. Com a transparência contribui-se para “assegurar a boa imagem e o bom nome da Administração Pública”, gerando assim “confiança nos cidadãos que com ela se relacionam”.

Para nós, a gestão dos serviços de interesse económico geral, deve ser de forma transparente, onde não se crie a mínima suspeita que se está favorecer grupos de interesse (corporações) com a concessão desses serviços e a financia-los de forma desproporcionada por via das compensações de prestação de serviço público. Na análise dos princípios gerais do direito, acolhidos pelas normas de direito administrativo, que se aplicam na sua amplitude e de forma transversal à gestão dos serviços de interesse económico geral, encontramos: O princípio da transparência intimamente ligado ao princípio da imparcialidade com vista ao reforço da confiança dos cidadãos que se relacionam com a Administração e alguma conexão com o princípio da boa-fé, quando se exige o dever de informação com clareza e objectividade, de fundamentação e de participação dos cidadãos; o princípio da proporcionalidade. Os princípios da transparência e da proporcionalidade, que são de grande relevância, operam em cúmulo, de forma muito evidente, na gestão dos serviços de interesse económico geral, pelo que, vamos analisa-los à frente com mais detalhe.

No Relatório^{144 145} do Parlamento Europeu, sobre a reforma das regras da U.E. em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral, considerando que as compensações compreendem todas as vantagens concedidas pelo Estado

determinado procedimento ponha em perigo as garantias de isenção, de transparência e de imparcialidade. “Não basta à Administração ser imparcial, é preciso também que pareça imparcial já que o que está em causa é evitar a prática de certas condutas da Administração, que possam ser tidas como susceptíveis de afectar a imagem pública de imparcialidade”, *in* Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo 730/04 de 13 de Janeiro de 2005.

¹⁴³ SOUSA, António Francisco de (2012), p.25 e (2011), p. 423.

¹⁴⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2010), p. 358 – Relatório um dos actos atípicos da União como, entre outros, as resoluções, conclusões, comunicações, cartas administrativas de arquivamento de processos, códigos de conduta, relatórios. Sendo atípicos por não estarem previstos no art.º 288.º do TFUE, “são desprovidos de efeitos jurídicos obrigatórios, sem que isso signifique a ausência de juridicidade”.

¹⁴⁵ Relatório de 24 de Outubro de 2011 da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários com Relator Peter Simon.

ou obtidas graças a recursos estatais, os instrumentos jurídicos sobre essa matéria, “devem ser ainda mais claros, mais simples, mais proporcionados e mais eficazes”, salientando-se também, que o “ato de atribuição de responsabilidades é uma garantia de transparência que tem de ser mantida, a fim de dar mais visibilidade aos cidadãos”, não esquecendo, como muito importante, que os montantes de compensação aos serviços de interesse económico geral não distorçam a concorrência ou prejudiquem outras empresas não compensadas que operam nos mesmos sectores ou mercados, o que se afere pela simplificação, clareza e proporcionalidade.

No essencial, há muito tempo que o Direito Administrativo se havia deslocado para a administração de prestação “com os seus elementos típicos: princípios de eficiência, serviço ao cidadão e intercâmbio e correlação entre prestação e contraprestação.” Neste conceito de prestação começasse a sentir a necessidade de “completar e inclusivamente substituir o princípio prestador com ou por princípios novos: coordenação, ponderação e estabelecimento de prioridades e concordância prática entre necessidades e interesses, bens e objectivos, assim como planificação”¹⁴⁶. Na nossa opinião, a introdução de novos princípios na actual gestão das actividades públicas requer, como dissemos atrás, maior operatividade, além do princípio da eficiência, também dos princípios da transparência e proporcionalidade.

3.2 – Princípio da Transparência

Da exposição anterior retira-se que a transparência está intimamente ligada ao princípio da imparcialidade e é um dos corolários do princípio da boa-fé.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, realça-se que “a objectividade, a neutralidade e a transparência são alguns corolários do princípio da imparcialidade”¹⁴⁷.

Em conformidade com o princípio da transparência, que constitui uma garantia preventiva da imparcialidade, os órgãos da Administração devem actuar por forma a darem de si mesma uma imagem de objectividade, isenção e equidistância dos interesses em presença, de modo a projectar para o exterior um sentimento de confiança¹⁴⁸.

O CPA, no seu artigo 6º, estabelece que a função administrativa deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entram na relação. O princípio da imparcialidade

¹⁴⁶ Apud PAREJO ALFONSO, in ESTORNINHO, Maria João (2009), p. 101.

¹⁴⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo 730/04 de 13 de Janeiro de 2005.

¹⁴⁸ SOUSA, António Francisco de (2010), p. 58.

obriga a Administração, nas suas relações com os particulares, à igualdade de tratamento dos interesses dos cidadãos, através de um critério uniforme de prossecução do interesse público¹⁴⁹.

Os princípios com particular pertinência no que concerne ao concurso público e à problemática que é objecto do parecer são os da objectividade e da publicidade. O primeiro decorre, sobremaneira, dos princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade e da prossecução do interesse público, e o segundo resulta de todos eles, e ainda, do princípio da transparência. À luz do princípio da publicidade, corolário do princípio da transparência, é vedada à Administração a acção ou omissão susceptível de fazer surgir o favorecimento ou o desfavorecimento de qualquer dos concorrentes. Por força do princípio da igualdade as propostas devem ser apreciadas apenas em função do seu mérito objectivo. Violaria o princípio da legalidade o facto de a Administração anunciar determinados critérios de adjudicação e, na fase de adjudicação, acrescentar outros, susceptíveis de afectar as legítimas expectativas dos concorrentes. Com efeito, nesta última fase não podem ser introduzidos factores decisivos que alterem os critérios indicados no anúncio ou no programa do concurso¹⁵⁰.

A transparência do procedimento decisório, no seu todo, constitui uma importante garantia preventiva da imparcialidade. Actuar com transparência contribui para a objectividade, isenção e equidistância dos interesses em presença. Uma acção com transparência contribui para a boa imagem da Administração. A falta de transparência equivale a “um manto que oculta a actuação administrativa e que levanta a suspeita de falta de imparcialidade. Se não há transparência, não há aparência de imparcialidade, mas suspeita de parcialidade”¹⁵¹. Qualquer suspeita de não imparcialidade deve ser afastada da actuação da Administração Pública. Segundo o autor, a transparência reforça também o bom nome da Administração. A transparência na Administração Pública funciona como uma linha avançada para garantir a imparcialidade da actuação, promove a sua confiança e reforça a sua credibilidade.

¹⁴⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 11 de Fevereiro de 1993.

¹⁵⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de (1994), p. 63 a 75.

¹⁵¹ *Apud* LEWALLE, Paul, *Contentieux administratif*, in SOUSA, António Francisco de (2012), p.29. Segundo acórdão CE de 9-1-2002, o princípio da imparcialidade constitui um princípio geral do direito que em regra se aplica a todo o órgão da Administração activa. Uma violação deste princípio não exige que seja feita a prova da parcialidade, mas é suficiente uma aparência de parcialidade.

Como está no art.º 6.ºA do CPA, “no exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé”. No cumprimento das regras da boa-fé, condutas que tanto se podem exigir à Administração Pública na sua relação com privados, como a estes na sua relação com a Administração, “devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas, e, em especial: - a confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa” e “o objectivo a alcançar com a actuação empreendida”. Desta norma retira-se que “no exercício da actividade administrativa (...) a Administração Pública” deve agir “e relacionar-se segundo as regras da boa-fé¹⁵². A perspectiva da função administrativa, como elemento de previsão da norma, confere, segundo o autor, maior clareza e objectividade à norma da boa-fé administrativa, enquanto norma incidente sobre o modo do exercício da função administrativa. Esta construção permite englobar no seu âmbito normativo as entidades privadas que prosseguem fins de interesse geral por força das concessões de serviços públicos. Continuando com a interpretação da norma, do lado da conduta que se exige à administração na sua função administrativa, a norma impõe à administração um determinado efeito jurídico e que a conduta se conforme a um parâmetro de boa-fé. Pela norma, há um dever de agir com boa-fé e uma proibição de agir com má-fé.

O princípio da boa-fé remete a Administração Pública para um padrão ético de comportamento na sua relação com os cidadãos, agindo de forma correcta, leal e sem reservas. Trata-se de um princípio programático de comportamento que se materializa através da observância de outros princípios: O princípio da tutela da confiança administrativa e o princípio da primazia da materialidade subjacente¹⁵³. O princípio da protecção da confiança remete-nos para a tutela da estabilidade dos actos da Administração Pública, como condição indispensável à segurança dos cidadãos e à permanência e estabilidade da ordem jurídica; o princípio da primazia da materialidade subjacente exige que a actividade administrativa seja orientada para a tutela substancial das situações jurídicas, em vez de ser direccionada para as formalidades. De uma forma normalizada de regras para proteger a certeza applicativa e, “acima de tudo, da previsibilidade do resultado, operando como uma garantia do exercício não arbitrário” (poder discricionário) do poder. Esta garantia no exercício da função

¹⁵² LOPES, Pedro Moniz (2011), p. 219 a 221.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 256 a 307.

administrativa, hoje normalizada a um nível global¹⁵⁴, “expressa-se na imposição de normas sobre formalidades procedimentais e sobre requisitos formais de formulação de uma decisão que, sob um ponto de vista subjectivo, asseguram no essencial.”¹⁵⁵ a participação dos particulares nas decisões que lhe são dirigidas; a transparência e publicidade do processo de formação da decisão administrativa; a previsibilidade dessa mesma decisão; a sua compreensão. Daqui decorre que a transparência convoca o direito e o dever de informação (publicidade), de fundamentação e de participação dos cidadãos.

O princípio da transparência “é a expressão de um paralelismo assumido entre os procedimentos inerentes ao Estado de Direito nos ordenamentos estaduais e os procedimentos de uma União Europeia”¹⁵⁶. O art.º 14.º do TFUE reconhece o papel desempenhado pelos serviços de interesse económico geral na promoção da coesão social e territorial e solicita à União e aos Estados Membros para que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões. Os princípios inspiradores são a continuidade, a igualdade de acesso, a universalidade e a transparência dos serviços. O art.º 15.º do TFUE com o propósito da União promover a “boa governação e assegurar a participação da sociedade civil”, a sua actuação deve pautar-se “pelo maior respeito possível pelo princípio da abertura” com transparência. O n.º 3 deste art.º 15.º e o art.º 42.º da CDFUE reconhecem o direito dos cidadãos da União aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União.

Já na declaração n.º 17¹⁵⁷, relativa ao direito de acesso à informação, ficou registado que a transparência do processo decisório reforça o carácter democrático das Instituições e a confiança do público na Administração. Isto passou-se na última década do século passado. Da Declaração anexa ao Tratado, ficou a recomendação à Comissão para apresentar ao Conselho, um relatório sobre medidas destinadas a facilitar o acesso do público à informação de que dispõem as Instituições.

Como atrás referimos, no domínio do direito da União Europeia, o princípio da transparência reconhece o direito a qualquer indivíduo de aceder aos processos que se lhe refiram. É a este princípio “que se fica a dever o direito de acesso à informação procedimental como um direito geral, máxime aos documentos detidos pelas instituições da União, em

¹⁵⁴ Como exemplo, as normas internacionais de contabilidade (NIC’s) que são regras uniformizadas que contribuem para a comparabilidade da informação financeira.

¹⁵⁵ LOPES, Pedro Moniz (2011), p. 290 e 291.

¹⁵⁶ DUARTE, Maria Luísa, (2011), p. 147.

¹⁵⁷ Declaração anexa ao Tratado de Maastricht.

detrimento da concepção anterior, que concebia este direito como um direito de natureza instrumental de acesso à justiça”¹⁵⁸.

O princípio da abertura¹⁵⁹ reclama uma acrescida transparência na actuação das instituições europeias, “devendo estas prosseguir uma estratégia de comunicação activa sobre as tarefas da União e sobre as suas decisões, e simultaneamente utilizar uma linguagem acessível e facilmente compreensível por todos os cidadãos europeus”, por forma a aumentar a sua confiança nas instituições¹⁶⁰. A abertura e a transparência da informação a prestar aos cidadãos, com vista à sua participação na vida democrática da União, está previsto nos artigos 1º e 10.º do Tratado da União Europeia (TUE), onde está expresso que “as decisões são tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos”.

Sobre o princípio da transparência no âmbito dos serviços de interesse geral, RODRIGO GOUVEIA¹⁶¹ refere “que é importante para os consumidores que os serviços de interesse geral funcionem com normas que visem a transparência”. Para o autor, a transparência deverá ser assegurada através do estabelecimento de regras precisas em toda a sua amplitude, que as autoridades públicas ajam em completa transparência, desde a tomada da decisão de concessão dos serviços, passando pelo fornecimento dos serviços, pela sua regulação e também pela forma do seu financiamento.

Segundos os autores¹⁶² decorrem do princípio da boa-fé, entre vários princípios de serviço de interesse geral¹⁶³, o princípio da transparência, do qual exige, entre outros, às empresas encarregues de garantir o serviço público o “dever de assegurar a informação de todos os procedimentos subjacentes à prestação do serviço em concreto”, desde a fixação dos preços, possíveis alterações, formas de fornecimento e regulação. A transparência é de extrema importância no procedimento de fixação de tarifas e preços.

No acórdão¹⁶⁴ do Supremo Tribunal Administrativo, a transparência, como um dos corolários do princípio da boa-fé, está associada à clareza e completude da informação

¹⁵⁸ SILVA, Susana Tavares da (2010), p. 33.

¹⁵⁹ Enunciado no art.º 15.º, n.º1 do Tratado da União Europeia (TUE).

¹⁶⁰ PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (2012), p. 245 a 251.

¹⁶¹ GOUVEIA, Rodrigo (2001), p. 33.

¹⁶² SIMÕES, Fernando Dias, ALMEIDA, Mariana Pinheiro (2012), p. 74 e 75.

¹⁶³ Universalidade, igualdade, continuidade, adaptabilidade, qualidade e segurança.

¹⁶⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo 0299/09 de 10 de Setembro de 2009.

prestada, tendo em vista permitir que o mercado actue de “forma esclarecida, livre e sustentada”¹⁶⁵.

A Comissão Europeia em comunicação¹⁶⁶, sobre a aplicação dos princípios pelas instituições, refere que é imperativo assegurar a transparência dos argumentos sobre a subsidiariedade e a proporcionalidade, para que os diferentes actores possam debater de forma construtiva a validade das suas posições.

Já antes, em 2004, a Comissão Europeia¹⁶⁷ apelou ao princípio da transparência como noção-chave para a elaboração e a aplicação das políticas públicas relativas aos serviços de interesse geral. O princípio da transparência assegura às autoridades públicas a possibilidade de exercer as suas responsabilidades e garante que as escolhas democráticas possam ser efectuadas e respeitadas. Este princípio deverá aplicar-se a todos os aspectos do processo de execução e abranger a definição das missões de serviço público, organização, financiamento e regulamentação dos serviços, bem como a sua produção e avaliação, incluindo os mecanismos de tratamento das queixas apresentadas. Segundo a Comissão, a aplicação da legislação comunitária já contribuiu para melhorar a transparência e a prestação de serviços de interesse geral na União. A Comissão, como é afirmado na comunicação, está determinada a trabalhar para aumentar ainda esta transparência em todas as suas políticas relativas aos serviços de interesse geral. Aos Estados-Membros compete também garantir a transparência completa na aplicação da legislação comunitária e de outras disposições nacionais aplicáveis. Este propósito do aumento da transparência, referido na mesma comunicação, onde se evoca a falta de clareza, em certos domínios, da aplicação das regras comunitárias aos serviços de interesse geral. Mais especificamente salienta-se frequentemente a aplicação das regras em matéria de auxílios estatais ao financiamento dos serviços de interesse geral, bem como as regras relativas aos contractos públicos e às concessões de serviços. Nesse sentido, a Comissão irá continuar a desenvolver esforços constantes a fim de melhorar a segurança jurídica ligada à aplicação do direito comunitário ao fornecimento dos serviços de interesse geral, sem prejuízo da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância, como atrás já nos referimos.

¹⁶⁵ No âmbito da Lei-Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90 de 5 de Abril).

¹⁶⁶ COM (2011) 344 final, de 16 de Junho – Relatório da Comissão sobre a subsidiariedade e a proporcionalidade.

¹⁶⁷ COM (2004) 374 final de 12 de Maio, p. 11 e 12.

3.3 – Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso – que num Estado de Direito Democrático, vincula as acções de todos os poderes públicos¹⁶⁸ – refere-se à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins. Erigido ao status de princípio geral de Direito, sedimentou-se a idêia de submissão de todos os poderes públicos ao princípio da proporcionalidade. Como princípio geral de um Estado de Direito, devendo, pois, o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua ação aos fins pretendidos e não configurar medidas que se revelem desnecessárias ou excessivamente restritivas. Os actos (praticados por qualquer ente do Estado) não devem, para realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu peso, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para os seus destinatários.

A vinculação dos poderes públicos ao princípio da proporcionalidade deve ser interpretada em sentido amplo, já que todos os domínios destes estão vinculados ao cumprimento de um dever de atuação proporcional independentemente da forma que essa atuação revista ou dos direitos em questão.

O exercício de poderes discricionários, precedido do fim que a Administração tem que prosseguir, envolve uma operação de interpretação da norma que concede o poder discricionário¹⁶⁹. Dito de outro modo, no exercício do poder discricionário (tomada de decisão), a autoridade é colocada na situação de encontrar a solução que, tendo em consideração os fins da lei (fins a prosseguir), por um lado, e as circunstâncias concretas, por outro, assegure, em concreto, a solução mais justa e oportuna (em termos de maior *performance* possível)¹⁷⁰. Segue-se o teste de adequação, mediante o qual cumpre identificar as alternativas de acção disponíveis (meios), tecnicamente adequadas à realização daquele fim, em concreto¹⁷¹. Assim, a Administração deve principiar por indagar o fim da lei de autorização e os aspectos a considerar para a prossecução desse fim. Depois, deverá apreciar o caso concreto e encontrar a sua decisão. Trata-se de um procedimento em que são considerados aspectos de oportunidade e conveniência, a par de uma grande diversidade de limitações de natureza estritamente jurídica, como os princípios gerais de direito, os

¹⁶⁸ CANOTILHO, JJ Gomes (2003), p. 272, onde o autor conclui que o princípio da proporcionalidade se aplica a “todas as espécies de actos dos poderes públicos”.

¹⁶⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de (2007), p. 53.

¹⁷⁰ SOUSA, António Francisco de (2011), p. 459 e 460.

¹⁷¹ ALMEIDA, Mário Aroso de (2007), p. 53.

princípios de direito administrativo, os direitos fundamentais, etc. ”.¹⁷² Neste processo valorativo, que precede a decisão, a administração deve ponderar a relação custo-benefício, a proporcionalidade entre os interesses em causa. Não devemos esquecer que se trata de uma escolha (com limitações várias, mas ainda assim, uma escolha).

O princípio em apreço, analiticamente, desdobra-se em três subprincípios constitutivos: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido restrito. Temos assim, que a medida ou decisão a tomar deve ser adequada (apta) a atingir o fim atribuído pela lei, a medida deve ser exigível, indispensável ou absolutamente necessária para alcançar o fim e finalmente, a medida deve ser suportável pelos atingidos¹⁷³.

Dessa forma, o juízo final de proporcionalidade (em sentido amplo) será o resultado da avaliação prudencial destes subprincípios.

A preceder os testes de proporcionalidade, como acima referimos, temos a previsão legal, devemos partir de normas que expressamente refiram o princípio da proporcionalidade e depois temos a determinação do fim, ou seja, garantir a “justa relação” (equilíbrio) entre vantagens a prosseguir e os custos das medidas a adoptar¹⁷⁴.

A ordem lógica de aplicação dos três subprincípios deve-se realizar segundo uma regra de precedência, do mais abstracto para o mais concreto. Ou, dito de outro modo, para aferir se um acto (meio) fere o princípio, o exame da proporcionalidade inicia-se pelo recurso ao subprincípio da adequação, aferindo-se, em abstracto, se um certo meio (usado pela administração) é idóneo (apto ou ajustado) para a realização de um certo fim, fixado na lei. Uma resposta negativa a este exame prejudica, logicamente, a necessidade de passar para o subprincípio seguinte (necessidade ou exigibilidade).

São três os subprincípios ou “testes” co-envolvidos na aferição do respeito pelo princípio da proporcionalidade, todos eles de verificação cumulativa, “uma vez que só superando todos estes” testes se conseguirá “atingir o fim desejado”.¹⁷⁵ Estes juízos, ainda que sejam aqui apresentados de forma isolada por motivos de clareza expositiva, não podem ser vistos como sendo absolutamente estanques entre si, pois, ainda que uns antecedam logicamente outros, acabam por se inter-influenciar e implicar mutuamente.¹⁷⁶

Dessa forma, o juízo final de proporcionalidade (em sentido amplo) será o resultado da avaliação prudencial destes subprincípios.

¹⁷² SOUSA, António Francisco de (2011), p. 459 e 460.

¹⁷³ Ibidem, p. 403 e 404.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 405 e 406

¹⁷⁵ LOPES, Dulce Margarida de Jesus (2003B), p. 62.

¹⁷⁶ Idem.

Teste da adequação

Diz-se que uma medida é adequada quando, “numa análise *ex-ante*”, ela se revela idónea (apta) para atingir o fim proposto. Assim, importante é “controlar a relação de adequação medida-fim”.¹⁷⁷

E este controlo, extremamente importante relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, é mais difícil quando se trata “de um controlo do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador”.¹⁷⁸

No entendimento de JORGE MIRANDA, a adequação significa que “a providência se mostra adequada ao objectivo almejado, se destina ao fim contemplado pela norma, e não a outro; significa, pois, a correspondência de meios e fins”.¹⁷⁹

ANTÓNIO SOUSA entende que “uma medida é adequada quando seja apta a atingir o fim em vista ou, no mínimo, contribua claramente para atingir esse fim”.¹⁸⁰

Em conformidade com o exposto, a administração está, portanto, obrigada a adoptar das medidas que se mostrem idóneas (adequadas) com vista ao fim pretendido, sob pena dessas medidas serem submetidas ao controlo jurisdicional.

O princípio da conformidade ou da adequação dos meios implica que a relação meio-fim pela qual o decisor optou se traduza num critério de idoneidade, aptidão ou utilidade¹⁸¹. No tocante a possibilidade de reconstrução do conjunto de alternativas possíveis substituindo as delineadas pelo autor do acto por parte dos órgãos de controlo, dependerá dos poderes de que eles disponham. Sendo uma revisão de mérito, essa nova e completa averiguação estará na sua disponibilidade, mas, se se tratar de um controlo de legalidade, o objeto do controlo é a própria decisão.

A adequação constitui uma exigência permanente nas relações de todos os órgãos ou entidades estaduais com os cidadãos.

¹⁷⁷ Nessa linha, veja-se Gomes Canotilho, *Direito ..., ob. cit.*, p. 264, “(...) a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (...)”. Em sentido idêntico, AROSO ALMEIDA refere que “uma vez identificado com suficiente precisão, por interpretação da norma, o fim a prosseguir, há que identificar, de entre os meios disponíveis, aqueles que, atendendo às circunstâncias concretas da acção, se apresentam tecnicamente adequados à realização do fim”, in ALMEIDA, Mário Aroso de (2007).

¹⁷⁸ CANOTILHO, JJ Gomes (2003), p. 270.

¹⁷⁹ MIRANDA, Jorge (2000), p. 207.

¹⁸⁰ SOUSA, António Francisco de (2011), p. 406.

¹⁸¹ LOPES, Dulce Margarida de Jesus, (2003B), p. 62 e 63.

Teste da exigibilidade ou necessidade

“O princípio da exigibilidade, também conhecido pelo princípio da necessidade ou a de menor ingerência possível, coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível”¹⁸². Assim, requer-se que a administração, para a prossecução de determinado fim, escolha, entre todas as medidas possíveis, aquela que seja menos onerosa para o cidadão.

Este subprincípio é também designado pela doutrina como princípio da menor afectação possível ou princípio do meio mais suave (benigno). E facilmente se percebe o alcance deste princípio.

Dada a subjectividade do princípio, há elementos da exigibilidade que convém analisar, como sugere GOMES CANOTILHO¹⁸³, a saber: a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa limitação no tempo da medida coactiva do poder público; a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.

Na verdade, muitas medidas da administração são restritivas (de interesses e direitos subjectivos dos cidadãos). Ora, tais restrições, apenas podem ser admitidas para alcançar os fins em vista, porque a administração não dispõe de outros meios menos restritivos para atingir o mesmo desiderato.

O que se pretende com este princípio é, perante o caso concreto, averiguar se existiam meios alternativos para a realização do mesmo fim; se a administração optou (tal como estava obrigada), de entre todos os meios possíveis, por aquele que se apresente mais benigno ou menos oneroso; se entre esses meios, havia ou não diferenças quanto ao grau de intensidade (onerosidade) para os seus destinatários (das medidas restritivas).

Esta preferência pelo meio que cause um impacto menos significativo nos bens jurídicos em confronto acaba por implicar, na perspectiva paralela, um “direito à menor desvantagem possível” ou à mobilização, na terminologia utilizada nos Estados Unidos da

¹⁸² CANOTILHO, JJ Gomes (2003), p. 270.

¹⁸³ *Ibidem*.

“least restrictive”, desde que o meio alternativo e menos restritivo se revele igualmente adequado¹⁸⁴.

Portanto, acompanhamos ANTÓNIO DE SOUSA quando diz que “na prática, o critério da exigibilidade, necessidade ou indispensabilidade constitui o limite mais importante da actuação administrativa no âmbito da aplicação do princípio da proporcionalidade”.¹⁸⁵

Trazendo ainda à colação o entendimento de AROSO DE ALMEIDA que, a propósito do subprincípio em apreço, aduz que importa “proceder à avaliação dos custos jurídicos ligados à concreta utilização de cada um dos meios tecnicamente utilizáveis, por forma a assegurar que a opção recaia, de entre as soluções disponíveis que se apresentam adequadas à realização do fim, sobre aquela que se revele menos gravosa, por impor menores sacrifícios aos valores e bens envolvidos”.¹⁸⁶

Com o critério da exigibilidade, pretende-se que se analisem as especificidades do caso concreto e se averigüe se a escolha da administração, ao restringir um bem ou interesse em benefício de outro, o fez em obediência à menor afectação possível.

E podemos dizer que a exigência da adopção da medida menos onerosa para o cidadão, corporiza a própria ideia de proporcionalidade. De resto, tal dedução extrai-se da parte final do nº 2, do art.º 18º da CRP que, referindo-se às restrições dos direitos, liberdades e garantias, ordena que aquelas (restrições) se limitem “ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.¹⁸⁷

Teste da Proporcionalidade em sentido estrito

O que se pretende com este princípio é medir a relação existente entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar.

O resultado obtido após a intervenção deve ser proporcional (em sentido estrito) à carga coactiva da mesma. Assim, quando o grau de intensidade da intervenção seja desproporcional

¹⁸⁴ LOPES, Dulce Margarida de Jesus (2003B), p.67.

¹⁸⁵ SOUSA, António Francisco de (2011), p. 407.

¹⁸⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de (2007), pág. 48 e ss.

¹⁸⁷ A este propósito, pronunciou-se o acórdão do STA, 10 de Outubro de 1998: “A administração está obrigada, ao actuar discricionariamente perante os particulares, a escolher de entre várias medidas que satisfazem igualmente o interesse público, a que menos gravosa se mostrar para a esfera jurídica daqueles”.

(por manifestamente superior) com o fim pretendido, a administração deve abster-se de a praticar.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também é conhecido, nas palavras de GOMES CANOTILHO, como o princípio da “justa medida”¹⁸⁸. Para este autor, trata-se de equacionar os meios e o fim mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Em resumo, mas decididamente, pesam-se as “desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.”¹⁸⁹

Voltando à opinião de AROSO DE ALMEIDA, neste subprincípio, sempre que o quadro normativo o consinta, há que proceder à ponderação entre o “desvalor da solução escolhida e o valor do fim a atingir”, para o efeito de determinar se existe “desproporção entre o valor do fim e o desvalor do meio” porque o “menos custoso dos meios adequados à realização do fim proposto se revela, ainda assim, excessivo, em termos de poder justificar que se prescindia de prosseguir o fim”¹⁹⁰.

Em sentido semelhante, aponta JORGE MIRANDA, para quem, este subprincípio (além da ideia de “justa medida”) implica para a administração “uma correcta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos); que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais nem menos.”¹⁹¹

Continuando nos ensinamentos de GOMES CANOTILHO, não podemos esquecer uma outra face (bem menos difundida) do princípio da proporcionalidade. Referimo-nos agora à ideia de “proibição por defeito”. De facto, a aceção mais usual deste princípio é a de proibir medidas coactivas excessivas ou ingerências desmesuradas na esfera jurídica dos particulares. Porém, uma outra vertente deste princípio (menos referida, mas não menos importante) é a “proibição por defeito”. Sucede quando, as “entidades sobre quem recai um dever de protecção adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais.”¹⁹²

¹⁸⁸ Sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, cf. acórdão do TC, nº 187/2001, “(...) trata-se de exigir que a intervenção nos seus efeitos restritivos ou lesivos se encontre numa relação “calibrada” – de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis”. Veja-se ainda, a este propósito, o acórdão do STA de 19 de Março de 1999: “(...) o princípio da proporcionalidade reclama o princípio da justa medida na prossecução do interesse público, com vista a evitar o excessivo gravame para a esfera jurídica dos administrados (,,,)”.

¹⁸⁹ CANOTILHO, JJ Gomes (2003), p. 270.

¹⁹⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de (2007), p. 54.

¹⁹¹ MIRANDA, Jorge (2000), p. 207.

¹⁹² CANOTILHO, JJ Gomes (2003), p. 273.

Do teste de Proporcionalidade, em sentido estrito, retira-se que uma medida só será proporcional se dela decorrerem, de forma razoável ou adequada, mais benefícios, tendo em vista a consecução do fim proposto, do que prejuízos para os restantes direitos, interesses ou bens jurídicos em confronto. Daqui decorre que uma medida, ainda que seja a menos lesiva possível, pode, mesmo assim, continuar a ser excessivamente restritiva, quando se colocam na balança a medida dos interesses por ela afectados – a sua “carga coativa”- e a medida dos interesses por ela prosseguidos¹⁹³. Esta máxima do princípio da proporcionalidade é tributária de uma exigência de ponderação de bens e interesses em confronto, ou de balanço custos-benefícios, pois apela para uma idêia de “justa medida” ou proporção entre bens jurídicos em confronto. É desproporcionada, portanto, a medida que não demonstre manter um equilíbrio razoável ou estrito, tendo em conta o tipo e intensidade dos bens afectados, bem como as exigências, mais ou menos fortes, do interesse público, sendo-lhe vedado, em qualquer caso, afectar o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias, ainda que este seja aferido no caso concreto em face dos resultados a que se chegue através desta específica metodologia de ponderação¹⁹⁴.

A exigência da proporcionalidade nesta dimensão alia-se a necessidade de fundamentação, pois, quanto maior peso tiverem esses direitos ou bens jurídicos e mais gravosa se revelar a sua restrição, mais exigente deverá ser a justificação mobilizada para a adopção de tal medida.

Como fizemos referência atrás, numa interpretação mais recente do princípio da proporcionalidade e que se adequa ao tema deste trabalho, este princípio incide sobre relações de *meio-fim*, pretendendo-se na ponderação entre os meios e os fins a prosseguir, a optimização¹⁹⁵ ao nível da necessidade, da adequação e equilíbrio “entre os meios empreendidos para a prossecução de determinados fins e os fins a prosseguir através desses meios”¹⁹⁶. Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade impõe uma limitação da decisão discricionária. A transparência que se exige no financiamento dos serviços de interesse económico geral, opera com princípio da proporcionalidade tal como o descrevemos.

¹⁹³ LOPES, Dulce Margarida de Jesus (2003B), p.69.

¹⁹⁴ *ibidem*.

¹⁹⁵ Na ciências económicas e financeiras, optimizar significa gerir em simultâneo, respectivamente, gastos e rendimentos, e ou despesas e receitas, por forma a minimizar os primeiros e a maximizar os segundos. Isto, em simultâneo, minimizar os sacrifícios e maximizar os benefícios é designado por optimização.

¹⁹⁶ LOPES, Pedro Moniz (2011), p. 303 e 304.

3.4 - O princípio da proporcionalidade no direito da união europeia

No âmbito do Direito Comunitário, o princípio da proporcionalidade¹⁹⁷ está incluído no rol dos princípios gerais, possuindo previsão expressa no art. 5º do Tratado da União Europeia (TUE)¹⁹⁸ e no Protocolo anexo ao TFUE¹⁹⁹. Contudo, o seu desenvolvimento jurídico deriva-se das jurisprudências do Tribunal de Justiça da União Europeia. A elaboração jurisprudencial do princípio da proporcionalidade no Direito Comunitário teve início no âmbito da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço através do conceito de “*desvio de poder*”, previsto no artigo 33.º do Tratado CECA²⁰⁰. Já nessa fase, o Tribunal de Justiça ponderou as vantagens e as desvantagens decorrentes da adopção de determinadas medidas da Alta Autoridade para a redução de preços quando as empresas não asseguravam os objectivos da convenção²⁰¹. Para o Tribunal o argumento não era linear, porque, nos termos de uma “norma jurídica geralmente admitida, a reacção indirecta da Alta Autoridade a um acto ilícito das empresas deve ser proporcionada à envergadura deste”²⁰². Continua o acórdão, por essa razão, a Alta Autoridade só poderia reduzir a perequação²⁰³ numa medida equivalente àquela em que as empresas não tivessem baixado os seus preços, nos limites previstos.

¹⁹⁷ Sobre o tema vide CANOTILHO, JJ Gomes (2003), p. 267 a 270; Sobre a europeização do princípio da proibição do excesso, entendido como princípio da proporcionalidade, afirma o autor que a Administração, sob o poder jurisdicional, deve exercer o controlo da proporcionalidade, lembrando a sua natureza equitativa, com padrões de razoabilidade, tanto na coerência, na adequação como na necessidade.

¹⁹⁸ O seu art.º 5º-1 dispõe que a “delimitação da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” e o n.º 4 dispõe que “em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.

¹⁹⁹ Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, previstos no art.º 5º do Tratado da União Europeia, com o desejo de assegurar que as decisões sejam tomadas tão próximo quanto possível dos cidadãos da União.

²⁰⁰ Art.º 33º do Tratado CECA: “O Tribunal de Justiça é competente para conhecer dos recursos de anulação com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos das decisões e recomendações da Comissão, por um Estado-membro, pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho. Todavia, o Tribunal de Justiça não pode apreciar a situação decorrente dos factos ou circunstâncias económicas em atenção à qual foram proferidas as referidas decisões ou recomendações, excepto se a Comissão for acusada de ter cometido um desvio de poder ou de ter ignorado, de forma manifesta, as disposições do Tratado ou qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação ...”.

²⁰¹ Convenção relativa às disposições transitórias do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

²⁰² Acórdão do TJ, de 29 de Novembro de 1956, **Fédération Charbonnière**, processo 8/55.

²⁰³ Com o sentido de igualdade de tratamento. No grande dicionário – Língua Portuguesa, Porto Editora – perequação significa ato de atribuir uma coisa igualmente a muitas pessoas; Do Latim *peraequatiōne*, conformidade perfeita. Conforme art.º 26º, n.º 2 da Convenção do Tratado CECA que define os objectivos da perequação.

O princípio da proporcionalidade é um princípio orientador de todas as esferas de atuação (legislativa, administrativa e judicial) da Comunidade e dos Estados-membros. O que este princípio objectiva é controlar e racionalizar o exercício das competências comunitárias, por um lado, mas, legitimar sua atuação, por outro. E no tocante aos Estados-membros, aferir se as medidas adoptadas e previstas por eles são apropriadas e necessárias para atingir os objectivos traçados.

Embora o princípio da proporcionalidade seja aplicado, actualmente, para aferir a legitimidade de restrições adoptadas pelos Estados-membros aos direitos e liberdades reconhecidos pelos Tratados e pelos próprios actos de direito comunitário derivado, um dos seus domínios iniciais de elaboração referiu-se ao direito comunitário “prestacional”.

A admissibilidade de auxílios nacionais e de prestações que compensem as obrigações de serviço público ou de serviço universal impostas no âmbito das actividades de interesse económico está condicionada ao preenchimento de estritos requisitos de proporcionalidade, independentemente de se questionar qual o estatuto do beneficiário dessas prestações.

Contudo, no ordenamento jurídico comunitário, é no controlo jurisdicional que este princípio tem tido maior aplicação. Além disso, o princípio da proporcionalidade, estando entre os princípios gerais dos Tratados de direito comunitário, cumpre uma função tríplice, ao permitir a interpretação destes e dos actos de direito derivado, ao suprir as lacunas e ao servir de padrão de validade dos actos proferidos pelas Instituições Comunitárias.

No acórdão do Tribunal de Justiça²⁰⁴, quanto à protecção dos direitos fundamentais, refere que os mesmos fazem parte integrante dos princípios gerais do direito, nomeadamente o princípio da proporcionalidade, cuja observância é assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade. O princípio da proporcionalidade era fonte jurídica por excelência do Direito Comum Europeu por ter natureza não só de princípio geral de Direito Comunitário conforme orientação prevista no artº 5º do Tratado de Roma mas também, e principalmente, de norma jurídica vinculante, circunstância que de per si autorizava qualquer cidadão a invocá-la ao mesmo tempo em que obrigava os tribunais europeus, inclusive o Tribunal de Justiça, a aplicá-lo.

O princípio da proporcionalidade é, igualmente, um princípio fundamental na definição dos limites a intervenções dos Estados Membros que tenham um efeito restritivo das liberdades económicas construtivas do mercado interno²⁰⁵.

²⁰⁴ Acórdão do TJ, de 17 de Dezembro de 1970, **Internationale Handelsgesellschaft**, processo 11/70.

²⁰⁵ Livre circulação de mercadorias, circulação de pessoas, serviços e capitais.

O art.º 106.º, n.º 2 do TFUE estabelece que os serviços de interesse económico geral estão sujeitos às regras da concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. A compatibilidade das regras da concorrência baseia-se em três princípios, a neutralidade em termos de propriedade (345.º TFUE), a liberdade dos Estados Membros definirem os serviços e a proporcionalidade das restrições da concorrência em relação a um cumprimento eficaz das suas missões. Em termos de proporcionalidade, a compatibilidade deverá ser aferida entre o cumprimento das regras da concorrência no mercado interno com a manutenção de um elevado nível na prestação dos serviços de interesse económico geral. Um elevado nível dos serviços pressupõe, como atrás referimos, a prestação com elevada qualidade, em continuidade e a preços acessíveis.

Para a Comissão Europeia²⁰⁶ a proporcionalidade constitui um princípio orientador para determinar o modo como a União deve exercer as suas competências, tanto exclusivas como partilhadas, forma e natureza da acção da União e dos Estados. O TFUE estabelece que o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados. A decisão deve privilegiar a opção menos restritiva.

Para MOTA CAMPOS²⁰⁷ o princípio da proporcionalidade implica que uma dada medida só poderá ser considerada como aceitável em face do direito comunitário se, por um lado, existir um adequado nexo de causalidade entre essa medida e o objectivo legítimo prosseguido, por outro lado, se os meios adoptados para o fim a atingir (objectivo) devem ser considerados necessários – isto é, suficientes e não excessivos, e, finalmente, se não houver outras medidas menos severas que, bastando para atingir eficazmente o objectivo visado, comportem perturbações de tráfico jurídico-mercantil e sejam, por isso, menos opressivas para os operadores económicos do mercado comum.

Segundo GORJÃO HENRIQUES²⁰⁸ o princípio da proporcionalidade impõe que se afira se a acção da União – e as medidas por ela adoptadas – são adequadas ao fim prosseguido e se não vão para além do que é necessário para atingir esse fim, donde decorre que se deve escolher a opção menos onerosa quando mais que uma sirva para alcançar o objectivo²⁰⁹. A formula normativa do tratado parece cobrir pelo menos duas destas concepções. Aí estabelece-se que o conteúdo e a forma da acção da União não devem

²⁰⁶ COM (2011) 344 final.

²⁰⁷ CAMPOS, João Luiz Mota (2004), p. 356.

²⁰⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; (2010), p. 387.

²⁰⁹ Acórdão do TJ de 20 de Fevereiro de 1979, SA **Buitoni** contra Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles, processo 122/78.

exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados (art.º 5º, n.º 4 do TFUE). A ideia de proporcionalidade tem como conteúdo essencial a preservação da autonomia decisória e normativa dos Estados Membros, mesmo em matérias que tivessem uma regulação a nível da União Europeia.

Para o mesmo autor o princípio da proporcionalidade, a nível da União Europeia, não pode ser necessariamente entendido como tendo a mesma densidade e o mesmo sentido que lhe é reconhecido no direito interno. Internamente, o princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional e constitui um subprincípio densificador do princípio do Estado de direito democrático, significando, no quadro do direito público, a ideia de que qualquer acto jurídico-público deve ser adequado, necessário e ter justa medida²¹⁰. A nível da União, o princípio da proporcionalidade obriga a União a actuar pelo meio que represente um menor sacrifício para as posições jurídicas dos Estados Membros, a nível central, mas também regional ou local, como o tratado agora expressamente afirma (art.º 5º, n.º 4 do TFUE).

²¹⁰ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2010), p. 388 e 389.

4 - CONCLUSÃO

O estudo realizado sobre a problemática do financiamento dos serviços de interesse económico geral no direito comunitário tem como base, além dos princípios gerais do direito, o princípio da transparência e da proporcionalidade que operam separadamente e em cúmulo.

O financiamento por compensação de serviço público não é, por regra, compatível com as regras da concorrência previstas no Tratado da U. E. e no seu direito derivado. No TFUE está expresso, art.º 106.º, n.º 1, que os Estados-Membros não tomam quaisquer medidas contrárias às regras da concorrência e do mercado interno. Quanto às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, o art.º 106.º, n.º 2 do TFUE, por excepção às regras da concorrência, reconhece implicitamente o direito dos Estados-Membros imporem obrigações específicas de serviço público aos operadores económicos. Estes prestadores de serviços de interesse económico geral apenas estão isentos da aplicação das regras em matéria de concorrência se essa isenção for estritamente necessária ao cumprimento da sua missão, coesão social e territorial. Em caso de conflito, o cumprimento da missão de serviço público pode efectivamente prevalecer sobre a aplicação das regras comunitárias e, nomeadamente, sobre as regras relativas ao mercado interno e à concorrência, desde que tal não afecte as trocas comerciais entre os Estados-Membros e consequentemente, não contrarie os interesses da UE. A excepção à estampa no artigo 106.º, n.º 2 do TFUE deve ser interpretada de acordo com o artigo 14.º do TFUE, onde se confia à União e aos Estados-membros a tarefa de zelarem por que as respectivas políticas permitam aos serviços de interesse económico geral cumprir as suas missões.

Entende-se por serviços de interesse económico geral os serviços de mercado que os Estados-Membros sujeitam a obrigações de serviço público em função de critérios de interesse geral. Os serviços de interesse económico geral, como está reconhecido no direito da União são essenciais para a vida em sociedade de qualquer cidadão e por isso o seu sentido de universalidade, acessibilidade, continuidade no fornecimento e qualidade na forma da prestação. Nestes princípios clássicos do serviço público impõe-se que as actividades associadas aos serviços de interesse geral sejam exercidas com um nível de qualidade garantida e satisfatória e em condições de igualdade de acesso.

Quanto à forma de organização destes serviços de interesse geral, passou-se do Serviço Público, na forma clássica prestada pela Administração Pública, às obrigações de serviço público. Obrigações prestadas por privados, ou não, podendo sê-lo por entidades públicas em

regime de concorrência. Estes serviços, geralmente confiados a operadores particulares, visam satisfazer necessidades gerais dos cidadãos, nomeadamente no âmbito da prestação de serviços universais e de serviços redes que não beneficiem uma categoria específica de utilizadores.

A Jurisprudência do Tribunal de Justiça, principalmente o acórdão *Altmark*, foi um marco decisivo e marcante com fixação de regras e condições para os Estados Membros poderem financiar os serviços de interesse económico geral. Com o cumprimento de determinadas regras de forma clara e transparente, passou a ser compatível com os Tratados o financiamento por compensação de serviço público prestado por empresas encarregadas dessa missão de interesse geral.

Com o marco da Jurisprudência *Altmark*, a Comissão Europeia começou a produzir vários actos no sentido de esclarecer as condições em que as empresas encarregues de produzir e distribuir serviços de interesse económico geral o poderiam fazer, sendo compensadas por forma a não afectar a concorrência, ou seja, por forma a existir compatibilidade entre as regras do mercado em concorrência com o pagamento de auxílios estatais.

Os auxílios financeiros às actividades de interesse económico geral, com procedimentos claros e transparentes, têm que ser concedidos na medida adequada e do necessário em relação à utilidade prestada de interesse geral. Se o financiamento for além do necessário e do adequado, ou desproporcionado, está-se com esta medida a distorcer a concorrência, o que é proibido pelos Tratados. A acrescer a esta ideia, há maior garantia do nível do custo das compensações a suportar pelo erário público e em simultâneo há melhor garantia aos utentes e cidadãos de serviços de melhor qualidade e a preços mais acessíveis quando os serviços são produzidos e oferecidos ao mercado por empresas competitivas e economicamente geridas por critérios de eficiência na sua gestão.

Como referimos no início do trabalho, a nossa tarefa passa pela conexão dos princípios da transparência e o da proporcionalidade, ambos acolhidos pelos Tratados da União Europeia, com a gestão dos serviços de interesse económico geral, bem como, com a forma do seu financiamento. Essa relação dos princípios com a gestão dos serviços económicos de interesse geral está patente na definição dos critérios de avaliação e ponderação (proporcionalidade) de forma clara e transparente.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, José Rui Nunes e CORREIA, Alice Pinto (1999), *Manual de Contabilidade das Autarquias Locais*, Editora Rei dos Livros.
- ALMEIDA, José Rui (2005); *Contabilidade de Custos para Autarquias Locais – modelo para o Sector Público Administrativo* 2ª edição; Vida Económica.
- ALMEIDA, Mário Aroso de (2007), *Sumários de Direito Administrativo*, Universidade Católica do Porto.
- BARBOSA DE MELO (1987), *Direito Administrativo II*, policopiado, Coimbra
- CABO, Sérgio Gonçalves do (2006), “O financiamento dos serviços de interesse económico geral no Direito comunitário”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Marcelo Caetano, no centenário do seu nascimento*, vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora.
- CAMPOS, J. Mota de (1997), *Direito Comunitário*, Volume III, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- (2004), *Manual de Direito Comunitário – O sistema institucional; A ordem jurídica; O ordenamento económico da União Europeia* – Serviço de educação e bolsas; Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, JJ Gomes (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina (2003).
- CARDOSO, Elionora (2010), *Os Serviços Públicos Essenciais – A sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra Editora.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo, OLIVEIRA, Fernanda Paula (2010), *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, 2ª edição.
- DUARTE, Maria Luísa (1997), *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, LEX, Lisboa.
- (2011) *União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Euro comunitária*, Almedina.
- ESTORNINHO, Maria João (2009), *A Fuga para o Direito Privado, – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Teses; ALMEDINA.
- FREITAS DO AMARAL (1973), *A responsabilidade da Administração no Direito Português*, Lisboa.
- GARCIA, Maria da Glória (2004), *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, coordenação de Fausto de Quadros, Coimbra.
- GONÇALVES, Pedro (1999), *A concessão de serviços públicos*, Almedina.
- (2008), *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos do Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado interno e concorrência*, Almedina (2010), 6ª edição
- GOUVEIA, Rodrigo (2001), *Direito Público e Regulação - Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra Editora.
- LOPES, Dulce Margarida de Jesus (2003A), *O nome das coisas: serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no Direito comunitário*, *Temas de Integração*, n.ºs 15 e 16.
- (2003B), *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma Perspectiva de Controlo)*, Faculdade de Direito de Coimbra.
- LOPES, Pedro Moniz (2011), *Princípio da Boa-fé e Decisão Administrativa*, Lisboa.
- MACHETE, Rui Chancerelle (2004), *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora
- MIRANDA, Jorge (2000), *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora.
- MOREIRA, João Manuel, JALALI, Carlos, Alves, André Azevedo, coordenadores, *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública – Para um Novo Paradigma do Serviço Público*, Almedina (2008).
- NEVES, Maria José L. Castanheira (2004), *Governo e Administração Local*, Coimbra Editora.
- OTERO, Paulo, GONÇALVES, Pedro (2011), coordenadores, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume 5, Almedina.
- PAIS, Sofia Oliveira (2012), *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina.
- PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (2012), como coordenadores, *Tratado de Lisboa Anotado e comentado*, Almedina.
- RAIMUNDO, Miguel Assis (2011); *Temas de Direito Administrativo – Curso de Especialização*; Organização: Centro de Estudos Judiciários; Universidade Católica Portuguesa (Porto)

ROLF STOBER (2008), *Direito Administrativo Económico Geral: Fundamentos e princípios Direito Constitucional Económico*; Tradução por António Francisco de Sousa, Coleção Manuais, Universidade Lusíada Editora, Lisboa.

SALDANHA SANCHES, J. L. (2000), *A Regulação: história breve de um conceito*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, Lisboa

SANTOS, António dos Santos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão (2013), *Direito Económico*, Almedina, 6ª edição.

SILVA, João Nuno Calvão da (2008), *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*; Almedina.

SILVA, Susana Tavares da
 (2010), *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa Universidade de Coimbra.
 (2011), *Direito da Energia*, Coimbra Editora

SIMÕES, Fernando Dias e ALMEIDA, Mariana Pinheiro (2012), *Lei dos Serviços Públicos Essenciais – Anotado e comentado*; Almedina.

SOUSA, António Francisco de
 (1994), *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Almedina
 (2010), *Código do Procedimento Administrativo – Anotado e comentado*, 2ª edição, Quid Juris, Sociedade Editora
 (2011), *Manual de Direito Administrativo*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
 (2012), *Comunicação apresentada no XV Congresso Internacional do Direito Constitucional*, Brasília – Brasil

SOUSA, Marcelo Rebelo de (1994), *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa.

MOREIRA, Vital (2004), *Autoregulação*; Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda (2003) *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projecto de Lei-Quadro*; Coimbra Editora.

LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Tratado Comunidade Económica do Carvão e do Aço

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

REGULAMENTO (CEE) n.º 2408/92, relativo ao acesso das transportadoras aéreas às rotas intracomunitárias.

REGULAMENTO (CE) 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Setembro, relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade

REGULAMENTO (CE) n.º 3577/92 do Conselho, de 7 de Dezembro de 1992, relativo à aplicação do princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos internos nos Estados-membros (cabotagem marítima).

DIRECTIVA 97/67/CE

DIRECTIVA 2002/19/CE, directiva acesso

DIRECTIVA 2002/21/CEE, directiva-quadro

DIRECTIVA 2002/22/CE, de 7 de Março, serviço universal

DIRECTIVA 2003/54/CE

DIRECTIVA 2003/55/CE

DIRECTIVA 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contractos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

DIRECTIVA 2006/111/CE da Comissão, de 16 de Novembro que actualizou a Directiva 80/723/CEE, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas.

LEGISLAÇÃO NACIONAL PORTUGUESA

Lei n.º 11/90 de 5 de Abril, Lei-Quadro das Privatizações.

Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio que revogou as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de Junho, e 39/2006, de 25 de Agosto.

Lei n.º 12/2008 de 26/2 que actualizou e republicou a Lei n.º 23/96 de 26 de Julho

Lei n.º 23/96 de 26 de Junho, actualizada pela Lei n.º 6/2011 de 10 de Março.

ACTOS COMUNITÁRIOS

COMUNICAÇÃO (2000) 580 de 20 de Setembro, da Comissão Europeia que actualizou 96/443 de 26 de Setembro, sobre os serviços de interesse geral na Europa

COMUNICAÇÃO (2004) 374 final de 12 de Maio, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões

COMUNICAÇÃO (2007) 725 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - que acompanha a comunicação «Um mercado único para a Europa do século XXI», Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu

COMUNICAÇÃO (2011) 900 final, de 20 de Dezembro, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa

COMUNICAÇÃO (2011) 146 final da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sob a Reforma das regras de U. E. em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral de 23 de Março

COMUNICAÇÃO C(2011) 9406 final, Comunicação da Comissão, enquadramento aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, de 20 de Dezembro

COMUNICAÇÃO (2011) 344 final, de 16 de Junho – Relatório da Comissão sobre a subsidiariedade e a proporcionalidade

DECISÃO (2005/842/CE) de 28 de Novembro de 2005, relativa à aplicação do n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral

DECISÃO C (2011) 9380 final de 20 de Dezembro relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos Auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral.

PARECER sobre a COM (2004) 374 final, Livro Branco sobre os serviços de interesse geral

RELATÓRIO de 24 de Outubro de 2011 da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários com Relator Peter Simon

JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA

Acórdão do TJ, de 29 de Novembro de 1956, **Fédération Charbonnière**, processo 8/55.

Acórdão do TJ, de 17 de Dezembro de 1970, **Internationale Hardelsgesellschaft**, processo 11/70.

Acórdão de 27 de Março de 1974, *BRT / SABAM*, proc.º 127/73, 1973

Acórdão do TJ de 20 de Fevereiro de 1979, SA **Buitoni** contra Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles, processo 122/78.

Processo C-350/07, *Kattner Stahlbau*, Colectânea 2009, p. I-1513.

Acórdão do Tribunal de 23 de Outubro de 1997, *Comissão c. França*, proc.º C-159/94, Col. 1997, p. I-5815

Processo T-106/95 *FFSA* [1997]

Processo T-46/97 *SIC* [2000]

Processo C-174/97 *FFSA* [1998]

Processo C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Colectânea 2003, p. I-7747 - Acórdão de 24 de Julho

Acórdão do TJCE de 22 de Novembro de 2001, Processo n.º C-53/00, *Ferring*, Col. 2001

Acórdão CE de 9-1-2002

Processo C-205/03, *FENIN/Comissão*, n.º 25, Colectânea 2006, p. I-06295. No que se refere aos conceitos de actividade económica e empresa, ver igualmente

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL PORTUGUESA

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 11 de Fevereiro de 1993

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Março de 1999

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo 730/04 de 13 de Janeiro de 2005

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo 0299/09 de 10 de Setembro de 2009

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 187/2001