

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES FUNERÁRIOS DE PORTUGAL

Ex.mos Sr.s
Comissão Permanente Assuntos Económicos
Assembleia da República

Porto, 14 de Janeiro de 2009

Assunto – Exploração de espaços cemiteriais

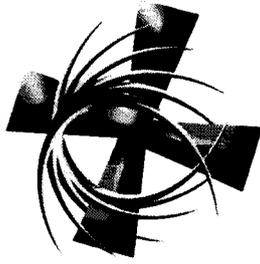
Ex.mos Srs.:

Os nossos melhores cumprimentos. A Associação dos Agentes Funerários de Portugal é uma associação patronal que visa a promoção dos interesses dos seus associados e bem assim o desenvolvimento do sector económico e social onde se integra a actividade dos mesmos.

A Associação dos Agentes Funerários de Portugal existe como tal há mais de vinte anos tendo sido a primeira associação do seu género a ser criada em Portugal no âmbito da actividade funerária, sendo hoje reconhecida quer a nível nacional quer a nível internacional.

No seguimento de anteriores audiências junto de V/Ex^{as}, somos a expor:

De há cerca de dois anos para cá temos vindo a assistir, em Portugal, à ocorrência de diversos eventos que, no ver da Associação dos Agentes Funerários de Portugal, alteram negativamente as normas da concorrência que todos pretendemos venham a prevalecer, quer por orientação legislativa interna quer por orientação de legislação comunitária, aliás tal como vos foi já informado em anteriores audiências.



0
7

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES FUNERÁRIOS DE PORTUGAL

Crê a Associação dos Agentes Funerários de Portugal que o mercado deve ser livre e desimpedido de todo e qualquer factor que possa impedir a concretização dos princípios fundamentais de liberdade e lealdade concorrencial.

Nesse mesmo espírito a Associação dos Agentes Funerários de Portugal participou de forma activa nos trabalhos legislativos que levaram à publicação do primeiro diploma legal regulamentador da actividade funerária ou seja, o DL 206/2001 de 27 de Julho que, apesar de ter sido objecto de algumas alterações, manteve-se na sua essência.

Na elaboração daquele diploma houve manifesta preocupação no sentido de garantir a maior igualdade a todos os agentes no acesso ao mercado e, bem assim garantir a dignidade de um serviço que para além de económico assume também um carácter moral e social.

Foi assim delimitada a actividade das agências funerárias de forma a impedir a confundibilidade com outros ramos económicos ou outros negócios paralelos.

A actividade de gestão ou exploração de espaços cemiteriais é vedada às agências funerárias.

Sucedem que, de há uns tempos para cá, temos vindo a assistir à abertura de concursos públicos com vista à concessão de espaços cemiteriais (cemitérios) a entidades privadas. Assim aconteceu em Elvas, Figueira da Foz, Vila Nova de Gaia, entre outros.

Os cemitérios por definição legal, são geridos pelas Câmaras Municipais ou pelas Juntas de Freguesia mas, sempre com carácter público.



ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES FUNERÁRIOS DE PORTUGAL

A posição da Associação dos Agentes Funerários de Portugal colide frontalmente com a possibilidade de concessionar tais espaços a privados por considerar que tal tipo de serviços deve ser garantido pelo Estado por questões de justiça social e dignidade humana.

No entanto, o facto é que os concursos foram publicados e, alguns espaços foram já concessionados...

Pior... foram concessionados a empresas que fazem parte de um grupo económico que se dedica à actividade funerária e que é encabeçado por Servilusa – Agências Funerárias, SA.

Esta empresa de capital maioritariamente estrangeiro é a maior agência funerária a operar em Portugal e, graças ao seu poderio económico, a única a poder candidatar-se a tais concursos.

Lembra-se que a gestão e exploração de cemitérios e ou capelas é actividade vedada às agências funerárias como o é a Servilusa.

Ora, através de criação de outras empresas, a dita multinacional tem vindo a exercer actividade que por lei lhe está vedada.

Quer isto dizer que, “habilmente” através de uma mera “artimanha jurídica” a dita empresa consegue contornar a lei e, com isso desvirtuar as condições de mercado que se quer livre e igualitário.



ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES FUNERÁRIOS DE PORTUGAL

O resultado e, o objectivo é óbvio ou seja, conseguir uma posição dominante no mercado, suplantar todos os seus adversários comerciais.

Dirão os seus gestores ou directores que tal não é a ambição da dita empresa, que apenas têm uma quota de mercado muito baixa mas, o facto é que pela sombra vão caminhando e, caso nada seja feito atempadamente, o resultado surgirá em pouco tempo e, não será bom para o sector funerário nem para a economia nacional designadamente ao nível das pequenas e médias empresas (cerca de 98% do tecido empresarial em Portugal é constituído por micro e pequenas empresas).

A gestão de tais empresas que se dizem juridicamente afastadas da actividade funerária é feita pela empresa mãe, ela própria agência funerária aliás, tal como ela própria admite publicamente e, tal como é reconhecido também publicamente.

Os problemas são óbvios e vão expressos a nível nacional.

Um bom exemplo dos problemas que se enfrentam é a intenção da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia adjudicar o concurso público para concepção, construção e exploração do cemitério funerário municipal a uma empresa detida pela Servilusa ainda que a mesma não seja detentora da "capacidade financeira" exigida e exigível para a candidatura ao concurso público que foi lançado.

A questão é pública e foi noticiada muito recentemente. – Doc.1

Espera-se uma actuação urgente das entidades responsáveis...



ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES FUNERÁRIOS DE PORTUGAL

No entanto e, para melhor perceber a dimensão do problema e por forma a melhor poder fundamentar a posição da Associação dos Agentes Funerários de Portugal, foi solicitada a elaboração de um parecer ao Ex.mo Sr. Professor João Pacheco de Amorim, docente universitário na Faculdade de Direito do Porto que, de forma clara e concisa explana e justifica a necessidade de actuação de V/Ex^{as} para a resolução deste problema ou seja, para que seja reposta a liberdade, igualdade e lealdade concorrencial no sector funerário, documento esse que se dá aqui por integralmente reproduzido. – Doc.2

Certos da V/ atenção e da vossa pronta e eficaz actuação, apresentando disponibilidade para colaborar em tudo quanto considerem necessário, subscrevemo-nos com a mais elevada consideração.

Pela Direcção, o Presidente

João Moura da Cunha Barbosa

Anexa: 2 documentos

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

F B.

CONSULTA JURÍDICA

A Associação de Agentes Funerários de Portugal (adiante designada por Consulente) consulta-nos no sentido de ver esclarecidas as seguintes questões:

I – Serão a exploração dos cemitérios e os serviços que neles são prestados passíveis de privatização?

II – Será viável que uma entidade, no caso *sub judicio* a Servilusa, ofereça serviços enquanto agente funerário e acumule funções decorrentes de contratos mistos, que englobam a concessão de exploração dos cemitérios e a concessão de serviços públicos?

Sobre as questões que, deste modo, nos são colocadas, é o seguinte o nosso

PARECER

A) Enquadramento Factual

Para a elaboração do presente parecer releva a seguinte factualidade transmitida pela Consultante:

- a) O Grupo Servilusa é composto por várias sociedades comerciais:
- Servilusa, Agências Funerárias, S.A. que tem por objecto social a actividade de agência funerária, nas suas diversas modalidades;
 - Servilusa, Gestão e Organização de Espaços Mortuários, Cemiteriais e Fornos Crematórios, Artigos e Equipamentos Funerários, Lda. cujo objecto social inclui a actividade de comercialização de artigos funerários, religiosos, equipamentos e máquinas para cemitérios, manutenção de limpeza de jazigos e sepulturas, gestão e organização de espaços mortuários, e outros locais destinados à realização de velórios e prestação integrada de serviços fúnebres, podendo incluir, entre outros, a celebração de exéquias fúnebres, bem como consultadoria, gestão e organização de espaços cemiteriais e fornos crematórios;
 - FunElvas – Concessionária de Espaços Cemiteriais, Lda. cuja actividade abrange a exploração, gestão, manutenção e conservação do Forno Crematório, Complexo Funerário e Cemitério Municipal de Elvas, bem como da Capela de S. Francisco e parque de estacionamento e, ainda, a execução das obras para instalação do forno crematório e actividades

PARECER

A) Enquadramento Factual

Para a elaboração do presente parecer releva a seguinte factualidade transmitida pela Consulente:

- a) O Grupo Servilusa é composto por várias sociedades comerciais:
- Servilusa, Agências Funerárias, S.A. que tem por objecto social a actividade de agência funerária, nas suas diversas modalidades;
 - Servilusa, Gestão e Organização de Espaços Mortuários, Cemiteriais e Fornos Crematórios, Artigos e Equipamentos Funerários, Lda. cujo objecto social inclui a actividade de comercialização de artigos funerários, religiosos, equipamentos e máquinas para cemitérios, manutenção de limpeza de jazigos e sepulturas, gestão e organização de espaços mortuários, e outros locais destinados à realização de velórios e prestação integrada de serviços fúnebres, podendo incluir, entre outros, a celebração de exéquias fúnebres, bem como consultadoria, gestão e organização de espaços cemiteriais e fornos crematórios;
 - FunElvas – Concessionária de Espaços Cemiteriais, Lda. cuja actividade abrange a exploração, gestão, manutenção e conservação do Forno Crematório, Complexo Funerário e Cemitério Municipal de Elvas, bem como da Capela de S. Francisco e parque de estacionamento e, ainda, a execução das obras para instalação do forno crematório e actividades

complementares ou acessórias, nomeadamente de aquisição de bens imóveis necessários à realização da sua actividade de concessionária;

- FunFoz, Lda., a qual tem por objecto social a actividade de concessionária da exploração, gestão, manutenção e conservação do Complexo Funerário, Crematório e Forno Pirolítico do Cemitério Oriental da Figueira da Foz;

- b) Assim, o Grupo Servilusa é o **maior grupo funerário do país**.
- c) É detido a 100% pela *Mémora (Memora Inversiones Funerárias, S.L.)*, uma sociedade espanhola que tem por actividade a prestação de serviços funerários de todo o tipo e, em particular, a gestão e administração de cemitérios e complexos funerários, apresentando-se como o **maior grupo funerário europeu**.
- d) Recentemente, a empresa *3i Group plc* – “*uma sociedade de investimento internacional, especializada na aquisição de controlo de outras sociedades, sendo o seu portfolio de empresas bastante diversificado, quer em termos de actividades, quer em termos de áreas geográficas abrangidas (Europa, Ásia e Estados Unidos)*”¹ – adquiriu o controlo exclusivo da *Mémora*, através da aquisição de 70 a 80% do seu capital social.
- e) Tal operação consubstancia uma **concentração de empresas**, nos termos da alínea b) n.º 1 do artigo 8.º do Regime Jurídico da

¹ Cfr. *Decisão de Não oposição da Autoridade da Concorrência*, Processo AC – I – Ccent.55/2008 – 3i/Mémora, de 18 de Setembro de 2008;

Concorrência², conjugada com a alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo e poderá ainda concretizar uma concentração comunitária ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004.

- f) O Grupo Servilusa tem vindo a responder e a ganhar concursos públicos de diversas cidades portuguesas para a celebração de contratos de concessão de exploração de cemitérios e para a consequente concessão de serviços públicos.
- g) Em Portugal, a tendência no sector funerário é para a proliferação de pequenas e médias empresas cuja capacidade financeira não lhes permite competir, no âmbito destes concursos, com a Servilusa.
- h) Assim, no dia 11 de Abril de 2008, o Grupo, através da concessionária FunElvas, Lda., inaugurou, na cidade de Elvas, o primeiro Complexo Funerário do país de gestão privada.
- i) O Complexo Funerário de Elvas dispõe de:
- Horário de funcionamento de 24 horas com vigilância e apoio profissional;
 - Quatro salas de velamento climatizadas e ventiladas, com total privacidade e conforto, incluindo instalações sanitárias próprias;
 - Área técnica com corredores reservados para a deslocação de falecidos, de modo a que os utilizadores do Complexo nunca se cruzem com outras urnas e/ou falecidos;

² Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro e pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto;

- Sala de última despedida que antecede a cerimónia de cremação - Um espaço familiar privado;
 - O Jardim da Memória, um espaço verde que acolhe as cinzas fúnebres daqueles que preferem a simplicidade do anonimato;
 - Uma capela para 70 pessoas sentadas;
 - Um conjunto de serviços complementares como Florista, Marmorista, Cafeteria, Apoio Médico e Sala de Apoio a Jovens e Crianças que dispõe de televisão, acesso à Internet e conta com a presença de um vigilante;
 - Forno crematório com horário das 9h às 22h, com possibilidade de alargamento de horário;
 - O Cemitério Municipal de Elvas;
- j) Em Junho de 2008, o Grupo Servilusa ganhou o concurso público, lançado pela Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, para a construção e gestão do primeiro forno crematório, a instalar junto ao Cemitério da Póvoa de Santa Iria, que se prevê que esteja pronto em Julho de 2009. O contrato de concessão foi celebrado no início de Setembro de 2008.
- k) No dia 16 de Julho de 2008, o Grupo inaugurou também um forno crematório no cemitério de Rio de Mouro, município de Sintra, que inclui: forno crematório, sala de tanatopraxia, sala de última despedida, serviço de cafeteria, jardim da memória (cendário), columbários – 144 para colocação de urnas de cinzas, espaço exterior exclusivo para familiares e amigos, estacionamento, horário – 24 horas.

- l) Mais uma vez, no dia 26 de Julho de 2008, o Grupo Servilusa, agora com o consórcio FunFoz Lda., inaugurou, na Figueira da Foz, o segundo Complexo Funerário do país de gestão privada.
- m) O Complexo Funerário da Figueira da Foz é constituído por três zonas distintas: área de velamento, área técnica e área de serviços. Inclui ainda o *Jardim Memória*, um espaço verde para colocação de cinzas, de forma anónima.
- n) Em Setembro de 2008, a Servilusa apresentou proposta para a construção e concessão da exploração do forno crematório e Complexo Funerário de Cascais. De todas as propostas apresentadas, apenas a proposta da Servilusa foi admitida para apreciação.
- o) Acrescente-se ainda que, depois de, em Maio de 2007, a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia ter lançado um concurso público internacional para a concessão do serviço público de gestão e exploração do Complexo Funerário Municipal que veio a ser anulado algumas horas depois de ter terminado o prazo para a entrega de propostas, no início de 2008 o Município lança outro concurso nos mesmos moldes do anterior, verificando-se novamente que o Grupo Servilusa é o único com capacidade financeira para concorrer.

B) Enquadramento Jurídico

1. Considerações preliminares

As questões ora colocadas reclamam um prévio e breve estudo sobre a dominialidade dos cemitérios, a natureza dos serviços que neles são prestados, os contratos administrativos, especialmente o contrato de concessão de uso privativo do domínio público e os contratos de concessão de exploração do domínio público e concessão de serviços públicos, bem como uma análise do Regime Jurídico da Concorrência actualmente em vigor.

1.1. A Dominialidade dos Cemitérios

No Direito Romano, consideravam-se as *res religiosas* (identificadas com os locais onde se sepultavam os defuntos) como *res extra nostrum patrimonium*³. Actualmente, apesar da respectiva dominialidade não resultar de forma expressa de qualquer disposição legislativa, a doutrina e a jurisprudência portuguesas defendem que os cemitérios constituem os **bens dominiais típicos das autarquias locais** e, desta feita, tanto de municípios como de freguesias⁴.

Assim, em vários Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (adiante designado STA), reitera-se a ideia de que os cemitérios públicos são bens dominiais possuídos e administrados pelos municípios e freguesias, afectos a um fim de utilidade pública, que se traduz na possibilidade do seu uso directo e imediato⁵.

³ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in "O Domínio Público – O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade", Almedina, Coimbra, 2005, pág. 272;

⁴ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público local: noção e âmbito*, in "Domínio Público Local", Escola de Direito da Universidade do Minho, CEJUR, Coimbra, 2006, pág. 28;

⁵ Cfr. Acórdãos do STA, de 24/09/1998, P. 43843; de 06/03/2002, P. 46143; de 08/07/2003, P. 10/02;

K B.

MARCELLO CAETANO recorre a três argumentos para justificar esta qualificação: *"a) (os cemitérios) são objecto de propriedade de uma autarquia local; b) são destinados à inumação dos cadáveres de todos os indivíduos que faleceram na circunscrição, não sendo lícita a recusa da sepultura fora dos casos especiais previstos na lei; c) é livre o acesso de todos ao campo santo."*⁶

Pode-se também acrescentar que a qualificação dos cemitérios como bens do domínio público está relacionada *"com a relevante função de interesse público que os mesmos desempenham, não apenas do ponto de vista sanitário, mas também do culto dos finados, próprio da tradição portuguesa."*⁷

Tal classificação dos cemitérios decorre ainda implicitamente da disciplina jurídica a que se encontram submetidos, caracterizada pela extracomercialidade de direito privado, ou seja, *"os cemitérios estão fora do comércio privado, são bens inalienáveis (não são vendáveis, nem doáveis), num contexto de relações jurídicas privadas e disciplinadas pelo direito civil privado"*⁸. No entanto, isso não obsta à comercialidade de direito público, o que significa que os bens dominiais constituem objecto de actos e negócios jurídicos sob a égide do Direito Administrativo. *"Esta característica encontra uma tradução paradigmática na circunstância de a constituição de direitos dos particulares sobre cemitérios apenas poder ser efectuada mediante concessão, tendo como contrapartida uma taxa, não detendo nunca aqueles qualquer direito real ou mesmo obrigacional (como resultaria de um arrendamento) de natureza privada."*⁹

⁶ MARCELLO CAETANO, in "Manual de Direito Administrativo", Vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1983, pág. 919;

⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in "O Domínio Público – O Critério ...", *ob. cit.*, pág. 273;

⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25/05/2005;

⁹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público local: noção e âmbito*, in "Domínio Público Local", *ob. cit.*, pág. 28;

Assim, a emergência de direitos sobre determinadas parcelas dos cemitérios na esfera jurídica dos particulares – referimo-nos particularmente ao *jus sepulchri* (direito a sepultura) que acompanha o Homem desde os primórdios - reveste a natureza jurídica de **concessão de uso privativo do domínio público**, e não de alienação ou arrendamento, não afectando, por isso, a qualificação dos cemitérios como bens do domínio público. Os direitos sobre as sepulturas e os jazigos não prejudicam a finalidade pública que os cemitérios visam desempenhar.

É precisamente neste sentido que vai a Jurisprudência do STA, defendendo que a utilização de terreno nos cemitérios constitui uma forma de uso do domínio público pelos particulares, sendo tal utilização permitida através da concessão da entidade gestora (município ou freguesia) desse uso privativo. Esta concessão pode ser feita através de acto ou de contrato administrativo.

O direito ao uso privativo de terreno caracteriza-se como **direito subjectivo público**; mas não é aplicável aqui o instituto da posse civil, não podendo ser atribuídas aos particulares, nomeadamente, as faculdades de uso, fruição e disposição características do direito de propriedade¹⁰.

Contudo, no entendimento de ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “as concessões de uso privativo de parcelas em cemitérios representam uma excepção ao princípio da temporalidade ou da limitação temporal dos direitos conferidos aos particulares sobre o domínio público”¹¹, não por um imperativo de rentabilização dos bens dominiais, mas por “uma ideia de contemplação para com os sentimentos de piedade das pessoas que as levam a guardar para sempre os restos mortais dos seus

¹⁰ Cfr. Acórdãos do STA, de 24/09/1998, P. 43843; de 06/03/2002, P. 46143; de 08/07/2003, P. 10/02;

¹¹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público local: noção e âmbito*, in “Domínio Público Local”, *ob. cit.*, pág. 30;

F B.

familiares em jazigos, sepulturas perpétuas ou obras similares."¹² Estão assim em causa imperativos afectivos e sentimentais.

Importa ainda salientar que na Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (com a última redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro), que estabelece o *Quadro de Competências e Regime Jurídico de Funcionamento dos Órgãos dos Municípios e das Freguesias*, os cemitérios surgem no âmbito das competências próprias das freguesias e dos municípios. Veja-se, neste sentido, o que dispõem os artigos 34.º, n.º 4, alínea c), e n.º 6, alíneas c) e d), quanto aos cemitérios de freguesia e os artigos 64.º, n.º 1, alínea aa), 66.º, n.º 2 alínea h), e 68.º, n.º 2, alínea r), relativamente aos cemitérios municipais.

1.2. Os Serviços Públicos

O conceito de serviço público começou por representar "*a ideia de que o poder do Estado é um instrumento ao serviço do cidadão e, nessa medida, um instrumento de serviço público.*"¹³ Entretanto, o conceito passou a identificar toda a actividade administrativa.

Actualmente, a doutrina não apresenta uma noção unívoca de *serviço público*. Isto porque uns centram-se no sentido orgânico da expressão¹⁴, outros no sentido material, outros ainda num sentido objectivo, havendo até quem defenda um sentido misto (subjectivo e orgânico-material). Podemos, no entanto, atender ao conceito que é proposto por PEDRO GONÇALVES: "*o serviço público é uma tarefa*

¹² *Ibidem*;

¹³ PEDRO GONÇALVES, in "A Concessão de Serviços Públicos", Almedina, Coimbra, 1999, pág. 28;

¹⁴ Neste sentido, cfr. FREITAS DO AMARAL, in "Curso de Direito Administrativo", Almedina, 2001, pág. 619;

administrativa de prestação”¹⁵, “é uma actividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável (responsabilidade de execução)”¹⁶. O autor acrescenta ainda outros elementos que, no seu entendimento, contribuem para caracterizar o serviço público: “ele traduz uma actuação administrativa de carácter positivo, de natureza técnica e não jurídica, que satisfaz, directa ou indirectamente, necessidades colectivas dos indivíduos – a prestação pode ser *uti singuli*, a cada cidadão, ou não (...).”¹⁷

Apesar de tudo, o conceito continua vivo e operante entre nós, não existindo dúvidas que estão em causa actividades consideradas vitais para os cidadãos e para a sociedade como um todo, actividades (comerciais ou não) cuja generalidade dos cidadãos utiliza, traduzindo-se, para eles, numa verdadeira necessidade para uma completa vivência social. O serviço público é pois uma actividade de interesse geral que satisfaz necessidades básicas dos cidadãos (quer elas sejam económicas, sociais ou culturais), executada pelo Estado ou pelos poderes públicos. Assim, o Estado surge como gestor e regulador dos serviços públicos.

Nesta sequência, entendemos que os **serviços prestados nos cemitérios se integram na categoria dos serviços públicos – e de entre estes, dos serviços públicos essenciais**. É certo que o legislador não procede à expressa qualificação de tal actividade, mas julgamos que isso se deve à especificidade que a caracteriza e que não tem comparação com qualquer outro serviço público. Não nos esqueçamos que em causa está uma actividade peculiar que envolve sentimentos e afectos, que atinge o âmago do espírito, e não uma actividade meramente técnica – embora nem assim se justifique a insuficiência legislativa que se constata no sector funerário e o

¹⁵ PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 36;

¹⁶ *Ibidem*;

¹⁷ PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 37;

desconforto que os dirigentes nacionais demonstram relativamente à actividade fúnebre, essencial para a sociedade e tão importante em termos de saúde pública.

Além disso, a tradição portuguesa sempre foi no sentido de integrar os cemitérios no sector público, nunca se levantando objecções a tal regime. Talvez esta seja outra razão para o legislador ser omissivo nesta matéria.

O regime jurídico dos serviços públicos – que acabou por se expandir, autonomizando-se do próprio conceito de serviço público, razão pela qual se aplica hoje a actividades da Administração que já não merecem propriamente tal qualificação¹⁸ – é composto por um conjunto de princípios de direito administrativo que passamos a elencar¹⁹:

- I. **Princípio da Universalidade** – os serviços públicos são garantidos a todos os cidadãos, nas mesmas condições, e em todo o território nacional. Ou pelo menos, assim deveriam ser!
- II. **Princípio da Igualdade** – devem existir normas que garantam o acesso dos consumidores aos serviços públicos, em condições de igualdade, proibindo-se tratamentos discriminatórios injustificados. O objectivo é promover a coesão económica e social da forma mais equitativa possível.
- III. **Princípio da Continuidade** – os serviços públicos são sempre e ininterruptamente garantidos aos cidadãos a partir do momento em que são colocados ao seu dispor. Deste modo, não dependem da maior ou menor procura por parte dos consumidores, desde logo porque fazem

¹⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 35;

¹⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 34; SOFIA TOMÉ D’ ALTE, in “A Nova Configuração Do Sector Empresarial Do Estado E A Empresarialização Dos Serviços Públicos”, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 130;

J. B.

parte integrante das suas vidas, não se prefigurando sequer a hipótese de prescindir dos mesmos.

- IV. **Princípio da Adaptação** – a entidade que gere o serviço público deve fazê-lo funcionar de acordo com as técnicas mais actualizadas e evoluídas, acompanhando o progresso técnico e tecnológico, bem como as alterações sociais.
- V. **Qualidade e segurança** – os serviços públicos devem ser prestados com um nível de qualidade garantida e satisfatória, até porque, como já vimos, são serviços essenciais à vida, à saúde e à participação cívica.
- VI. **Transparência** – é importante para os consumidores que os serviços públicos funcionem de acordo com normas que visem a sua transparência. A transparência deverá ser assegurada através do estabelecimento de regras precisas em toda a linha, desde a tomada de decisões, passando pelo fornecimento dos serviços e pela sua regulação.

1.3. Os Contratos Administrativos

O Código de Procedimento Administrativo (CPA), no n.º 1 do seu artigo 1.º, dá-nos a definição legal de procedimento administrativo, o qual consiste na *“sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução”*.

O procedimento administrativo aparece assim como uma marcha sequencial, ao longo da qual estão legalmente previstos e ordenados os actos e formalidades a adoptar, o momento temporalmente adequado para a sua prática, os actos que têm que anteceder a decisão final e ainda os que a esta se devem seguir.

E toda esta actividade administrativa processualizada e complexa tende à prática de um acto final ou principal da Administração, o qual pode ser um acto administrativo, um contrato administrativo ou um regulamento administrativo.

Por outras palavras, *“o procedimento é o modo de formação e manifestação das decisões administrativas em sentido amplo (abrangendo os actos administrativos, os regulamentos e os contratos administrativos) e da sua execução, traduzindo-se numa sucessão ordenada de formalidades, actos e factos”*²⁰.

No caso *sub judicio*, importa debruçarmo-nos sobre a figura do **contrato administrativo**.

Nos termos do n.º 1 do artigo 178.º do CPA dizia-se contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual era constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa.

Hoje, com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (adiante designado CCP)²¹, verifica-se uma ruptura com a filosofia consolidada pelo CPA, é que a relação jurídica administrativa surge como uma consequência da administratividade de um contrato e não como uma fonte ou origem da mesma²². Neste seguimento, *“a relação jurídica administrativa deixa de constituir critério (exclusivo) de qualificação, e passa a fornecer apenas a indicação sobre a natureza da relação posta em marcha por um determinado contrato.”*²³ (cfr. artigo 279.º do CCP, sob a epígrafe “Contrato como fonte da relação jurídica administrativa”)

²⁰ Cfr. VITAL MOREIRA, in “Lições Policopiadas – Direito Administrativo”, Coimbra, 2002.

²¹ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro;

²² PEDRO GONÇALVES, *A relação jurídica fundada em contrato administrativo*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, pág. 38;

²³ *Ibidem*;

Procurando o novo critério de administratividade dos contratos, deparamo-nos com as alíneas do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, das quais resulta que, em vez de uma definição ou da adopção de um modelo de cláusula geral, o legislador optou pela apresentação dos factores que, segundo ele, denunciam a administratividade dos contratos. *“Assim, posto que cumprida a condição de se tratar de contratos celebrados por, pelo menos um contraente público, a administratividade assume-se como decorrência de um dos seguintes factores:”*²⁴ a) qualificação legal (cfr. os contratos regulados no Título II da Parte III do CCP), vontade das partes ou submissão a um regime substantivo de direito público; b) contratos com objecto passível de acto administrativo e contratos sobre o exercício de poderes públicos; c) contratos que conferem ao co-contratante direitos sobre coisas públicas ou exercício de funções públicas; d) contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

Na verdade, ao longo do tempo, a Administração Pública tem incrementado a colaboração com os particulares, usando a via contratual para prosseguir os fins de interesse público que a lei lhe atribui.

Apesar das alterações supra mencionadas, introduzidas pelo CCP, julgamos que se mantêm actuais as definições de contrato administrativo elaboradas pela doutrina.

Assim, para DIOGO FREITAS DO AMARAL *“um contrato é administrativo se o respectivo objecto respeitar ao conteúdo da função administrativa e se traduzir, em regra, em prestações referentes ao funcionamento de serviços públicos, ao exercício de actividades públicas, à gestão de coisas públicas, ao provimento de agentes*

²⁴ *Ibidem*;

públicos ou à utilização de fundos públicos. Em alternativa, se o objecto não for nenhum destes, o contrato só será administrativo se visar um fim de utilidade pública.”²⁵

Já SÉRVULO CORREIA defende que *“o contrato administrativo constitui um processo próprio de agir da Administração Pública que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo, entre pessoas colectivas da Administração ou entre a Administração e os particulares.”²⁶*

Do exposto facilmente se depreende que são diversos os critérios utilizados para distinguir os contratos administrativos dos contratos privados. Na primeira definição, prevalece o critério do objecto, assente no conceito de relação jurídica administrativa (ainda predominante no âmbito constitucional por força do n.º 3 do artigo 212.º). Na segunda definição, o critério do objecto surge combinado com o critério estatutário, que entronca na concepção do direito administrativo como o direito da Administração Pública²⁷.

Existem várias espécies de contratos administrativos. O n.º 2 do artigo 178.º do CPA procedia a uma enumeração daqueles que eram considerados os principais contratos administrativos, designados como *“contratos administrativos clássicos”*. Presentemente, também os Capítulos do Título II da Parte III do CCP se debruçam sobre os contratos administrativos em especial, elencando o regime jurídico daqueles que são mais utilizados pela Administração Pública.

²⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, in *“Curso de Direito Administrativo”*, Vol. II, Almedina, 2001, pág. 519;

²⁶ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, in *“Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”*, pág. 396;

²⁷ Cfr. JOÃO CAUPERS, in *“Introdução ao Direito Administrativo”*, 9.ª ed., Âncora, Lisboa, 2007, pág. 236, 237;

No âmbito do parecer que nos foi solicitado interessa analisar a figura do **contrato de concessão**.

Etimologicamente, a palavra *concessão* significa “*conceder, dar, outorgar ou ceder*”. Desta forma, a concessão deverá representar um acto ou contrato através do qual a Administração confere alguma coisa a alguém. Em tal conceito está subentendido que o que se confere por meio da concessão pertence à Administração²⁸.

Embora os conteúdos da concessão sejam heterogéneos, reconduzindo-se ao conceito legal de concessão uma grande diversidade de figuras jurídicas e, por isso, um vasto conjunto de realidades económicas, a doutrina é mais ou menos unânime na sua definição. Assim, o que caracteriza a concessão é o facto de um órgão da Administração transferir para uma entidade privada o exercício de uma actividade pública, “*que o concessionário desempenhará por sua conta e risco, mas no interesse geral.*”²⁹

Também MARCELLO CAETANO definia a concessão como “*o acto pelo qual é permitido a um particular o exercício temporário, por sua conta e risco, de um ou mais direitos exclusivos de certa pessoa colectiva de direito público, para esse efeito transferido para o concessionário.*”³⁰

Já PEDRO SIZA VIEIRA refere que “*existe concessão quando seja atribuído a um particular um encargo ou uma tarefa, inicialmente a cargo das administrações*

²⁸Cfr. PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, Almedina, Coimbra, 1999;

²⁹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, in “Curso de Direito Administrativo”, *ob. cit.*, pág. 258;

³⁰ MARCELLO CAETANO, in “Manual de Direito Administrativo”, Vol.I, Almedina, Coimbra, 1983, pág. 460;

públicas, em que a remuneração do particular esteja, de alguma forma, ligada à exploração de um activo ou de um determinado serviço público."³¹

Do exposto deduz-se que, na concessão, o concessionário assume uma posição principal, sendo investido para actuar em vez do ente público, não se convertendo, todavia, num órgão da Administração Pública, nem ficando sujeito a um poder de tipo hierárquico.

Em geral, a concessão é um sistema de gestão alternativo à gestão directa (gestão realizada pela entidade pública originariamente responsável) e à gestão indirecta pública (gestão a cargo de uma entidade de propósito específico, constituída a partir da entidade pública originariamente responsável). Daqui resulta que a entidade pública deve ponderar os custos e benefícios da decisão de concessionar por comparação com o recurso a outros métodos de gestão³².

Relativamente ao seu conteúdo, na concessão pode estar em causa a atribuição do direito de *explorar, gerir ou exercer uma actividade pública* que a lei confiou à Administração, ou a atribuição do direito de *utilizar um bem público*³³. Ligada à diversidade de direitos concedidos está ainda a diversidade de objectos, isto é, a concessão pode incidir sobre *actividades*, e nesse caso a concessão possui uma patente dimensão organizatória, acentuando-se a colaboração entre a Administração Pública e o concessionário, ou sobre *bens* e aí sobressai a função de atribuição³⁴.

³¹ PEDRO SIZA VIEIRA, *Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, pág. 47;

³² Cfr. CEDOUA/FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA/IGAT, in *"Contratação Pública Autárquica"*, Almedina, Coimbra, 2006;

³³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, in *"A Concessão de Serviços Públicos"*, *ob. cit.*;

³⁴ *Ibidem*;

V B.

Como foi referido *supra*, a utilização nos cemitérios de terrenos para sepulturas ou jazigos é uma das formas de **uso privativo do domínio público pelos particulares**. Essa utilização é permitida através da concessão da entidade gestora (município ou freguesia) que pode ser feita por acto ou contrato administrativo.

Nas palavras de PEDRO GONÇALVES, *“uma das formas de atribuir a um particular o poder de usar privativamente (uma parcela de) um bem público é justamente a concessão, que é portanto uma modalidade concessória que pressupõe a transmissão para um sujeito do direito de ocupar e de utilizar uma parcela do domínio público, limitando ou excluindo a sua utilização por terceiros.”*³⁵

Refere-se ainda na doutrina que *“a concessão de uso privativo do domínio público é o contrato administrativo pelo qual a Administração faculta a um sujeito de direito privado a utilização económica exclusiva de uma coisa ou parcela do domínio público para fins particulares de utilidade pública.”*³⁶

Nas concessões de uso privativo do domínio público atribui-se, então, o direito de *utilizar um bem público*, caracterizando-se mais pela função de atribuição do que pela função de colaboração com a Administração Pública, que pode nem existir³⁷.

Deste modo, opondo-se à utilização dita *normal, comum* ou *geral* do bem do domínio público, correspondente à destinação ou afectação ordinária da coisa e a um uso livre do bem, no uso privativo está em causa a possibilidade de cada particular extrair dos bens dominiais um proveito pessoal, directo, imediato e exclusivo³⁸.

³⁵ *Ibidem*, pág. 86;

³⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, in “Curso de Direito Administrativo”, *ob. cit.*, pág. 544;

³⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*;

³⁸ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in “O Domínio Público – O Critério ...”, *ob. cit.*; Cfr. PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*;

[Handwritten signature]

As concessões de uso privativo também não devem ser confundidas com as concessões de exploração de bens do domínio público, visto que não investem o particular na função de gerir e explorar, por sua conta e risco, todo o espaço dominial, como se fosse a própria Administração, pelo contrário, “*apenas consentem a particulares, com base num título jurídico individual (unilateral ou bilateral), o uso e fruição de parcelas dominiais, para fins de interesse público ou de interesse prevalentemente privado*”³⁹. Desta última parte resulta que as concessões de uso privativo podem não estar ao serviço da prossecução de qualquer interesse público, mas ao invés serem atribuídas no exclusivo interesse do concessionário⁴⁰.

O concessionário será, assim, um mero utente de um bem dominial gerido por uma entidade pública, e não um gestor de bens dominiais que exerce atribuições administrativas, tomando o lugar da Administração⁴¹.

No caso específico dos cemitérios, as concessões, atenta a especificidade da respectiva função, reduzem-se a pequenas parcelas dos mesmos, estando os direitos do concessionário limitados pela finalidade específica do terreno em causa que nunca poderá ter outro destino ou aplicação que não a de enterramento de cadáveres. Tais concessões podem-se classificar como concessões de aproveitamento imediato, já que o concessionário pretende tirar proveito da própria coisa dominial (v.g., terrenos para sepulturas ou jazigos) e está sujeito ao pagamento de uma taxa.

Na sequência do que já vem sendo defendido por alguma doutrina, o uso privativo dos bens do domínio público pressupõe um conjunto de características que o identificam⁴²:

³⁹ *Ibidem*;

⁴⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*;

⁴¹ *Ibidem*;

⁴² Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in “O Domínio Público – O Critério ...”, *ob. cit.*;

- I. Exclusividade, já que enquanto vigorar o título jurídico-administrativo (outorgado *intuitus personae*), que constitui o pressuposto necessário para que se reconheça ao particular o direito de uso privativo de bens dominiais, este detém uma posição jurídica que se impõe a terceiros, não permitindo que estes possam perturbar o gozo da utilidade privada da parcela do bem em causa;
- II. Discricionariedade da Administração na outorga do título jurídico-administrativo aos particulares, devendo ponderar entre os interesses públicos em presença e o interesse privado;
- III. Tendencial estabilidade (sobretudo quando o título jurídico-administrativo é um contrato) quanto às possibilidades de utilização privativa dos bens dominiais. Embora lhe esteja associada uma limitação temporal e, nessa medida, alguma precariedade;
- IV. Rentabilidade, em ambos os sentidos, isto é, não apenas para a Administração que auferir, em regra, uma determinada prestação pecuniária (uma taxa), mas também para os particulares, já que a duração do título jurídico-administrativo há-de ser suficientemente longo para que as expectativas económicas do beneficiário se cumpram (no caso dos cemitérios logicamente não está em causa uma expectativa económica mas afectiva).

Em suma, a concessão de uso privativo atribui *“ao particular beneficiário uma posição jurídica subjectiva (mais precisamente um direito) exclusiva (face aos demais particulares) sobre uma determinada parcela de uma certa coisa pública, cujo conteúdo abrange apenas todas as faculdades previstas e conformadas pelo título*

jurídico-administrativo (além daquelas que constam da lei) e nos limites legalmente prescritos.”⁴³

No entanto, os bens públicos não são só susceptíveis de uso, “*mas também de gestão ou exploração económica por alguém que toma o lugar da pessoa colectiva de direito público.*”⁴⁴ Assim, nos **contratos de concessão de exploração do domínio público**, a Administração Pública transfere para um particular a gestão de bens públicos, cujo gozo o concessionário, por sua conta e risco, se encarregará de proporcionar a todos os outros interessados⁴⁵.

No entendimento de PEDRO GONÇALVES, “*enquanto nas concessões de uso privativo, sendo indispensável para o exercício de uma dada actividade, o uso do bem é o direito que a autoridade administrativa concede, nas concessões de exploração ou gestão, o que a autoridade administrativa concede ou transfere para o interessado é um direito próprio, o direito explorar ou gerir o bem.*”⁴⁶

Neste tipo de concessão, o bem é, então, gerido pelo concessionário, no lugar e em vez da Administração concedente. “*O concessionário é responsável pela gestão e exploração dos bens dominiais, competindo-lhe também os poderes de autorização e concessão do uso privativo dos bens em causa a outros particulares (verificando-se, nessa medida, uma verdadeira transferência de poderes públicos para o concessionário)*”⁴⁷. Deste modo, “*no âmbito da concessão de exploração do domínio público, os poderes de fiscalização da entidade concedente vão se estender à forma*

⁴³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in “O Domínio Público – O Critério ...”, *ob. cit.*, pág. 474;

⁴⁴ PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 93;

⁴⁵ Cfr. JOÃO CAUPERS, in “Introdução ao Direito Administrativo”, *ob. cit.*, pág. 245;

⁴⁶ PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 93;

⁴⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in “O Domínio Público – O Critério ...”, *ob. cit.*, pág. 485;

F B.

de exercício da actividade, não se limitando ao controlo da compatibilidade do uso com a função pública exercida pelo bem."⁴⁸

Refira-se, no entanto, que o particular não é pago pela Administração Pública, mas através da cobrança de taxas ao público (no caso de se tratar de um bem de uso directo pelo público) ou da exploração económica do bem (nos casos em que o bem não é usado directamente pelo público).

As concessões de exploração do domínio público podem ter carácter autónomo ou estar integradas em concessões de obras públicas (v.g., uma auto-estrada em que a concessão da obra é também uma concessão de exploração do domínio público) ou mesmo em concessões de serviços públicos (v.g., exploração e gestão da rede de telecomunicações pela empresa concessionária do serviço público de telecomunicações)⁴⁹.

Por fim, e agora relativamente aos **contratos de concessão de serviços públicos**, tradicionalmente a doutrina define-os como contratos através dos quais *um particular se encarrega de (montar e) explorar um serviço público, sendo retribuído pelo pagamento de taxas de utilização, a cobrar directamente dos utentes.*

No entanto, é necessário actualizar a definição no que diz respeito ao modo de remuneração do concessionário. Como vindo sendo afirmado, *"a cobrança de taxas junto dos utentes do serviço não pode mais ser apresentada como o modo exclusivo de remuneração do concessionário de serviços públicos, sendo apenas um de entre os possíveis"*⁵⁰.

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, in "Curso de Direito Administrativo", *ob. cit.*, pág. 543; PEDRO GONÇALVES, in "A Concessão de Serviços Públicos", *ob. cit.*, pág. 95, 98;

⁵⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, in "Curso de Direito Administrativo", *ob. cit.*, pág. 539;

Neste sentido, lê-se no Parecer n.º 1/94 da Procuradoria-Geral da República, que *“o contrato de concessão de serviços públicos, apesar de ter começado por integrar na sua definição o elemento de remuneração do concessionário através de taxas a cobrar dos utentes, acabou, na sequência da evolução registada, por ver alterado o seu quadro conceptual, em termos que permitem concluir que o pagamento de taxas ou prestações pelos utentes deixou de constituir a forma exclusiva de remuneração do concessionário”, e que “como prova do que se afirma, basta atentar nos apoios financeiros que o concessionário pode receber do concedente, podendo ainda acrescentar-se outros recursos, não provenientes nem do concedente nem dos utentes” (v.g., auxílios financeiros prestados por terceiros; receitas de publicidade, etc.).*

No CCP, o legislador define a concessão de serviços públicos como *“o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob a sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público.”* (cfr. n.º 2 do artigo 407.º)

Assim, segundo PEDRO GONÇALVES, a concessão de serviços públicos é *“um acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço.”*⁵¹

Já DIOGO FREITAS DO AMARAL defende que *“característica idiossincrática da concessão de serviços públicos é a atribuição ao concessionário da competência, por certo período de tempo, da gestão do serviço público concedido. Quer dizer, por ela*

⁵¹ PEDRO GONÇALVES, in *“A Concessão de Serviços Públicos”*, ob. cit., pág. 130;

transfere-se da esfera do público para a esfera do privado o essencial do poder decisório relativo à organização e ao modus faciendi de certa actividade.”⁵²

Neste sentido, a concessão de serviços públicos implica a constituição e transferência de um direito à gestão de um serviço, caracterizando-se como um acto (ou negócio) jurídico de natureza constitutiva e translativa. A natureza constitutiva deriva do facto da concessão do serviço público legitimar a intervenção de um sujeito numa área de actuação que é própria da Administração, criando-se *ex novo* um direito na esfera jurídica do concessionário. O carácter translativo resulta do facto da posição do concessionário derivar de uma posição jurídica da Administração⁵³. Assim, *“a concessão de serviços públicos é um acto jurídico que “atribui” ao concessionário um direito, “autorizando-o” a fazer algo que até então lhe estava vedado (carácter constitutivo); esse direito de gerir um serviço público, que o concessionário adquire, pertencia à Administração enquanto faculdade integrada no seu direito (mais amplo) sobre o serviço público (carácter translativo).”⁵⁴*

Dado que, na grande maioria dos casos, os serviços públicos são concedidos ao sector privado, *“a concessão não é apenas um modelo de gestão indirecta do serviço público, encerrando igualmente uma privatização organizatória ou formal do serviço concedido. O concessionário é, aqui, uma pessoa “substancialmente” privada, de carácter empresarial, que procura, através da concessão, satisfazer um interesse pessoal (lucro), embora exerça uma actividade vinculada ao interesse público.”⁵⁵* Exige-se, então, uma compatibilização entre os interesses divergentes implicados no fenómeno concessório.

⁵² DIOGO FREITAS DO AMARAL, in “Curso de Direito Administrativo”, *ob. cit.*, pág. 541;

⁵³ PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 124;

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 139;

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 126;

1.4. Da concorrência

Nos últimos anos, tem-se assistido a uma tendência de liberalização, e consequente privatização, de actividades que tradicionalmente eram desempenhadas pelo Estado. Tal situação conduziu a uma promoção e reforço da concorrência.

De facto, a liberalização de actividades anteriormente exercidas em regime de monopólio pelo Estado conduziu a que elas passassem progressivamente a estar submetidas à ordem jurídica concorrencial. *“Mesmo no caso de serviços concessionados em regime de exclusividade, passaram a ser incentivadas certas formas de concorrência. Desde logo, a concorrência no acesso à actividade, a montante (no momento da atribuição da concessão por concurso público) e a jusante (no momento da renovação da concessão ou do contrato). São ainda possíveis formas de “concorrência territorial” entre diferentes concessionários, evitando que o concessionário seja o mesmo em todos os casos.”*⁵⁶

Neste sentido, a própria Constituição da República Portuguesa (adiante designada CRP) consagra como incumbência do Estado, enquanto Estado regulador, *“assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência 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”* [artigo 81.º, alínea f)]⁵⁷, assumindo o **princípio da concorrência** como valor objectivo ou conjunto de valores objectivos da ordem económica

⁵⁶ MARIA MARQUES, JOÃO DE ALMEIDA, ANDRÉ FORTE, in “Concorrência e Regulação”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 13;

⁵⁷ Cfr. também alínea a) do artigo 99.º da CRP “São objectivos da política comercial a concorrência salutar dos agentes mercantis”;

constitucional. Deste modo, *“de garante de direitos subjectivos, que pressupostamente assegurariam a livre concorrência, passa o Estado a defensor activo da concorrência para o que lhe compete ditar regras que assegurem o estado de concorrência.”*⁵⁸

Contudo, para além de decorrer de uma imposição constitucional, o Regime Jurídico da Concorrência, vertido na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (com a última redacção dada pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto), resulta ainda de exigências do Direito Comunitário Originário (cfr. artigo 4.º e artigos 81.º a 89.º do Tratado de Roma, com as alterações do Tratado de Nice) e do Direito Comunitário Derivado. Neste ponto importa frisar que, enquanto o princípio comunitário é muito liberal e dirige-se ao mercado em geral, o princípio constitucional da concorrência protege sobretudo as pequenas e médias empresas que operam em Portugal.

A Lei em análise distingue práticas proibidas (com eventual causa justificativa), abuso de posição dominante no mercado, abuso de dependência económica, concentração de empresas (prática controlada pela Autoridade da Concorrência) e auxílios do Estado.

Os objectivos proseguidos pelo diploma são, por um lado, garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de qualidade e preço, e, por outro, estimular os agentes económicos a racionalizar ao máximo a produção e distribuição dos bens e serviços, adaptando-se à inovação tecnológica. Assim, *“mais do que estabelecer regras a observar para garantir a boa e leal concorrência, o diploma penaliza as práticas consideradas contrárias aos interesses dos consumidores, à liberdade de acesso ao mercado, à transparência deste, à realização dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social e ao*

⁵⁸ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, in “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 20;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

reforço da competitividade dos agentes económicos nacionais face à economia internacional."⁵⁹

Para definirmos a concorrência podemos atender a uma noção comunitária de concorrência. Embora os Tratados Comunitários não forneçam uma definição explícita, da análise das suas disposições e da jurisprudência comunitária podemos concluir que a *"concorrência tem por finalidade garantir a presença no mercado de um número suficiente de empresas independentes funcionando em condições adequadas a proporcionar aos consumidores e utilizadores uma razoável possibilidade de escolha."*⁶⁰ Assim, haverá concorrência efectiva e eficaz se às empresas for assegurada *liberdade de acesso ao mercado*, se elas dispuserem da *liberdade de acção*, e se, em consequência, os consumidores e utilizadores puderem exercer a *liberdade de escolha* em função do preço e da qualidade dos bens e serviços que lhes são propostos⁶¹.

Ora, num mercado aberto onde todos os agentes económicos têm juridicamente liberdade para agir na prossecução dos seus interesses, a concorrência surge como contraponto disciplinador da actividade de cada um deles, promovendo por outro lado a convergência dos esforços de cada um para a melhoria do resultado do sector em toda a economia⁶².

Podemos, então, concluir que *"na vida económica a concorrência não é um fim: a concorrência é um meio de organização da actividade económica para atingir um fim. O papel económico da concorrência é disciplinar os diferentes intervenientes*

⁵⁹ ANA ROQUE, in "Regulação do Mercado: Novas Tendências", Quid Iuris, Lisboa, 2004, pág. 47;

⁶⁰ JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, in "Manual de Direito Comunitário", 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 599, 600;

⁶¹ *Ibidem*;

⁶² ADALBERTO COSTA, in "Regime legal da Concorrência", Almedina, Coimbra, 2004, pág. 94;

na vida económica para que prestem os seus bens e serviços de forma competente e acessível”⁶³, trata-se por isso de um conceito económico de mercado.

Nesta decorrência, importa esclarecer que o direito da concorrência é o conjunto das normas jurídicas que visam especial e concretamente a defesa, a preservação, a promoção da estrutura global de mercado, seja ele qual for, contra as atitudes dos respectivos agentes económicos que se movimentam no mercado em defesa da sua empresa e que, naturalmente, se confrontam com vista à melhor colocação dos seus produtos, bens ou serviços⁶⁴.

Em suma, a política de defesa da concorrência é um dos eixos essenciais da economia de mercado. Trata-se de uma opção de política económica “que leva o Estado a intervir indirectamente no mercado, com vista a proporcionar um ambiente de saudável competição entre agentes económicos, de modo a, em última análise, assegurar o crescimento e o desenvolvimento económico, e a satisfação dos interesses dos consumidores. Podemos dizer que a defesa da concorrência é a protecção do próprio sistema de mercado, através da proibição de comportamentos lesivos, da sua transparência e fluidez, bem como da opção de mecanismos de controlo de movimentos passíveis de falsear, restringir ou limitar essa mesma concorrência.”⁶⁵

⁶³ GEORGE STIGLER, in “The Organization of Industry”, Chicago, Chicago Univ. Press, 1968, pág. 5;

⁶⁴ ADALBERTO COSTA, in “Regime legal da Concorrência”, *ob. cit.*, pág. 100;

⁶⁵ ANA ROQUE, in “Regulação do Mercado: ...”, *ob. cit.*, pág. 36;

2. Análise do caso concreto

2.1. Da privatização da exploração dos cemitérios e dos serviços que neles são prestados

No caso *sub judicio*, verifica-se que o Grupo Servilusa, maior grupo funerário do país, integrado numa multinacional de grande envergadura (a *Mémora*) – por sua vez detida por uma importante sociedade de investimento internacional (*3i*) - tem vindo a responder e a ganhar concursos públicos de diversas cidades portuguesas para a celebração de contratos de concessão de exploração de cemitérios e concessão de serviços públicos. O Grupo tem, nestes termos, celebrado contratos mistos, em que a concessão de exploração do domínio público surge como acessória ou integrada na concessão de serviços públicos⁶⁶.

Assim, estão em causa a **privatização da exploração dos cemitérios**, que, como ficou demonstrado *supra*, são bens dominiais típicos das autarquias locais, e a **privatização dos serviços que neles são prestados**. Tais serviços, como anteriormente foi defendido, devem ser classificados como serviços públicos – e serviços públicos essenciais –, dado que estão afectos a fins de interesse público de primeira importância, nomeadamente a saúde pública, o culto dos finados e imperativos afectivos e sentimentais da população.

A extracomercialidade privada que caracteriza os bens do domínio público não obsta à comercialidade de direito público, o que significa que os bens dominiais podem constituir objecto de actos e negócios jurídicos sob a égide do Direito Administrativo.

⁶⁶ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, in "Curso de Direito Administrativo", *ob. cit.*, pág. 543; PEDRO GONÇALVES, in "A Concessão de Serviços Públicos", *ob. cit.*, pág. 95, 98;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

MB.

No entanto, a comercialidade de direito público não é automática, o que quer dizer que antes de permitir que os bens sejam explorados por particulares, ou que os serviços sejam prestados por entidades privadas, a Administração Pública tem o dever de **atender aos interesses públicos envolvidos e aos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos** (cfr. artigo 266.º, n.º1 da CRP e artigo 4.º do CPA).

Como referimos *supra*, na concessão o concessionário assume uma posição principal, sendo investido para actuar em vez do ente público, não se convertendo, todavia, num órgão da Administração Pública, nem ficando sujeito a um poder de tipo hierárquico. Trata-se de um sistema de gestão alternativo à gestão directa e à gestão indirecta pública, daí que a entidade pública deva **ponderar os custos e benefícios** da decisão de concessionar por comparação com o recurso a outros métodos de gestão.

Ora, para a situação em apreço, importa referir que o fim que os concessionários prosseguem, na exploração de um bem público ou na gestão de um serviço público, é um fim privado, assente naturalmente na obtenção do **lucro**. O concessionário não prossegue um interesse público, o único interesse que o move é um interesse próprio, específico da sua qualidade de empresário, ou seja, o interesse de obter lucro. De comum, o Estado e os concessionários apresentam, não os fins que são totalmente diversos, mas apenas o meio que serve esses fins⁶⁷.

A técnica concessória assenta, assim, numa estrutura antagónica de interesses: por um lado, o interesse privado do concessionário, por outro lado, o interesse público implicado no bem ou no serviço público. Por isso, a concessão da exploração de um bem público ou a concessão de um serviço público (como muitas outras formas de colaboração entre a Administração Pública e privados) baseia-se na

⁶⁷ PEDRO GONÇALVES, in "A Concessão de Serviços Públicos", *ob. cit.*, pág. 171;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

J B

consideração de que o interesse privado (o lucro) é compatível com o interesse público. Contudo, na prática, este pressuposto nem sempre se verifica, podendo o raciocínio da Administração estar, de alguma forma, viciado.

Mesmo que, em teoria, o acto de concessão, ao definir os termos e as condições da actuação do concessionário, deva fazê-lo de modo a excluir que os interesses privados possam prevalecer sobre o interesse público, na prática, tal objectivo pode não ser atingido na sua plenitude.

Nesta sequência, e a não se tomarem determinados cuidados e salvaguardas, certamente os princípios de direito administrativo que compõem o regime jurídico dos serviços públicos serão postos em causa pela «privatização» dos cemitérios. Importa nomeadamente:

- Quanto ao **princípio da universalidade**, e porque a Administração deixa de poder assegurar directamente a acessibilidade de todos os cidadãos ao serviço, que tal acessibilidade seja assegurada através das medidas adequadas;

- Quanto ao **princípio da igualdade**, e dado que, tendo o concessionário como objectivo a obtenção de lucro, deixam os municípios de poder garantir *de per si* que os serviços sejam fornecidos aos cidadãos nos mesmos termos e condições, independentemente das suas possibilidades económicas, importa acautelar essa igualdade de condições;

- Quanto ao **princípio da continuidade**, e uma vez que a lógica de fornecimento dos serviços passará a ser uma lógica de mercado, assente na oferta e na procura, importa prevenir o seu ininterrupto provimento.

Em suma, importa ter presente, face aos riscos implicados por definição num processo destes quer para o interesse público, quer para todos os interesses privados em jogo (não só os dos particulares que têm ou possam vir a ter direitos sobre determinadas parcelas dos cemitérios, mas também e ainda os das agências

funerárias no seu conjunto), que o **princípio da imparcialidade** impõe que a Administração, antes de tomar a decisão concreta de privatização do bem e dos serviços (através da concessão), leve em consideração o quadro de medidas preventivas a adoptar obrigatoriamente para reduzir tais riscos a um nível aceitável.

Há que ter em conta que o objecto da «privatização» é a exploração e gestão dos cemitérios, ou seja, de equipamentos públicos que tradicionalmente (e com excepção logicamente dos cemitérios privados) sempre integraram o sector público – até pela especificidade que os caracteriza e que não tem comparação com qualquer outro serviço público. Repita-se, em causa está uma actividade peculiar que envolve sentimentos e afectos, que atinge o âmago do espírito, e não uma actividade meramente técnica.

Sabemos, no entanto, que, por questões de eficiência, eficácia e maior rentabilização, a tendência actual é para privatizar a exploração dos serviços públicos tradicionalmente prestados pelo Estado.

Além disso, atendendo à disciplina jurídica da concessão administrativa, vemos que, decorrente do princípio da legalidade da Administração, *“a previsão legislativa da possibilidade de concessão é um pressuposto jurídico da sua admissibilidade”*⁶⁸: a lei é pois um fundamento necessário da concessão administrativa (**princípio da precedência de lei**).

Pois bem, na ausência de uma disposição legal que atribua ao titular do serviço público a competência para o conceder, a concessão não é possível. *“O princípio da legalidade cumpre neste caso uma função institucional, legitimando a concessão enquanto acto organizatório da Administração Pública.”*⁶⁹

⁶⁸ PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 69;

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 110; A exigência de lei decorre também do artigo 267.º /2 da CRP enquanto instrumento adequado de descentração.

Assim, e apesar de alguma doutrina recorrer ao argumento da interpretação sistemática - que na nossa opinião não colhe - e, em conformidade com o princípio da autonomia local em matéria organizativa, concluir que as referências legais expressas às concessões (no Decreto-Lei n.º 390/82 e na Lei n.º 169/99) resultam de uma opção legislativa de conferir às autarquias um poder de decisão sobre o modo de organização e de gestão das tarefas por que são responsáveis, a verdade é que, antes do CCP, não existia uma disposição legal que autorizasse expressamente os municípios a concessionar.

A reforçar o nosso entendimento, a alínea q) do n.º 2 do artigo 53.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro estipula que *“Compete à assembleia municipal, em matéria regulamentar e de organização e funcionamento, sob proposta da câmara: autorizar, **nos termos da lei**, a câmara municipal a concessionar, por concurso público, a exploração de obras e serviços públicos, fixando as respectivas condições gerais;”* (negrito nosso). Esta remissão para *“os termos da lei”* podia interpretar-se no sentido de se exigir uma lei especial a prever a concessão.

Ora, actualmente, com a entrada em vigor do CCP⁷⁰, surge, pela primeira vez em Portugal, uma disciplina geral sobre concessões (cfr. artigo 407.º e ss do CCP). O que significa que anteriormente, não existindo um regime geral de concessões, era necessária uma lei de habilitação específica para cada concessão, atendendo quer ao seu objecto, quer ao sujeito que teria a capacidade de concessionar.

Resumindo, se hoje as dúvidas se dissiparam, antes a doutrina não era unânime quanto à capacidade geral das autarquias locais para concessionar, nomeadamente, e para o caso que agora nos interessa, quanto à capacidade para

⁷⁰ Nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (diploma que aprovou o CCP), “O presente Decreto-Lei entra em vigor seis meses após a data da sua publicação”, logo, o CCP só entrou em vigor no dia **29 de Julho de 2008**;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

K B

concessionarem a exploração dos cemitérios e concessionarem os serviços a eles ligados.

2.2. Da posição dominante e do seu abuso

Como já foi mencionado, o Grupo Servilusa é o **maior grupo funerário do país**, sendo detido a 100% pela Mémora que, por sua vez, constitui o **maior grupo funerário da Europa**. O Grupo detém, então, uma importante quota do mercado funerário português, até porque no nosso país não existe tradição de grandes agências funerárias, pelo contrário, a tendência é para a proliferação de pequenas ou médias empresas ltuosas que, embora de âmbito nacional, actuam essencialmente a nível regional.

Para certificar o que acabamos de afirmar importa referir que, a 24 de Janeiro de 2001, a “*Servilusa – Agências Funerárias, S.A.*” incorporou, através de contratos de fusão, onze agências funerárias do distrito de Lisboa e uma sociedade revendedora de artigos funerários, a 12 de Dezembro de 2006, incorporou, do mesmo modo, uma emblemática agência funerária do distrito do Porto (“*Companhia Funerária e Decorativa Portuense, S.A.*”), e recentemente, em Julho de 2008, adquiriu a “*Adelino Martins, Lda.*”, mais uma emblemática agência funerária, agora de Coimbra.

No entendimento comunitário, a detenção por uma empresa de uma ampla parcela do mercado é um índice altamente significativo da existência de uma posição dominante. Já o n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Regime Jurídico da Concorrência) define posição dominante nos seguintes termos:

“Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

R B.

- a) A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;
- b) Duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros."

Em termos práticos, podemos afirmar que uma empresa dispõe de posição dominante quando age num mercado no qual não tem concorrência para os seus produtos, bens ou serviços (situação de monopólio), quando essa concorrência não é significativa (situação de quase monopólio) ou assume preponderância relativamente aos demais concorrentes.

Segundo decisão da Comissão da CE de 9 de Dezembro de 1971, "*estão em posição dominante aquelas empresas que têm a possibilidade de assumir comportamentos independentes, que as habilitam a actuar sem ter em conta os concorrentes, os compradores ou os fornecedores*". Na mesma linha, o TJCE identifica a posição dominante com "*o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa na medida em que proporciona à empresa em posição dominante a possibilidade de comportamentos em larga medida independentes em face dos seus concorrentes, dos seus clientes, finalmente, dos consumidores*"⁷¹.

O essencial da noção reside, pois, na situação de supremacia económica de determinada empresa que lhe permite alterar a concorrência efectiva no mercado em causa. Essa empresa tem condições para influenciar de modo significativo os comportamentos das outras empresas do sector que eventualmente com ela possam estar em concorrência.

⁷¹ Cfr. Acórdãos do TJCE de 14/02/1978, "United Brands", e de 13/02/1979, "Hoffman-La Roche";

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

RS

Concluimos, nestes termos, que o Grupo Servilusa **ocupa uma posição dominante no sector funerário.**

É certo que nem o Tratado da CE, nem a CRP, nem o Regime Jurídico da Concorrência⁷², sancionam a existência de uma empresa em posição dominante no mercado, ou consideram a posição dominante ilegítima. O que estes diplomas condenam ou procuram reprimir “é a exploração abusiva que uma empresa faça da situação de domínio que conseguiu alcançar no respectivo mercado”⁷³, portanto, o que se sanciona é o **abuso** que da posição dominante seja feito. E isto porque o abuso não pode, em caso algum, ser tolerado numa comunidade que reconhece a supremacia do direito.

Assim, proíbe-se a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado que tenha por objectivo impedir, falsear ou restringir a concorrência.

No caso *sub judicio*, dado que detém uma importante quota de mercado, e sobretudo porque tem ganho todos os concursos públicos para a celebração de contratos de concessão de exploração de cemitérios e para a consequente concessão de serviços públicos (visto que as restantes empresas não conseguem atingir os requisitos mínimos exigidos nesses concursos), o Grupo Servilusa começa a deter uma clara posição de supremacia face aos outros operadores do sector, controlando (todo) o processo funerário a montante e a jusante, o que pode originar, num “futuro próximo”, um abuso de posição dominante – sublinhe-se que na zona da Grande Lisboa já se verificou uma subida dos preços das capelas e as agências funerárias já se deparam com dificuldades para efectuar marcações de funerais ou mesmo cremações nos espaços concessionados.

⁷² Cfr. artigo 82.º do Tratado da CE; artigo 81.º, alínea f) da CRP; artigo 6.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho;

⁷³ JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *in* “Manual de Direito Comunitário”, *ob. cit.*, pág. 620;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tome de Sousa, 170
4150-730 PORTO

F S.

Reitere-se a este propósito que, por força dos contratos de concessão que têm sido celebrados por todo o país, o Grupo Servilusa desenvolve a actividade funerária e simultaneamente controla as infra-estruturas essenciais ao exercício dessa actividade (os cemitérios), influenciando as possibilidades de acesso a essas mesmas infra-estruturas oferecidas às empresas concorrentes.

Esta situação é ainda agravada pelo facto de não existirem no regime da concorrência regras que previnam o abuso de posição dominante. As medidas existentes são apenas reactivas, só funcionando depois de a empresa ou empresas dominantes já terem tirado proveitos da exploração abusiva da sua posição no mercado e depois de as empresas concorrentes que eventualmente ainda existam no sector já terem sido prejudicadas.

Conjugando o entendimento da Comissão da CE com a jurisprudência do TJCE, podemos concluir que *“existirá exploração abusiva de uma posição dominante quando o titular dessa posição utilize as possibilidades que dela decorrem para obter vantagens a que não poderia aspirar num quadro de concorrência efectiva.”* Mas o abuso existirá igualmente, no entendimento da Comissão e do TJCE, *“quando uma empresa se prevalece da posição dominante que detém para se reforçar, eliminando ou restringindo substancialmente a concorrência que poderia ser-lhe feita no mercado respectivo e prejudicando assim o objectivo, que o Tratado procura salvaguardar, da existência de uma concorrência suficientemente eficaz no quadro do Mercado Comum.”*

“Consagra-se, deste modo, uma noção objectiva de abuso na medida em que o comportamento da empresa em posição dominante é julgado em função da situação real ou da estrutura do mercado em que ela opera e não das finalidades que ela

porventura teve em vista.”⁷⁴ Assim, a existência do abuso de posição dominante prescinde da verificação da culpa.

2.3. Da violação de princípios fundamentais

Quanto às concessões de exploração de cemitérios e às concessões dos serviços neles prestados, importa referir que ainda não se desenvolveu um mercado próprio, visto não existirem operadores suficientes que preencham os requisitos necessários para se constituírem como concessionários. Assim, não há regras que regulem especificamente estas concessões, sendo inevitável recorrer aos princípios gerais de direito administrativo para as conformar.

Na verdade, “o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios”⁷⁵, o que significa, para o que agora nos interessa, “que as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.”⁷⁶

Distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios afigura-se como uma tarefa particularmente difícil. Assim, J. J. GOMES CANOTILHO apresenta-nos os vários critérios propostos pela doutrina:

“a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

⁷⁴ JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, in “Manual de Direito Comunitário”, *ob. cit.*, pág.625;

⁷⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 1085;

⁷⁶ *Ibidem*;

J. B.

b) *Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.*

c) *Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).*

d) *«Proximidade» da ideia de direito: os princípios são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (Dworkin) ou na ideia de Direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.*

f) *Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.*⁷⁷

Nestes termos, os princípios são verdadeiras normas, embora qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. Em suma, *“os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem*

⁷⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, ob. cit., pág. 1086, 1087;

*imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida*⁷⁸.

Assim, no caso *sub judicio*, está sobretudo em causa o **princípio da imparcialidade**, (previsto no n.º 2 do artigo 266.º da CRP e no artigo 6.º do CPA), enquanto **princípio organizatório da Administração Pública**.

Segundo KARL LARENZ, o princípio da imparcialidade⁷⁹ (juntamente com o princípio da audiência)⁸⁰ é o princípio processual mais importante num Estado de Direito⁸¹; no mesmo sentido se pronuncia ainda OTTO BRUSIIN: *“o princípio da imparcialidade do juiz, que vale também para os órgãos da administração, é no moderno «Estado de Cultura» uma verdadeira lei fundamental cuja inobservância é julgada pelas convicções jurídicas dominantes de um modo especialmente severo*⁸².

Já para NIGRO, e relativamente à administração pública, o princípio da imparcialidade representa *“uma forte idoneidade protectora do cidadão. (...); enquanto princípio exclusiva ou prevalentemente administrativo, arranca a raiz da planta do privilégio e da tirania particular, porque impõe um modelo de organização pública aberta a todos os interesses e a todas as vozes, mesmo às vozes dos que... não têm interesses*⁸³.

Outro autorizado autor sobretudo nesta matéria – UMBERTO ALLEGRETTI – sublinha o imperativo constitucional de toda a organização administrativa ter que ser

⁷⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, in *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*, ob. cit., pág. 1087;

⁷⁹ Imparcialidade quer do juiz, quer do administrador.

⁸⁰ Da parte, do arguido ou do administrado.

⁸¹ KARL LARENZ, *“Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, 1993, pág. 180 e ss;

⁸² OTTO BRUSIIN, *“Über Objektivität der Rechtsprechung”*, Helsínquia, 1949, pág. 33; LARENZ, *“Derecho...”*, cit., pág. 181;

⁸³ MARIO NIGRO, *“Formazione...”*, cit., pág. 877;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

[Handwritten initials]

modelada pelo princípio da imparcialidade, configurando-se a **"imparcialidade da organização"** como um prévio e indispensável instrumento da **"imparcialidade da actividade"**⁸⁴.

Também na doutrina portuguesa se defende que, embora a imparcialidade prescrita na lei fundamental se reporte aparentemente apenas à actividade administrativa, na realidade o âmbito de aplicação de tal princípio não abrange somente a actividade dos órgãos e agentes da Administração: impõe-se também que o legislador e a própria Administração assegurem a imparcialidade **logo ao nível da organização administrativa** (e do procedimento administrativo), devendo variar as soluções legais conforme a *"existência, a intensidade e as formas de actuação das forças sociais sejam mais ou menos capazes de desvios"*⁸⁵.

Na verdade, a exigência de prévias garantias de justiça e imparcialidade (prevenção do arbítrio através de um adequado nível de organização administrativa e da garantias de imparcialidade pela prévia independência das instâncias administrativas face aos interesses tocados) parece reunir o consenso da doutrina e da jurisprudência.

Assim, e nas palavras de MARTIN BULLINGER, é decisivo que na **organização** e no **procedimento** da instância administrativa competente existam mecanismos de segurança suficiente para que tal instância decisória actue de forma imparcial,

⁸⁴ "L' imparzialità amministrativa", Pádua, 1965, pág. 18 e ss., notas 32 a 36, e pág. 291 e ss., nota 315;

⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, in "A imparcialidade da administração como princípio constitucional", Coimbra, 1975, pág. 23-24. Também MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO sublinha em tese geral a importância das garantias preventivas do princípio da imparcialidade *"ao nível da organização ou do procedimento administrativo"*, na medida em que *"procuram assegurar o desenvolvimento imparcial da função administrativa"* (O princípio da imparcialidade..., ob. cit., pág. 299);

K B.

tornando-se fundamental a sua «neutralização» através de prévias garantias de independência face aos interesses em jogo⁸⁶.

Na doutrina espanhola sublinha por seu turno MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN que os limites jurídicos dos poderes da Administração não são apenas de carácter substantivo, mas também limites organizatórios e procedimentais – não sendo casual o facto de a doutrina e a jurisprudência comparada, de um e outro lado do Atlântico, se inclinar cada vez mais pelo controlo dos aspectos orgânicos e procedimentais da actividade administrativa, ao mesmo tempo que mantém a prudência no uso de critérios ou princípios substantivos⁸⁷. Como observa ainda o autor, “*não se trata de regressar a uma orientação formalista*” nesta matéria, não devendo “*o cumprimento de regras (e princípios) de organização administrativa e de funcionamento*” ser visto como um “*requisito formal*” (“*e daí o carácter não invalidante das infracções menores*”) mas antes “*como garantia de acerto (melhor, das possibilidades de acerto) da Administração e de submissão aos fins que deve servir*”⁸⁸.

No âmbito do caso que agora nos ocupa, importa frisar que o instituto da concessão constitui em si mesmo uma excepção (naturalmente justificada, por razões de eficácia e rentabilização dos bens e serviços públicos) ao princípio da salvaguarda do interesse geral, ou, mais importante ainda, uma excepção ao próprio conceito de Estado de Direito. Isto porque, não obstante a regra geral de os poderes públicos deverem ser por definição exercidos por entidades públicas, na concessão transfere-se para uma pessoa colectiva de direito privado a responsabilidade pelo exercício de

⁸⁶ *La discrecionalidad de la administración pública. Evolución, funciones, control judicial*, «La Ley», 4/1987, pág. 908. O autor estabelece ainda uma relação entre a imparcialidade do órgão decidente e auto-contenção judicial nesta matéria em *Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung*, in «DöV», 1972, pág. 404, ref. de PAOLO LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, «Dir. Amm.», 2/1996, pág. 325;

⁸⁷ *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1995, pág. 142-143;

⁸⁸ SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pág. 143;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

uma actividade pública, criando-se na esfera jurídica daquela um novo direito – no caso *sub judicio*, o direito de explorar um bem e gerir um serviço (conciliando-se a finalidade lucrativa própria dos privados com o interesse público que preside à actividade) , facultade essa que até então se integrava exclusivamente na esfera de poderes da Administração Pública.

Nestes termos, como já referimos, a entidade privada é investida para actuar em vez do ente público, substituindo-o na tarefa pública em questão, embora não se converta por isso num órgão da Administração.

Assim, e dado que através da concessão a Administração desenvolve novos esquemas organizatórios, no nosso caso, e relativamente à exploração dos cemitérios e à gestão dos serviços neles prestados (bens e serviços públicos), os municípios concedentes deveriam ter tido especiais cautelas; quer isto dizer que a Administração deveria ter reflectido, em abstracto e previamente à tomada de qualquer decisão que viesse a produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros, sobre o modo como a privatização dos cemitérios deveria ser executada, de forma a não afectar significativamente a estrutura do mercado funerário.

O problema não está propriamente nos contratos de concessão, os quais estão inclusivamente a ser precedidos de concursos públicos, e ao que parece, o Grupo Servilusa tem sido o único admitido a concurso (porventura por só ele conseguir preencher todas as condições impostas).

O problema está no facto de, num momento anterior, ou seja, quando a Administração Local toma a decisão de concessionar e reestrutura o bem e o serviço público em função dessa escolha organizativa, ela se abster de tomar em consideração e garantir minimamente todos os interesses envolvidos, como manda já nesta fase o princípio da imparcialidade, permitindo algo, a nosso ver, inaceitável:

isto é, que as próprias agências funerárias concorram e se constituam como concessionárias dos cemitérios!

Importa sublinhar com a devida ênfase este aspecto da questão que nos ocupa: para assegurar verdadeiramente a imparcialidade, a Administração Local deveria ter impedido, logo no programa de concurso, que as agências funerárias concorressem à exploração deste serviço público e deveria inclusivamente, por identidade de razão, ter vedado à partida aos concessionários as possibilidades de subcontratação, de cessão da sua posição e da celebração de consórcios com agências funerárias. Note-se que, idealmente, tais situações deveriam ser acauteladas por um direito administrativo regulador que todavia ainda não existe – razão pela qual, e à falta deste, importa convocar os princípios gerais de direito administrativo que regem nesta matéria.

Na verdade, afigura-se óbvio o ter que ser o concessionário da exploração destes bens e serviços públicos uma entidade unicamente vocacionada para a exploração e gestão dos cemitérios, não se podendo aceitar que tal concessionário também preste serviços a jusante, desenvolvendo actividades próprias das agências funerárias, nomeadamente organização e realização de funerais, transporte de cadáveres para exéquias fúnebres, cremações, inumações, exumações, trasladações, ..., serviços esses que integram uma actividade devidamente individualizada na prática económica e minimamente regulada pelo legislador⁸⁹.

É que, assim, a Administração está a conceder ao Grupo Servilusa (ou a qualquer outra agência funerária que consiga preencher os requisitos estipulados nos

⁸⁹ Cfr. Decreto-Lei n.º 47838, de 9 de Agosto de 1967, "*Permanência nos Recintos Hospitalares de Agentes Directos e Indirectos das Agências Funerárias*"; Decreto-Lei n.º 248/83, de 9 de Junho, "*Termos em que os órgãos de gestão dos hospitais e dos lares para a terceira idade poderão recorrer a serviços de agências funerárias*"; Decreto-Lei n.º 206/2001, de 27 de Julho, que contém as *Regras Reguladoras do Exercício da Actividade das Agências Funerárias*. No entanto, como já foi referido *supra* a legislação existente ainda é insuficiente.

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

FE B.

concursos abertos para o efeito) uma posição estratégica face às restantes empresas ltuosas, permitindo que se capturem os bens e serviços públicos para a instalação de um verdadeiro monopólio privado (situação agravada pelo facto de não existirem no regime da concorrência regras preventivas, mas apenas reactivas). A Servilusa passa a explorar os cemitérios e a gerir os serviços com eles relacionados, por sua conta e risco, tomando o lugar da Administração ... e ao mesmo tempo mantém a sua actividade de agente funerário, beneficiando directamente enquanto tal (enquanto agente funerário) de uma posição privilegiada!

Como facilmente se depreende, desta situação decorrerão obstáculos injustificados à realização de serviços das outras agências funerárias que operam no mercado nacional, não estando reunidos na pessoa do concessionário os requisitos negativos mínimos de imparcialidade que se impõem a alguém que vai substituir um ente público (o município concedente) na exploração e gestão de um serviço público.

Nesta sequência, e no nosso entendimento, a Administração Local não ponderou correctamente os interesses em jogo. Tratando-se a concessão de um sistema de gestão alternativo à gestão directa e à gestão indirecta pública, a Administração estava obrigada a ponderar devidamente os custos e os benefícios da decisão de concessionar para todos os interesses envolvidos (interesse público, interesse do concessionário, interesses das agências ltuosas e interesses dos utentes do serviço público em causa). E por isso, na prática, tal conduta omissiva da Administração acabou por beneficiar desproporcionadamente uns interesses (os do único concessionário) em detrimento de outros (dos demais agentes funerários e, em *ultima ratio*, dos próprios utentes dos serviços públicos que serão inevitavelmente afectados com a ilegítima e progressiva hegemonia de uma única agência funerária).

Na verdade, mesmo que se admita que a concessão da exploração dos cemitérios e dos serviços neles prestados à Servilusa, enquanto único candidato em

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

condições de concorrer aos concursos abertos para o efeito, é uma medida idónea e necessária, a verdade é que tal poderia (deveria) ter sido feito com menores custos para as demais agências funerárias – a saber, se se tivesse imposto uma clara separação entre as duas actividades (actividade de agência funerária e actividade de exploração e gestão do serviço público dos cemitérios), obrigando os candidatos (no caso, a Servilusa) a optar por uma ou outra actividade. O interesse público seria do mesmo modo satisfeito, e o sacrifício imposto (no caso, à Servilusa) moderado e absolutamente justificado.

Note-se bem, nunca se poderá defender que a não exigência de uma prévia separação de actividades é uma medida equilibrada, visto que os respectivos custos, directamente para os direitos e interesses das restantes agências funerárias, e mediamente para os utentes e para o interesse público, são demasiado elevados. É que, e como já referimos *supra*, sendo o concessionário uma agência funerária, mesmo que a administração exerça sobre ele uma fiscalização apertada, não se consegue garantir à partida a sua isenção face às restantes agências, não se podendo exigir que ele não procure beneficiar-se a si próprio em detrimento dos seus directos concorrentes no mercado funerário.

Mais ainda, desta forma desrespeita-se o **princípio da concorrência** – o qual, como vimos, é um valor objectivo da ordem económica comunitária e nacional. Na verdade, a Administração Pública, que também está obrigada a respeitar a concorrência para defesa de outros operadores privados, não está a assegurar o funcionamento eficiente do sector funerário, de modo a garantir uma equilibrada competição entre as empresas ltuosas. A transparência e a fluidez do sector estão por isso ameaçadas.

Por força dos contratos de concessão que têm sido celebrados com a Servilusa, sem as assinaladas cautelas, as autarquias locais estão a colocar em causa a liberdade

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

F B.

de acesso ao mercado e a liberdade de acção de todas as outras agências funerárias, e, conseqüentemente, a própria liberdade de escolha daqueles que necessitam de recorrer a essas empresas.

Acresce que, não sendo a concorrência mais do que a garantia de igualdade dos agentes económicos no mercado, ao distorcer-se a concorrência está-se igualmente a violar o **princípio da igualdade** (cfr. artigos 13.º e 266.º, n.º2 da CRP e artigo 5.º, n.º 1 do CPA). Tal princípio abrange não só os cidadãos, mas também as pessoas colectivas, e diz respeito a todas as funções do Estado, apresentando-se como um limite externo à liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos.

No entendimento de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: "*o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialecticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social.*"⁹⁰ Os mesmos autores defendem ainda que "*o âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange diversas dimensões: proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis quer a diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a*

⁹⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, in "Constituição da República Portuguesa Anotada", Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 336,337;

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

*eliminação pelos poderes públicos de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural*⁹¹ (sublinhado nosso).

Em causa não está o primeiro princípio de justiça de J. RAWLS, o *sistema de iguais direitos-liberdades de todos*, mas o segundo princípio de que nos fala o autor, uma *justa igualdade de oportunidades*. É que proclamar a igualdade de direitos e deveres afigura-se insuficiente quando **nem todos possuem os mesmos meios e condições** para exercer esses direitos ou para suportar esses deveres. Assim, mais do que a igualdade formal, é essencial atender à igualdade material ou substancial, a qual assegura as condições objectivas da igualdade de oportunidades e de custos. Repita-se, pelo facto do Grupo Servilusa acumular funções enquanto concessionário e agente funerário, ele detém meios e condições mais favoráveis ao exercício dos serviços lutuosos nos cemitérios concessionados do que as restantes agências. Nesta sequência, nos cemitérios concessionados não está assegurada a igualdade de oportunidades.

Na sequência do que acima foi exposto, defendemos a **invalidade** dos contratos de concessão celebrados com a Servilusa, a qual deverá ser decretada pelos tribunais em acção a intentar para o efeito – com subsequente realização de novos concursos para a celebração de novos contratos de concessão, agora com salvaguarda pela Administração dos princípios acima referidos⁹². Tal invalidade não decorre directamente da decisão adjudicatória ou do contrato de concessão em si mesmo considerado, mas do facto de a Administração não ter ponderado em

⁹¹ J. J. GCMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, 2.ª ed., Coimbra, 1984, pág. 149 e ss;

⁹² Não é a via judicial, obviamente, a única possível. Com efeito, o contrato de concessão pode-se extinguir por outros meios: “*atento o carácter consensual do acto atributivo da concessão, não há qualquer obstáculo à celebração de um acordo extintivo do contrato*”, (PEDRO GONÇALVES, in “A Concessão de Serviços Públicos”, *ob. cit.*, pág. 326), onde se fixam as condições, jurídicas e financeiras, em que se processa a extinção da relação (cfr. artigo 331.º do CCP);

abstracto e previamente, como lhe era exigido, todos os interesses envolvidos (isto é, e para além dos do concessionário, ainda os dos operadores que actuam no sector, e, em última análise, dos próprios utentes).

Para além da anulação dos contratos de concessão já celebrados com a Servilusa, defendemos que o Grupo Servilusa (assim como qualquer outro futuro candidato à exploração do serviço público de cemitério) deverá ser obrigado a optar entre a actividade de concessionário dos cemitérios e a actividade funerária, só podendo mesmo exercer funções num dos sectores (nunca nos dois), de modo a garantir o respeito pelos princípios da imparcialidade, da concorrência e da igualdade.

Assim, não se concebe sequer que uma sociedade comercial que integre o Grupo em questão, mesmo apresentando como objecto social uma actividade diferente da actividade funerária – pense-se, por exemplo, na *Servilusa, Gestão e Organização de Espaços Mortuários, Cemiteriais e Fornos Crematórios, Artigos e Equipamentos Funerários, Lda.* – possa desempenhar funções enquanto concessionária da exploração e gestão dos cemitérios, nem participar, na qualidade de sócia, numa empresa concessionária, como se verifica no caso da *FunElvas – Concessionária de Espaços Cemiteriais, Lda.* e da *FunFoz, Lda.*, detidas em 95% pelo Grupo Servilusa.

Nas situações *supra* referidas levanta-se a problemática da **desconsideração da personalidade jurídica**. “Com efeito, a personalidade jurídica é atribuída às pessoas colectivas para satisfazer interesses dos membros dessas mesmas pessoas. Por vezes, isso tem de ser posto em evidência, de tal forma que se torna até necessário “desconsiderar” a personalidade jurídica da pessoa colectiva”⁹³.

⁹³ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Da Personalidade e Capacidade Jurídicas Das Sociedades Comerciais*, in “Estudos de Direito das Sociedades”, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 105;

João Pacheco de Amorim
Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

V. S.

Como bem se defende no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/06/2007, *“O reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade comercial vem estabelecer um princípio fundamental de separação entre a sociedade e os sócios, assim como entre a sociedade e os titulares dos seus órgãos. Tal separação é sobretudo importante do ponto de vista patrimonial. A sociedade torna-se, assim, um instrumento jurídico ao serviço da vida económica. Todavia, nem sempre tal instrumento é utilizado para fins lícitos.*

Perante certos tipos de utilização abusiva da personalidade jurídica, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a construir uma solução que começa a ser conhecida em Portugal como desconsideração (ou superação) da personalidade jurídica - corresponde ao "disregard of legal entity" ou "lifting the corporate veil" do direito anglo-americano, ao "Durchgriff" da doutrina alemã, ao "superamento della personalit  giuridica" da doutrina italiana e   "desestimaci n de la personalidad jurídica" da doutrina espanhola.”

Assim, nessas situa es de utiliza o abusiva *“um elementar sentido de justiça leva a defender a responsabiliza o directa e ilimitada dos sócios (e algo de semelhante se pode dizer dos membros dos  rgoos sociais) por actos formalmente imputáveis   sociedade, apesar do princípio da separa o”.*

Ainda de acordo com o Acórdão supra mencionado *“a desconsidera o significa uma derroga o do princípio legal da separa o, que só pode admitir-se a título excepcional, para certos casos concretos. A desconsidera o consiste, na verdade, numa correc o das consequências jurídicas da imputa o   sociedade, segundo as regras gerais, de certos actos que, pelo seu carácter abusivo ou pela sua finalidade extra-societária, se entende que, excepcionalmente, devem obrigar outras pessoas (ou outros patrim nios).*

As divergências surgem quanto à definição dos pressupostos ou requisitos da responsabilização dessas outras pessoas. Tal responsabilidade pode fundamentar-se no artigo 334.º do Código Civil, sobre o abuso de direito, entendendo que a generalidade das pessoas têm o direito de constituir pessoas colectivas e de exercer actividades por intermédio delas, mas que esse direito tem limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

De posse destes ensinamentos, podemos concluir que por trás da desconsideração ou levantamento da personalidade colectiva está, sempre, a necessidade de corrigir comportamentos ilícitos, fraudulentos, de sócios que abusaram da personalidade colectiva da sociedade, seja actuando em abuso de direito, em fraude à lei ou, de forma mais geral, com violação das regras de boa fé e em prejuízo de terceiros. Logo, interessará sempre visualizar na conduta do agente (sócio) uma combinação de actos, ainda que formalmente lícitos, para atingir um fim ilegítimo, visível num resultado danoso”

Na mesma linha do Acórdão *supra* citado, COUTINHO DE ABREU define este instituto como “a derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios.”⁹⁴ Segundo o autor, a “desconsideração legitimar-se-á através do recurso a operadores jurídicos como, nomeadamente (e consoante os casos), a interpretação teleológica de disposições legais e negociais e o abuso do direito – apoiados por uma concepção substancialista da personalidade colectiva (não absolutizadora do «**princípio da separação**»)”⁹⁵ (negrito nosso).

⁹⁴ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, in “Curso de Direito Comercial”, Volume II – Das Sociedades, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 176;

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 177;

Com o objectivo de identificar as situações que poderiam exigir a desconsideração da personalidade jurídica das pessoas colectivas, a doutrina alemã distinguiu dois grupos de casos: os **casos de imputação** (ou abuso da personalidade) e os **casos de responsabilidade** (ou abuso da responsabilidade limitada).

No primeiro grupo de casos “o que se pretende é saber se devem ou não ser imputados aos sócios certos conhecimentos, qualidades ou comportamentos da sociedade e se devem ou não ser imputados à sociedade certos conhecimentos, qualidades ou comportamentos dos sócios”⁹⁶. Estão em causa situações em que a sociedade comercial é utilizada pelo(s) sócio(s) para contornar uma obrigação legal ou contratual que ele individualmente assumiu, ou para encobrir um negócio contrário à lei, funcionando como interposta pessoa.

Já no segundo grupo “encontramos hipóteses em que a regra da responsabilidade limitada que beneficia certos sócios (de sociedades por quotas e anónimas, designadamente) é quebrada”⁹⁷, “são nele abrangidos os casos de subcapitalização, de mistura de patrimónios, de mistura de esferas, ... e de domínio no quadro de certo grupo de empresas”⁹⁸.

Nestes termos, na hipótese de uma sociedade comercial que integre o Grupo Servilusa participar, na qualidade de sócia, numa empresa concessionária será necessário desconsiderar a personalidade jurídica desta última e imputar-lhe as imposições que recaem sobre a primeira, nomeadamente a proibição de exercer funções simultaneamente no sector funerário e no sector da exploração e gestão dos cemitérios.

⁹⁶ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Da Personalidade e Capacidade Jurídicas Das Sociedades Comerciais*, in “Estudos de Direito das Sociedades”, *ob. cit.*, pág. 105;

⁹⁷ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, in “Curso de Direito Comercial”, *ob. cit.*, pág. 180;

⁹⁸ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Da Personalidade e Capacidade Jurídicas Das Sociedades Comerciais*, in “Estudos de Direito das Sociedades”, *ob. cit.*, pág. 107;

2.4. Da separação de actividades

Como vimos *supra*, a tradição portuguesa sempre foi no sentido de integrar os cemitérios no domínio público (com excepção logicamente dos cemitérios privados) e de classificar os serviços neles prestados como serviços públicos.

Contudo, habitualmente as autarquias locais apenas asseguram serviços mínimos - estabelecem uma Secretaria para tratar de assuntos administrativos relacionados com a gestão dos cemitérios (competindo-lhe em particular conceder aos interessados o uso privativo dos terrenos do cemitério), asseguram a limpeza e manutenção dos espaços comuns, a abertura de covas, ... - deixando para os agentes funerários a prestação da maioria dos serviços, até porque, de acordo com o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 206/2001, de 27 de Julho⁹⁹, “o exercício das actividades mencionadas no n.º 1 do artigo anterior (o legislador refere-se ao artigo 4.º que tem sob epígrafe “Objecto da actividade”) compete **exclusivamente** às agências funerárias” (negrito nosso).

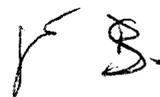
Entre tais actividades constam a organização e realização de funerais, transporte de cadáveres para exéquias fúnebres, inumação, cremação, expatriamento, exumações, trasladação de restos mortais já inumados, e ainda, como complemento, a obtenção da documentação necessária à prestação dos serviços *supra* mencionados, venda ao público de artigos funerários e religiosos, aluguer ou cedência a outras agências funerárias de veículos destinados à realização de funerais, ornamentação, armação e decoração de actos fúnebres, limpeza de jazigos particulares e de sepulturas, bem como outras actividades que o legislador

⁹⁹ O Decreto-Lei n.º 206/2001, de 27 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 41/2005, de 18 de Fevereiro, estabelece um conjunto de regras reguladoras do exercício da actividade das agências funerárias.

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO



expressamente atribua às empresas ltuosas (cfr. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 206/2001, de 27 de Julho).

Assim, ao conceder a exploração dos cemitérios e dos serviços neles prestados, a Administração Pública não pode colocar em causa o espaço de actuação tradicionalmente reservado às empresas funerárias, sob pena de colocar em risco todo este sector de actividade.

Exige-se, nestes termos, que a Administração distinga as funções e tarefas do concessionário relacionadas com a exploração e gestão de cemitérios das tarefas que já não lhe competem, por não integrarem o serviço público transferido, a actividade concessionada, mas antes a tradicional actividade privada dos agentes funerários (ou mesmo dos marmoristas e dos serviços de canteiro), sem alterar por conseguinte significativamente a estrutura dos mercados envolvidos. É pois essencial delimitar minuciosamente o que cabe aos concessionários (o que está compreendido na actividade pública concessionada) e o que cabe às agências funerárias (o que desde sempre competiu aos privados), para evitar que as competências de uns e de outros se confundam.

Tal delimitação é inclusivamente exigida pelo n.º 2 do artigo 411.º do CCP dado que estipula que *“o concessionário deve ter por objecto social **exclusivo**, ao longo de todo o período de duração do contrato, as actividades que se encontram integradas na concessão”* (negrito nosso), só podendo o concessionário exercer actividades não previstas no contrato mediante autorização do concedente e desde que estas sejam complementares ou acessórias das que constituem o objecto principal da concessão (cfr. n.º 1 do artigo 412.º do CCP).

É certo que importa assegurar que o concessionário obtenha rendimentos derivados directamente da exploração e gestão dos cemitérios, pois caso contrário será difícil garantir a viabilidade da concessão e a prestação de serviços com uma

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO



qualidade razoável. Contudo, a Administração não deve atribuir ao concessionário do cemitério mais serviços do que aqueles que as autarquias locais habitualmente garantem, na medida em que as restantes tarefas são da responsabilidade de um sector privado específico (o sector funerário), já bastante implementado no mercado, que, de outra forma, seria injustificadamente prejudicado. O concessionário apenas deverá vincular-se a explorar um bem e a gerir um serviço público, em substituição da Administração e, por isso, nos mesmos moldes em que esta o fazia.

C) Conclusões

1. O Grupo Servilusa, maior grupo funerário do país, integrado numa multinacional de grande envergadura (a *Mémora*) – por sua vez detida por uma importante sociedade de investimento internacional (3i) - tem vindo a responder e a ganhar concursos públicos de diversas cidades portuguesas para a celebração de contratos de concessão de exploração de cemitérios e concessão de serviços públicos.
2. Assim, estão em causa a **privatização da exploração dos cemitérios**, que são bens dominiais típicos das autarquias locais, e a **privatização dos serviços que neles são prestados**, os quais devem ser classificados como serviços públicos essenciais, dado que estão afectos a fins de interesse público, nomeadamente a saúde pública, o culto dos finados e imperativos afectivos e sentimentais da população.
3. A extracomercialidade privada que caracteriza os bens do domínio público não obsta à comercialidade de direito público, o que significa que os bens dominiais podem constituir objecto de actos e negócios jurídicos sob a égide do Direito Administrativo.
4. No entanto, a comercialidade de direito público não é automática, o que quer dizer que antes de permitir que os bens sejam explorados por particulares, ou que os serviços sejam prestados por entidades privadas, a Administração Pública tem o dever de atender aos interesses públicos envolvidos e aos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (cfr. artigo 266.º, n.º1 da CRP e artigo 4.º do CPA).
5. Ora, na concessão o concessionário assume uma posição principal, sendo investido para actuar em vez do ente público, não se convertendo, todavia,

num órgão da Administração Pública, nem ficando sujeito a um poder de tipo hierárquico. Trata-se de um sistema de gestão alternativo à gestão directa e à gestão indirecta pública, daí que a entidade pública deva ponderar os custos e benefícios da decisão de concessionar por comparação com o recurso a outros métodos de gestão.

6. Para a situação em apreço importa referir que o fim que os concessionários prosseguem, na exploração de um bem público ou na gestão de um serviço público, é um fim privado, assente naturalmente na obtenção do lucro. De comum, o Estado e os concessionários apresentam, não os fins que são totalmente diversos, mas apenas o meio que serve esses fins.

7. Assim, a concessão da exploração de um bem público ou a concessão de um serviço público (como muitas outras formas de colaboração entre a Administração Pública e privados) baseia-se na consideração de que o interesse privado (o lucro) é compatível com o interesse público. Contudo, na prática, este pressuposto nem sempre se verifica, podendo o raciocínio da Administração estar, de alguma forma, viciado.

8. Mesmo que, em teoria, o acto de concessão ao definir os termos e as condições da actuação do concessionário deva fazê-lo de modo a excluir que os interesses privados possam prevalecer sobre o interesse público, na prática, tal objectivo pode não ser atingido na sua plenitude.

9. Nesta sequência, e a não se tomarem determinados cuidados e salvaguardas, certamente os princípios de direito administrativo que compõem o regime jurídico dos serviços públicos serão postos em causa pela «privatização» dos cemitérios, nomeadamente o princípio da universalidade, princípio da igualdade e o princípio da continuidade.

10. Importa ainda ter presente, face aos riscos implicados por definição num processo destes quer para o interesse público, quer para todos os interesses privados em jogo (não só os dos particulares que têm ou possam vir a ter direitos sobre determinadas parcelas dos cemitérios, mas também e ainda os das agências funerárias no seu conjunto), que o princípio da imparcialidade impõe que a Administração leve em consideração o quadro de medidas preventivas a adoptar obrigatoriamente para reduzir tais riscos a um nível aceitável.
11. É certo que, por questões de eficiência, eficácia e maior rentabilização, a tendência actual é para privatizar a exploração e gestão dos serviços públicos tradicionalmente prestados pelo Estado.
12. Contudo, atendendo à disciplina jurídica da concessão administrativa, vemos que, decorrente do princípio da legalidade da Administração, “a *previsão legislativa da possibilidade de concessão é um pressuposto jurídico da sua admissibilidade*” (princípio da precedência de lei).
13. Neste sentido, na ausência de uma disposição legal que atribua ao titular do serviço público a competência para o conceder, a concessão não é possível.
14. Acontece que, antes do CCP, não existia uma disposição legal que autorizasse expressamente os municípios a concessionar.
15. Só com a entrada em vigor do CCP, a 29 de Julho de 2008, surge, pela primeira vez em Portugal, uma disciplina geral sobre concessões (cfr. artigo 407.º e ss do CCP). O que significa que anteriormente, não existindo um regime geral de concessões, era necessária uma lei de habilitação específica para cada concessão, atendendo quer ao seu objecto, quer ao sujeito que teria a capacidade de concessionar, a qual não existia no caso da exploração dos cemitérios e da gestão dos serviços a eles ligados.

João Pácheço de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

R. S.

16. No nosso país não existe tradição de grandes agências funerárias, pelo contrário, a tendência é para a proliferação de pequenas ou médias empresas ltuosas que, embora de âmbito nacional, actuam essencialmente a nível regional.
17. Nesta sequência, o Grupo Servilusa detém uma importante quota do mercado funerário português, de tal forma que se auto-intitula como *a maior e mais moderna empresa funerária do país*.
18. Sucede que, no entendimento comunitário e nacional, a detenção por uma empresa de uma ampla parcela do mercado é um índice altamente significativo da existência de uma posição dominante.
19. Em termos práticos, podemos afirmar que uma empresa dispõe de posição dominante quando age num mercado no qual não tem concorrência para os seus produtos, bens ou serviços (situação de monopólio), quando essa concorrência não é significativa (situação de quase monopólio) ou assume preponderância relativamente aos demais concorrentes.
20. O essencial da noção reside, pois, na situação de supremacia económica de determinada empresa que lhe permite alterar a concorrência efectiva no mercado em causa. Essa empresa terá condições para influenciar de modo significativo os comportamentos das outras empresas do sector que eventualmente com ela possam estar em concorrência.
21. Concluimos, nestes termos, que o Grupo Servilusa **ocupa uma posição dominante no sector funerário**.
22. Embora nem o Tratado da CE, nem a CRP, nem o Regime Jurídico da Concorrência sancionem a existência de uma empresa em posição dominante no mercado ou considerem a posição dominante ilegítima, estes diplomas sancionam o abuso que da posição dominante seja feito. E isto porque o abuso

não pode, em caso algum, ser tolerado numa comunidade que reconhece a supremacia do direito.

23. Assim, proíbe-se a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado que tenha por objectivo impedir, falsear ou restringir a concorrência.

24. Repita-se, no caso *sub judicio*, dado que detém uma importante quota de mercado, e sobretudo porque tem ganho todos os concursos públicos para a celebração de contratos de concessão de exploração de cemitérios e para a consequente concessão de serviços públicos, o Grupo Servilusa começa a deter uma clara posição de supremacia face aos outros operadores do sector, controlando (todo) o processo funerário a montante e a jusante, o que pode originar, num “futuro próximo”, um abuso de posição dominante.

25. Sublinhe-se a este propósito que, por força dos contratos de concessão que têm sido celebrados por todo o país, o Grupo Servilusa desenvolve a actividade funerária e simultaneamente controla as infra-estruturas essenciais ao exercício dessa actividade (os cemitérios), influenciando as possibilidades de acesso a essas mesmas infra-estruturas oferecidas às empresas concorrentes.

26. Esta situação é ainda agravada pelo facto de não existirem no regime da concorrência regras que previnam o abuso de posição dominante. As medidas existentes são apenas reactivas, só funcionando depois de a empresa ou empresas dominantes já terem tirado proveitos da exploração abusiva da sua posição no mercado e depois de as empresas concorrentes que eventualmente ainda existam no sector já terem sido prejudicadas.

27. Na medida em que ainda não se desenvolveu um mercado próprio de concessões de exploração de cemitérios e de concessões dos serviços neles prestados, pois não existem operadores suficientes que preenchem os

requisitos necessários para se constituírem como concessionários, não há regras que regulem especificamente estas concessões, sendo inevitável recorrer aos princípios gerais de direito administrativo para as conformar.

28. Na verdade, segundo J. J. GOMES CANOTILHO “*o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios*”, o que significa, para o que agora nos interessa, “*que as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.*”

29. Nestes termos, os princípios são verdadeiras normas, embora qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas.

30. Assim, no caso *sub judicio*, está em causa o **princípio da imparcialidade**, (previsto no n.º 2 do artigo 266.º da CRP e no artigo 6.º do CPA), enquanto **princípio organizatório da Administração Pública**.

31. De acordo com UMBERTO ALLEGRETTI, um prestigiado autor nesta matéria, existe um imperativo constitucional de toda a organização administrativa ter que ser modelada pelo princípio da imparcialidade, configurando-se a “**imparcialidade da organização**” como um **prévio e indispensável instrumento da “imparcialidade da actividade”**.

32. Também na doutrina portuguesa se defende que, embora a imparcialidade prescrita na lei fundamental se reporte aparentemente apenas à actividade administrativa, na realidade o âmbito de aplicação de tal princípio não abrange somente a actividade dos órgãos e agentes da Administração: impõe-se também que o legislador e a própria Administração assegurem a imparcialidade **logo ao nível da organização administrativa** (e do procedimento administrativo).

33. Assim, e nas palavras de MARTIN BULLINGER, é decisivo que na **organização** e no **procedimento** da instância administrativa competente existam mecanismos de segurança suficiente para que tal instância decisória actue de forma imparcial, tornando-se fundamental a sua «*neutralização*» através de prévias garantias de independência face aos interesses em jogo.

34. Ora, o instituto da concessão constitui em si mesmo uma excepção (naturalmente justificada, por razões de eficácia e rentabilização dos bens e serviços públicos) ao princípio da salvaguarda do interesse geral, ou, mais importante ainda, uma excepção ao próprio conceito de Estado de Direito.

35. Isto porque, não obstante a regra geral de os poderes públicos deverem ser por definição exercidos por entidades públicas, na concessão transfere-se para uma pessoa colectiva de direito privado a responsabilidade pelo exercício de uma actividade pública, criando-se na esfera jurídica daquela um novo direito, o qual até então se integrava exclusivamente na esfera de poderes da Administração Pública.

36. Assim, e dado que através da concessão a Administração desenvolve novos esquemas organizatórios, no nosso caso, e relativamente à exploração dos cemitérios e à gestão dos serviços neles prestados (bens e serviços públicos), os municípios concedentes deveriam ter tido especiais cautelas.

37. Ou seja, a Administração deveria ter reflectido, em abstracto e previamente à tomada de qualquer decisão que viesse a produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros, sobre o modo como a privatização dos cemitérios deveria ser executada, de forma a não afectar significativamente a estrutura do mercado funerário.

38. Nestes termos, o problema está no facto de, num momento anterior, ou seja, quando a Administração Local toma a decisão de concessionar e

reestrutura o bem e o serviço público em função dessa escolha organizativa, ela se abster de tomar em consideração e garantir minimamente todos os interesses envolvidos, como manda já nesta fase o princípio da imparcialidade, permitindo algo, a nosso ver, inaceitável: isto é, **que as próprias agências funerárias concorram e se constituam como concessionárias dos cemitérios!**

39. Para assegurar verdadeiramente a imparcialidade, a Administração Local deveria ter impedido, logo no programa de concurso, que as agências funerárias concorressem à exploração deste serviço público e deveria inclusivamente, por identidade de razão, ter vedado à partida aos concessionários as possibilidades de subcontratação, de cessão da sua posição e da celebração de consórcios com agências funerárias.

40. Na verdade, afigura-se óbvio o ter que ser o concessionário da exploração destes bens e serviços públicos uma entidade unicamente vocacionada para a exploração e gestão dos cemitérios, não se podendo aceitar que tal concessionário também preste serviços a jusante, desenvolvendo actividades próprias das agências funerárias.

41. É que, assim, a Administração está a conceder ao Grupo Servilusa uma posição estratégica face às restantes empresas ltuosas, permitindo que se capturem os bens e serviços públicos para a instalação de um verdadeiro monopólio privado.

42. A Servilusa passa a explorar os cemitérios e a gerir os serviços com eles relacionados, por sua conta e risco, tomando o lugar da Administração ... e ao mesmo tempo mantém a sua actividade de agente funerário, beneficiando directamente enquanto tal (enquanto agente funerário) de uma posição privilegiada!

43. Desta situação decorrerão obstáculos injustificados à realização de serviços das outras agências funerárias que operam no mercado nacional, não estando reunidos na pessoa do concessionário os requisitos negativos mínimos de imparcialidade que se impõem a alguém que vai substituir um ente público (o município concedente) na exploração e gestão de um serviço público.
44. Nesta sequência, a Administração Local não ponderou correctamente os interesses em jogo.
45. A Administração estava obrigada a ponderar devidamente os custos e os benefícios da decisão de concessionar para todos os interesses envolvidos (interesse público, interesse do concessionário, interesses das agências ltuosas e interesses dos utentes do serviço público em causa).
46. Na prática, tal conduta omissiva da Administração acabou por beneficiar desproporcionadamente uns interesses (os do único concessionário) em detrimento de outros (dos demais agentes funerários e, em *ultima ratio*, dos próprios utentes dos serviços públicos).
47. Na verdade, mesmo que se admita que a concessão da exploração dos cemitérios e dos serviços neles prestados à Servilusa, enquanto único candidato em condições de concorrer aos concursos abertos para o efeito, é uma medida idónea e necessária, a verdade é que tal poderia (deveria) ter sido feito com menores custos para as demais agências funerárias – a saber, se se tivesse imposto uma clara separação entre as duas actividades (actividade de agência funerária e actividade de exploração e gestão do serviço público dos cemitérios).
48. Note-se bem, nunca se poderá defender que a não exigência de uma prévia separação de actividades é uma medida equilibrada, visto que os respectivos custos, directamente para os direitos e interesses das restantes

agências funerárias, e mediatamente para os utentes e para o interesse público, são demasiado elevados.

49. É que, e como já referimos *supra*, sendo o concessionário uma agência funerária, mesmo que a administração exerça sobre ele uma fiscalização apertada, não se consegue garantir à partida a sua isenção face às restantes agências, não se podendo exigir que ele não procure beneficiar-se a si próprio em detrimento dos seus directos concorrentes no mercado funerário.

50. Mais ainda, desta forma desrespeita-se o **princípio da concorrência** – o qual, como vimos, é um valor objectivo da ordem económica comunitária e nacional. Na verdade, a Administração Pública, que também está obrigada a respeitar a concorrência para defesa de outros operadores privados, não está a assegurar o funcionamento eficiente do sector funerário, de modo a garantir uma equilibrada competição entre as empresas ltuosas.

51. Por força dos contratos de concessão que têm sido celebrados com a Servilusa, sem as assinaladas cautelas, as autarquias locais estão a colocar em causa a liberdade de acesso ao mercado e a liberdade de acção de todas as outras agências funerárias, e, conseqüentemente, a própria liberdade de escolha daqueles que necessitam de recorrer a essas empresas.

52. Acresce que, não sendo a concorrência mais do que a garantia de igualdade dos agentes económicos no mercado, ao distorcer-se a concorrência está-se igualmente a violar o **princípio da igualdade** (cfr. artigos 13.º e 266.º, n.º2 da CRP e artigo 5.º, n.º 1 do CPA), princípio estruturante do sistema constitucional português que diz respeito a todas as funções do Estado, apresentando-se como um limite externo à liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos.

53. Em causa está o segundo princípio de justiça de que nos fala J. RAWLS, uma *justa igualdade de oportunidades*. É que proclamar a igualdade de direitos e deveres afigura-se insuficiente quando nem todos possuem os mesmos meios e condições para exercer esses direitos ou para suportar esses deveres. Assim, mais do que a igualdade formal, é essencial atender à igualdade material ou substancial, a qual assegura as condições objectivas da igualdade de oportunidades e de custos.

54. Repita-se, pelo facto do Grupo Servilusa acumular funções enquanto concessionário e agente funerário, ele detém meios e condições mais favoráveis ao exercício dos serviços lutuozos nos cemitérios concessionados do que as restantes agências. Nesta sequência, nos cemitérios concessionados não está assegurada a igualdade de oportunidades.

55. Na sequência do que acima foi exposto, defendemos a **invalidade** dos contratos de concessão celebrados com a Servilusa, a qual deverá ser decretada pelos tribunais em acção a intentar para o efeito.

56. Tal invalidade não decorre directamente da decisão adjudicatória ou do contrato de concessão em si mesmo considerado, mas do facto de a Administração não ter ponderado em abstracto e previamente, como lhe era exigido, todos os interesses envolvidos (isto é, e para além dos do concessionário, ainda os dos operadores que actuam no sector, e, em última análise, dos próprios utentes).

57. No entanto, a via judicial não é, obviamente, a única possível. Com efeito, o contrato de concessão pode-se extinguir por outros meios: "*atento o carácter consensual do acto atributivo da concessão, não há qualquer obstáculo à celebração de um acordo extintivo do contrato*", onde se fixam as

F B.

condições, jurídicas e financeiras, em que se processa a extinção da relação (cfr. artigo 331.º do CCP).

58. Defendemos ainda que o Grupo Servilusa deve **optar entre a actividade de concessionário dos cemitérios e a actividade funerária**, só podendo mesmo exercer funções num dos sectores (nunca nos dois), de modo a garantir o respeito pelos princípios da imparcialidade, da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.
59. Assim, não se concebe sequer que uma sociedade comercial que integre o Grupo em questão, mesmo apresentando como objecto social uma actividade diferente da actividade funerária, possa desempenhar funções enquanto concessionária da exploração e gestão dos cemitérios, nem participar, na qualidade de sócia, numa empresa concessionária.
60. Nas situações *supra* referidas levanta-se a problemática da **desconsideração da personalidade jurídica**, que COUTINHO DE ABREU define como *“a derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios.”*
61. Desta forma, este instituto implica que se “levante o véu” da personalidade jurídica da pessoa colectiva, tudo se passando como se esta não existisse, e, até certo ponto, se afaste o princípio da separação (da personalidade jurídica) dos sócios e da sociedade, para imputar aos sócios conhecimentos, qualidades ou comportamentos da sociedade, e vice-versa, ou até para quebrar a regra da responsabilidade limitada dos sócios.
62. Nestes termos, na hipótese de uma sociedade comercial que integre o Grupo Servilusa participar, na qualidade de sócia, numa empresa concessionária será necessário desconsiderar a personalidade jurídica desta última e imputar-lhe as imposições que recaem sobre a primeira,

nomeadamente a proibição de exercer funções simultaneamente no sector funerário e no sector da exploração e gestão dos cemitérios.

63. Como já foi referido, a tradição portuguesa sempre foi no sentido de integrar os cemitérios no domínio público (com excepção logicamente dos cemitérios privados) e de classificar os serviços neles prestados como serviços públicos essenciais.

64. Contudo, habitualmente as autarquias locais apenas asseguram serviços mínimos, deixando para os agentes funerários a prestação da maioria dos serviços.

65. Entre esses serviços reservados às agências funerárias constam a organização e realização de funerais, transporte de cadáveres para exéquias fúnebres, inumação, cremação, expatriamento, exumações, trasladação de restos mortais já inumados, e ainda, como complemento, a obtenção da documentação necessária à prestação dos serviços *supra* mencionados, venda ao público de artigos funerários e religiosos, aluguer ou cedência a outras agências funerárias de veículos destinados à realização de funerais, ornamentação, armação e decoração de actos fúnebres, limpeza de jazigos particulares e de sepulturas, bem como outras actividades que o legislador expressamente atribua às empresas ltuosas (cfr. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 206/2001, de 27 de Julho).

66. Assim, ao conceder a exploração dos cemitérios e dos serviços neles prestados, a Administração Pública não pode colocar em causa o espaço de actuação tradicionalmente reservado às empresas funerárias.

67. Exige-se, nestes termos, que a Administração distinga as funções e tarefas do concessionário relacionadas com a exploração e gestão de cemitérios das tarefas que já não lhe competem, por não integrarem o serviço

público transferido, a actividade concessionada, mas antes a tradicional actividade privada dos agentes funerários (ou mesmo dos marmoristas e dos serviços de canteiro), sem alterar por conseguinte significativamente a estrutura dos mercados envolvidos.

68. Afigura-se então essencial delimitar minuciosamente o que cabe aos concessionários (o que está compreendido na actividade pública concessionada) e o que cabe às agências funerárias (o que desde sempre competiu aos privados) para evitar que as competências de uns e de outros se confundam.

69. Tal distinção é inclusivamente exigida pelo n.º 2 do artigo 411.º do CCP dado que estipula que “*o concessionário deve ter por objecto social **exclusivo**, ao longo de todo o período de duração do contrato, as actividades que se encontram integradas na concessão*” (negrito nosso).

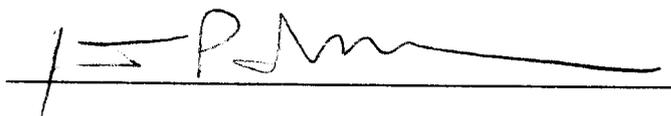
70. A Administração não deve atribuir ao concessionário do cemitério mais serviços do que aqueles que as autarquias locais habitualmente garantem, pois as restantes tarefas são da responsabilidade de um sector específico (o sector funerário), já bastante implementado no mercado, que, de outra forma, seria injustificadamente prejudicado. O concessionário compromete-se a explorar um bem e a gerir um serviço público, em substituição da Administração e, por isso, nos mesmos moldes em que esta o fazia.

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto
Advogado

Rua Tomé de Sousa, 170
4150-730 PORTO

Salvo melhor opinião, é este o nosso Parecer.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Am', is written over a solid horizontal line.

João Pacheco de Amorim

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bárbara M. Soares', is written over a solid horizontal line.

Bárbara M. Soares