

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**Empresas públicas sob a forma de sociedade comercial:
Onde acabam as especificidades e começa a descaracterização?**

Maria de Lurdes Pereira Moreira Correia de Castro
Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais
julho 2018

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**Empresas públicas sob a forma de sociedade comercial:
Onde acabam as especificidades e começa a descaracterização?**

Maria de Lurdes Pereira Moreira Correia de Castro
Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais,
sob a orientação da Professora Doutora Ana Perestrelo de Oliveira

julho 2018

Aos meus filhos, Inês e Gonçalo

Resumo

O presente estudo pretende abordar os efeitos que o novo quadro legal e regulamentar aplicável às empresas públicas tem sobre aquelas que revestem a forma de sociedades comerciais, ou seja sobre as pessoas coletivas de direito privado.

Sem prejuízo de podermos compreender que as empresas públicas, sob a forma de sociedade comercial se podem considerar como “especiais” face ao tipo consagrado no Código das Sociedades Comerciais, dado que apesar de se regerem pelas disposições do referido Código, estão em primeira linha sujeitas a um regime legal específico que se lhes aplica. A verdade é que, nos últimos anos, as derrogações à lei geral e a intensidade das especificidades que a lei tem vindo a introduzir, vêm colocar em causa o recurso e/ou a manutenção pelo Estado de empresas públicas sob a forma de sociedade comercial, na sua essência sujeitas ao direito privado.

O facto de tais empresas, pessoas coletivas de direito privado, puderem ser sujeitas a normas idênticas, nomeadamente orçamentais, às que são seguidas pelos serviços e fundos autónomos, uma vez que os critérios que são utilizados para qualificar uma empresa como “entidade pública reclassificada”, ou seja incluída no perímetro orçamental da administração pública, não distinguem, nem excecionam, este tipo de empresas públicas, parece conduzir a que aquelas empresas se apresentem presentemente descaracterizadas.

Palavras chave: Sociedade comercial, Empresa pública, Empresa pública reclassificada, Decreto-Lei n.º 133/2013

Abstrat

The present study intends to address the effects that the new legal and regulatory framework applicable to state owned companies (SOE's) has over those that take the form of commercial companies, in other words, subject to private law.

Notwithstanding that we can understand that SOE's can be considered as "special" in relation to the type established in the Portuguese Companies Code, because despite being governed by the provisions of this Code, they are in the first line subject to a specific legal framework that applies only to them. The truth is that, in the past years, the derogations to the Code provisions and the specific provisions that the governerment has approved, raise the question of creation and/or maintenance of SOE's in the form of a commercial company, essentially subjected to private law.

The fact that a legal person under private law may be subject to the same rules, namely budgetary, as those of public administration, since the criteria which are used to qualify a SOE reclassified within the general government perimeter do not distinguish, nor do they exclude, this type of companies, makes them appear uncharacterized.

Keywords: Commercial society, state owned enterprise, state owned enterprise reclassified within the general government perimeter, Decree-Law n.º 133/2013

Siglas e Abreviaturas

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CE – Comunidade Europeia

cfr. – Confrontar; Conferir

cit. - citado

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DGTF – Direção-Geral do Tesouro e Finanças

DLEO – Decreto-Lei de Execução Orçamental

EGP – Estatuto do Gestor Público

EP/EP's – Empresa pública/Empresas públicas

EPE/EPE's – Entidade Pública Empresarial/Entidades Públicas Empresariais

EPR/EPR's – Entidade Pública Reclassificada/Entidades Públicas Reclassificadas

EU – União Europeia

IP/IP's – Instituto Público/Institutos Públicos

IPCG – Instituto Português de Corporate Governance

LEO – Lei do Orçamento do Estado

LOPTC – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OE – Orçamento do Estado

p./pp. – página/páginas

PAEF – Programa de Assistência Económico-Financeira

RCM – Resolução do Conselho de Ministros

RJSPE – Regime Jurídico do Sector Público Empresarial

SA/SA's – Sociedade Anónima/Sociedades Anónimas

SEE – Setor Empresarial do Estado

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

ss. - seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TdC – Tribunal de Contas

TUE - Tratado da União Europeia

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

UTE – Unidade da Tesouraria do Estado

Vol. - Volume

Índice

Siglas e Abreviaturas	6
Capítulo I – Introdução	10
1. Nota introdutória	10
2. Delimitação do tema	12
Capítulo II – A intervenção do Estado na Economia – Enquadramento geral	14
1. As funções do Estado	14
2. Tipos de Estado - Evolução do papel do Estado	17
2.1. O Estado Liberal.....	18
2.2. O Estado Social ou Estado Providência	20
2.3. O Estado Regulador	22
3. A atividade empresarial, enquanto intervenção económica do Estado	24
Capítulo III - Noção de Sociedade (As sociedades comerciais).....	27
1. Enquadramento.....	27
2. Noção e traços essenciais	28
Capítulo IV - Noção e regime jurídico da Empresa Pública	35
1. Breve percurso histórico.....	35
2. Considerações Gerais	38
3. Conceito (s) de Empresa Pública.....	39
3.1. Conceito Comunitário	39
3.2. Conceito utilizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)	41
3.3. Conceito utilizado pelo Banco Mundial.....	42
3.4. Conceito na ordem jurídica nacional - Evolução	43
4. Constituição de empresas públicas	45
5. Composição do SEE e exercício da função acionista.....	49
6. O Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro (RJSPE).....	53
6.1. As condicionantes da aprovação do RJSPE – A Troika.....	53
6.2. Novidades.....	55
6.3. As formas que revestem as empresas públicas.....	57
6.3.1. Sociedades comerciais	57
6.3.2. EPE's	59
6.3.3. EPR's	59

7. A escolha da forma jurídica.....	63
8. Orientações e controlo do titular da função acionista sobre as empresas públicas	68
8.1. A autonomia de gestão	72
8.2. Emissão de orientações	77
9. Especificidades do regime legal aplicável às empresas públicas	79
9.1. O ato constitutivo	80
9.2. O artigo 25.º do RJSPE	82
9.3. O Princípio da Unidade de Tesouraria do Estado (UTE).....	85
9.4. O endividamento das empresas públicas.....	86
9.5. O Direito de “veto”	87
9.6. As normas do Orçamento do Estado e do decreto-lei que o executa	88
Capítulo V - Conclusões.....	90
Bibliografia.....	92

Capítulo I – Introdução

1. Nota introdutória

Com o surgimento do Estado Social ou Estado Intervencionista nasceu a ideia de que o poder público pode prosseguir o bem-estar social chamando a si o encargo de, de forma direta, executar uma série de tarefas.

Diversos fatores estiveram na base da ineficiência desta atuação os quais ficaram evidentes em especial a partir dos anos 80 do século XX, verificando-se que o Estado não dispõe de meios para assegurar a imensidão de tarefas económicas e sociais que se propôs prestar.

No entanto, em face da crise que revestiu a atuação do Estado Social, importa avaliar até que ponto se pode equacionar o regresso a um Estado abstencionista, pois, até por imperativos constitucionais e comunitários, continua a ser essencial que as necessidades fundamentais dos cidadãos sejam asseguradas, seja diretamente pelo Estado nas suas diversas formulações, seja por entidades privadas ao abrigo dos diversos novos modelos jurídicos admissíveis.

Não obstante, o setor público empresarial continua a ser um elemento importante em muitas economias, existem razões legítimas, económicas e outras, que justificam que o Estado seja acionista, assim como existem diferentes pontos de vista, mormente políticos, sobre qual deve ser o papel do Estado na economia numa sociedade que se tornou mais complexa e mais exigente.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que as sucessivas atuações legislativas, a prática e a aplicação de regras estatísticas (não positivadas) podem conduzir a que as ainda existentes empresas públicas, sob a forma de sociedades comerciais, venham a ser, na prática, verdadeiros serviços públicos sem autonomia, em especial as designadas “entidades públicas reclassificadas”, despidas que estão de paralelismo com as sociedades comerciais, tal como reguladas no Código das Sociedades Comerciais.

Simultaneamente, refletiremos sobre o contributo das medidas decorrentes do Memorando da Troika em relação ao setor empresarial do Estado e, no contexto da

problemática em causa, examinaremos concretamente as alterações introduzidas no quadro legal aplicável, que reputamos de mais relevantes.

A temática em causa está, em nossa opinião, longe de encontrar uma resposta única e sobretudo definitiva, mas continua a apresentar, face aos tempos que correm, um grande desafio.

2. Delimitação do tema

O tema que nos propusemos abordar tem por base um novo enquadramento legal e regulamentar a que as empresas públicas, em especial no nosso estudo as que revestem a natureza de sociedades comerciais, estão atualmente sujeitas.

Atendendo a diversidade de fatores e interligações que o tema encerra optámos por não abordar a problemática das empresas que compõem o setor empresarial local e o novo tratamento que o RJSPE vem trazer neste âmbito. Pelo que, limitaremos a nossa análise ao setor empresarial do Estado e, no âmbito deste, às entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sem prejuízo de por razões de estrutura lógica e compreensão sistemática fazamos expressamente referência às entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, *i.e.* às entidades públicas empresariais.

Começamos por fazer um breve enquadramento geral com base na abordagem das diferentes funções e fins que o Estado tem vindo a assumir ao longo do tempo, tendo em vista perceber se, apesar da crise reconhecida do modelo de bem-estar, o Estado continua a estar presente na hora de assegurar a prestação de serviços essenciais. Para além da consagração constitucional deste tipo de Estado, a intervenção do Estado constitui também uma forma de concretizar direitos fundamentais previstos na Lei fundamental, o que se prende com a problemática da escolha por parte da Administração das formas jurídicas para o exercício de determinadas funções, a qual também afluiremos.

Nesta conformidade, pretendemos verificar até que ponto o Estado, para efeito de prossecução de determinada atividade e com vista a atingir um certo fim, tem critérios na escolha, quer por um lado da via empresarial, quer depois na escolha da forma jurídica, de direito público ou de direito privado.

É nosso objetivo, ainda, analisar o novo regime jurídico do setor público empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, compreendendo a envolvente política e económica subjacente à respetiva aprovação, mas apenas na perspetiva dos poderes de controlo e dos limites da intervenção que são impostos pelo titular da função acionista aos órgãos de gestão das empresas públicas.

Por fim, de entre as novidades trazidas pelo novo regime, abordaremos as que nos parecem mais relevantes sob o ponto de vista da compreensão dos efeitos que as mesmas

podem ter nas empresas públicas, em especial nas sociedades comerciais em que o Estado ainda é acionista.

Capítulo II – A intervenção do Estado na Economia – Enquadramento geral

1. As funções do Estado

Cumprido, antes de mais, salientar que não é nossa intenção efetuar uma análise profunda a respeito das funções e fins do Estado, mas tão só, fazer uma breve apresentação da forma como, ao longo do tempo, o Estado se tem relacionado com a sociedade civil.

Quando se fala em funções do Estado são dois os sentidos possíveis, o de fim, tarefa ou incumbência e o de atividade¹. No primeiro sentido existe correspondência com a necessidade coletiva, vislumbrando-se uma relação entre a sociedade e o Estado que prossegue a sua função através dos seus órgãos próprios e das diversas entidades públicas e também, de forma complementar ou subsidiária², com os outros intervenientes sociais. No segundo sentido estão em causa os atos e a atividade que o Estado desenvolve.

Nas palavras de JORGE MIRANDA³, quer num sentido quer noutra existe um elemento finalístico, que é direto no caso da função enquanto tarefa, e indireto na função vista como atividade⁴.

A teorização acerca das funções do Estado não é recente, uma vez que as mesmas estão intrinsecamente ligadas à questão dos fins e poderes do Estado. Existem, pois, numerosas classificações doutrinárias a este respeito, as quais revelam de forma nítida a sua ligação com o momento histórico e com as características próprias de cada sociedade.

Nesta conformidade, entre os autores que defendem que os critérios fundamentais para definir as funções do Estado são os fins (jurídicos e culturais) e os meios (abstratos e concretos), encontramos GEORG JELLINEK⁵. Este jurista e filósofo alemão, defensor e precursor da teoria geral do Estado, identifica a função legislativa como a realização de quaisquer fins por meio de regras abstratas, a função administrativa, como a realização

¹ Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Atividade Constitucional do Estado*, Coimbra Editora, 1997, p. 7-8.

² Idem, p. 9.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ Neste sentido, entre outros, AFONSO QUEIRÓ, *Os fins do Estado: Um problema de Filosofia Política*, 1938 (Sep. do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XV) e PAULO OTERO, *O Poder de substituição em Direito Administrativo*, Vol. II, Lisboa, 1995, p. 591 e ss.

⁵ GEORG JELLINEK, *Teoria General del Estado*, traducción de la segunda edición alemana e prólogo por Fernando de los Rios, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1981, p. 450 e ss.

do fim cultural através de atos concretos e a função jurisdicional como forma de realização do fim jurídico por meio de atos de natureza concreta. Acresce que, de forma paralela, considera a existência de funções extraordinárias e, relativamente a cada função, de atividades livres e condicionadas.

Na perspectiva de que o critério fundamental para a definição das funções do Estado é o da natureza dos próprios atos, temos LÉON DUGUIT⁶, jurista francês, crítico dos modelos da teoria geral do Estado, que fundou a sua teoria do Estado baseada na noção de serviço público e que distingue a função legislativa, administrativa e jurisdicional com base no critério dos atos. Assim, a função legislativa corresponde à feitura de atos-regra, a função administrativa aos atos-condição, aos atos subjetivos e aos atos materiais destinados a assegurar o funcionamento do serviço público, reconduzindo a função jurisdicional à resolução de questões de direito.

Já HANS KELSEN⁷, conhecido jurista e filósofo austríaco, representante máximo do positivismo jurídico, defende que as funções do Estado são apenas jurídicas, o que bem se compreende considerando que para este autor o Estado se identifica com a própria ordem jurídica.

Na lógica Kelsiana a norma fundamental determina a criação da Constituição sem que a origem dela própria esteja justificada. Assim, por aplicação da Constituição são criadas as normas jurídicas gerais, resultando da aplicação das mesmas a criação de normas individuais, por via de decisões judiciais e de resoluções administrativas. Para este autor a criação do direito, a aplicação do direito e a observância do direito são funções jurídicas em sentido amplo.

Por sua vez, KARL LOEWENSTEIN⁸, filósofo e constitucionalista alemão defensor da classificação ontológica⁹ da Constituição, identifica a existência de três funções: a decisão política conformadora ou fundamental, a execução da decisão política fundamental através da legislação, administração e jurisdição e a fiscalização política. É

⁶ LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel – La Théorie General de L’Etat*, 2.^a ed., Vol. II, Paris, 1923, p. 151 e ss.

⁷ HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, traduzido por Anders Wedberg, The 20th Century Legal Philosophy Series: Vol. I, Nova York, 1945, p. 255 e ss.

⁸ KARL LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964. p. 62 e ss.

⁹ Parte da premissa da concordância das normas constitucionais com a realidade do processo de poder e a partir da premissa de que a Constituição é a aplicação prática que os detentores e destinatários do poder fazem dela, procura a essência.

nesta última vertente que este autor se diferencia pois eleva a fiscalização a uma função autónoma.

Entre nós, MARCELO CAETANO¹⁰ distingue funções jurídicas de não jurídicas, sendo jurídicas as de criação e execução do direito, que compreendem a função legislativa e executiva, desdobrando-se a última, por sua vez, em jurisdicional e administrativa. São funções não jurídicas as políticas e técnicas.

Em suma, e não obstante a breve e necessariamente sucinta resenha efetuada, em todas as classificações e ainda que com contornos diversos, todas as teorias apontam para a existência de três tipos de funções do Estado - legislativa, administrativa ou executiva e jurisdicional. É também nesta linha que segue JORGE MIRANDA¹¹, como de resto outros autores portugueses¹², defendendo, contudo, que “...a tripartição não esgota, nos nossos dias, as actividades do Estado ou não as reflecte com suficiente clareza e homogeneidade. É mister ter em conta zonas de fronteira entre aquelas três funções fundamentais e até funções complementares, acessórias ou atípicas.”

Tendo por cenário esta breve apresentação, facilmente se constata que a matéria a tratar atravessa duas funções do Estado: A função legislativa/política, presente quando está em causa a criação, por via legislativa, da maioria das empresas que integram o setor público empresarial¹³ e, bem assim, a imposição, igualmente por via legislativa, da obrigatoriedade de prestação de determinados serviços; e a função administrativa/executiva, quando estamos em face da muito utilizada celebração de contratos de concessão, contratos-programa, entre outras figuras jurídicas, quer com entidades públicas quer com entidades privadas, tendo em vista a realização de tarefas que visam a satisfação das necessidades coletivas fundamentais.

A intensidade e a forma como o Estado exerce as suas funções e intervém na economia não é naturalmente imutável e tem evoluído ao longo dos tempos, questão que abordaremos de seguida, ainda que de forma necessariamente sumária. Por esse motivo, não podemos deixar de citar JORGE MIRANDA¹⁴: “*Como se sabe, tarefas equivalem a fins do Estado manifestadas em certo tempo histórico, em certa situação político*

¹⁰ MARCELO CAETANO, *Direito Constitucional*, Vol. I, Rio de Janeiro, 1977, p. 196 e ss.

¹¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 15 e ss.

¹² A título exemplificativo, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, p. 247 e ss.

¹³ Na aceção do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro.

¹⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol II, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 475.

constitucional, em certo regime (...). Traduzem um certo enlace entre o Estado e a sociedade.”

2. Tipos de Estado - Evolução do papel do Estado

Tendo em consideração o objeto do trabalho, opta-se por focar este tema apenas a partir do designado *Estado moderno*, o qual nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL¹⁵ se define como: “...*tipo histórico de Estado característico da Idade Moderna e Contemporânea – do século XVI ao século XX – que se define pelo aparecimento do próprio conceito de Estado na aceção que hoje tem; pela centralização do poder político; pela definição precisa dos limites territoriais do Estado e pelo controlo efectivo do território pelos órgãos de Estado, pela afirmação da soberania do Estado (...) e pela crescente secularização...*”.

O primeiro subtipo do *Estado moderno*¹⁶ é o *Estado corporativo*, também designado por *Estamental*, que vigora a partir século XVI até ao início do século XVII, resultando da transição do Estado medieval e que se caracteriza pela organização do elemento humano do Estado em ordens (clero, nobreza e povo) com representação nas Cortes, pelo fortalecimento crescente do poder real e pela proliferação de instituições de carácter corporativo, com estatuto privativo, às quais eram atribuídos direitos e privilégios.

Sendo neste período que surge o mercantilismo, começa a verificar-se uma intervenção do Estado no plano económico, seja através da regulamentação de profissões e indústrias, seja através da adoção de medidas protecionistas relativamente ao comércio externo, seja ainda mediante a assunção de monopólios fiscais ou comerciais, como o ouro, a pimenta, os diamantes, o açúcar, etc.¹⁷.

O *Estado Absoluto*, que se prolonga desde meados do século XVII até finais do século XVIII, corresponde ao segundo subtipo e tem como principais características¹⁸ a

¹⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a ed., Almedina, 2007, p. 62.

¹⁶ Ver igualmente JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de interesse económico geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 20 e ss.

¹⁷ Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 66. Ver também A.L. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, Almedina, 1997, p. 119 e ss.

¹⁸ Assim, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, op. cit., p. 107.

centralização do poder no monarca e a respetiva vontade como lei suprema¹⁹, o culto da razão de Estado e o Estado como reformador da sociedade e distribuidor das luzes. É a partir daqui que o Estado passa a intervir em setores até aí ignorados, como a cultura, registando-se o acentuar da intervenção pública na economia²⁰.

2.1. O Estado Liberal

Na sequência da Revolução Francesa, que teve os seus ecos em Portugal, surge, enquanto forma de reação ao antigo regime, o que se designa por *Estado liberal*²¹, o qual perdurou desde o final do século XVIII até ao início da 1ª guerra mundial, altura em que começou a entrar em crise, obrigando o poder público a intervir diretamente na economia de forma a satisfazer as exigências da guerra. Uma das principais características políticas deste tipo de Estado é a subordinação deste à lei: “*O século XIX foi o século da liberdade, da segurança e da certeza jurídica. De entre as formas de concretização das ideias liberais podemos realçar o movimento geral de codificação (...)*”, assim afirma PEDRO CARIDADE DE FREITAS²².

Assim, onde antes vigorava a soberania real passou a vigorar a soberania popular, deu-se o aparecimento das primeiras Constituições escritas, dos partidos políticos e dos sistemas de governo representativos, reconheceu-se a existência de direitos dos homens, agora cidadãos e não súbditos, enquanto detentores de direitos inatos e inalienáveis pelo simples facto de serem homens²³, sendo contemporâneas as declarações de direitos do homem que surgem nesta altura.

¹⁹ L'État c'est moi.

²⁰ Em Portugal, são disso exemplo a criação de entidades com carácter comercial ou industrial, como por exemplo a Companhia de Pesca da Baleia, a Junta do Comércio e as Fábricas da Cordoaria, todas da segunda metade do século XVIII, constituindo, nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 69: “(...) verdadeiras preconfigurações das empresas públicas ou dos organismos de coordenação económica (...)”

²¹ Para maiores desenvolvimentos, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de interesse económico geral*, op. cit., p. 23 e ss.

²² PEDRO CARIDADE DE FREITAS, *Portugal e o Ius Publicum Europaeum: O reposicionamento de Portugal face ao Direito Internacional Público na segunda metade do Século XIX*, Universidade de Lisboa-Faculdade de Direito, 2009, p. 87.

²³ São desta altura as primeiras declarações de direitos do homem, como é o caso da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa (1789).

Na lógica dos princípios do *Estado liberal*²⁴, a intervenção económico-social do Estado tinha natureza supletiva – a sua intervenção estava restringida para efeito de tutela de relevantes interesses públicos de carácter excecional. Conforme afirma DIOGO FREITAS DO AMARAL²⁵: “*Do ponto de vista económico, o século XIX é a fase do Estado liberal por excelência – e, portanto, do abstencionismo, do laissez-faire, do Estado mínimo, do Estado-guarda-nocturno.*”. Esta orientação teve particular expressão, entre as duas grandes guerras, nos Estados capitalistas (industriais) que, inspirados por doutrinas intervencionistas da natureza totalitária, enfatizavam a prevalência do interesse público como interesse do próprio Estado e adotavam formas de intervenção que gozavam de autoridade, de privilégios e prerrogativas de direito público²⁶. Dominando a totalidade do século XIX, a principal característica do *Estado liberal* foi a proclamação do princípio da legalidade e a subordinação dos poderes do Estado a esse princípio. “*A corrente positivista do Direito foi característica de uma construção do estado liberal e constitucional que, num império da lei, submeteu o Direito a códigos estanques. O próprio Direito Natural foi reduzido a escrito e incluído nas constituições e códigos elaborados ao longo do século XIX.*”²⁷

Para além do eclodir da 1.^a guerra mundial, também a crise económica de 1929, originada nos Estados Unidos da América, contribuiu para o agravamento dos problemas existentes, entre eles a destruição provocada pela guerra nas infraestruturas sociais e económicas, o desemprego, a inflação e a escassez de bens essenciais, o que levou o Estado a chamar a si a tarefa de reconstrução, dando início a uma outra fase que se caracterizou pelo forte intervencionismo dos poderes públicos.

²⁴ Ou “laissez faire, laissez passer”, expressão originariamente atribuída, no sentido que hoje lhe conhecemos, a MARQUIS D’ARGENSON, em meados do século XVIII.

²⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 79.

²⁶ Para PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Pores Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Reimpressão da edição de outubro/2005, Coimbra, Almedina, setembro 2008, p. 590 e ss., prerrogativas de autoridade são “...poderes – conferidos a um sujeito para, por acto unilateral praticado no desempenho da função administrativa, editar regras jurídicas, provocar a produção de efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coacção sobre pessoas ou coisas.”.

²⁷ PEDRO CARIDADE DE FREITAS, *Portugal e o Ius Publicum Europaeum: O reposicionamento de Portugal face ao Direito Internacional Público na segunda metade do Século XIX*, op. cit., p. 87-88.

2.2. O Estado Social ou Estado Providência

É, pois, a seguir à 2.^a grande guerra que começa a surgir o *Estado social* de direito e com ele as formas de intervenção pública menos autoritárias e o alargamento das tarefas constitucionalmente atribuídas ao Estado, o que motivou que este tivesse de criar novas formas de atuar. Surgiram, dessa forma, diversos organismos com autonomia jurídica, patrimonial e financeira e muitos com personalidade jurídica própria, como é o caso das empresas públicas, com o objetivo de desenvolver fins que são do Estado.

Emerge, então, o *Estado providência* ou *Estado social*, também designado por *Estado administração*, onde é notória uma clara e intensa intervenção do Estado, sobretudo nas perspetivas económica e social, que assume uma função claramente prestadora, chamando a si a responsabilidade pelo bem-estar económico e social dos cidadãos e da sociedade²⁸.

Daqui deriva um aumento da dimensão do Estado, levando SOFIA TOMÉ D'ALTE²⁹ a afirmar que: “(...) *assistimos a um certo “gigantismo” estadual.*”, face à importância e a variedade das áreas que este chama a si. O Estado passou a assumir a responsabilidade de corrigir as desigualdades, de garantir melhores condições sociais aos indivíduos, em especial aos mais carenciados, atribuindo subsídios e fornecendo serviços e bens primários (bens que todos devem consumir independentemente do seu rendimento), como a educação e a saúde, seja através do crescimento da sua máquina administrativa, seja, em alguns casos, através da criação de parcerias com a sociedade civil, dando origem ao que habitualmente é designado por economia contratual ou concertada.

A ideia de que a intervenção pública na vida económica seria mais eficaz através da utilização de métodos de gestão e regimes jurídicos aplicáveis às entidades privadas, ganha relevo. Efetivamente, por contraponto com formas de atuação do Estado em que este intervém munido de *jus imperii*, são adotadas formas de intervenção consensuais, do tipo contratual, próximas do direito privado.

As empresas públicas constituem a mais relevante forma de organização do Estado tendo em vista a intervenção direta na vida económica sendo, portanto, por esse motivo

²⁸ Veja-se a este propósito VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, 1998, p. 71 e ss. e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 90 e ss.

²⁹ SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*. Almedina, 2007, p. 22;

que, em diversos países europeus e também, mais tarde, em Portugal, foi encetada uma vaga de nacionalizações. Foi, aliás, com o advento do 25 de abril de 1974, em Portugal, que se deu a socialização dos principais meios de produção.³⁰ Como refere DIOGO FREITAS DO AMARAL³¹, “(...) o Estado tornou-se banqueiro, segurador, comerciante, industrial, proprietário e agricultor.”.

Com a revisão constitucional de 1989, foi eliminado o princípio da irreversibilidade das nacionalizações³² permitindo-se, assim, as privatizações³³ e, conseqüentemente, que fosse encetado o processo de redução do peso do Estado na economia.

A Lei n.º 71/88, de 24 de maio, aprovou o Regime de alienação das participações do sector público, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 328/88, de 27 de setembro.

Posteriormente, a Lei n.º 11/90, de 5 de abril³⁴, aprovou a Lei Quadro das Privatizações, aplicável à reprivatização da titularidade ou do direito de exploração dos meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de abril de 1974, nos termos do n.º 1 do artigo 85.º da Constituição. De entre os objetivos desta Lei destacamos a promoção da redução do peso do Estado na economia, a possibilidade da ampla participação dos cidadãos portugueses na titularidade do capital das empresas, através de uma adequada dispersão do capital, dando particular atenção aos trabalhadores das próprias empresas e aos pequenos subscritores e a redução do peso da dívida pública na economia.

Estabelecia o artigo 4.º da mencionada Lei n.º 11/90 que as empresas públicas a reprivatizar eram transformadas, mediante decreto-lei, em sociedades anónimas, as quais passariam a reger-se pela legislação comum das sociedades comerciais em tudo quanto não contrariasse a referida lei.

³⁰ Nacionalização da banca, dos seguros, dos transportes coletivos, da energia e de várias indústrias básicas.

³¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 96.

³² Com a revisão constitucional de 1982 e com a alteração da Lei de Delimitação dos Setores, através do Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de novembro, deram-se os primeiros passos no sentido da abertura à iniciativa privada de investimentos em sectores como o bancário, segurador, adubeiro e cimenteiro. A Lei n.º 84/88, de 20 de julho, viria possibilitar a transformação das empresas públicas, ainda que nacionalizadas, mediante decreto-lei, em sociedades de capitais públicos ou de maioria de capitais públicos, devendo, contudo, o Estado manter o controlo absoluto da empresa. Foi com este enquadramento que se iniciaram as primeiras privatizações no ano de 1989 (UNICER, Banco Totta & Açores, Aliança e Tranquilidade). Posteriormente, com a revisão constitucional de 1989 veio a ser derogado o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, previsto na Constituição, até aí vigente.

³³ É desta altura a Lei n.º 11/90, de 5 de abril, que aprovou a Lei-Quadro das Privatizações.

³⁴ Posteriormente alterada pelas Leis n.º 102/2003, de 15 de novembro e n.º 50/2011 de 13 de setembro.

2.3. O Estado Regulador

Efetivamente, como observa VASCO PEREIRA DA SILVA³⁵: “A partir da década de 70, sobretudo, começa a ser evidente o esgotamento do modelo do Estado-providência, incapaz, também ele, de continuar a dar uma resposta satisfatória aos mais recentes problemas colocados pela evolução da sociedade.”. Normalmente são apontadas como circunstâncias limitadoras deste modelo, face às novas exigências de natureza política, económica e social, a ineficiência económica e a insatisfação dos indivíduos.

Alcança-se, assim, uma nova fase designada por *Estado pós-social*³⁶, *Estado gestor* ou *Estado regulador*³⁷, que chama a sociedade a assumir parte das suas tarefas e partilha as suas responsabilidades. Não parece poder existir um corte radical pois o *Estado social* revelou-se pacificador, integrador e propulsor do crescimento económico e do bem-estar social, pelo que a sua supressão desencadearia instabilidade e conflitualidade.

Trata-se de uma fase relativamente à qual ainda se procuram as linhas condutoras que viabilizem a reforma e a revitalização do *Estado social*, o que muitos entendem poder passar pela democracia participativa, pela participação dos cidadãos e dos grupos de cidadãos na definição das políticas públicas setoriais e na gestão e controlo dos serviços que diretamente os afetam.

Assim, o Estado Regulador emerge como afirmação da realidade de que não são apenas os responsáveis políticos que devem prestar contas da sua atuação, mas também todos os atores com responsabilidade na condução dos destinos da sociedade. No essencial, este Estado Regulador pretende garantir a liberdade económica, a concorrência, e ao mesmo tempo que alguns bens e serviços essenciais – de que a saúde ou a educação são exemplos – são acessíveis a todos os cidadãos em condições de igualdade equitativa de oportunidades, tendo em conta as referidas restrições do ponto de vista económico. Isto é, garantir a equidade no acesso ao serviço público, ou, na terminologia comunitária, a serviços de interesse económico geral.

³⁵ *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, op. cit., p.122.

³⁶ Sobre as características deste tipo de Estado, ver também MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, (2.ª Reimpressão) Almedina, Coimbra, 2009, p. 47 e ss.

³⁷ Tal como é qualificado designadamente por JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de interesse económico geral*, op. cit., p. 35 e ss. e p. 86 e ss.

Classicamente, as falhas de mercado eram supridas através da intervenção direta do Estado enquanto produtor. A saúde, as telecomunicações, o setor elétrico são exemplos paradigmáticos.

Conforme refere a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)³⁸, está em causa uma mudança de paradigma no que respeita ao modelo de intervenção do Estado na sociedade e na economia.

Podemos, assim, identificar três formas principais de ação do Estado sobre a economia: redistribuição dos rendimentos, estabilização macroeconómica e regulação dos mercados. De facto, dada a ineficiência do Estado prestador, é inevitável a emergência de um Estado regulador que se caracteriza, no essencial, pelos seguintes princípios³⁹:

- a) Separação das funções de financiamento e de prestação;
- b) Regulação dirigida e sustentada, distanciada do poder político;
- c) Eficiência na utilização dos recursos (funções de produção e de afetação);
- d) Introdução de regras próprias do mercado concorrencial;
- e) Autonomia das unidades de gestão;
- f) Responsabilização a todos os níveis da hierarquia organizacional;
- g) Aplicação das regras da gestão privada ao sector público;
- h) Introdução de estímulos à produção e à produtividade;
- i) Promoção da accountability.

A implementação do Estado Regulador na maioria dos membros da união ficou, em grande medida, a dever-se a uma intensa produção legislativa em matéria reguladora.

³⁸ *Regulatory Policies in OECD Countries. From Interventionism, to Regulatory Governance, Organisation for Economic Cooperation and Development*, Paris, 2002.

³⁹ De acordo com NUNES, R., BRANDÃO, C. REGO G., *Public accountability and sunshine healthcare regulation. Health Care Analysis*, 19, 2011.

3. A atividade empresarial, enquanto intervenção económica do Estado

Conforme referem SOUSA FRANCO e GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS⁴⁰:
“A intervenção económica do Estado é todo o comportamento do Estado (ou de outras entidades públicas equiparáveis) cuja função e finalidade consiste na modificação concreta do comportamento de outros agentes ou sujeitos ou das condições concretas da actividade económica. Não se limita à ordenação abstrata de regras ou instituições jurídicas que orientam, enquadram ou condicionam o desenvolver da actividade económica (ordenação económica). Nem se traduz nos comportamentos em que o próprio Estado (ou entidade) equiparada desenvolve uma actividade económica própria, dispondo de bens raros susceptíveis de aplicações alternativas para satisfazer necessidades (próprias do aparelho estadual ou da sociedade) que lhe cumpre satisfazer (actividade financeira).

A intervenção económica do Estado e, bem assim, a sua intensidade tem que ser analisada à luz do conceito de bem-estar social, discutindo-se se esta intervenção pública direta⁴¹ assenta na ideia de excecionalidade com base no conceito de subsidiariedade (que envolve a excecionalidade e supletividade da intervenção direta do Estado) ou, pelo contrário, concorrente da iniciativa privada.

Neste momento será importante verificar, ainda que com a necessária brevidade, o que nos diz a Constituição da República Portuguesa (CRP) acerca desta matéria, sendo que uma parte da doutrina entende que existe um reconhecimento implícito no texto fundamental do princípio da subsidiariedade⁴².

Ora, com a revisão constitucional de 1987 ficou expressamente previsto o princípio da subsidiariedade (cfr. artigos 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 6) ao nível das relações com outras entidades públicas em matéria organizativa e funcional, referindo-se no n.º 6 do artigo 7.º o objetivo da realização da coesão económica, social e territorial.

⁴⁰ A *Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 129.

⁴¹ A intervenção direta, sendo aquela em que o Estado se assume como agente económico, distingue-se da intervenção indireta no âmbito da qual o Estado apenas condiciona, motiva ou enquadra/regulamenta o comportamento dos agentes económicos privados. Há quem vislumbre ainda formas de intervenção atípicas, como por exemplo as PPP's.

⁴² Neste sentido NUNO CUNHA RODRIGUES, *Golden-shares” – As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 17.

Podendo eventualmente discutir-se a presença constitucional do princípio da subsidiariedade no contexto económico, a verdade é que o sistema de economia de mercado e o contexto europeu e comunitário em que Portugal se insere assim o impõem.

Apesar do modelo económico atual estar assente numa economia de mercado em que a satisfação das necessidades e interesses coletivos económicos estão entregues à iniciativa privada, a intervenção direta do Estado na economia pode justificar-se quando a iniciativa privada seja insuficiente para aquele efeito.

Sem prejuízo, tal intervenção tem de ter o interesse público como fundamento, ainda que o Estado utilize formas de direito privado, aliado à imperatividade de satisfazer uma necessidade coletiva fundamental a qual, de outra forma, não seria assegurada.

E são diversas as formas através das quais o Estado pode intervir na economia, sendo uma delas o designado “setor empresarial do Estado”.

As formas de organização empresarial do Estado encontram-se balizadas pela CRP e, bem assim, pela legislação específica que regulamenta em cada momento o SEE. Do ponto de vista constitucional parece existir o designado “princípio da neutralidade” no que se refere às formas de organização do SEE⁴³.

Nas palavras de PEDRO GONÇALVES⁴⁴: *A empresarialização não se confunde com a privatização no domínio da execução das tarefas públicas. Naquele fenómeno, há, podemos dizer, uma mera “privatização cultural” ou “managerial”, que se quer introduzir no modo de funcionamento da máquina administrativa.*

Todavia, uma leitura mais atenta conduz-nos a duas conclusões importantes: por um lado, a de que a empresarialização induz a privatização e, por outro, a de que a privatização pode constituir um meio de concretização do processo de empresarialização.

A discussão não passa por saber se a empresa pública pode assumir a forma de sociedade comercial, máxime, anónima, mas sim sobre se este tipo de sociedade instrumento jurídico privado, pode continuar a ser empresa pública, ou se pelo contrário o Estado no âmbito da organização do seu setor empresarial quando escolhe utilizar uma

⁴³ Ao contrário do que entende PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 234, que defende a existência de uma preferência constitucional por formas jurídico-privadas de organização do SEE.

⁴⁴ *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, op. cit., p. 335.

entidade desta natureza não deve comportar-se como qualquer outro agente económico privado.

A verdade é que continua por demonstrar que as formas jurídico-privadas sejam, teoricamente, mais adequadas à prossecução do princípio da eficiência do setor público, sendo por outro lado um facto que o direito comercial é o direito típico ou comum regulador da atuação empresarial. Mas voltaremos a esta questão adiante em especial quando abordarmos a escolha da forma jurídica.

Capítulo III - Noção de Sociedade (As sociedades comerciais)

1. Enquadramento

O comércio existe desde a idade antiga, pois povos como os fenícios, já praticavam esta atividade embora não existisse qualquer conjunto de regras ou princípios a regular o respetivo exercício⁴⁵, inexistindo por conseguinte o direito comercial. Porém na idade média o exercício desta atividade generalizou-se e tornou-se determinante na vida dos povos, o que leva a concluir que poderão vir daí as raízes do direito comercial, ainda sem intervenção do Estado, mas sim de grupos profissionais de comerciantes/corporações, baseados nos seus próprios usos e costumes⁴⁶.

O Estado aparece a disciplinar as relações jurídico-comerciais, já no século XIX, com a aprovação dos primeiros códigos civis e comerciais, por exemplo em França⁴⁷, nesta medida e conforme refere FRANCESCO GALGANO⁴⁸: “*O direito comercial experimenta uma dupla transformação: o que foi direito de classe transforma-se em direito do Estado; o que foi direito universal, converte-se em direito nacional.*”

O direito comercial deixa de ter caráter subjetivo, pois deixa de ser aplicável em função do sujeito mas sim em função do ato de comércio que é praticado. Todavia a teoria objetiva dos atos de comércio que ainda hoje consta do nosso Código Comercial⁴⁹ é insuficiente pois não abrange realidades como a prestação de serviços, o que levou a países como a Itália a adotarem a teoria da empresa, o direito comercial não se limita a regular apenas as relações jurídicas em que ocorra a prática de um determinado ato definido em lei como ato de comércio (mercancia). A teoria da empresa faz com que o direito comercial não se ocupe apenas com alguns atos, mas com uma forma específica de exercer uma atividade económica: a forma empresarial.

De acordo com a teoria da empresa, o Direito Comercial tem seu campo de abrangência ampliado, incorporando atividades até então excluídas pela teoria dos atos de comércio.

⁴⁵ A título de exemplo registre-se que o Código de Hamurabi de 2000 a.c. contém normas a disciplinar a atividade mercantil, sem que se possa considerar que se trata de direito comercial, enquanto ramo de direito autónomo.

⁴⁶ Ver a este propósito FRANCESCO GALGANO, *História do Direito Comercial*, tradução de João Espírito Santo, Lisboa: Editores, 1990, p. 40.

⁴⁷ Designada por codificação napoleónica.

⁴⁸ FRANCESCO GALGANO, *História do Direito Comercial*, op. cit., p. 56.

⁴⁹ Veja-se o artigo 1.º (Objeto da lei comercial): “*A lei comercial rege os actos de comércio sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervém.*”

Ao contrário da teoria francesa deixou de se dividir as atividades económicas em dois grandes grupos, civil e comercial. A teoria da empresa prevê de forma ampla as atividades económicas, excluindo apenas atividades específicas, que são, as atividades intelectuais, de natureza literária, artística ou científica.

A Teoria da Empresa nasceu em 1942, na Itália, alargando a incidência do Direito Comercial.

2. Noção e traços essenciais

Embora no CSC, diploma que contém o regime jurídico das sociedades comerciais, não exista uma noção de sociedade comercial, refere-se no artigo 1.º, n.º 2, quando é que uma sociedade é comercial: *“São sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade em nome colectivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções.”*

O transcrito preceito do CSC aponta dois critérios para definir o que é uma sociedade comercial, o substancial, a prática de atos de comércio, e o formal, ou seja a adoção de um dos tipos de sociedade legalmente previstos, mas, reafirma-se, não oferece a respetiva definição.

Tradicionalmente e partindo do esquema do artigo 980.º do Código Civil, aplica-se o Código Comercial (CCom) primeiramente às sociedades comerciais, ou seja, às sociedades com objeto e tipo comercial, que o artigo 13.º do CCom, que sobrevigora, considera uma espécie de comerciantes.

Mantém-se, de igual modo, o princípio da aplicação do regime das sociedades comerciais às sociedades civis de tipo comercial. Estas sociedades continuam, pois, a não ser consideradas comerciantes para os efeitos do artigo 13.º do CCom. Realmente, com ele se arredariam as dificuldades que frequentemente despontam da qualificação do objeto de uma sociedade como civil ou comercial⁵⁰; o que aconteceria é que, pela simples

⁵⁰ O artigo 230.º do CCom, embora não dê uma definição de empresa, apresenta uma enumeração de diversas empresas que se consideram comerciais.

opção pela forma comercial, a sociedade ficaria automaticamente submetida à disciplina do tipo adotado.

A partir dos elementos dados pela referida norma é possível, pois, alcançar uma definição de empresa comercial enquanto realidade jurídica, mas também económica.

Para ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA⁵¹, empresa é “... *uma organização de pessoas e bens que tem por objeto o exercício de uma atividade económica em economia de mercado.*”.

Então onde deve procurar-se a noção genérica de sociedade, da qual a sociedade comercial é uma espécie? O artigo 980.º do CC, cuja aplicação subsidiária é indicada pelo artigo 2.º⁵² do CSC, define o contrato de sociedade⁵³ como “(...) *aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens e serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade.*”, donde parece resultar uma natureza contratual da sociedade, leitura que não será correta em todos os casos, nomeadamente no caso das sociedades unipessoais e, como iremos ver adiante, no caso das sociedades comerciais instituídas pelo Estado através de diploma legal. Nesta conformidade, parece, pois, mais adequado, considerar a sociedade como ato jurídico, tal como entende COUTINHO DE ABREU⁵⁴.

Temos assim os seguintes elementos⁵⁵ presentes na definição: i) a associação ou agrupamento de pessoas; ii) o fundo patrimonial; iii) o objeto; iv) o fim.

O elemento pessoal é visível no artigo 7.º do CSC, ou seja, a sociedade deve ser constituída por dois ou mais sócios⁵⁶, exceto quando a lei permita que a sociedade seja constituída por uma só pessoa. No que toca às sociedades anónimas estabelece o n.º 2 do artigo 273.º do CSC que as mesmas se podem constituir apenas com dois sócios em vez dos exigíveis cinco.

⁵¹ *In Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, Coimbra, Coimbra Editora, 6.ª Ed., 2011, p. 29.

⁵² Sob a epígrafe de “Direito subsidiário”, estabelece que na falta de norma do CSC aplicável aos casos análogos, se aplicam as normas do CC sobre o contrato de sociedade no que não seja contrário nem aos princípios gerais da presente lei nem aos princípios informadores do tipo adotado.

⁵³ E não sociedade como bem referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª Ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, p. 285.

⁵⁴ *In Curso de Direito Comercial*, Vol. II (Das sociedades), 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 4.

⁵⁵ Para ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, estes correspondem aos elementos organizacional, pessoal, patrimonial e teleológico, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, op. cit., p. 30.

⁵⁶ Ver também artigo 488.º do CSC.

O elemento patrimonial traduz a ideia de que toda a unidade empresarial terá afeta à sua atividade um determinado acervo de bens, que habitualmente corresponde ao estabelecimento comercial⁵⁷.

A sociedade supõe a existência de um fundo patrimonial próprio (artigos 980.º, 983.º, n.º 1 do CC e artigo 20.º, alínea a) do CSC), constituído, pelo menos, pelos direitos correspondentes às obrigações de “contribuir com bens e serviços” às quais os sócios se vincularam.

Quanto ao objeto (elemento finalístico), o mesmo é evidente no pressuposto de que o substrato patrimonial é utilizado pelos sócios para desenvolver uma determinada atividade que, no caso das sociedades comerciais, é uma atividade económica, que não seja de mera fruição.

As sociedades têm por objeto o exercício de atividades económicas, i.e., atividades de produção de qualquer setor da economia de bens ou serviços que impliquem o uso e a troca de bens.

A atividade económica objeto da sociedade pressupõe uma série de atos, excluindo as sociedades com vista à realização de um só ato ou de atos isolados (sociedades ocasionais) de que é exemplo (clássico) a compra por um grupo de pessoas de um bilhete de lotaria. A atividade económica tem de ser certa, i.e., determinada (artigo 980.º do CC e 11.º, n.º 2 do CSC).

Existe o entendimento⁵⁸ de que o que qualifica a atividade económica desenvolvida pela empresa é uma gestão com autonomia financeira segundo princípios de economicidade de modo a permitir a convivência com outros agentes económicos em ambiente de economia de mercado.

No que concerne ao fim (elemento teleológico), o artigo 980.º do CC aponta como fim social a obtenção de lucro com a consequente repartição do mesmo pelos sócios e, se bem que o lucro não tenha apenas um significado, existindo diversas modalidades ou espécies de lucro, a verdade é que a doutrina⁵⁹ aponta para um ganho que se traduz num incremento do património da sociedade destinando-se a posterior repartição pelos sócios.

⁵⁷ Sobre o conceito de estabelecimento comercial: ORLANDO CARVALHO, *Critério e estrutura do Estabelecimento Comercial - O problema da empresa como objecto de negócios*, Atlântida editora, 1967.

⁵⁸ Neste sentido, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 33 e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade, As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996, (reimpressão 1999), p. 305.

⁵⁹ Ver a este propósito J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 29.

Desde logo, o intuito lucrativo vai depois permitir distinguir a figura da sociedade de outras, nomeadamente as associações e as cooperativas, matéria de que aqui não nos ocuparemos.

No entanto, este aspeto pela sua importância no seio das sociedades que são detidas pelo Estado, merece uma reflexão um pouco mais demorada.

É usual a referência a duas perspetivas do lucro. Uma, ampla, em que é considerado lucro “a vantagem económica proporcionada pela atividade social” (incluindo assim, p.e., a vantagem resultante da utilização de um bem ou de uma redução de despesas) e outra, restrita, segundo a qual o lucro é a vantagem económica que se forma na titularidade da sociedade.

Nesta última, para além do lucro objetivo (criado diretamente na esfera jurídica da sociedade), inclui-se o lucro subjetivo (destinado à repartição pelos sócios). Tradicionalmente tem sido entendido que a referência ao lucro no artigo 980.º do CC é feita em sentido restrito e sem prescindir do lucro subjetivo⁶⁰. Encontramos igualmente no CSC referências ao fim lucrativo, não só na parte geral⁶¹, como também no que toca às sociedades por quotas no artigo 217.º e quanto às sociedades anónimas no artigo 294.º, normas que disciplinam o direito aos lucros do exercício.

A essencialidade deste elemento (que integra o conceito civilista de sociedade) para o conceito genérico de sociedade, designadamente para o efeito de o exigir para as sociedades comerciais, tem sido alvo de divergências doutrinárias.

Apesar de alguns autores sustentarem que o lucro é restrito às sociedades civis, a doutrina maioritária continua a exigir que as sociedades comerciais se proponham obter lucros para atribuição aos sócios, atentos os indícios que existem no CSC que apontam nesse sentido.

COUTINHO DE ABREU⁶² quando refere que algumas «sociedades de simples administração de bens» e sociedades de capitais públicos cujo ato constituinte (decreto-lei) tem estabelecido, explícita ou implicitamente, a exclusão deste fim, conclui que finalidade lucrativa é regra com exceções. É a propósito destes casos que o autor fala de

⁶⁰ A referência ao lucro subjetivo foi introduzida no Código de Seabra, mantendo-se até hoje. Para maiores desenvolvimentos, ver PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 81.

⁶¹ Designadamente no artigo 21.º n.º 1, alínea a), no artigo 22.º e no artigo 31.º.

⁶² “Artigo 1.º”, in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), Vol. I, Coimbra, IDET/Almedina, 2010, p. 35.

“neutralidade” da “forma” sociedade (a sociedade como instrumento para fins lucrativos e fins não lucrativos)”, mas advertindo que não se deve generalizar.

Claro que o lucro que se vem referindo é o lucro em abstrato, dado que a sociedade pode visar a prossecução do lucro e o mesmo, num ou mais exercícios, pode não existir concretamente, pois pode acontecer que em vez de lucros a sociedade registe prejuízos. Embora a sujeição a perdas não esteja expressamente prevista no artigo 980.º do CC, a mesma resulta de outras normas, quer do artigo 994.º do CC, quer do artigo 22.º, n.º 3 do CSC, normas que consagram a proibição do pacto leonino⁶³. Ou seja, podemos dizer que os sócios das sociedades comerciais têm direito ao lucro em abstrato (artigo 21.º, n.º 1, a) do CSC), têm o direito de participar nos lucros apurados pela sociedade, se estes, além de serem distribuíveis, forem, efetivamente, distribuídos.

Em nossa opinião, dúvidas não existem de que o escopo lucrativo é um elemento essencial do conceito genérico de sociedade, contudo este fim não está presente em todas as sociedades. Esta questão coloca-se com grande acuidade nas empresas públicas constituídas sob a forma de sociedades comerciais.

No entanto, ainda que o elemento lucro possa estar afastado daquela que é a noção de empresa pública, os restantes elementos terão de verificar-se.

A verdade é que, no que se refere às empresas públicas, conforme refere NUNO CUNHA RODRIGUES⁶⁴ “*Não é legítimo o exercício da iniciativa económica pública que vise a mera obtenção de lucro, sem qualquer fundamento na prossecução do interesse público.*”, sendo ainda de salientar a este propósito que o direito comunitário entende que a participação do Estado em sociedades comerciais deve, também, visar fins lucrativos, até porque de outra forma estaríamos perante um auxílio público, o que é claramente vedado nos termos da legislação comunitária.

Constituídas maioritariamente por diploma legal, as sociedades comerciais de capitais públicos, por via do referido ato constitutivo, derrogam não raras vezes, a noção genérica de sociedade, designadamente ao nível do afastamento explícito do escopo lucrativo.

⁶³ Nenhum sócio pode ser isento do risco de não recuperar o valor das entradas (e de outras prestações) efetuadas à sociedade, quer no momento em que a sociedade se extinga, quer quando o sócio deixe a sociedade.

⁶⁴ In “*Golden Shares*” – *As empresas participadas e os privilégios do estado enquanto acionista minoritário*, op. cit., p. 24.

COUTINHO DE ABREU⁶⁵ refere que o legislador tem feito uso desta possibilidade, salientando os casos, por exemplo, das sociedades “Centro Cultural de Belém, Sociedade de Gestão e Investimento Imobiliário – SGII, SA”, Lisboa 94 – sociedade Promotora da de Lisboa Capital Europeia da Cultura, SA” e Porto 2001, SA, entre outras.

No caso das empresas participadas pelo Estado é mais difícil assegurar a exceção tendo em conta que, existindo acionistas privados, estes condicionam de forma relevante o fim lucrativo da sociedade.

Por outro lado, importa dar conta que algumas empresas que integram o setor empresarial do Estado podem ter “ab initio” atividades financeiramente deficitárias – artigos 48.º e 55.º do RJSPE – contudo, em tais casos as subvenções ou indemnizações compensatórias atribuídas com o objetivo compensar a empresa pela prestação do serviço público, deverão assegurar um “lucro razoável”⁶⁶, assim está previsto, designadamente no Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, que estabelece o regime jurídico aplicável à atribuição de subvenções públicas. A questão é que, não raras vezes, não se cumpre o que se encontra estabelecido neste diploma legal e no apuramento do que é devido a cada empresa pela prestação do serviço público não é levado em consideração o estabelecido na lei, nomeadamente o custo efetivo do serviço público⁶⁷ e o tal “lucro razoável”, sobrepondo-se a estes a disponibilidade existente no orçamento do Estado de cada ano⁶⁸.

Em suma, enquanto que nas sociedades privadas o objetivo é a maximização do lucro e a criação de valor para o seu acionista, nas empresas públicas o objetivo centra-se, em

⁶⁵ *In Sociedade Anónima, A Sedutora (Hospitais, S.A., Portugal, S.A.)*, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Miscelâneas n.º 1, Almedina, 2003, p.13

⁶⁶ De acordo com a alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, corresponde à remuneração do capital investido na atividade de prestação de serviço de interesse geral, líquido das contribuições do Estado, se as houver, que leve em consideração o grau de risco inerente à prestação pela empresa do serviço de interesse geral.

⁶⁷ Vide Banco Mundial, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit*, 2014, p. 2, disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/pt/228331468169750340/Corporate-governance-of-state-owned-enterprises-a-toolkit>: “...but few governments calculated the true cost of meeting public service obligations and transferred the necessary resources to SOE’s.”

⁶⁸ Veja-se o caso da CP – Comboios de Portugal, EPE que presta serviço público de transporte de passageiros em horários e destinos/rotas não comerciais e que desde 2015 não recebe indemnizações compensatórias (cfr. R&C da empresa disponíveis em www.cp.pt).

grande parte das vezes, na criação de *public value*⁶⁹, ou como também refere a OCDE⁷⁰ na maximização de valor para a sociedade.

⁶⁹ Assim MARK MOORE, *Public Value as The Focus of Strategy*, in Australian Journal of Public Administration, Vol. 53, n.º 3, September 1994, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8500.1994.tb01467.x>.

⁷⁰ Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OCDE, 2015, disponível em <http://www.oecd.org/corporate/guidelines-corporate-governance-soes.htm>.

Capítulo IV - Noção e regime jurídico da Empresa Pública

1. Breve percurso histórico

Como já vimos o modelo europeu de economia de mercado e o Estado social que imperou no início do século XX conduziu à adoção de políticas económicas baseadas nas ideias regulação/monopólio/intervenção direta do Estado na economia. Desde a década de oitenta até aos nossos dias a mudança do contexto sócio-económico e também político derivados da entrada na União Europeia e pela internacionalização dos mercados aconselharam, podendo dizer que impuseram mesmo, políticas económicas de sinal contrário, ou seja, o abandono da intervenção direta do Estado na economia, através da privatização (nas suas diversas formas) e da liberalização.

Existem casos em que as privatizações foram forçadas pela existência de um quadro comunitário restritivo em matéria de auxílios públicos ou monopólios.

O que acontece é que a estas alterações de contexto económico se seguem, habitualmente, reformas legislativas que visam adequar o quadro legal aos fins que se pretendem alcançar, nada tendo que ver com lógicas empresariais, e que utilizam as empresas públicas como instrumentos de políticas, sejam elas intervencionistas ou liberalistas. Foi, aliás, o que aconteceu com a mais recente intervenção legislativa em 2013, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, que aprovou o regime jurídico do setor público empresarial (RJSPE) levada a cabo com Portugal no período de intervenção da designada “troika”.

Anteriormente, ao nível nacional, podemos identificar dois regimes, o primeiro aprovado pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril, que aprovou a lei de bases das empresas públicas, e o outro o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, que estabeleceu o regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas.

O primeiro regime geral nacional regulador das empresas públicas surgiu na sequência do 25 de abril de 1974, e concretizou-se com a aprovação do Decreto-Lei n.º 260/76, que constitui, assim, o primeiro corpo jurídico comum de normas de direito público com uma definição legal de “empresa pública” e normas enquadradoras da criação e atividade destas empresas.

Posteriormente, o referido Decreto-Lei n.º 558/99, em obediência à lei de autorização legislativa ao abrigo do qual foi aprovado⁷¹, procedeu à redefinição do conceito de empresa pública, aproximando-o daquele que era o conceito do direito comunitário, opção que implicou um significativo aumento do universo das empresas abrangidas.

No entanto, a revisão do conceito não levou à exclusão total das formas especiais de organização, como eram as empresas públicas reguladas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, as quais continuaram a manter-se enquanto entidades empresariais de natureza pública integradas num capítulo específico e que passaram a designar-se de “entidades públicas empresariais”⁷² (EPE’s).

Uma das grandes novidades do Decreto-Lei n.º 558/99 foi a consagração do direito privado como o direito aplicável, por excelência, a toda a atividade empresarial, fosse ela pública ou privada.

Assim, a configuração do Setor Empresarial do Estado (SEE), definida pelo Decreto-Lei n.º 558/99, alargou substancialmente o conceito tradicional de empresa pública, abrangendo, para além das sociedades comerciais e das empresas públicas tradicionais, todas as outras entidades públicas a que tenha sido atribuída natureza empresarial. Desta forma, o número de empresas do SEE atingiu uma dimensão significativa, cobrindo diversos sectores de atividade, assinalando uma considerável dispersão e um elevado grau de volatilidade.

Outra das razões para o aumento da dimensão do número de empresas públicas, durante este período, foi a criação de novas empresas ou a aquisição de participações no capital de outras, por parte das próprias empresas públicas⁷³, por sua iniciativa, e sem previamente obterem a necessária autorização ou sequer orientação ou indicação no sentido de o fazerem, designadamente por parte do seu acionista ou da respetiva tutela.

Pelo tanto, não obstante as reprivatizações e outras alienações de partes de capital, que tiveram lugar no período que se seguiu à aprovação deste diploma, a constituição de novas empresas públicas, na grande maior parte das vezes e conforme já se referiu pelas próprias empresas públicas⁷⁴, explica, em parte, o elevado número de empresas existentes no final

⁷¹ Lei n.º 47/99, de 16 de junho.

⁷² Cfr. n.º 1 do artigo 23.º.

⁷³ Não obstante quer o artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 558/99, quer o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, tenham procurado disciplinar esta situação.

⁷⁴ Apesar do artigo 37.º (*Constituição de sociedades e aquisição ou alienação de partes de capital*) do Decreto-Lei n.º 558/99, estabelecer que: “(...) a participação do Estado ou de outras entidades públicas

de 2001. Para esta situação também contribuiu a morosidade dos processos de liquidação de empresas. Também em dezembro de 2002⁷⁵, com a transformação de hospitais da rede pública em sociedades anónimas, o setor empresarial registou um alargamento. Contudo, poucos anos depois, em 2005, através do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro, tais empresas foram transformadas em entidades públicas empresariais, voltando a assumir a natureza de direito público.

Mais recentemente, e tal como referido supra, no âmbito do Programa de Assistência Económico-Financeira a que Portugal esteve sujeito, foi aprovado o mencionado Decreto-Lei n.º 133/2013, que aprovou o RJSPE, o qual de acordo com o artigo 1.º visa estabelecer os “(...) *princípios e regras aplicável ao setor público empresarial, incluindo as bases gerais das empresas públicas.*”⁷⁶

Da leitura do respetivo preâmbulo retira-se a necessidade de implementar um sistema que contribua ativamente para a contenção da despesa e para o equilíbrio das contas públicas traduzindo as preocupações existentes à data, conforme afirmam FERREIRA, EDUARDO PAZ/A. PERESTRELO DE OLIVEIRA /M. SOUSA FERRO⁷⁷: “*Tal é bem demonstrativo de que as empresas públicas passaram a ser exclusivamente vistas como potencial fonte de despesas mais do que como oportunidade para o melhor desenvolvimento das tarefas públicas.*”.

Este designio retira-se igualmente do n.º 2 do artigo 1.º do diploma que menciona a necessidade de promover a melhoria do desempenho da atividade pública empresarial, bem como do conteúdo de outras normas em matéria de controlo, que abordaremos adiante.

estaduais, bem como das empresas públicas, na constituição de sociedades e na aquisição ou alienação de partes de capital está sujeita a autorização do Ministro das Finanças e do ministro responsável pelo sector (...)” a verdade é que se duvida que isso tenha acontecido em todos os casos.

⁷⁵ Na sequência da Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, que aprovou o novo regime jurídico da gestão hospitalar e procedeu à primeira alteração à Lei de Bases da Saúde, a qual veio estabelecer que os hospitais públicos passariam a poder revestir a natureza de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos ou de estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial, o XV Governo Constitucional procedeu à transformação de 36 estabelecimentos hospitalares em 31 sociedades anónimas, de forma a realçar a autonomia de gestão do Serviço Nacional de Saúde.

⁷⁶ De salientar que o “Setor público empresarial” passou a abranger, para além do setor empresarial do Estado, também o setor empresarial local.

⁷⁷ *O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013*, RDS, 2013, p. 483.

2. Considerações Gerais

Atualmente, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 133/2013, o designado setor público empresarial envolve, se atendermos à titularidade do capital (social ou estatutário), o setor empresarial do Estado propriamente dito e o setor empresarial local.

Importa dar conta que o regime não se encontra formalmente completo atento o facto de alguns aspetos carecerem de regulamentação⁷⁸ a qual, volvidos que estão praticamente cinco anos, ainda não foi aprovada.

Na perspetiva do tipo de entidades que integram o setor público empresarial podemos distinguir dois tipos de entidades: i) as que têm personalidade jurídica de direito público e ii) as que são pessoas coletivas de direito privado, podendo dar origem a um setor empresarial público, por um lado sob a forma pública e, por outro, sob forma privada.

Vamos naturalmente centrar o nosso trabalho ao designado setor público empresarial privado, o qual na grande maioria dos casos integra sociedades comerciais detidas integralmente pelo Estado ou por este e outras entidades públicas – sociedade de capitais públicos, ou em grande minoria sociedades cujo capital social é partilhado pelo Estado (ou outras entidades públicas) e por entidades privadas – sociedades de capitais mistos, controladas ou simplesmente participadas.

Como já aflorámos antes, do ponto de vista constitucional há autores que entendem que existe uma preferência por formas jurídicas privadas de organização do SEE, sobretudo na lógica de que a fuga para o direito privado possibilita formas de atuação tradicionalmente vistas como mais eficientes.

Não obstante a determinação normativa do quadro geral da intervenção económica do Estado caber à esfera do poder legislativo, ou seja, à Assembleia da República, a forma jurídica em concreto a adotar é uma decisão administrativa do Governo. Mas será que este segue critérios?

Voltaremos adiante a este tema.

⁷⁸ Designadamente nas matérias relativas aos parâmetros através dos quais se afere a viabilidade económico-financeira das empresas a constituir (cfr. n.º 3 do artigo 10.º do RJSPE).

3. Conceito (s) de Empresa Pública

3.1. Conceito Comunitário

Apesar de não existir um direito das sociedades elaborado como tal, normas mínimas impostas pela legislação europeia são aplicáveis às empresas em toda a União Europeia (UE). Dois importantes instrumentos legislativos adotados pelo Conselho em 2001 permitiram a criação de uma verdadeira “Sociedade Europeia”⁷⁹.

No entanto, os Estados-Membros continuam a aplicar legislações diferentes relativas às sociedades, alteradas pontual e periodicamente a fim de respeitar as diretivas e os regulamentos da UE.

Dado que o mercado único implica a formação de sociedades de dimensão europeia, as sociedades devem poder operar em todo o território da UE de acordo com um quadro jurídico uniforme, o que conduzirá à anulação dos efeitos da existência de diferentes ordenamentos jurídicos nacionais.

Os Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG)⁸⁰ são considerados o fundamento do modelo europeu de sociedade⁸¹, dado que realizam tarefas essenciais para a vida dos cidadãos, seja através de privatizações, concessões, parcerias público-privadas ou empresarialização de serviços da Administração Pública, têm por finalidade ultrapassar a inércia do mercado na prestação de determinado tipo de atividade/serviço por o mesmo não ser economicamente viável⁸².

Nem o Tratado da União Europeia (TUE) nem o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) contêm qualquer definição do que se entende por empresa

⁷⁹ Os principais objetivos da harmonização do direito das sociedades são promover a realização da liberdade de estabelecimento (Título IV, capítulo 2 do TFUE) e aplicar o direito fundamental consagrado no artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a liberdade de empresa, dentro dos limites do artigo 17.º da Carta (direito de propriedade). O objetivo das regras da UE neste domínio é permitir a criação de empresas em qualquer parte da UE (livre circulação), assegurar a proteção dos acionistas e de outras partes com um interesse especial nas sociedades, tornar as empresas mais eficientes e competitivas e incentivar as sociedades que atuam em diferentes países da UE a cooperarem através das fronteiras.

⁸⁰ Da noção de SIEG estão excluídas as funções de soberania do Estado e as atividades no domínio social, pelo que apenas os serviços de natureza económica estão sujeitos às regras da concorrência.

⁸¹ Veja-se a este propósito, entre outros, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse económico geral*, op. cit.

⁸² Também o RJSPE tem em consideração os SIEG no respectivo artigo 55.º (Princípios orientadores da prestação de serviço público ou de interesse económico geral). Curiosamente, este artigo é o único do capítulo III intitulado “Empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral”.

pública, sendo, no entanto, de ter como ponto de partida o artigo 106.^{o83}, n.º 1, deste último.

Temos, por outro lado, a Diretiva 2006/111/CE da Comissão, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas.

Este diploma tem na sua base o artigo 86.º do Tratado CE, e insere-se no âmbito das regras de concorrência aplicáveis às empresas. No entanto, não estamos perante uma novidade absoluta, visto que esta diretiva vem principalmente codificar a matéria já tratada na Diretiva 80/723/CEE da Comissão, que sofreu várias alterações, tornando assim recomendável uma clarificação e sistematização da matéria através de um diploma novo e atualizado.

As empresas públicas, as empresas que gozam de direitos especiais ou exclusivos, ou mesmo empresas encarregadas de gestão de SIEG ou com a natureza de monopólio fiscal, colocam problemas acrescidos de transparência nas suas relações com o Estado, fazendo surgir a necessidade de estabelecer mecanismos de controlo, que podem ir desde deveres acrescidos de informação, à elaboração de contas distintas relativamente a atividades noutras áreas, passando pelas exigências quanto à atribuição de recursos públicos. Em causa está o imperativo comunitário de manutenção da concorrência em todos os sectores económicos, decorrente da necessária não discriminação em função da nacionalidade exigida pelo artigo 12.º, pilar incontornável da construção do mercado comum.

Assim, esta diretiva define «Empresa pública», como qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinam.

Neste âmbito, presume-se a existência de influência dominante quando os poderes públicos, direta ou indiretamente, relativamente à empresa:

- i) Tenham a maioria do capital subscrito da empresa;
 - ii) Disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa,
- ou

⁸³ Antigo artigo 86.º, que estabelece: “1- No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedem direitos especiais ou exclusivos os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive.”.

iii) Possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da empresa;

Como veremos, é evidente a influência exercida pelo direito comunitário no conceito de empresa pública nacional, sendo ainda verificada segundo alguns autores pelo recurso preferencial à constituição de sociedades sob a forma comercial, a qual se seguida pelas empresas públicas, assegurará um melhor cumprimento das regras comunitárias em matéria de concorrência.

3.2. Conceito utilizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)

Em todos os países do mundo o Estado é um importante proprietário de empresas e bens comerciais. Apesar dos movimentos de privatizações que se têm feito sentir nas últimas décadas as empresas públicas ainda constituem um importante segmento da economia: *“The state is still in business. Despite predictions of their demise in the aftermath of the collapse of socialist economies in Eastern Europe, state-owned enterprises (SOEs) are very much alive in the global economy.”*⁸⁴

A forma como são geridos estes ativos tem um grande impacto no valor que estas empresas representam e, portanto, nas finanças públicas de um país, maior ainda se pensarmos que uma grande parte das empresas públicas operam em setores como os transportes, energia, etc. ou seja as “public utilities”. Um melhor desempenho destas empresas é um fator positivo para o crescimento económico e a competitividade. Além disso, como já referimos, as empresas detidas pelo Estado, são muitas vezes as fornecedoras de serviços essenciais como água, eletricidade e transportes, de que as empresas privadas e todos os cidadãos dependem para a sua competitividade e bem-estar.

No seu relatório de 2015⁸⁵, a OCDE, apresenta a seguinte definição de empresa pública (SOE - State Owned Enterprise⁸⁶): *“...any corporate entity recognised by national law as an enterprise, and in which the state exercises ownership, would be considered a SOE.*

⁸⁴ CURTIS J. MILHAUPT & MARIANA PARGENDLER, *Governance Challenges of Listed State Owned Enterprises around the World: National Experiences and a Framework for Reform*, Working Paper N° 352/2017, abril 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2942193.

⁸⁵ *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, op. cit.

⁸⁶ Também designadas por “government corporations”, “government business enterprises”, “government-linked companies”, “parastatals”, “public enterprises”, “public sector units” ou “enterprises”.

This includes joint stock companies, limited liability companies and partnerships limited by shares. Moreover statutory corporations, with their legal personality established through specific legislation, should be considered as SOEs if their purpose and activities, are of a largely economic nature.”

De acordo com o referido documento “ownership and control” ocorrerá sempre que o Estado tenha controlo, ou porque tem a maioria dos votos ou por qualquer outra via.

Temos assim o critério da legalidade, ou seja se perante a lei a entidade em causa é reconhecida como empresa e se o Estado detém participação e controlo nessa entidade, a organização em causa é considerada como empresa pública. Ainda que estejamos perante uma “minority ownership” o conceito de empresa pública pode abranger essa entidade se existir qualquer indício de controlo.

Como veremos, este conceito está em linha com o que o RJSPE estabelece nos seus artigos 5.º (Empresas públicas) e 9.º (Influência dominante).

3.3. Conceito utilizado pelo Banco Mundial

Para o Banco Mundial⁸⁷ o aumento da complexidade que reveste a participação do Estado na economia veio fazer com que deixasse de poder ser utilizada uma definição única e relativamente fechada, no entanto considera que, em teoria, existem três critérios que caracterizam uma empresa pública:

“i) control by the state; ii) legal and financial autonomy from the state (characterized by a legal personality, specific rules of operation defined under a legal regime and budget autonomy; and iii) participation in the productive sector.”

⁸⁷ Adotado, entre outros, nos seguintes documentos do Banco Mundial: Governance Reforms of State-Owned Enterprises (SOEs), 2015, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22749/Final0report.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pág. 12 e *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit*, 2014, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/20390/9781464802225.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

3.4. Conceito na ordem jurídica nacional - Evolução

Não podemos olvidar que a sociedade anónima é um instrumento do capitalismo, criada para captar poupanças e recursos para investimentos em troca de participação nos lucros.

Já demos conta que o RJSPE admite, no artigo 35.º, n.º 1, a constituição de sociedades sob a forma comercial por diploma legal ao invés de ser de acordo com a lei comercial. COUTINHO DE ABREU⁸⁸, refere a este propósito que as sociedades comerciais anónimas unipessoais constituídas pelo Estado só podem ser constituídas por diploma legal.

Tal como abordámos, o primeiro diploma que aprovou um regime para as empresas públicas em Portugal foi o Decreto-Lei n.º 260/76, que aprovou a lei de bases das empresas públicas. Deste diploma, ficavam de fora as empresas organizadas sob a forma de sociedades, de acordo com a lei comercial, associando capitais públicos e privados, bem como as sociedades de capitais exclusivamente públicos, associando o Estado e outras entidades públicas.

Em resultado do contexto político vigente⁸⁹ no momento da sua aprovação, no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 260/76, as empresas públicas eram definidas como: “...as empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, para a exploração de actividades de natureza económica ou social, de acordo com o planeamento económico nacional, tendo em vista a construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e de uma economia socialista.”.

Estabelecia, ainda o n.º 2 da norma em causa que as empresas nacionalizadas estavam igualmente incluídas no conceito.

As empresas públicas abrangidas pelo diploma em apreço gozavam de personalidade jurídica e eram dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.

De acordo com o preâmbulo deste diploma, a sua atividade era regida pelo direito privado e exercida segundo os processos e técnicas de gestão próprias das empresas privadas, sendo os respetivos resultados objeto de tributação, tal como os destas, enquanto

⁸⁸ *As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*, in Boletim de Ciências Económicas, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Volume LVII, Tomo I, Coimbra, 2014, p. 51.

⁸⁹ Fazia-se referência no preâmbulo à existência de regimes semelhantes nas empresas do Estado em países socialistas da Europa Oriental e às *Public Corporations* inglesas.

o estatuto do seu pessoal era, em princípio, o mesmo do das empresas privadas. Mas, por outro lado, existia entre estas empresas públicas e o Estado uma ligação orgânica que se manifestava no facto de ser o Governo que designava e exonerava os titulares do seu órgão de administração e orientava a sua atividade de acordo com o planeamento económico nacional, tal como era ele que as criava e decidia da sua extinção.

Por sua vez, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, consideravam-se empresas públicas “...as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:

a) *Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;*

b) *Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.”*

De acordo com o n.º 2 do artigo 3.º do mencionado diploma, as entidades públicas empresariais eram, também, empresas públicas.

As soluções que se consagravam no citado Decreto-Lei n.º 558/99, foram ditadas pela preocupação de criar um regime muito flexível, suscetível de poder abranger as diversas entidades que integravam o sector empresarial do Estado e que deixaram de estar submetidas à disciplina do Decreto-Lei n.º 260/76, passando a atuar de harmonia com as regras normais do direito societário.

Essa é, aliás, a linha essencial daquele diploma, que consagrava, reafirme-se, o direito privado como o direito aplicável por excelência a toda a atividade empresarial, seja ela pública ou privada.

Por outro lado, de forma a afastar qualquer problema ao nível da incompatibilidade do direito nacional com o direito comunitário, em especial em matéria de concorrência, igualdade e transparência, o conceito de empresa vai de encontro àquele que resulta das Diretivas 80/723/CEE, de 29 de julho, 93/84/CEE, de 30 de setembro, cuja referência fizemos no ponto 3.1.

4. Constituição de empresas públicas

Conforme abordado supra, a CRP não veda a criação pelo Governo de uma empresa pública através de decreto-lei, dado o duplo estatuto constitucional do Governo e a ausência de uma correspondência entre as formas e o conteúdo dos atos jurídicos situados fora das matérias de reserva de lei⁹⁰.

Do ponto de vista da situação jurídico institucional, o SEE pode ser abordado em três perspetivas:

- a perspetiva da entidade pública titular do capital social da empresa pública;
- a perspetiva da forma jurídica que a empresa reveste;
- a perspetiva que resulta da relação entre as duas perspetivas.

No que se refere à entidade pública titular do capital, existe uma grande heterogeneidade uma vez que todas as pessoas coletivas públicas gozam de capacidade jurídica de direito privado e, em princípio, desde que respeitado o princípio da especialidade dos fins, nada obsta que sejam constituídas ou adquiridas participações sociais em sociedades comerciais (salvaguardando que nos últimos anos a tendência foi de reduzir a aquisição ou constituição de novas sociedades e que, aparentemente, as regras estarão mais exigentes quanto à autorização para a respetiva constituição em virtude, quer das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, que conforme já se referiu aprovou o novo RJSPE, quer também às regras constantes da Lei Quadro dos Institutos Públicos).

Atualmente, e como vimos, no caso do Estado, a intervenção na economia faz-se em grande medida pela criação ex-novo de sociedades e não pela aquisição de participações de capital social em empresas, o que se prende com várias razões nomeadamente dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade implícitos constitucionalmente⁹¹.

Acrescem as limitações existentes quanto à intervenção direta e indireta do Estado na economia, do ponto de vista comunitário, em especial as decorrentes do princípio da concorrência.

⁹⁰ Para mais desenvolvimentos nesta matéria ver PAULO OTERO, *Da criação de sociedades comerciais por decreto-lei*, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof.º Doutor Raúl Ventura*, Edição da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora, 2003, p. 114-118.

⁹¹ Conforme abordado no ponto 3. supra.

De resto, todas as pessoas coletivas públicas⁹² podem⁹³ assumir iniciativas empresariais, quer através da criação de novas empresas, quer participando no capital de empresas já constituídas, salvaguardado o cumprimento das normas relativas a esta matéria constantes das Leis-Quadro aplicáveis⁹⁴, do RJSPE e do Regime Jurídico da atividade empresarial local e das participações locais⁹⁵ dos estatutos e, eventualmente, das leis orgânicas respetivas.

Em primeira linha e no que ao Estado diz respeito é a lei que é simultaneamente condição, fundamento e limite à sua liberdade de iniciativa, vigorando, assim, o princípio da legalidade.

Sem prejuízo, a escolha da forma jurídica da intervenção sob a forma empresarial deve assentar nos fins prosseguidos e nos meios necessários para o efeito.

Importa reter que os recursos financeiros, aplicados na realização do capital das empresas, cuja subscrição cabe ao Estado, têm origem, na sua quase totalidade, em verbas do Orçamento do Estado dado que a utilização de verbas do Fundo de Regularização da Dívida Pública⁹⁶, que serviu em muitos casos para realizar capital em empresas constituídas pelo Estado, deixou de ser possível por insuficiência de verbas.

Não é novidade o facto de que a uma parte significativa das empresas constituídas pelo Estado foi dado, por objeto social, atividades sem possibilidades de gerarem os proveitos necessários para a cobertura dos seus custos e, por consequência, sem perspetivas de rentabilidade do investimento⁹⁷, não só porque algumas prestam serviços essenciais mas,

⁹² Incluindo Regiões Autónomas e Autarquias Locais.

⁹³ Desde que o façam no respeito do princípio da especialidade das suas atribuições que decorre do princípio da legalidade.

⁹⁴ Por exemplo a Lei Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, na sua atual redação, dispõe no seu artigo 13.º, n.º 1, que: *“Os institutos públicos não podem criar entes de direito privado ou participar na sua criação nem adquirir participações em tais entidades, excepto quando esteja previsto na lei ou nos estatutos e se mostrar imprescindível para a prossecução das respectivas atribuições, casos em que é necessária a autorização prévia dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela, anualmente renovada.”*

⁹⁵ Aprovado pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 53/2014, de 25 de agosto, n.º 69/2015, de 16 de julho, n.º 7-A/2016, de 30 de março, n.º 42/2016, de 28 de dezembro e n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

⁹⁶ Criado pelos Decretos n.º 43453 e n.º 43454, de 30 de dezembro de 1960, e posteriormente revisto pelo Decreto-Lei n.º 453/88, de 13 de dezembro, este Fundo devia amortizar a dívida pública, sempre que isso fosse possível e conveniente, mas também, e principalmente, regularizar a dívida através de oportunas intervenções no mercado e de outras operações que lhe fossem confiadas.

⁹⁷ Vimos que a obtenção do lucro é um elemento essencial do conceito de sociedade comercial.

também, porque a decisão quanto à respetiva constituição não era⁹⁸, habitualmente, precedida de um estudo que evidencie todas as opções viáveis, no sentido de que a decisão, por envolver dinheiros públicos, tenha que ser prévia e prudentemente preparada e planeada, por forma a atingir de forma económica, eficiente e eficaz os objetivos politicamente fixados.

A necessidade de existir um estudo prévio à constituição de empresas públicas foi, por várias vezes, expressamente reconhecida em diversas análises⁹⁹ e pareceres efetuados, designadamente pelo Tribunal de Contas (TdC) e também no Livro Branco do SEE. Esta é identificada como uma das razões pelas quais o SEE é um conjunto complexo, caracterizado pela diversidade, sendo imperativo que o Estado a tome a decisão sobre os sectores em que deve manter-se como empresário, salvaguardando, porém, o respeito pelo interesse público e por critérios de racionalidade económico-financeira.

Assim, ao olharmos para as participações sociais que compõem o universo do Estado verificamos que além das participações de maior dimensão, existe ainda um conjunto de bastante numeroso de participações minoritárias em empresas, algumas de dimensão reduzida e a exercer atividades em setores muito diversificados e nos quais o Estado não tem qualquer interesse. Tais participações têm origem, em grande parte dos casos, em operações de regularização de dívidas¹⁰⁰.

As empresas públicas enquanto instrumento que o Estado utiliza para prosseguir os seus fins (ideológicos ou económicos)¹⁰¹, muitas vezes foram sendo também usadas como

⁹⁸ Como veremos adiante esta situação sofreu uma alteração com a aprovação do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 13 de outubro, que passou a prever a necessidade de existir um estudo de viabilidade económico-financeira que suporte a decisão de constituição da empresa pelo Estado.

⁹⁹ Ver para maiores desenvolvimentos o *Livro Branco do Setor Empresarial do Estado*, redigido pelo Grupo de Trabalho Interministerial para a Análise e Avaliação da Situação e das Perspetivas de Evolução do Setor Empresarial do Estado, Ministério das Finanças, 1998.

¹⁰⁰ Operações de dação em pagamento, doações, bens declarados perdidos a favor do Estado, etc., que continuam a ser possíveis no âmbito do atual enquadramento legal, veja-se, por exemplo, o n.º 2 do artigo 11.º do RJSPE.

¹⁰¹ Em Portugal existem numerosos indícios de que sempre imperaram as razões ideológicas. A título de exemplo veja-se os processos de anulação das subconcessões, da Companhia Carris de Ferro de Lisboa, SA (CARRIS, SA) e Metropolitano de Lisboa, EPE (ML, EPE), bem como das empresas de transportes do Porto levados a cabo pelo XXI Governo quando, em finais de 2015, em concreto a 26 de novembro de 2015, tomaram posse. Na sequência da Resolução da Assembleia da República n.º 146/2015, de 11 de dezembro de 2015, que recomendou ao Governo que procedesse à adoção das medidas necessárias com vista à urgente anulação do processo de subconcessão do serviço público de transporte coletivo. Nesta medida, e não obstante já ter decorrido o concurso público internacional que culminou com a adjudicação das subconcessões a determinadas empresas privadas, por deliberação dos conselhos de administração das CARRIS, SA, ML, EPE, Metro do Porto, SA e Sociedade de Transportes Coletivos do Porto (STCP, SA), em março de 2016, vieram anular administrativamente os atos de adjudicação dos concursos públicos. Tal atuação motivou a interposição de ações judiciais por parte das referidas empresas com pedidos de indemnização. No caso da CARRIS, SA realce-se a alínea c) do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 86-D/2016,

forma de desorçamentação, dado que as mesmas, até há pouco tempo, não integravam o Orçamento do Estado.

Efetivamente, o facto de o Estado ter utilizado, de forma dir-se-ia algo negligente, as empresas públicas como forma de atingir determinados objetivos sem que a inexistência de recursos públicos fosse um entrave, levou a que estas acumulassem um volume de dívida significativa. A propósito desta questão entendia VITOR BENTO¹⁰², que a exclusão das entidades integradas no SEE da Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) se devia ao facto de existir relativamente às mesmas “(...) *uma expectativa razoável de auto-suficiência financeira (...) A legitimidade desta exclusão só se verifica quando haja todas as razões para crer que as referidas entidades são verdadeiramente auto-suficientes e não constituem um encargo, atual ou prospetivo, para os contribuintes. Mas se houver entidades ainda que constituídas sob a forma empresarial, que não conseguem, sistematicamente autofinanciar-se e que não têm perspetivas razoáveis de inverter tal situação, a sua existência fica “pendurada” nos contribuintes, já que será o Estado, em última instância o responsável pelo pagamento das dívidas contraídas e acumuladas.*”.

Isto era naturalmente verdade, mas a responsabilidade desta situação não é unicamente das empresas públicas, conforme já aforámos na verdade é o próprio Estado que as utiliza para a prossecução dos seus objetivos (grande parte das vezes políticos), não as dotando dos meios financeiros necessários à concretização das tarefas que lhes determina. Na verdade, muitas das vezes o Estado encarrega as suas empresas da prestação de serviço público sem que anualmente lhe assegure o montante destinado a compensá-las pelo correspondente custo¹⁰³, ou então encarrega-as de realizar determinado investimento sem que a empresa tenha meios próprios para o respetivo financiamento, tendo a mesma de

de 30 de dezembro, através da qual o Estado assumiu todas as responsabilidades financeiras decorrentes da decisão de anulação. No caso dos STCP, SA, através do Decreto-Lei n.º 38/2016, de 19 de dezembro, foram alterados os respetivos estatutos, passando a prever-se que a atividade de transporte público rodoviário de passageiros na área urbana do Grande Porto, a ser exercida pela STCP, S A, não pode ser transmitida ou subconcessionada a outras entidades que não sejam de direito público ou de capitais exclusivamente públicos.

¹⁰² *A desorçamentação das despesas públicas*, in Revista do Tribunal de Contas, n.º 34, julho-dezembro 2000, p. 25 e ss. Sobre esta matéria e para mais desenvolvimentos pode ver-se também AMÁVEL RAPOSO, *O controlo de dinheiros públicos numa administração em mudança*, in Revista do Tribunal de Contas n.º 40, julho-dezembro 2003, p. 59 e ss.

¹⁰³ Neste mesmo sentido aponta o Relatório de Auditoria n.º 1/04 - 2.ª seção – Setor Empresarial do Estado – Situação financeira e práticas de bom governo, janeiro 2004, p. 7, disponível em <file:///C:/Users/Maria%20Lurdes%20Castro/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/3GH1OBFN/rel001-2004-2s.pdf>.

recorrer a capital alheio, o que constitui os factores principais para a sua não auto-suficiência.

Todavia, esta situação alterou-se com as regras estatísticas que ditaram a integração no perímetro de grande parte das empresas públicas, que passaram a designar-se de entidades públicas reclassificadas (EPR's)¹⁰⁴, assunto a que voltaremos adiante, cabendo, no entanto e desde já, questionar se a solução é colocar as empresas públicas, incluindo as que revestem a forma de sociedades comerciais, sujeitas à LEO, ou, em alternativa ponderar a sua transformação em serviços do próprio Estado?

No concreto, a constituição de empresas públicas, de acordo com o previsto no artigo 10.º do RJSPE, efetua-se nos termos e condições aplicáveis à constituição de sociedades comerciais¹⁰⁵. Elemento importante é a referência a que a constituição depende de autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do setor de atividade correspondente à empresa que se pretende constituir. Para o efeito prevê-se que a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial (UTAM)¹⁰⁶ emita um parecer prévio, não vinculativo, com base em estudos técnicos que visam aferir a viabilidade económica e financeira da entidade a constituir e “(...) *identificam os ganhos de qualidade e eficiência resultantes da exploração da atividade em moldes empresariais.*”. Parece-nos o mínimo tendo em conta todas as recomendações nesse sentido e as experiências que conhecemos.

5. Composição do SEE e exercício da função acionista

Nos últimos anos, em grande parte durante o período em que esteve sujeito ao programa de ajustamento económico-financeiro, o Estado, para além de privatizar as empresas que ainda detinha, publicizou as empresas públicas que decidiu manter, o que

¹⁰⁴ A Direção-Geral do Orçamento apresenta a seguinte definição destas entidades: “*Entidade que, na sua génese jurídica, constitui uma entidade do setor público empresarial mas que, por força da Lei de Enquadramento Orçamental e dos critérios definidos no SEC - Sistema Europeu de Contas Nacionais -, é objeto de reclassificação para o âmbito das administrações públicas, sendo as suas contas relevantes para efeitos de apuramento dos agregados das contas públicas. A listagem das EPR é divulgada pelo INE no contexto do Sistema de Contas Nacionais/Procedimento dos Défices Excessivos.*”, cfr. glossário da *Síntese da Execução Orçamental a 26 de junho de 2018*, disponível em <https://www.dgo.pt/execucaoorcamental/Paginas/Sintese-da-Execucao-Orcamental-Mensal.aspx?Ano=2018&Mes=Julho>.

¹⁰⁵ Como já vimos habitualmente é por diploma legal.

¹⁰⁶ Criada pelo artigo 68.º do RJSPE.

parece constituir um ataque ao setor empresarial do Estado, talvez por reconhecimento de que afinal não é a mais adequada.

Importa relembrar que já no mencionado Livro Branco do Sector Empresarial do Estado¹⁰⁷ se reconhecia que para além da diversidade e da quantidade, outra característica do universo do SEE é a ordem dispersa que a presença do Estado revela, tanto a nível da entidade detentora como da forma jurídica utilizada, e do modo como é exercido o acompanhamento, a tutela ou a função acionista – com graus de intervenção que vão da quase ingerência, do tipo administrativo-hierárquico, à quase indiferença.

A carteira de participações sociais do Estado encontra-se dispersa pelas suas diferentes Administrações – Central Direta, Fundos e Serviços Autónomos (Institutos Públicos) e Local – pelo que não é de estranhar que o exercício da função acionista, também ele, se encontre disperso, sem que exista uma entidade centralizadora, que promova o acompanhamento uniforme e sistemático destas entidades¹⁰⁸.

Atualmente, as participações detidas pelo Estado encontram-se ao nível da sua gestão dispersas pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças (DGTF), pela PARPÚBLICA, Participações Públicas, SGPS, SA, sociedade gestora de participações sociais, constituída pelo Decreto-Lei n.º 209/2000, de 2 de setembro¹⁰⁹, e que é uma espécie de sucessora do IPE - Investimentos e Participações do Estado, S.A.¹¹⁰, existindo igualmente algumas participações detidas diretamente por Institutos Públicos, por exemplo pelo IAPMEI - Agência para a Competitividade e Inovação, IP¹¹¹ e pelo Instituto do Turismo, IP¹¹².

No conjunto de empresas detidas pelo Estado¹¹³ destacam-se, pela sua quantidade, as que revestem a natureza de entidades públicas empresariais, em resultado de todos os

¹⁰⁷ Ministério das Finanças, op. cit.

¹⁰⁸ Trata-se de uma situação que ocorre na grande parte dos países, sendo apontada como um dos desafios da governação nas EP's, neste sentido *vide*, a título de exemplo, o documento do Banco Mundial: Corporate Governance of State Owned Enterprises: A Toolkit, op. cit., p. 12-16.

¹⁰⁹ Este diploma reestruturou a PARTEST, Participações do Estado (SGPS), SA, que passou a designar-se de PARPÚBLICA, Participações Públicas, (SGPS) SA, a qual tem por finalidade a gestão integrada, sob forma empresarial, da carteira de participações públicas e, através das empresas participadas de objeto especializado, a gestão de património imobiliário.

¹¹⁰ Criada pelo Decreto-Lei 330/82, de 18 de agosto.

¹¹¹ Por exemplo a Portugal Capital Ventures – Sociedade de Capital de Risco, SA e a SPGM – Sociedade de Investimento, SA.

¹¹² Também na Portugal Capital Ventures – Sociedade de Capital de Risco, SA e na Turismo Fundos – Sociedade Gestora de Fundos de Investimento Imobiliário, SA.

¹¹³ Conforme listagem disponível em

http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Documents/Carteiras_participacoes_Estado/31_12_2017/carteir_a_global_31_12_2017.pdf.

Hospitais revestirem essa natureza. Em número menor aparecem as que revestem a forma de sociedade anónima. Nos últimos anos identificamos ainda as EPR's que tanto podem ter a natureza de EPE's como de SA's, matéria que voltaremos a abordar mais adiante.

Nesta conformidade, atualmente o Estado detém participações diretas em sociedades comerciais e em entidades públicas empresariais que se dividem em carteira principal e carteira acessória. De acordo com o *site* da DGTF a carteira principal integra as participações com relevância estratégica para o Estado ou para a prossecução do interesse público¹¹⁴.

A carteira acessória¹¹⁵ integra as participações diretas do Estado de reduzida utilidade para a prossecução do interesse público e, em geral, de fraca expressão económica, as quais chegam à posse do Estado pelas seguintes vias:

- Liquidação da participação diretamente detida pelo Estado;
- Extinção do organismo público que a detinha;
- Dação em pagamento de dívidas fiscais;
- Conversão de créditos em capital;
- Declaração a favor do Estado por abandono ou ausência de herdeiros.

A definição do conteúdo da função acionista nem sempre é clara e nem sempre esteve definida na lei, na verdade nem o Decreto-Lei n.º 260/76, nem o Decreto-Lei n.º 558/99¹¹⁶, tinham o conceito definido. No entanto o artigo 37.º, n.º 1 do RJSPE define função acionista como: “(...) o exercício dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas (...).

No que diz respeito ao exercício da função acionista, nas empresas reguladas pelo já mencionado Decreto-Lei n.º 260/76, a intervenção do Estado era bastante ampla (mais do que a que se prevê que os acionistas das SA's exerçam) abrangendo a gestão, a obtenção

¹¹⁴ Disponível em

http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Documentos/Carteiras_participacoes_Estado/31_12_2017/carteira_principal_31_12_2017.pdf.

¹¹⁵ Disponível em

http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Documentos/Carteiras_participacoes_Estado/31_12_2017/carteira_acessoria_31_12_2017.pdf.

¹¹⁶ O Decreto-Lei n.º 558/99, apesar de ter o artigo 10.º epigrafiado de “Função acionista” não apresentava a respetiva definição, apenas identificava a entidade que exercia essa função.

de informação e o respetivo controlo, o que está de acordo com a natureza de direito público que as mesmas revestiam.

Posteriormente, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, como passaram a existir dois tipos de empresas públicas, as que transitaram do Decreto-Lei n.º 260/76, que passaram a designar-se de “EPE’s” e as sociedades comerciais, era ainda possível identificar algumas diferenças ao nível do exercício da função acionista.

Atualmente, nos termos previstos no artigo 37.º do RJSPE, a intervenção ocorre através do exercício da função acionista¹¹⁷ exercida pelo membro do governo responsável pela área das finanças em articulação¹¹⁸ com o membro do governo responsável pelo setor de atividade onde a empresa se insere¹¹⁹.

Nas SA’s é na assembleia geral que o Estado exerce os seus poderes¹²⁰, contudo, nos casos em que o Estado é o único acionista, o exercício da função acionista aproxima-se muito da função tutelar, não só do ponto de vista procedimental como, também, ao nível do conteúdo e intensidade do controlo. Existem mesmo empresas nas quais se estabelece que, enquanto o Estado for acionista único, fica dispensada a realização de assembleias gerais da sociedade, sendo suficiente que as deliberações sociais respetivas sejam registadas em ata assinada pelo representante daquele acionista, como é o caso da RTP¹²¹.

¹¹⁷ O RJSPE adotou esta formulação independentemente da natureza jurídica da empresa, ou seja no diploma estão abrangidas quer as EPE’s (pessoas coletivas de direito público, as quais são representadas por capital estatutário), quer as sociedades comerciais (pessoas coletivas de direito privado com capital social), no entanto, fala-se indistintamente de função acionista. Tal opção encontra-se evidenciada e justificada no preâmbulo do diploma: “*Procede-se à clarificação do conceito, do conteúdo e das regras aplicáveis ao exercício da função acionista, importando desde já esclarecer que a adoção desta terminologia teve em vista congregar, sob a utilização de uma expressão já amplamente disseminada, o exercício dos poderes e deveres inerentes à titularidade de participações representativas do capital social ou estatutário, detidas por entidades públicas em organizações empresariais abrangidas pela aplicação do presente decreto-lei.*”. Embora não nos revejamos nesta opção do legislador, adotámos a mesma no sentido de não distinguir no presente texto as duas situações que são tratadas de igual forma pelo legislador.

¹¹⁸ Não esclarece o legislador em que consiste esta articulação, o que conduz a que, na prática, nada tenha mudado face ao anterior procedimento, assim, apesar de o titular da função acionista ser o membro do Governo responsável pela área das finanças, é emitido um despacho conjunto, sendo essa a forma adotada para concretização da articulação.

¹¹⁹ De acordo com o artigo 37.º do RJSPE.

¹²⁰ Vide n.º 2 do artigo 38.º do RJSPE.

¹²¹ Cfr. artigo 8.º da Lei n.º 8/2007, de 14 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 8/2011, de 11 de abril e n.º 39/2014, de 9 de julho, que procedeu à reestruturação da concessionária de serviço público de rádio e televisão e aprovou os respetivos estatutos.

Nas EPE's, o exercício da função acionista, dado que não existe assembleia geral, é concretizado por resolução do conselho de ministros ou através da emissão de um despacho pelos membros do Governo competentes¹²².

6. O Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro (RJSPE)

6.1. As condicionantes da aprovação do RJSPE – A Troika

Durante décadas não houve qualquer pressão para conter o investimento e aumentar a eficácia, com a ideia de que o Estado tem obrigação de resolver todos os problemas das suas empresas, o que se verificou não ser compatível com os recursos disponíveis.

Em Portugal, a reorganização do setor empresarial público, foi assumida como um dos compromissos a cumprir pelo Estado Português como contrapartida da ajuda financeira concedida¹²³ e que deu origem à elaboração do “*Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*” (doravante Memorando da Troika), assinado em 17 de maio de 2011, pelo Ministro de Estado e das Finanças, pelo Governador do Banco de Portugal e pela chamada “Troika” (composta pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional), e envolvendo, ainda, os três maiores partidos políticos.

Tal compromisso encontra-se, ainda, vertido no “*Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*”, assinado na mesma data, e que enquadra o acordo estabelecido com o Fundo Monetário Internacional.

Como é do conhecimento público os dois documentos (doravante Memorandos) definem, em síntese, “os pressupostos” de que depende a concessão de assistência financeira a Portugal.

No que diz respeito ao setor empresarial público, os Memorandos contêm as seguintes linhas de atuação:

o § 3.26 do Memorando da Troika refere a elaboração de um plano para reforçar a governação no SEE, de acordo com as melhores práticas internacionais, o qual deverá

¹²² Vide n.º 2 do artigo 38.º do RJSPE.

¹²³ Ao abrigo do Regulamento do Conselho n.º 407/2010, de 11 de maio, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (European Financial Stabilisation Mechanism).

incluir uma avaliação da função acionista e dotar o Ministério das Finanças de um papel decisivo quanto a questões de ordem financeira no SEE. Iremos ver adiante se esta determinação ficou vertida no Decreto-Lei n.º 133/2013 e, em caso afirmativo, de que forma. Recorde-se, desde já, que no preâmbulo do citado diploma se refere: *“Finalmente, destaca-se que o presente decreto-lei permite dar cumprimento às obrigações decorrentes do Memorando de Entendimento celebrado no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira entre o Estado Português, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, do qual decorrem exigências em matéria de bom governo das empresas públicas e de reforço dos poderes e deveres inerentes ao exercício da função acionista, numa base de aplicação tendencialmente transversal, com vista a implementar um maior controlo financeiro, sobre o sector público empresarial.”*, o que é bastante ilustrativo das razões que estiveram na génese do mesmo.

Há uma referência expressa ao reforço dos poderes públicos, mediante a implementação de mecanismos que conduzam a um maior controlo e transparência da atividade prosseguida pelas entidades que o compõem (v.g. os § 3.22 a 3.30 do Memorando da Troika, destacando-se, a título de exemplo, o § 3.29 deste documento, nos termos do qual: *“O Governo submeterá à Assembleia da República uma proposta de lei para regulamentar a criação e o funcionamento de empresas públicas a nível central, local e regional. A lei reforçará os poderes de monitorização da administração central sobre todo o SEE. (...)”* (Sublinhado nosso).

Por outro lado, visa-se o redimensionamento do setor público empresarial, não só mediante a proibição de criação de novas empresas (v.g. o § 3.28 do Memorando da Troika que proíbe que se criem *“(...) quaisquer empresas públicas adicionais ao nível da administração central até que esta avaliação tenha sido concluída”*, esperando-se, ainda, neste contexto, que *“(...) o Governo submet[a] à Assembleia da República uma proposta de Lei a fim de que esta limitação seja igualmente aplicável à administração local (...)”* e promova *“(...) as iniciativas necessárias para que os mesmos objetivos sejam atingidos nas Regiões Autónomas”*), como também através da intensificação de uma política de privatizações.

Em relação a este último aspeto, os dois Memorandos previam, de resto, que até 2013 os processos de privatizações abrangessem os setores dos transportes (ANA - Aeroportos de Portugal, SA, TAP, SA e a CP Carga, SA), da energia (GALP, SA, EDP, SA e REN,

SA), das comunicações (CTT - Correios de Portugal, SA), e dos seguros (Caixa Seguros, SA), assim como uma série de outras empresas de menor dimensão.

Por sua vez o “Memorando de Políticas Económicas e Financeiras”, estabelece no § 16 que: *“O papel central do MFAP na governação financeira do SEE será melhorado de modo a diminuir os custos de exploração e a racionalizar o sector.”*

6.2. Novidades

Com o enquadramento que relatámos, o RJSPE traz algumas novidades, mas não temos a opinião que o mesmo tenha trazido grandes inovações, a não ser em matéria de controlo, o que será objeto de análise em ponto autónomo.

Uma das alterações mais relevantes do novo RJSPE é o alargamento do âmbito setorial de aplicação deste regime jurídico, que introduz o conceito de setor público empresarial, o qual integra o setor empresarial do Estado, assim como o setor empresarial local, matéria que não é abordado na presente dissertação.

No que se refere ao âmbito subjetivo de aplicação do regime, apesar do que vem afirmado no preâmbulo do diploma, que invoca “um efetivo alargamento do âmbito subjetivo de aplicação” entendemos que não há aqui grande novidade face ao Decreto-Lei n.º 558/99, que já abrangia as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais pudessem exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, uma influência dominante (veja o artigo 3.º do mencionado diploma).

O que na verdade, em nosso entender, ocorreu foi a densificação do conceito de influência dominante, conceito que serve de base à delimitação do âmbito subjetivo deste regime legal (artigo 9.º). Assim, neste âmbito, destaca-se a alínea d) do n.º 1 da citada norma que é de facto uma novidade ao considerar que existe influência dominante quando: *“Disponham de participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada.”*¹²⁴.

¹²⁴ Provavelmente o legislador teria em mente os acordos parassociais.

No que toca ao âmbito subjetivo de aplicação destaca-se a exceção feita (apenas no preâmbulo do diploma), para as participações detidas pelo Estado no capital social de instituições de crédito, ao abrigo da aplicação de medidas de reforço de solidez financeira nos termos da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro.

Destaca-se, igualmente, o facto de relativamente às entidades públicas empresariais da área da saúde, o RJSPE apenas se aplicar subsidiariamente¹²⁵, tal como previsto no artigo 70.º (Disposições finais e transitórias) do referido RJSPE.

Nos termos do RJSPE, as empresas públicas são definidas do seguinte modo: *“Consideram-se empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:*

- a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;*
- b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.*

2 - São também empresas públicas as entidades com natureza empresarial reguladas no capítulo III.”

Conforme já referimos supra revemos neste conceito as influências comunitárias e da própria OCDE.

Outra das novidades foi a inclusão de uma seção no capítulo II (artigos 40.º a 54.º), dedicado às práticas de bom governo¹²⁶ e a criação da UTAM (artigos 68.º e 69.º), entidade administrativa com autonomia administrativa mas que depende do ministro das finanças, com a missão de prestar apoio técnico (adequado) de modo a contribuir para a qualidade da gestão aplicada no setor público empresarial *“(…) na ótica da monitorização de boas práticas de governação e tendo em vista o equilíbrio económico e financeiro do setor (...)*”.

¹²⁵ A justificação prende-se com a existência de um diploma específico para este tipo de entidade, à data o Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro e atualmente o Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de fevereiro.

¹²⁶ O que implicou a revogação da RCM n.º 49/2007, de 28 de março, que aprovou os princípios de bom governo das empresas do sector empresarial do Estado.

6.3. As formas que revestem as empresas públicas

De acordo com o artigo 5.º do RJSPE podemos concluir que existem 2 tipos de empresas públicas, as “*organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante, nos termos do presente decreto-lei*” e as entidades públicas empresariais¹²⁷. Não existe aqui qualquer novidade face ao regime jurídico anterior pois também no Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro¹²⁸, eram admitidos estes dois tipos de empresas públicas.

O artigo 13.º “Formas jurídicas das empresas públicas”, complementa o citado artigo 5.º, explicitando que as empresas públicas assumem as referidas duas formas jurídicas.

Esta dupla vertente que as empresas públicas podem assumir sempre foi criticada por alguns autores, entre os quais destacamos MARCELO REBELO DE SOUSA¹²⁹, que entende que fica prejudica a clarificação e simplificação do setor empresarial do Estado.

6.3.1. Sociedades comerciais

Quanto às empresas públicas que são pessoas coletivas de direito privado (sociedades comerciais que constituem o foco do nosso trabalho), as mesmas resultam de uma privatização formal¹³⁰ pois, embora sob a égide do direito privado, desenvolvem atividades administrativas. Na verdade, alguns autores¹³¹ atribuem-lhes a designação de entidades administrativas privadas uma vez que se encontram numa situação de domínio ou influência dominante de uma pessoa coletiva pública, apesar de terem como direito regulador o direito privado. Assim, a respetiva atividade consubstancia um exercício

¹²⁷ Reguladas no capítulo IV do RJSPE.

¹²⁸ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de agosto, e pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de dezembro, e 55-A/2010, de 31 de dezembro.

¹²⁹ *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1999, p. 306.

¹³⁰ Na opinião de PEDRO GONÇALVES, *in op. cit.*, p. 397 e ss: trata-se de valorizar um fator de ordem formal “o fenómeno envolvido consiste, na verdade, na utilização pela Administração de “formas” próprias do direito privado.

¹³¹ PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, *op. cit.*, p. 895 e ss; na mesma esteira que PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, *op. cit.*, p. 229 e ss.

privado de funções públicas considerando que há lugar à transferência da responsabilidade na execução de tarefas públicas¹³².

Parece importante questionar se será correto assumir a expressão “constituídas nos termos da lei comercial” como sinónimo de sociedade comercial, uma vez que é legalmente admissível a constituição de sociedades civis sob a forma comercial (cfr. n.º 1 do artigo 4.º do CSC).

Mas existe ainda outra dúvida que a referida expressão levanta que é a de saber se a mesma pretende identificar os requisitos formais que são necessários para constituir uma sociedade comercial, tendo em consideração que a maioria delas é constituída por diploma legal.

O artigo 14.º do RJSPE dispõe que as mesmas se regem pelo direito privado com as especificidades constantes do referido RJSPE, sendo que em matéria de estrutura de governo os artigos 30.º, 31.º e 32.º apresentam algumas directrizes, que não são propriamente inovadoras. Assim, estabelece o n.º 1 do artigo 30.º que: “*As empresas públicas assumem um modelo de governo societário que assegure a efetiva separação entre as funções de administração executiva e as funções de fiscalização.*”. Esta afirmação não pode deixar de nos causar estranheza considerando que todos os modelos de governo permitidos pelo CSC (cfr. artigo 278.º) cujo n.º 1 do artigo 32.º do RSPE determina a aplicação, asseguram tal separação. O n.º 3 *in fine* do mencionado artigo 32.º parece-nos algo redundante e desprovido de conteúdo útil, pois limita-se a afirmar que a concreta configuração das estruturas de administração e fiscalização consta dos estatutos e é determinada pelo titular da função acionista.

Ainda no que diz respeito ao artigo 30.º do RSPE, cabe aqui apenas uma referência ao n.º 2 do mesmo, o qual irá ser objeto de análise mais adiante, que estabelece que o titular da função acionista se abstém¹³³ de interferir na gestão que é assegurada pelos órgãos de administração¹³⁴.

¹³² PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, op. cit., p.391.

¹³³ Definidas que estejam as orientações previstas no artigo 24.º do RJSPE e aprovados os Planos de Atividades e Orçamentos.

¹³⁴ Em conformidade, aliás, com o que estabelece o artigo 405.º, n.º 1 e 406.º do CSC.

6.3.2. EPE's

No que concerne às EPE's estão são pessoas coletivas de direito público (com natureza empresarial), às quais é dedicado o capítulo IV do RJSPE, não apresentando muitas novidades face ao regime constante do anterior diploma, ou seja, ao Decreto-Lei n.º 558/99. Assim, é reafirmado que estas entidades têm capital estatutário (uno e indivisível) o qual só pode ser detido pelo Estado, mantendo-se a, diríamos, tentativa de aproximação do respetivo regime ao das sociedades anónimas.

A novidade que destacamos é a ausência da norma referente à tutela económica e financeira que não existe no capítulo dedicado a estas entidades pelo RJSPE, matéria que apreciaremos adiante. É que apesar do número de EPE's superar largamente o número de SA's o número de artigos diminuiu face ao Decreto-Lei n.º 558/99¹³⁵.

Diferentemente do que ocorre com as sociedades comerciais, afirma-se que as EPE's são criadas (exclusivamente) por ato legislativo (cfr. artigo 57.º, n.º 1 do RJSPE), sendo que, também neste caso, é exigido o parecer prévio previsto no artigo 10.º do RJSPE.

Ao nível das estruturas de governo não é apresentada qualquer diferença relativamente às empresas públicas que revestem a natureza de sociedade comercial, aplicando-se por conseguinte o disposto nos artigos 30.º, 31.º e 32.º do RJSPE.

Registe-se que no caso das EPE's está em causa uma privatização do direito aplicável à entidade que mantém a personalidade jurídica de direito público, mas fica sujeita à aplicação do direito privado no exercício da atividade administrativa que lhe está confiada.

6.3.3. EPR's

Pese embora este não constitua propriamente um tipo legal pois não encontramos referências às mesmas nem no artigo 5.º, nem no artigo 13.º do RJSPE, entendemos que as mesmas merecem uma autonomização face à relevância da qualificação das empresas públicas (em especial as sociedades comerciais) como EPR, derivada da sua inclusão no

¹³⁵ O legislador do RJSPE optou por, ao longo do diploma e sempre que se justificava evidenciar a diferença, veja-se por exemplo o n.º 2 do artigo 38.º, a propósito de exercício da função acionista, é salientado que nas EPE's a mesma se processa por RCM ou por despacho.

perímetro orçamental do Estado/Administração Pública ditada pelas regras estatísticas e contabilísticas comunitárias.

O Memorando da Troika prevê no parágrafo 3.13 que: “*o perímetro da Administração Pública abrangerá o Estado, Serviços e Fundos Autónomos, a Segurança Social, o SEE e as PP reclassificadas no âmbito das Administrações Públicas e as administrações local e regional.*” (Sublinhado nosso).

Importa dar conta que o Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC)¹³⁶ estabelece uma metodologia para a produção de dados de contas nacionais na União Europeia.

A existência de um manual conceptual, de aplicação obrigatória em todos os Estados-Membros, é fundamental para garantir que os resultados estatísticos são compilados de forma consistente, comparável, fiável e atualizada.

O SEC, ao ter como referencial o Sistema de Contas Nacionais (SCN) das Nações Unidas, permite igualmente a comparabilidade internacional dos resultados estatísticos para além do espaço da União Europeia.

O conceito de mercantilidade é essencial para qualificar as empresas nas quais o Estado tem participação, como EPR ou não.

O apuramento do carácter não mercantil de uma unidade baseia-se na utilização de um critério quantitativo, que corresponde ao rácio entre vendas e custos de produção. A unidade é considerada não mercantil se anualmente as suas vendas não cobrirem pelo menos 50% dos seus custos de produção durante um período prolongado (cfr. § 32 do SEC 95).

Consideram-se vendas, as receitas resultantes do fornecimento de bens ou serviços a preços economicamente significativos, ou seja, a preços que influenciam as quantidades produzidas e consumidas. Excluem-se destas receitas, os pagamentos recebidos das administrações públicas (transferências), a menos que sejam concedidos a outros produtores que realizem a mesma atividade (indenizações compensatórias¹³⁷).

¹³⁶ European System of National and Regional Accounts (ESA 2010), consta do Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na UE.

¹³⁷ Anualmente são concedidas indenizações compensatórias a empresas que prestam serviço público, assim, em 2018, ao abrigo do disposto no artigo 41.º do decreto-lei que aprova as normas de execução orçamental, ou seja, do Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio, o Governo aprovará uma RCM com os

Por sua vez, os custos de produção relevantes correspondem, de uma forma geral, aos custos operacionais, onde se incluem as despesas com pessoal, os consumos intermédios, o consumo de capital fixo e os impostos líquidos de subsídios à produção.

O perímetro de consolidação em Contas Nacionais é definido pelas entidades que pertencem ao perímetro da contabilidade pública, mais as entidades que estando fora desse perímetro não cumpram o teste da receita mercantil. Os critérios para a classificação de uma entidade no sector das administrações públicas são, assim, os seguintes: i) Ser uma entidade institucional; ii) Ser controlada pelas administrações públicas; iii) Ser mercantil. Caso seja mercantil, não pertence ao setor das administrações públicas. Caso seja considerada não mercantil, então pertencerá ao setor das administrações públicas.

A classificação é fundamental para o cálculo do défice e da dívida, uma vez que define o perímetro de consolidação. Ou seja, determina as unidades institucionais que serão objeto de reporte da receita, despesa e saldo nas contas nacionais. Desta forma, as empresas públicas consolidam para o défice e a dívida pública por via destas três regras, mas na prática, em função da terceira regra.

O que significa então a entidade ser ou não mercantil? Por receita mercantil entende-se a receita que está sujeita a um preço economicamente significativo. Um preço diz-se economicamente significativo se tem influência na decisão dos produtores e dos consumidores. Caso não tenha influência (ou esta seja negativa), diz-se que o preço não é economicamente significativo. Estes últimos apenas são cobrados para gerar alguma receita ou para moderar o seu consumo (o que não sucederia se o bem/serviço fosse gratuito). Quando os preços não são economicamente significativos, as receitas não podem ser consideradas como receitas mercantis para efeitos de cálculo do rácio dos 50%. Este facto determinou a alteração da classificação dos Hospitais EPE e de uma série de outras empresas públicas, que passaram a integrar o setor das Administrações Públicas.

Para efeitos do SEC 2010 passou-se a considerar a totalidade dos custos para efeitos do cálculo dos 50% (antes, no âmbito do SEC 95, só se consideravam os custos operacionais). Desta forma, passa a considerar-se, também, o custo financeiro (juros e comissões). Considerando que grande parte das empresas públicas fora do perímetro

montantes atribuídos a este título e as empresas beneficiárias. Tal acontece porque o Estado não contratualiza com as empresas, conforme prevê o Decreto-Lei n.º 167/2007, de 26 de agosto.

estavam bastante endividadas, esta alteração implicou em setembro de 2014, uma passagem para dentro do perímetro de várias destas empresas¹³⁸.

Portanto, nos últimos anos convivemos com empresas públicas, onde se incluem as que revestem a forma de sociedades anónimas, que integram o setor das administrações públicas, designadas *EPR's*¹³⁹, entendidas como: “(...) *as entidades que, independentemente da sua natureza e forma, tenham sido incluídas em cada subsector no âmbito do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais, na última lista das entidades que compõem o setor das administrações públicas divulgada até 30 de junho, pela autoridade estatística nacional.*”. É isto que está previsto no artigo 2.º “Âmbito institucional”, n.º 4, da Lei de Enquadramento Orçamental (LEO)¹⁴⁰, aprovada em anexo à Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro.

A reforma de que a LEO foi alvo visou quatro objetivos principais:

- 1) Implementar definitivamente as normas do Tratado Orçamental e o calendário do Semestre Europeu, bem como as regras do “Six-pack” e do “Two-pack”;
- 2) Implementar uma orçamentação por Programas; bem como
- 3) Simplificar e reduzir a fragmentação do processo orçamental; e
- 4) Aumentar a responsabilidade dos ministérios setoriais, revendo profundamente o papel do Ministério das Finanças e melhorando o relato financeiro e a qualidade da informação orçamental.

A LEO estabelece as disposições gerais e comuns de enquadramento dos orçamentos e contas de todo o sector público administrativo, aplica-se ao Orçamento do Estado, bem como às correspondentes contas e tem por base os atuais artigos 105.º, 106.º e 107.º da

¹³⁸ Como foi o caso da CP – Comboios de Portugal, EPE.

¹³⁹ Relativamente ao Orçamento do Estado para 2018, a lista das *EPR's* encontra-se disponível em <https://www.dgo.pt/execucaoorcamental/Paginas/Sintese-da-Execucao-Orcamental-Mensal.aspx?Ano=2018&Mes=Julho>. De uma breve análise a esta lista podemos concluir que a mesma inclui todas as EPE's e praticamente todas as SA's onde o Estado detém participação acionista, excetuando as empresas públicas Administrações Portuárias, as quais beneficiam de receita mercantil.

¹⁴⁰ A Lei de Enquadramento Orçamental é uma lei de valor reforçado, prevalecendo sobre todas as restantes normas orçamentais, nos termos do artigo 112.º, n.º 3 da CRP. A matéria em causa integra as matérias da reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República, nos termos da alínea r) do artigo 164.º da CRP.

CRP. Conforme refere NAZARÉ COSTA CABRAL¹⁴¹, a LEO sinaliza, com o correr do tempo, a teorização mais recente e o “estado da arte” no domínio do “public budgeting”.

Assim, não obstante o n.º 1 do citado artigo 2.º, estabelecer que a LEO se aplica a entidades dos subsetores da administração central, regional, local e da segurança social que não tenham natureza e forma de empresa, a verdade é que o n.º 5 da norma estabelece que a estas EPR’s se aplica o regime dos serviços e entidades do subsetor da administração central, podendo as mesmas beneficiar de um regime simplificado de controlo da execução orçamental a definir por decreto-lei.

Nas EPR’s as vantagens decorrentes do modelo de organização privado perdem-se. Pode até dizer-se que formalmente são entidades privadas, mas materialmente são entidades administrativas, fugindo-se, assim, ao princípio da coerência entre a forma jurídica escolhida e o direito aplicável.

Não esquecemos que a reclassificação de entidades públicas assumiu importância crucial, no quadro do Programa de Assistência Económico-Financeira (PAEF), já que teve como consequência a inclusão dos défices e excedentes das entidades reclassificadas para o cálculo do défice e da dívida pública global, consolidada, pelo que a situação económica das empresas públicas passou a ser uma preocupação. A questão é que as empresas públicas reclassificadas com a natureza de sociedades comerciais, mantêm todas as obrigações legais decorrentes do regime jurídico do setor público empresarial e das empresas públicas, bem como do CSC, às quais acrescem as obrigações decorrentes da equiparação a serviços e fundos autónomos, por força da LEO. No entanto, existe, não raras vezes, incompatibilidade e mesmo incongruência na tentativa de cumprir em simultâneo todas estas regras.

7. A escolha da forma jurídica

*“Independentemente da forma jurídica utilizada o Estado continuará a ser sempre o Estado”*¹⁴², esta frase ilustre de forma adequada o que vamos referir de seguida.

¹⁴¹ A nova LEO, reflexões breves sobre a sua forma, conteúdo e efeitos, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Faculdade de Direito de Lisboa.

¹⁴² SOFIA TOMÉ D’ALTE, A nova configuração do setor empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos, op. cit. p. 237

Nem o artigo 10.º, nem qualquer outra norma do RJSPE, oferecem ao intérprete guia ou diretrizes a seguir, pelo que não é arriscado afirmar que existe uma ausência de critérios que orientem a escolha jurídico-formal da forma jurídica, quando é tomada a decisão de submeter ao modelo empresarial o exercício de determinada atividade.

Mas até que ponto se deve reconhecer ao Estado prestador a faculdade de optar livremente por qualquer das formas e mecanismos jurídicos, sejam públicos ou privados, tendo em conta os objetivos a atingir?

Vejamos, independentemente da forma jurídica utilizada no exercício da sua atividade, a Administração Pública está vinculada a cumprir os seguintes princípios:

- Prossecução do interesse público (artigo 266.º, n.º 1 da CRP);
- Legalidade (artigo 266.º, n.º 1 da CRP);
- Vinculação aos direitos fundamentais (artigo 266.º, n.º 2 da CRP);
- Vinculação a regras procedimentais e sujeição à jurisdição administrativa;
- Sujeição ao controle do Tribunal de Contas.

Mas então porquê recorrer a formas de direito privado? Será que quando adota estas formas de atuação privada, a Administração Pública consegue aplicar/sujeitar-se àqueles princípios?

Nas últimas décadas, a globalização dos mercados, as transformações digitais e o fim de alguns monopólios levaram a que tivessem que existir ajustamentos e reestruturações dos setores empresariais de cada país. Não obstante, a presença de empresas públicas no comércio internacional cresceu, tal como refere a OCDE, nas já citadas “guide lines”.

Nos países que integram a OCDE as razões/fundamentos que sustentam a criação e manutenção de empresas, por parte do Estado, são as seguintes:

- Ausência de alternativa no setor privado para fornecimento de determinado bem ou serviço público, de forma eficiente;
- Suporte ao funcionamento de monopólios naturais em que a regulação do mercado é considerada inadequada (eletricidade, telecomunicações e infraestruturas ferroviárias);
- Suporte de políticas económicas e estratégicas para o interesse público, tais como necessidade de manter determinados setores nas mãos do Estado (por exemplo petróleo e gás); ou

- Entradas de capital temporárias como forma de evitar a insolvência de empresas consideradas essenciais e destinadas a evitar os riscos sistémicos¹⁴³.

As empresas públicas podem assumir natureza jurídica diferente das restantes empresas ou, adotar uma natureza jurídica idêntica, em função quer de objetivos específicos ou considerações societárias, quer de determinados benefícios ou prerrogativas que se pretende conceder a alguns dos *stakeholders* (não raras vezes as empresas públicas têm regras específicas em matéria de insolvência).

Reafirmamos, pois, que inexistente na nossa legislação qualquer critério orientador quanto à escolha da forma jurídica que, assim, discipline e limite a discricionariedade na escolha do modelo organizativo, tendo em consideração que para prossecução de determinada atividade podem ser utilizados os modelos, de direito privado, previstos no CSC ou as diversas figuras, de direito público¹⁴⁴, nomeadamente a empresarial sob a forma de entidade pública empresarial.

Conforme refere PEDRO GONÇALVES¹⁴⁵ *“no direito português, a criação das empresas de administração dos portos é um bom exemplo de como o legislador se deixa, por vezes, orientar por uma política de privatização formal totalmente incongruente, sem qualquer justificação e sem utilidade visível, pois que, tratando-se de entidades que se dedicam à execução de funções essencialmente autoritárias (de regulação e de gestão dominial) a sua actividade ficará, por isso, genericamente sujeita ao direito administrativo. O emprego do formato privado traduz, em casos como esse, ou o puro desconhecimento do significado e do âmbito da sujeição da Administração Pública ao direito administrativo, ou a tentativa, a qualquer custo, de introduzir uma lógica de gestão privada em organismos que pouco mais fazem do que gestão pública.”*

Estamos em crer que a ausência de critérios legais que orientem a escolha conduza a uma discricionariedade demasiado ampla, pelo que cabe à doutrina apresentar algumas pistas, sob pena de se repetirem as situações evidenciadas no parágrafo anterior. Assim, para além do cumprimento do princípio da legalidade, a decisão deve ser fundamentada em concreto, atendendo designadamente ao tipo de atividade e finalidade em causa.

¹⁴³ Em Portugal tal ocorreu por exemplo no caso da nacionalização do Banco Português de Negócios, SA, efetuada a coberto da Lei n.º 62-A/2008, de 11 de novembro.

¹⁴⁴ Sendo a mais usual a figura do instituto público.

¹⁴⁵ *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, op. cit., p. 1022.

Recorde-se a este propósito que o artigo 4.º, sob a epígrafe “Conceito”, da Lei Quadro dos Institutos Públicos¹⁴⁶, estabelece que os Institutos Públicos (IP’s) são pessoas coletivas de direito público, dotadas de órgãos e património próprio, definição que também se aplica às EPE’S (cfr. artigo 56.º e n.º 2 do artigo 58.º do RJSPE).

Por sua vez, quanto aos fins que os IP’s prosseguem, estabelece o artigo 8.º o seguinte:

1 - Os institutos públicos só podem ser criados para o desenvolvimento de atribuições que recomendem, face à especificidade técnica da actividade desenvolvida, designadamente no domínio da produção de bens e da prestação de serviços, a necessidade de uma gestão não submetida à direcção do Governo.

2 - Os institutos públicos não podem ser criados para:

a) Desenvolver actividades que nos termos da Constituição devam ser desempenhadas por organismos da administração directa do Estado;

b) Personificar serviços de estudo e concepção ou serviços de coordenação, apoio e controlo de outros serviços administrativos.

3 - Cada instituto público só pode prosseguir os fins específicos que justificaram a sua criação.”

É pertinente referir que já MARCELO CAETANO¹⁴⁷ integrava as empresas públicas na categoria dos institutos públicos se estas assumissem a forma de pessoas coletivas de direito público, como é o caso das EPE’s.

A este propósito damos conta que em Espanha a Ley n.º 40/2015, de 1 de outubro¹⁴⁸, no respetivo artigo 103.º, com a epígrafe “*Las entidades públicas empresariales de ámbito estatal*”, estabelece que quando esteja em causa uma atividade empresarial que prossiga um fim público, deverá ser escolhida a figura da entidade pública empresarial¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, na sua atual redação.

¹⁴⁷ Para além destas empresas, portanto fora da categoria dos institutos públicos, o autor admitia a existência de empresas públicas sem personalidade jurídica quando integradas numa pessoa coletiva de fins múltiplos e as empresas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Para maiores desenvolvimentos desta construção dogmática ainda bastante atual ver o seu Manual de Direito Administrativo, vol. I, 9.ª Ed., Reimp. Coimbra, Almedina, 1980, p. 190 e ss.

¹⁴⁸ Que sucedeu à Ley n.º 6/1997, de 14 de abril “Organización y Funcionamiento de la Administración Generale del Estado”, a qual já continha disposição idêntica.

¹⁴⁹ A norma em causa prevê o seguinte: “*Las entidades públicas empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación.*”

Já no caso em que a atividade a prosseguir seja puramente económica e, portanto, se trate de atividade não prosseguida habitualmente pelo Estado, deve adotar-se uma das formas de direito privado, e para este efeito, estabelece o artigo 114.º da mencionada Ley n.º 40/2015, que a criação de uma sociedade comercial deve ser acompanhada de uma proposta de estatutos e um plano de ação contendo, entre outros elementos, as razões que justificam a criação da sociedade, nomeadamente a incapacidade do Estado ser capaz de assumir estas funções diretamente ou através de uma entidade já existente, demonstrando a ausência de duplicação de entidades. Para além disso, é exigido que seja justificado que a forma proposta é mais eficiente em alternativa à criação de um organismo público ou outras alternativas organizacionais.

Como se constata o regime estabelecido pela lei espanhola parece mais evoluído e exigente do que o nosso RJSPE, que apenas exige a apresentação de um estudo demonstrativo do interesse e da viabilidade da operação pretendida¹⁵⁰, para a criação de uma empresa por parte do Estado, seja ela sob a forma de EPE ou sociedade comercial, nada apontando quanto à escolha de uma ou outra forma.

Quando a opção recaia sobre a forma de sociedade comercial, a OCDE recomenda que sempre que possível os Governos devem aplicar a lei comercial aplicável às restantes sociedades comerciais, evitando criar modelos legais específicos, atribuindo às respetivas empresas um estatuto especial ou especial proteção apenas se for necessário “...for achieving the public policy objectives imposed on the enterprise.”¹⁵¹. Particularmente nas empresas públicas cujo objeto social envolva o exercício de uma atividade económica, o Estado, enquanto acionista, deve usar os meios e instrumentos geralmente disponíveis para proprietários privados.

A desvalorização das formas jurídico-públicas em detrimento das formas jurídico-privadas tem reflexos práticos, como por exemplo como se articula a prossecução do interesse público com o interesse da sociedade e dos seus sócios¹⁵².

Se atendermos ao panorama das atuais empresas públicas, verificamos que à exceção da área da saúde e da cultura em que a totalidade das empresas assumem a forma de

¹⁵⁰ Artigo 11.º do RJSPE.

¹⁵¹ OECD Guidelines on Corporate Governance on State-Owned Enterprises, op. cit., p. 34.

¹⁵² Existem diversas correntes doutrinárias sobre esta questão, umas consideram o interesse social aferido ao interesse da sociedade em si, outras que tal interesse será aferido ao interesse comum dos sócios. Sobre este tema e de forma resumida: COUTINHO DE ABREU in *Interês Social y Deber de Lealdad de Los Sócios*, in Revista de Derecho de Sociedades, n.º 19, 2002, p. 39 e ss.

entidade pública empresarial¹⁵³, nas restantes áreas ou setores existem empresas que assumem ambas as formas jurídicas, aparentemente sem que a escolha tenha sido consciente e baseada em critérios ou estudos. É disso exemplo a área dos transportes em que a CP – Comboios de Portugal, EPE e a Metropolitano de Lisboa, EPE, se diferenciam das restantes empresas¹⁵⁴ do setor que revestem a forma de sociedade anónima.

A verdade é que, atualmente, o recurso à forma de entidade pública empresarial é sobretudo utilizada nas áreas da saúde e da cultura, verificando-se, conforme já referimos, que a totalidade dos estabelecimentos de saúde que têm esta forma jurídica depois de terem passado por um período em que foram transformados em sociedades anónimas¹⁵⁵.

8. Orientações e controlo do titular da função acionista sobre as empresas públicas

Parece agora o momento adequado para ensaiar uma compreensão quanto aos poderes que, por via do RJSPE, quanto ao SEE, o ente público, seu acionista, exerce sobre o universo das empresas públicas, de que forma e através de que meios.

Importa aqui recordar que as empresas públicas regem-se pelo direito privado, com as especificidades constantes do RJSPE, dos diplomas que procedam as sua constituição e dos seus estatutos, tal como estabelece o n.º 1 do artigo 14.º do RJSPE.

Sob a Seção III do Capítulo I do RJSPE, com a epígrafe “Orientações e controlo”, encontramos meia dúzia de artigos que são, estamos em crer, dos mais relevantes em todo o regime.

Temos presente que no que concerne às sociedades comerciais, atenta a sua forma jurídica, o órgão de gestão deve exercer as suas funções com poderes absolutos, mantendo-se o acionista Estado com funções de vigilância e controlo, devendo intervir

¹⁵³ Conforme p. 66 e seguintes do Relatório do SEE de 2014, disponível em http://www.dgtf.pt/Resources/User/SEE/Documents/Relatorios/2014/Relatorio_Anual_do_SEE_2014_V_Final.pdf, último disponível.

¹⁵⁴ A Metro do Porto, SA, a Metro do Mondego, SA, a CARRIS, SA, Transtejo, SA e os STCP, SA, são todas sociedades anónimas. Se quanto ao Metro do Porto, SA e Metro do Mondego, SA até se pode compreender a opção atendendo a que o Estado não é o único acionista (recordando-se que nas EPE's de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 59.º do RJSPE apenas o Estado pode ser detentor de capital estatutário), já quanto às restantes não se alcança dos critérios que poderão ter estado subjacentes à escolha da forma jurídica.

¹⁵⁵ Diplomas de transformação aprovados no Conselho de Ministros de 11 de outubro de 2002 e que foram depois publicados em diário da república.

apenas quando os seus membros não cumpram os objetivos que lhes sejam estabelecidos¹⁵⁶.

No que se refere às EPE's, entendemos que continua a aplicar-se o regime da tutela¹⁵⁷ económica e financeira embora o RJSPE não tenha “herdado” do anterior regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, a norma que mencionava expressamente a tutela económico-financeira¹⁵⁸. Na verdade, e ainda que a mencionada norma não conste do atual regime jurídico, habitualmente e de uma forma geral, os estatutos das EPE's têm a previsão da respetiva existência¹⁵⁹, sendo de acrescentar que a própria lei orgânica do Governo faz menção à sua presença, bem como à superintendência¹⁶⁰.

Mas, na verdade, até ao nível dos poderes de controlo exercidos pelo titular da função acionista, as diferenças entre as sociedades comerciais e as EPE's, as quais eram anteriormente reconhecidas¹⁶¹, se atenuaram.

¹⁵⁶ Neste sentido, designadamente, ENCARNACION GARCIA RUIZ, *La nueva sociedad anónima pública*, pág. 265.

¹⁵⁷ De acordo com FREITAS DO AMARAL, *in Curso de Direito Administrativo*, 3.ª Edição (reimpressão), Vol. I, Almedina, 2006, p. 883, a mesma traduz-se: “no conjunto dos poderes de intervenção de uma pessoa coletiva pública na gestão de outra pessoa coletiva, a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua atuação”. Já MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *in Direito Administrativo*, Vol I (2.ª reimpressão) Almedina, Coimbra, 1984, p. 192 e 193, define tutela “(...) como o poder conferido aos órgãos de uma pessoa coletiva (tutelar) de intervirem na organização funcional ou atuação de outra com vista a coordenar os interesses próprios da tutelada com os interesses mais amplos da pessoa tutelar.” Acrescenta, ainda, este autor que esta “(...) pode revestir conteúdo e formas muito diversas, havendo que procurar no estatuto de cada pessoa coletiva a medida exata da sua extensão.”

¹⁵⁸ Artigo 29.º que, para além de estabelecer o respetivo conteúdo, esclarecia que a tutela era exercida pelo Ministro das Finanças e pelo ministro responsável pelo sector de actividade de cada empresa, sem prejuízo do respectivo poder de superintendência.

¹⁵⁹ Veja-se, a título exemplificativo, os estatutos da CP – Comboios de Portugal, EPE, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 137-A/2009, de 12 de junho, alterados e republicados pelo Decreto-Lei n.º 59/2012, de 14 de março (artigo 22.º) e os estatutos dos Hospitais EPE, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 18/2017, de 20 de fevereiro (artigo 20.º).

¹⁶⁰ Vide o Decreto-Lei n.º 251-A/2015 de 17 de dezembro, na sua atual redação, que aprovou a orgânica do atual Governo, o qual, a título de exemplo, prevê no artigo 12.º, n.º 3 a superintendência e tutela do Ministro dos Negócios Estrangeiros sobre a Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal, E.P.E e o artigo 19.º, n.º 4, alínea d) que estabelece que o Ministro da Cultura exerce idênticos poderes sobre o Teatro Nacional de São João, E.P.E.

¹⁶¹ Neste sentido SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Setor Empresarial do Estado e a Empresarialização dos serviços públicos*, op. cit. p. 275, concluiu que “(...) o controlo promovido pelo Estado como forma de intervir na atividade empresarial em que participa, não é de todo uniforme, e apresenta variações em face dos diferentes conceitos de empresa pública agora em vigor, verificando-se efetivamente uma diferença de grau e de intensidade na intervenção exercida a este nível sobre as EPE's e sobre as sociedades de capitais públicos”, afirmação que atualmente não podemos secundar.

Conforme refere COUTINHO DE ABREU¹⁶², “*Nota-se, pois, uma teia complexa e burocratizada de orientações e controlos públicos, fortemente limitadora da autonomia de gestão das EP (dos gestores públicos).*”

Entende este autor que será razoável que, estando em causa recursos públicos e a satisfação de interesses coletivos, a autonomia seja limitada face ao modelo típico da sociedade privada.

Sim, mas até que ponto? Será que os atuais limites à autonomia não resvalam numa relação entre o Estado e as empresas semelhante à que se verifica com as entidades que integram a administração direta do Estado?

Nas palavras de COUTINHO DE ABREU¹⁶³ “*este apertar de torniquete às EP não lhes retira o carácter “empresarial” (de “empresas” públicas).* Não obstante esta opinião, este mesmo autor¹⁶⁴ chega a falar em empresas em forma de institutos públicos, dando como exemplo as administrações dos portos¹⁶⁵, criadas pelo Decreto-Lei n.º 348/86, de 16 de outubro e transformadas em sociedades anónimas pelo Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de novembro, de acordo com o respetivo preâmbulo pelo facto do modelo orgânico - instituto público - se ter revelado “*...limitativo e frequentemente incompatível com a gestão de natureza empresarial baseada em pressupostos de eficácia, racionalidade e competitividade que se pretende ver prosseguida nos portos portugueses*”.

Por sua vez, no que concerne à submissão a fiscalização prévia¹⁶⁶ do TdC de determinados atos por parte das empresas que integram o setor empresarial do Estado¹⁶⁷, a mesma encontra-se prevista na lei desde 2006, através da alteração que a Lei n.º

¹⁶² *As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*, op. cit., p. 61.

¹⁶³ *Idem*, p. 62.

¹⁶⁴ *Da empresarialidade – As empresas no direito*, op. cit., p. 117.

¹⁶⁵ Por exemplo a APL - Administração do Porto de Lisboa, S.A., só foi transformada em sociedade anónima pelo Decreto-Lei n.º 336/98, de 3 de novembro, sendo anteriormente um instituto público, tal como os outros portos de acordo com o Decreto-Lei n.º 348/86, de 16 de outubro, modificado pelos Decretos-Lei n.º 335/98, n.º 336/98, n.º 337/98 e n.º 338/98, todos de 3 de novembro, que aprovou as bases gerais a que devem obedecer os estatutos orgânicos das administrações dos portos.

¹⁶⁶ A fiscalização prévia, que se consubstancia na aposição do designado “visto” tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria (cfr. artigo 44.º, n.º 1, da LOPTC).

¹⁶⁷ O artigo 2.º da LOPTC, estabelece que as empresas públicas estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal, sendo que a alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da mencionada Lei, esclarece que está em causa a fiscalização prévia da legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos.

48/2006, de 29 de agosto, introduziu na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, na sua atual redação¹⁶⁸. Tratou-se de uma das primeiras evidências da perda de autonomia por parte das empresas públicas, uma vez que está em causa a sujeição a um poder de controlo dificilmente compaginável com a forma de atuação de uma entidade de natureza empresarial (a fiscalização sucessiva e concomitante pelo TdC seria a forma adequada de controlo a exercer sobre este tipo de entidades). E tanto assim é que, de uma forma geral, as empresas públicas sempre estiveram sujeitas aos poderes de controlo do TdC, veja-se a redação da alínea b)¹⁶⁹ do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC, que atualmente regula a matéria.

No entanto, nem sempre foi assim, efetivamente o artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril, excluía as contas das empresas públicas do julgamento do TdC, pelo que foi apenas em 1996, com a publicação da Lei n.º 14/96, de 21 de abril, que se repôs a previsão de sujeição das empresas públicas à fiscalização sucessiva do TdC¹⁷⁰.

Atualmente, também o artigo 26.º do RJSPE estabelece que as empresas públicas estão submetidas à jurisdição e ao controlo exercido pelo TdC, nos termos da lei.

Se quanto às empresas públicas que assumem a natureza de entidades de direito público não restam dúvidas quanto à legitimidade e necessidade de intervenção do TdC, já quanto às que se regem pelo direito privado, ou seja, às sociedades anónimas de capitais públicos ou mistos, parece que, pelo menos, a fiscalização prévia não é de fácil compreensão¹⁷¹.

No caso do TdC as razões que justificam os poderes de controlo financeiro sobre as empresas públicas, são o controlo da gestão dos dinheiros públicos¹⁷², pois há a ideia por parte daquele Tribunal que a escolha desta forma de intervenção do Estado na economia sirva para gerir avultados recursos públicos sem qualquer tipo de controlo.

¹⁶⁸ Alterada pelas seguintes Leis: n.º 42/2016, de 28 de dezembro, n.º 20/2015, de 9 de março, n.º 2/2012, de 2 de janeiro, n.º 61/2011, de 7 de dezembro, n.º 3-B/2010, de 28 de abril, n.º 35/2007, de 13 de agosto, Rect. n.º 72/2006, de 6 de outubro, n.º 8/2006, de 29 de agosto, Rect. n.º 5/2005, de 14 de fevereiro, n.º 55-B/2004, de 30 de dezembro, n.º 1/2001, de 4 de janeiro, Rect. n.º 1/99, de 16 de janeiro, n.º 87-B/98, de 31 de dezembro.

¹⁶⁹ Na formulação atual “As empresas públicas, incluindo as entidades públicas empresariais;”.

¹⁷⁰ Foi um período em que estranhamente se registou uma discrepância entre a legislação nacional e a comunitária dado que as empresas públicas estavam sujeitas ao controlo do TdC Europeu.

¹⁷¹ Assim, em Espanha, ANTÓNIO TRONCOSO REIGADA in *Privatizações, Empresa Pública e Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 319 e ss.

¹⁷² Tal como refere FERNANDO XAREPE SILVEIRO, in *O Tribunal de Contas, as sociedades comerciais e os dinheiros públicos*, Coimbra Editora, 2003, p. 51.

8.1. A autonomia de gestão

Dos artigos 405.º e 409.º do CSC resulta que os acionistas estão impedidos de dar qualquer instrução à administração, sendo que tal não pode ser confundido com a emissão de orientações estratégicas as quais são, aliás, obrigatórias, conforme previsto no artigo 24.º do RJSPE. Tal decorre igualmente do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 373.º do CSC que delimita a competência da assembleia geral às matérias especialmente atribuídas por lei, pelos estatutos ou às que não estejam atribuídas a outros órgãos¹⁷³.

Não que se queira afirmar que toda a influência sobre os órgãos sociais, em especial o conselho de administração, seja ilícita, pois a mesma nem sempre consubstancia um verdadeiro desrespeito pelas regras da organização societária, conforme refere RUI PEREIRA DA SILVA¹⁷⁴, não existe nenhuma proibição genérica de exercício de influência sobre os titulares dos órgãos sociais.

Por outro lado, do artigo 83.º do CSC, resulta em especial a proteção da autonomia da formação da vontade da sociedade, perante influências violadoras das regras de repartição de competências entre os órgãos sociais.

A este propósito escreve COUTINHO DE ABREU¹⁷⁵, que: *“Os acionistas, ainda que dominantes, não têm o direito de dar instruções aos administradores, salvo nos casos de deliberações lícitas ou de relações de grupo propriamente ditas; nem, evidentemente os administradores devem obediência a essas instruções – muito menos quando sejam contrárias ao interesse social. Mas, todos sabemos, as instruções (ordens, diretivas, recomendações) vão sendo emitidas”*.

Não falamos obviamente das orientações e instruções que devam constar do contrato de gestão que o gestor celebra com os acionistas, veja-se a este propósito o regime

¹⁷³ Sobre esta competência designada de residual, entende ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coord. António Menezes Cordeiro, 2.ª Ed. (revista e atualizada), Almedina, 2012, p.1007, que pertence não à assembleia geral mas sim ao conselho de administração.

¹⁷⁴ *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, artigo 83.º “Responsabilidade solidária do sócio” p. 958.

¹⁷⁵ *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, 2010.

previsto no Estatuto do Gestor Público (EGP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março¹⁷⁶.

Efetivamente, de acordo com o disposto no artigo 18.º do EGP, nas empresas públicas é obrigatória a celebração de um contrato de gestão, em que se definem as formas de concretização das orientações impostas, devendo envolver sempre metas objetivas, quantificadas e mensuráveis que representem uma melhoria operacional e financeira nos principais indicadores de gestão da empresa, bem como os parâmetros de eficiência da gestão¹⁷⁷.

Para efeito de perda da autonomia das empresas relevam sobretudo os limites e as proibições ao nível da atuação dos órgãos de gestão das empresas públicas, conforme iremos ver adiante e que na maior parte dos casos são aplicados indistintamente a EPE's e a sociedades comerciais detidas pelo Estado, nomeadamente porque são qualificadas de EPR's¹⁷⁸.

Apesar do quadro legal¹⁷⁹ aplicável às sociedades comerciais, em geral, designadamente o CSC e o próprio EGP terem passado a incluir regras destinadas a reforçar e preservar a autonomia dos administradores, como por exemplo o aumento dos modelos de governação, o estabelecer de requisitos ao nível da independência¹⁸⁰ dos

¹⁷⁶ Com a Declaração de Retificação n.º 2/2012, de 25 de janeiro e as alterações introduzidas pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de janeiro, e pelos Decretos-Lei n.º 39/2016, de 28 de julho, n.º 8/2012, de 18 de janeiro.

¹⁷⁷ Registe-se que, de acordo com o n.º 2 do artigo 18.º do EGP, a não celebração de contrato de gestão no prazo de 3 meses após a nomeação, tem como cominação a nulidade do ato de nomeação.

¹⁷⁸ Atualmente as administrações portuárias são das poucas empresas públicas que revestem a forma de sociedades anónimas em que verdadeiramente se pode considerar que está minimamente mantida a autonomia tendo em conta que não são qualificadas de EPR's pois preenchem o conceito de mercantilidade.

¹⁷⁹ Código das Sociedades Comerciais e Código do Instituto Português de Corporate Governance (IPCG).

¹⁸⁰ De acordo com o Código do IPCG, considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade, nem se encontre em alguma circunstância suscetível de afetar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de:

- (i) Ter exercido durante mais de doze anos, de forma contínua ou intercalada, funções em qualquer órgão da sociedade;
- (ii) Ter sido colaborador da sociedade ou de sociedade que com ela se encontre em relação de domínio ou de grupo nos últimos três anos;
- (iii) Ter, nos últimos três anos, prestado serviços ou estabelecido relação comercial significativa com a sociedade ou com sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo, seja de forma direta ou enquanto sócio, administrador, gerente ou dirigente de pessoa coletiva;
- (iv) Ser beneficiário de remuneração paga pela sociedade ou por sociedade que com ela se encontre em relação de domínio ou de grupo para além da remuneração decorrente do exercício das funções de administrador;
- (v) Viver em união de facto ou ser cônjuge, parente ou afim na linha reta e até ao 3.º grau, inclusive, na linha colateral, de administradores da sociedade, de administradores de pessoa coletiva titular de participação qualificada na sociedade ou de pessoas singulares titulares direta ou indiretamente de participação qualificada;

membros dos órgãos sociais¹⁸¹, bem como a possibilidade de implementação de comissões especializadas, a verdade é que outro tipo de regras, na prática, acabam por contrariar esta autonomia.

Ora, no âmbito do documento a que se vem fazendo referência, a OCDE entende que o papel do Estado enquanto acionista deve passar pela atuação de forma informada e pela participação ativa, no entanto, isso não significa que deva retirar qualquer autonomia operacional aos órgãos de gestão. Na verdade, de acordo com a OCDE, o Estado acionista só deverá dar instruções em matéria estratégica e definir os objetivos de política pública, ou seja, deve garantir a autonomia operacional total por forma a que os objetivos definidos sejam atingidos e deve abster-se de intervir na gestão. Aliás, só assim é possível uma política de responsabilização e avaliação do desempenho dos próprios gestores públicos.

A este propósito importa dar conta que, não raras vezes, as interferências políticas na nomeação dos órgãos de administração sobrepõem-se às qualificações técnicas (não obstante todas as tentativas que têm sido feitas no sentido de atenuar esta situação, destacando-se, neste âmbito, as alterações que foram feitas ao EGP, no sentido de exigir um parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública (CRESAP)¹⁸² acerca do perfil de cada candidato a gestor público), o que gera instabilidade e insegurança no âmbito da implementação e desenvolvimento do projeto empresarial¹⁸³.

Neste sentido também refere SIMON C.Y. WONG¹⁸⁴: *“The board must comprise talented and committed people who are willing to learn about the business, challenge top management, and resist improper overtures by politicians and civil servants. Too often, SOE boards are populated with people chosen for their political allegiance rather than business acumen.”*

(vi) Ser titular de participação qualificada ou representante de um acionista titular de participações qualificadas.

¹⁸¹ Cfr. artigo 414.º, n.º 6 do CSC, Código do IPCG, cap. III, III.3 e Código CMVM, II.1.4.

¹⁸² Criada pela Lei n.º 64/2011, de 22 de dezembro, no âmbito das alterações levadas a cabo nos procedimentos de recrutamento, seleção e provimento nos cargos de direção superior da Administração Pública. Efetivamente, o EGP apenas prevê expressamente a intervenção da CRESAP nos casos de nomeação, ou seja, nas EPE's (cfr. n.º 2 do artigo 13.º do EGP), contudo, assistiu-se na prática a um atropelo do aqui previsto ao fazer intervir a CRESAP também nos casos de eleição (nas sociedades comerciais).

¹⁸³ Aponta neste sentido o já citado documento do Banco Mundial, p. 2.

¹⁸⁴ in *Improving Corporate Governance in SOEs: An Integrated Approach*, op. cit., p. 14.

Também as regras em matéria de transações com partes relacionadas¹⁸⁵ e conflitos de interesses contribuem para solidificar a autonomia de gestão perante os acionistas maioritários (cfr. artigos 397.º e 410.º, n.º 6 do CSC, Código IPCG, pontos 1.4 e 1.5, Código CMVM, V).

Não obstante o exposto, a redução da autonomia¹⁸⁶ tem vindo a ser uma realidade e, durante o período em que Portugal esteve sujeito ao PAEF¹⁸⁷, sob pretexto de controlo dos gastos públicos, intensificou-se.

Para além das referências já efetuadas, existe um número significativo de autores nacionais e estrangeiros que fazem referência ao problema da ingerência na gestão que ocorre nas empresas públicas, nomeadamente LUÍS MORAIS¹⁸⁸, apesar de sustentar que o acionista público não deve “(...) *interferir na esfera de gestão corrente*” das empresas públicas, conclui que “(...) *a praxis destas relações poderá certamente originar situações limite, em que se mostre complicada a diferenciação entre atos orientadores de gestão corrente e atos envolvendo opções fundamentais da gestão empresarial*”.

Neste mesmo sentido: “*Por um lado, “menos Estado”: continua o processo de redução do âmbito do setor público empresarial, a privatização de mais empresas ou de alguns dos seus ramos de atividade. Por outro lado, “mais Estado”: tem-se reforçado o dirigismo e intervenção das autoridades públicas na gestão das EPs que restam.*”¹⁸⁹

Também ASISH K. BHATTACHARYYA¹⁹⁰: “*Moreover, the government cannot participate directly in the day to day management of the enterprise like a private promoter or the controlling group of shareholders, because political and bureaucratic interference affects the performance of an enterprise adversely.*”

¹⁸⁵ Nos termos do Código de Governo das Sociedades tem o significado definido nas normas internacionais de contabilidade (IAS 24 ou outra que a substitua) adotadas nos termos de regulamento comunitário.

¹⁸⁶ Refira-se que o próprio TdC tem reconhecido que existe presentemente um acervo legislativo que encerra limitações à autonomia de gestão genericamente atribuída às empresas públicas regidas pelo direito privado – ver a título de exemplo o Acórdão n.º 7/2016, de 19 de maio – 1.ª seção/SS, p. 10, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2016/1sss/ac007-2016-1sss.pdf>.

¹⁸⁷ A Decisão (UE) 2017/1225 do Conselho de 16.06.2016, revogou a Decisão 2010/288/EU de 2.02.2009 sobre a existência de um défice excessivo em Portugal, e refere que a partir de 2017 Portugal fica apenas sujeito à vertente preventiva do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC).

¹⁸⁸ “*As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na Sequência da Aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, in Estudos sobre o Novo Regime do Setor Empresarial do Estado – Organização de EDUARDO PAZ FERREIRA, Coimbra: Almedina, 2000, p. 116.*

¹⁸⁹ FERREIRA, EDUARDO PAZ/A. PERESTRELO DE OLIVEIRA /M. SOUSA FERRO, *O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013*, op. cit., p.476.

¹⁹⁰ *Public Enterprises - Corporate Governance and the Role of Government*, IMT, 2005, p. 15.

E ainda: *“The government should grant full autonomy and independence to the board of directors. It should retain the authority to: a) Formulate the strategy and set the objective function; b) Frame the ‘vision and mission statements’ in consultation with the board of directors; c) Approve KPIs and score card formulated by the board; and d) Approve the five-year business plan.”*

Não obstante, a perda de autonomia é tão evidente e a desresponsabilização dos gestores uma realidade tão presente que qualquer decisão que, à partida, seria uma decisão de gestão a tomar pelo órgão de gestão da empresa, passa a ser tomada pelo próprio titular da função acionista, que assim se substitui ao órgão de administração, usando os poderes que detém no âmbito da respetiva função legislativa, senão veja-se muito recentemente o Decreto-Lei n.º 153/2017 de 28 de dezembro, que aprova os processos de alienação da totalidade ou parte das ações representativas das participações sociais detidas pela Caixa Geral de Depósitos, SA, no capital social das sociedades Mercantile Bank Holdings Limited, Banco Caixa Geral, SA, e Banco Caixa Geral-Brasil, SA.

O mencionado diploma regula os termos das alienações e estabelece que as condições finais e concretas das mesmas constarão de resoluções do Conselho de Ministros e outros instrumentos jurídicos. A justificação constante do preâmbulo é o facto de estarem em causa participações sociais em sociedades cuja lei pessoal não é a do Estado português mas a de cada um dos Estados onde se localiza a respetiva sede, e portanto, haver necessidade de afastar determinadas disposições da já mencionada Lei n.º 11/90, designadamente a que se prende com as preocupações do legislador com a defesa dos interesses de trabalhadores. Parece pertinente questionar se o facto de estar em causa uma sociedade comercial em que o acionista único é o Estado português legitima este tipo de atuação?

Parece-nos que não, efetivamente existe a figura das orientações as quais, ao abrigo do artigo 24.º do RSPE, o acionista deve dirigir à empresa e, conseqüentemente, aos respetivos gestores e que serve precisamente para este efeito. Entendemos que aprovar por diploma legal uma orientação a seguir pelo conselho de administração de uma sociedade comercial, que se rege pelo direito privado, parece ir muito além daqueles que são os poderes e os limites da intervenção de um acionista, ainda que público, dificilmente compaginável com as normas do CSC aplicáveis em matéria de competência dos órgãos sociais.

Este caso é ainda mais paradigmático se tivermos presente que as empresas públicas que têm natureza de instituições de crédito ou sociedades financeiras gozam de uma maior autonomia considerando a sua sujeição ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), às diretrizes do Banco Central Europeu e, como tal, estão, de uma forma geral, excecionadas do cumprimento de algumas das normas aplicáveis às restantes empresas públicas¹⁹¹.

Perante estes factos importa questionar, ainda há autonomia de gestão nas empresas públicas?

8.2. Emissão de orientações

Conforme temos vindo a dar nota, a crise do setor público levou a repensar os fins e as funções do Estado na economia, em que cada vez mais é avaliada a eficiência na gestão dos recursos públicos em face dos resultados pouco satisfatórios que são apresentados. As razões são variadas, mas a ausência de objetivos concretos, a sua desadequação e até à existência de objetivos contraditórios, sobrepondo-se, muitas vezes os objetivos políticos aos objetivos económicos¹⁹² é uma das mais apontadas.

Pelo que, dos diversos e complexos desafios ao nível da governação que se colocam às empresas detidas pelo Estado destacam-se a ausência de objetivos e orientações ou, pelo contrário, a existência de múltiplos objetivos e muitas vezes incompatíveis e contraditórios e o caráter politizado dos órgãos de gestão. Tal como refere SIMON C.Y. WONG¹⁹³: *“First of all, governments must set clear objectives for SOEs. If improved financial performance is the goal, then state overseers must set specific targets. In cases where the government sets multiple objectives, they should be ranked by priority, with clear guidelines about how to make trade-offs among secondary objectives.”*.

¹⁹¹ Cfr. n.º 6 do artigo 14.º do RJSPE que refere expressamente que as disposições especialmente aplicáveis a este tipo de sociedades prevalecem, em caso de conflito, sobre as normas do RJSPE. Destaque também para as normas sobre endividamento constantes do artigo 29.º do RJSPE que não se aplicam as empresas financeiras (o que bem se compreende) e, ainda, as normas que anualmente o orçamento do Estado tem vindo a aprovar e que excecionam este tipo de sociedades.

¹⁹² *“without clear goals, assessing managerial performance is difficult, and opportunities for political capture of the SOE and its resources are increased.”*, documento do Banco Mundial, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit*, op. cit., p. 14.

¹⁹³ In *Improving Corporate Governance in SOEs: An Integrated Approach*, op. cit., p. 8 a 10.

Acresce que mesmo a articulação, para efeito de emissão de orientações, dentro do próprio Governo, se reveste de alguma complexidade e dificuldade considerando os objetivos, não raras vezes diversos e até contraditórios, que norteiam as áreas ministeriais envolvidas na fixação das mesmas. Destaca-se a este propósito o artigo 39.º, n.º 4, do RJSPE, que estabelece que compete exclusivamente aos ministérios sectoriais¹⁹⁴: “...no respeito pelas orientações estratégicas e sectoriais, pelos objetivos financeiros e restrições orçamentais em cada ano em vigor...”, designadamente definir orientações específicas de cariz setorial aplicáveis a cada empresa e definir os objetivos a alcançar pelas empresas públicas no exercício da respetiva atividade operacional. Ora, como é natural, as preocupações da área setorial são de natureza diferente das do ministério das finanças que tem a seu cargo a gestão dos dinheiros públicos. Conforme realça SIMON C.Y. WONG¹⁹⁵: “...the treasury may be concerned principally with the impact of the SOE on the government’s budget while the culture ministry may focus on producing locally-sourced programming with less regard to costs. Similarly, if one agency provides equity capital to the SOE while another extends loans, the risk of conflicting objectives increases.”.

Esta ideia retira-se precisamente do disposto no artigo 24.º do RJSPE que trata da matéria das orientações estratégicas e setoriais, que assume, no respetivo n.º 1 que as primeiras correspondem ao exercício da função política do Governo.

Importa, ainda neste âmbito, realçar a previsão do n.º 5 da referida norma que estabelece que independentemente do facto das orientações destinadas às empresas públicas serem emitidas pela área setorial, nos termos do disposto no artigo 39.º, todos os atos do Governo que possam envolver aumento da despesa ou diminuição de receita para o Orçamento do Estado, são obrigatoriamente sujeitos a aprovação dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do respetivo sector de atividade¹⁹⁶.

As orientações estratégicas poderão envolver metas quantificadas e contemplar a celebração de contratos entre o acionista e as empresas públicas, tais orientações refletir-se-ão, ainda, nas deliberações a tomar em assembleia geral, bem como nos contratos de gestão a celebrar com os gestores públicos¹⁹⁷. É isto que a lei prevê, orientações.

¹⁹⁴ Esta norma deve ser articulada com o disposto no artigo 24.º (Orientações estratégicas e setoriais) do RJSPE.

¹⁹⁵ In *Improving Corporate Governance in SOEs: An Integrated Approach*, op. cit., p. 8 a 10.

¹⁹⁶ Parece-nos pertinente questionar se existirão orientações que não terão um efeito ou outro.

¹⁹⁷ Matéria que consta do Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, diploma que aprovou o Estatuto do Gestor Público.

9. Especificidades do regime legal aplicável às empresas públicas

Sem prejuízo de podermos compreender que as sociedades de capitais públicos se podem considerar como “especiais” face ao tipo consagrado no CSC, dado que apesar de se regerem pelas disposições do referido CSC, estão em primeira linha sujeitas a um regime legal específico que se lhes aplica, a verdade é que nos últimos anos as derrogações às normas do CSC e a intensidade das especificidades que a lei tem vindo a introduzir acabam por sugerir que estamos perante um novo conceito de sociedade, ou numa outra perspetiva, vêm colocar em causa o recurso e/ou a manutenção pelo Estado de empresas públicas sob a forma de sociedade comercial, tal como prevista no CSC.

Não parecem existir dúvidas quanto ao facto do Estado no papel de “empresário” necessitar ou pretender impor algumas especificidades relativamente às “suas” empresas¹⁹⁸, a questão a discutir é até que ponto tal “ingerência” é admissível sem que se coloquem em causa, por completo, a autonomia e independência destas relativamente ao Estado.

A multiplicidade¹⁹⁹ de papéis que o Estado assume, de onde destacamos o papel de acionista/detentor do capital, por um lado Estado-empresário e, por outro, titular da função acionista, faz com que a respetiva intervenção no exercício dessa função seja influenciada por objetivos extra-empresariais²⁰⁰, mormente políticos, ao contrário do que acontece com o investidor privado²⁰¹.

SIMON c. Y. WONG²⁰² defende que uma das formas de evitar interferências políticas que perturbem ou confundam os objetivos fixados é clarificar os diversos papéis que o Estado desempenha: “*The first step is to clarify the government’s numerous roles – as a shareholder, financier, regulator, supplier, customer and so forth – in na SOE. One way*

¹⁹⁸ Sobre o interesse desta matéria pronunciou-se NUNO CUNHA RODRIGUES, “*Golden-shares*” – *As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, op. cit., p. 31: “*A esta luz, facilmente se compreenderá a relevância de uma análise que incida sobre as derrogações ao regime geral das sociedades comerciais que facultam ao Estado privilégios especiais que lhe permitem manter um controlo atípico sobre empresas privadas, condicionando a sua independência.*”

¹⁹⁹ RENTSCH, C. FINGER, M. in *Yes, No, Maybe: The ambiguous Relationships between State-Owned Enterprises and the State*, *Annals of Public and Cooperative Economics*, 86, 2015, p. 2, destacam os diversos papéis que o Estado assume: legislador, dono do capital, investidor garante do serviço público, regulador, etc..

²⁰⁰ Sobre esta problemática ver, por exemplo, CUERVO-CAZURRA, *Governments as Owners: State-owned Multinational Companies*, *Journal of International Business Studies*, 45, 2014, p. 921 e ss.

²⁰¹ Neste sentido, LUIS MORAIS, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos – Novas Perspetivas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 98 e ss.

²⁰² *In Improving Corporate Governance in SOEs: An Integrated Approach*, op. cit., p. 11.

to achieve this is to consolidate ownership and monitoring of SOE's into single government agency.”.

A verdade é que o próprio CSC reconhece especificidades às empresas detidas pelo Estado, ou melhor ao Estado enquanto acionista, senão vejamos, o n.º 2 do artigo 7.º e o n.º 2 do artigo 273.º, ambos do CSC, que ao nível do número de sócios necessários para constituir uma sociedade (habitualmente por diploma legal) admite exceções quando é o Estado o detentor do capital. O regime da unipessoalidade nas sociedades anónimas encontra a sua justificação na segurança da responsabilidade da sociedade perante terceiros ser idêntica e confundida com a do sócio²⁰³.

Ainda assim, a última reforma do direito das sociedades comerciais operada pelo Decreto-Lei n.º 76/2006, de 29 de março, veio acabar com grande parte dos poderes especiais²⁰⁴ conferidos ao Estado, sendo atualmente apenas reconhecidos os seguintes, para além daquele que acabámos de referir quanto ao número de acionistas: i) impedir a dissolução da sociedade, nos termos do artigo 142.º n.º 1, alínea a), se o número de sócios passar a ser inferior ao legalmente exigido, desde que um dos sócios seja o Estado; ii) estabelecer, nos termos do artigo 348.º n.º 2, alínea b), um regime especial na emissão de obrigações das sociedades anónimas no caso de o Estado ou entidade equiparada ser detentor da maioria do capital social.

Mas afinal quais são as especificidades mais relevantes que o legislador entendeu espelhar no regime jurídico das empresas públicas?

9.1. O ato constitutivo

Tendo já sido abordada a questão da legitimidade do Estado constituir empresas (sociedades comerciais) por diploma no ponto 4. importa aqui referir que habitualmente são criadas sociedades cujo capital social pertence integral, direta e imediatamente ao Estado, com poucas exceções, recorda-se aqui a constituição das sociedades designadas

²⁰³ Precisamente um dos argumentos contra a admissão da unipessoalidade das sociedades anónimas públicas, sustenta-se na confusão que se opera entre o património da sociedade e o do sócio.

²⁰⁴ No sentido de que são direitos diferentes dos que são atribuídos a outros acionistas.

“Polis”²⁰⁵, sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, que tinham como acionistas o Estado (60%) e os Municípios de cada zona geográfica (40%)²⁰⁶.

De acordo com o artigo 10.º do RJSPE “*A constituição de empresas públicas do sector empresarial do Estado processa-se nos termos e condições aplicáveis à constituição de sociedades comerciais e depende sempre de autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do respetivo sector de atividade, antecedida de parecer prévio da Unidade Técnica, nos termos dos números seguintes.*” Esta norma, a uma primeira vista, parece até estar em contradição com o artigo 35.º, n.º 1, que estabelece que: “*A extinção de empresas públicas é realizada através de decreto-lei ou nos termos do Código das Sociedades Comerciais, consoante se trate de entidade pública empresarial ou sociedade comercial, ressalvando-se os casos em que estas últimas tenham sido constituídas por decreto-lei, podendo, nestes casos, aplicar-se a mesma forma para efeitos de extinção.*”

O mencionado artigo 10.º do RJSPE suscita desde logo a questão de saber até que ponto é mesmo assim dado que a grande maioria das empresas públicas (mesmo as constituídas sob a forma de sociedade comercial) são constituídas por diploma legal.

Assim, mesmo ao nível da sua constituição as empresas públicas apresentam logo um regime específico face às restantes sociedades comerciais, o artigo 14.º que estabelece o regime jurídico geral, vai logo avisando que as empresas públicas regem-se pelo direito privado, “*com as especificidades decorrentes do presente decreto-lei, dos diplomas que procedam à sua criação ou constituição e dos respetivos estatutos.*” E são de facto várias e relevantes as especificidades que podemos encontrar, como iremos ver.

O n.º 2 do aludido artigo 14.º vai ainda mais longe ao estabelecer que relativamente às entidades públicas empresariais, às empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público e às entidades dos sectores empresariais local e regional, podem ser fixadas, por lei, normas excepcionais, de carácter temporário, relativas ao regime retributivo e às valorizações remuneratórias dos titulares dos órgãos sociais e dos

²⁰⁵ A Resolução do Conselho de Ministros n.º 26/2000, de 15 de maio, estabeleceu as orientações gerais para o Polis - Programa de Requalificação Urbana e Valorização Ambiental de Cidades e previu o recurso a soluções empresariais como forma de cumprir as medidas previstas no citado Programa.

²⁰⁶ A propósito dos problemas que a criação destas sociedades, em que de alguma forma o Estado impõe unilateralmente a participação societária a uma outra entidade autónoma, pode acarretar, pronuncia-se PAULO OTERO, *Da criação de sociedades comerciais por decreto-lei*, op. cit., p. 121-123.

trabalhadores. Trata-se de uma norma que reflete, claramente, o momento que o país atravessava aquando da aprovação do diploma.

É importante referir que algumas das especificidades constantes do atual regime jurídico tiveram como intuito implementar um sistema que contribua ativamente para a contenção de despesa e para o equilíbrio das contas públicas, sabendo-se que esta terá sido uma das exigências da Troika no âmbito do PAEF, relebre-se a este propósito o Preâmbulo²⁰⁷ do diploma que aprovou o RJSPE.

A crise económica e financeira que se fez sentir na UE nos últimos anos²⁰⁸ tem implicado um repensar quanto à atuação e controlo dos poderes públicos sobre os seus setores empresariais, o que se traduz na aprovação de medidas que visam reduzir a autonomia dos gestores.

9.2. O artigo 25.º do RJSPE

Não é certamente por falta de normas alusivas à autonomia de gestão, nos diversos diplomas aplicáveis às empresas públicas, que se levantam questões nesta matéria. De facto, quer o EGP, quer o RJSPE contêm normas em que a mesma é afirmada, contudo, temos dúvidas sobre a sua verificação na prática.

Conforme já vimos no ponto 8.1. supra, de acordo com o artigo 405.º do CSC²⁰⁹, a gestão ou administração de uma sociedade comercial compete ao conselho de administração e, nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO²¹⁰: “A *gestão ou administração é um direito potestativo funcional: traduz a permissão normativa de decidir e de agir, em termos materiais e jurídicos, no âmbito dos direitos e dos deveres*”

²⁰⁷ “Finalmente, destaca-se que o presente decreto-lei permite dar cumprimento às obrigações decorrentes do Memorando de Entendimento celebrado no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira entre o Estado Português, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, do qual decorrem exigências em matéria de bom governo das empresas públicas e de reforço dos poderes e deveres inerentes ao exercício da função acionista, numa base de aplicação tendencialmente transversal, com vista a implementar um maior controlo financeiro, sobre o sector público empresarial.”

²⁰⁸ Para mais desenvolvimentos, v.g. EDUARDO PAZ FERREIRA, “Editorial”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011, p. 9 e ss.

²⁰⁹ Esta competência é depois desenvolvida nos artigos 406.º e 407.º do CSC.

²¹⁰ *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coord. António Menezes Cordeiro, 2.ª Ed. (revista e atualizada), Almedina, 2012, p.1073.

da sociedade.”, pelo que importará ver em que medida se compatibilizam as normas aplicáveis às empresas públicas sob a forma de sociedades comerciais, com o CSC.

Começamos por relembrar o artigo 10.º do EGP, sob a epígrafe “Autonomia de gestão”, o qual estabelece que: “*Observado o disposto nas orientações fixadas ao abrigo da lei, designadamente as previstas no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, e no contrato de gestão, o conselho de administração goza de autonomia de gestão.*”²¹¹.

Por sua vez, o artigo 25.º do RJSPE, igualmente sob a epígrafe “Autonomia de gestão”, estabelece que no quadro definido pelas orientações fixadas pelo titular da função acionista (quando existam), os titulares dos órgãos de administração das empresas públicas gozam de autonomia na definição dos métodos, modelos e práticas de gestão concretamente aplicáveis ao desenvolvimento da respetiva atividade. Contudo, como iremos ver, essa alegada autonomia de gestão sofre diversas restrições nos n.ºs 4 e 5 da norma.

O regime de autorizações previsto no artigo 25.º, n.º 5, do RJSPE, parece ser próprio de um regime de tutela exercida pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, e é suscetível de colocar em causa a autonomia de gestão própria de uma empresa, em especial de uma sociedade comercial. Não esquecer, ainda, os artigos 27.º e 29.º do RJSPE que contêm sérias restrições à liberdade de atuação dos gestores das empresas abrangidas no respetivo âmbito de aplicação, conforme afirmam FERREIRA, EDUARDO PAZ/A. PERESTRELO DE OLIVEIRA /M. SOUSA FERRO²¹²: “*Na verdade, mais intervenção só seria possível se o membro do Governo responsável pela área das finanças – titular da função acionista – assumisse diretamente as funções de administrador da empresa pública.*”

Desde logo, no n.º 4 do mencionado artigo 25.º do RJPSE, pode ler-se que: “*A autonomia de gestão reconhecida aos titulares dos órgãos de administração das empresas públicas, no exercício das respetivas funções, pode ser restringida em função dos resultados apresentados, quer ao nível operacional, quer ao nível do equilíbrio*

²¹¹ A referência ao artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99, deve ser agora entendida para o artigo 24.º do RJSPE.

²¹² *In O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013*, op. cit., p. 482.

económico e financeiro, ou sempre que a avaliação do desempenho dos administradores e da qualidade da gestão, a efetuar pelos órgãos competentes, se revele negativa.”.

Relativamente à última parte desta norma, impõe-se desde logo questionar porque razão se a avaliação do desempenho for negativa não se procede à destituição (dissolução ou demissão previstas nos artigos 24.º, 25.º e 26.º) do gestor ou gestores, na linha do que prevê o EGP, bem como o próprio CSC quando em sede de Assembleia Geral anual das sociedades prevê como um dos pontos obrigatórios da ordem de trabalhos, - Proceder à apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade, nos termos do disposto no artigo 455.º do CSC? É que reduzir a autonomia de gestão pode não constituir a forma mais eficaz de melhorar os resultados das empresas.

E que conclusões retirar do n.º 5 deste artigo 25.º?

Recorde-se a respetiva redação:

“5 - Independentemente da autonomia de gestão referida no presente artigo, e sem prejuízo das limitações estatutárias aplicáveis, carecem sempre da autorização prévia do titular da função acionista as seguintes operações:

a) Prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de existir qualquer tipo de participação do garante no capital social da entidade beneficiária;

b) Celebração de todo e qualquer ato ou negócio jurídico do qual resultem para a empresa responsabilidades financeiras efetivas ou contingentes que ultrapassem o orçamento anual, ou que não decorram do plano de investimentos aprovado pelo titular da função acionista. Sublinhado nosso.

É mais uma restrição importante à autonomia de gestão da sociedade e dos seus gestores, sendo de realçar que a não observância de tais regras, bem como a realização de operações ou investimentos não previstos no plano de atividades e orçamento, constitui os titulares do órgão de administração de empresas públicas em responsabilidade civil, criminal e financeira, nos termos da lei.

No pressuposto que os planos de atividades e orçamentos das empresas são aprovados no seu devido tempo esta restrição não é dramática, o problema é que é frequente que existam atrasos na aprovação destes documentos o que pode exigir que certas decisões, ainda que de pouca relevância, sejam submetidas ao titular da função acionista, situação que além do mais causa entropias nas empresas, considerando que a agilidade no processo

decisório deixa muito a desejar. De facto, a gestão do dia a dia de uma empresa não se compadece de pedidos de autorização aos membros do Governo, obrigando os órgãos de gestão a ter preocupações que extravasam o “core business” da empresa, com natural prejuízo para o desempenho das mesmas.

9.3. O Princípio da Unidade de Tesouraria do Estado (UTE)

Também no que toca a indícios de perda de autonomia, há a registar o princípio da Unidade de Tesouraria do Estado (UTE) que vigora desde 2010, o qual visa otimizar a utilização dos dinheiros públicos ao determinar a sua centralização e manutenção na Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP, E.P.E (IGCP) ²¹³, com o propósito de reduzir as necessidades e o custo do financiamento do Estado.

O Programa de Estabilidade e Crescimento 2010-2013 previu, como medida de consolidação das finanças públicas, a sujeição à UTE de todas as Empresas Públicas não financeiras²¹⁴ com vista “à *redução das necessidades de financiamento externo da República, além do seu reflexo positivo ao nível do custo líquido dessa mesma dívida*”. Esta medida foi introduzida com a alteração da Lei orçamental para 2010 e reiterada nas seguintes, encontrando-se presentemente vertida no próprio RJSPE, no seu artigo 28.º.

A norma em causa prevê que as empresas públicas não financeiras mantenham as disponibilidades e aplicações financeiras junto do IGCP, EPE, nos termos do regime jurídico aplicável à tesouraria do Estado²¹⁵. Na verdade, está em causa a apropriação pelo Estado de montantes, nomeadamente os provenientes dos rendimentos das aplicações financeiras, que são receita das empresas colocando em causa a autonomia patrimonial e a independência financeira das mesmas. Acresce que o IGCP, EPE apesar da evolução que tem existido na oferta de serviços equiparados aos prestados pelas instituições financeiras, continua a não prestar a totalidade dos serviços que estas prestam e muitas

²¹³ Entidade pública empresarial à qual compete nos termos do Decreto-Lei n.º 200/2012, de 27 de agosto, gerir, de forma integrada, a tesouraria, o financiamento e a dívida pública direta do Estado, a dívida das entidades do setor público empresarial cujo financiamento seja assegurado através do Orçamento do Estado e ainda coordenar o financiamento dos fundos e serviços dotados de autonomia administrativa e financeira.

²¹⁴ Apenas tornou essa sujeição extensiva às sociedades comerciais visto que a UTE já era aplicável às EPE's desde a LOE para 2005.

²¹⁵ Este regime consta do Decreto-Lei n.º 191/99, de 5 de junho, alterado pelas Leis n.ºs 3-B/2000, de 4 de abril, e 107-B/2003, de 31 de dezembro.

vezes a não oferecer as mesmas soluções e as mesmas taxas ao nível das aplicações financeiras.

A sujeição ao princípio da UTE por parte das empresas públicas que revestem a natureza de sociedades comerciais levanta grandes dúvidas²¹⁶, máxime naquelas em que o Estado não é o único acionista, partilhando esse estatuto com entes privados²¹⁷.

Também aqui de salientar o facto de não existir qualquer diferenciação entre as empresas que assumem a forma de pessoas coletivas de direito público e pessoas coletivas de direito privado, apenas estando excecionadas as empresas financeiras.

9.4. O endividamento das empresas públicas

Outra das situações que se identifica como perturbadora da autonomia das empresas públicas e dos respetivos órgãos de gestão, são as regras estabelecidas no regime jurídico quanto ao respetivo financiamento. A este propósito importa dar conta que o n.º 1 do artigo 29.º do RJSPE estabelece regras relativas ao endividamento por parte das empresas públicas não financeiras. Nesta medida, prescreve a citada norma que as EPR's²¹⁸ e as empresas sobre as quais aquelas exerçam influência dominante, ficam impedidas de aceder a novo financiamento junto de instituições de crédito, salvo junto de instituições financeiras de carácter multilateral.

Quanto às empresas públicas que não são qualificadas como EPR's, de acordo com o n.º 5 do mencionado artigo 29.º: *“Apenas as empresas públicas não financeiras do sector empresarial do Estado que, numa base anual, apresentem capital próprio positivo e não se encontrem abrangidas pelo disposto no n.º 1, podem, de forma direta e autónoma, negociar e contrair financiamento para a prossecução das respetivas atividades (...)”*.

²¹⁶ Neste sentido EDUARDO PAZ FERREIRA e SÉRGIO GONÇALVES DO CABO em *A Regra da Unidade de Tesouraria e a boa gestão financeira do sector público*, vol. V dos Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge Miranda (FDL, 2012), p. 649-690, quanto à respetiva aplicação a determinados serviços e fundos autónomos: *“Ao utilizar a unidade de tesouraria como instrumento de financiamento através da mobilização de receitas provenientes de tributos bilaterais, o Estado põe em causa o auto-financiamento ou a independência de determinadas entidades dotadas de um estatuto especial no quadro dos serviços e fundos autónomos.”*, conclusão que se replica relativamente às empresas públicas.

²¹⁷ Como é o caso da Lusa - Agência de Notícias de Portugal, SA e da PME Investimentos – Sociedade de Investimento, SA.

²¹⁸ Ao contrário das normas limitadoras da autonomia incluídas no RJSPE que evidenciámos antes, esta norma distingue as EPR's das restantes EP's, aplicando àquelas regras mais apertadas.

Acrescenta o n.º 4 da referida norma que, caso numa base anual, apresentem capital próprio negativo, só podem aceder a financiamento junto de instituições de crédito com prévia autorização da DGTF, a qual solicita parecer do IGCP, quanto às condições financeiras aplicáveis.

Verifica-se, pois, fruto do fraco desempenho que as empresas públicas registaram nos últimos anos, uma dependência e uma total perda de autonomia também em matéria de financiamento, o que as coloca numa situação de maior sujeição ao titular da função acionista e, naturalmente, do próprio governo. Quanto a esta matéria ver SIMON C.Y. WONG²¹⁹ que refere: “*Better still, SOEs should be forced to seek funding from private lenders. This would remove an additional source of government influence and, at the same time, the need to make regular principal and interest payments should instil greater discipline in the SOEs.*”.

9.5. O Direito de “veto”

Em cumprimento de um dos compromissos assumidos perante a troika (cfr. o § 3.26 do Memorando da Troika), o n.º 4 do artigo 31.º (*Estrutura de administração e de fiscalização*) do RJSPE, vem estabelecer que o conselho de administração das empresas públicas deve integrar: “*(...) sempre um elemento designado ou proposto pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, que deve aprovar expressamente qualquer matéria cujo impacto financeiro na empresa pública seja superior a 1 % do ativo líquido.*”²²⁰

Acrescenta o n.º 5 do mencionado artigo 31.º, que caso aquele não aprove tal deliberação terá a mesma que ser submetida à assembleia geral ou, no caso das EPE’s, a despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do respetivo sector de atividade.

Esta norma levanta algumas questões em especial nas empresas públicas de capital misto, ou seja nas empresas que o Estado, embora exerça influência dominante por alguma das formas referidas no artigo 9.º do RJSPE, não detém a totalidade do capital

²¹⁹ *Improving Corporate Governance in SOEs: An Integrated Approach*, op. cit., p. 12.

²²⁰ É assim uma espécie de “golden share” mas em vez de ser ao nível da assembleia geral é no conselho de administração.

social, considerando que o(s) outro(s) acionista(s), ainda que possa(m) ter beneficiado do mecanismo previsto no artigo 392.º do CSC, os administradores assim eleitos não terão idênticos poderes.

Mas também ao nível do próprio órgão de administração, a situação não é isenta de questões considerando a natureza deste órgão e as regras relativas ao respetivo funcionamento. Na verdade, de acordo com os artigos 405.º e seguintes do CSC, o conselho de administração é um órgão colegial e delibera de forma conjunta por maioria, salvaguardando-se os casos de delegação de poderes admitidos pelo artigo 407.º do CSC.

9.6. As normas do Orçamento do Estado e do decreto-lei que o executa

Acrescem a estas normas do RSPE que impõem especificidades às empresas públicas, as normas que anualmente o Orçamento do Estado e o decreto-lei que estabelece as normas necessárias à respetiva execução incluem²²¹ e que, nos últimos anos, têm-se multiplicado.

Na verdade, a coberto do próprio RJSPE que, no artigo 14.º n.º 2 e n.º 3 prevê que, por lei, podem ser fixadas normas excecionais com carácter temporário relativamente a determinadas matérias, a saber, regime retributivo, valorizações remuneratórias, quer dos titulares dos órgãos sociais, quer dos trabalhadores, bem como quanto a contratos de aquisição de bens e serviços, anualmente têm vindo a ser aprovadas normas com este objetivo.

Tais normas destinam-se a impor limites em matéria de gastos operacionais²²², de endividamento²²³, a vedar contratação de pessoal²²⁴ e aquisições de serviços²²⁵ por parte das empresas públicas não financeiras, criando uma relação de dependência das empresas

²²¹ Anteriormente ao XXI Governo Constitucional era na LOE que se estabeleciam a maior parte das normas que tinham este objetivo não por questões de prevenção de eventuais inconstitucionalidades formais, mas, sobretudo porque o Governo tinha maioria parlamentar e, portanto, não necessitava de voto favorável de mais nenhum partido para fazer aprovar a LEO. Atualmente e face à configuração parlamentar opta-se por fazer a remissão para o decreto-lei que aprova as normas para a execução orçamental evitando, assim, discussões na fase da aprovação da LEO por parte das restantes forças parlamentares que apoiam o Governo.

²²² Vide a título de exemplo o artigo 55.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2018 (OE/2018) e o artigo 145.º do Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio, que estabelece as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2018 (DLEO).

²²³ Ver o artigo 56.º do OE/2018 e artigo 146.º do DLEO.

²²⁴ Igualmente a título de exemplo, o artigo 51.º do OE/2018 e o artigo 144.º do DLEO/2018.

²²⁵ Também do OE/2018, a alínea c) do n.º 7 do artigo 58.º e o artigo 47.º do DLEO/2018.

e dos respectivos órgãos de gestão relativamente aos membros do Governo da área das finanças e do setor de atividade em que a empresa se insere.

Na verdade, e como dissemos já, são várias as alusões que encontramos no RJSPE à autonomia de gestão sendo a mais assertiva a que consta do artigo 30.º, n.º 2. Pelo tanto, na seção destinada às estruturas de governo societário²²⁶, o legislador entendeu por bem afirmar que: “(...) os titulares da função acionista abstêm-se de interferir na atividade prosseguida pelo órgão de administração das empresas.” No entanto, esta afirmação não tem o impacto esperado pois só será verdadeira: “No quadro das orientações a que se refere o artigo 24.º e após definição das orientações e objetivos a que aludem as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 38.º e o n.º 4 do artigo 39.º, assim como aprovados os planos de atividades e orçamento (...).

Ora, tendo em consideração que o Governo, tanto quanto se sabe²²⁷, não tem dado cumprimento ao disposto no artigo 24.º, ou seja não emite as orientações estratégicas previstas no n.º 1, as quais deviam servir de base às orientações setoriais previstas no n.º 2, e assim sucessivamente com as orientações que são mencionadas no artigo 38.º, alínea a), está bom de ver que a afirmação de que os titulares da função acionista não interferem na gestão carece de comprovação. Na mesma ordem de ideias podemos dizer que, na grande maioria das empresas, a aprovação dos planos de atividade e orçamento nem sempre ocorre e quando ocorre nem sempre tal acontece em tempo útil, o que certamente a ocorrer permitiria dar este tipo de orientações sem necessidade de recurso a este tipo de regras aplicadas de forma cega a todas as empresas sem atender às particularidades de cada uma.

²²⁶ Em nossa opinião podia e devia tê-lo feito mais à frente no Capítulo II, dedicado ao governo societário, quando trata da função acionista.

²²⁷ Não foi publicada qualquer resolução do conselho de ministros desde 2013 com tal objetivo.

Capítulo V - Conclusões

Sem prejuízo de se aceitar que as empresas públicas são “especiais” quer face ao seu objeto, quer face às características do seu acionista, a verdade é que nos últimos anos as especificidades estabelecidas na lei que as regula, pelo menos no caso das que têm a forma jurídica de sociedades comerciais, acaba por desvirtuar essa forma jurídica.

Parece poder concluir-se que atualmente a grande maioria das empresas públicas com a natureza de sociedades comerciais detidas pelo Estado, em especial as que preenchem o conceito de EPR's, perderam todas as vantagens que habitualmente são apontadas como determinantes na escolha da via empresarial para a prossecução de determinada finalidade.

Efetivamente, a sujeição a regras orçamentais próprias ou similares às que são seguidas pelos serviços e fundos autónomos não permitem às mencionadas empresas usufruir das eventuais vantagens que tenham presidido à escolha do modelo empresarial.

Acresce que muitas das regras seguidas pelas EPR's são inconciliáveis com as que resultam da respetiva sujeição ao direito privado.

Mas, mesmo nos casos em que as empresas não são qualificadas de EPR's, as especificidades impostas pelo RJSPE e pelas normas orçamentais de cada ano, revelam uma descaracterização das empresas enquanto sociedades comerciais, i.e. pessoas coletivas de direito privado.

A verdade é que não parece existir uma estratégia empresarial por parte do Estado, pelo que desaparecidas que estão as vantagens que habitualmente são identificadas no recurso ao modelo empresarial, o Estado deve repensar o universo de empresas que compõem o SEE e, de entre o leque de empresas que revestem a forma de sociedade anónima ponderar a alteração da sua forma, dado que enquanto pessoa coletiva de direito privado, perdeu os elementos que melhor a caracterizam, funcionando, na prática, como se de serviços do próprio Estado se tratassem.

Por outro lado, somos de opinião que o Estado/Governo deveria seguir critérios, de preferência legalmente estabelecidos para efeito de constituição de empresas sob a forma de sociedades comerciais, tendo em consideração a sua sujeição ao direito privado.

Acresce que a dependência existente atualmente do órgão de administração face ao titular da função acionista é propiciadora da total desresponsabilização dos gestores que

se limitam a tomar as decisões inerentes à gestão corrente da sociedade, portanto sem qualquer risco, sendo todas as restantes decisões adotadas na sequência de determinação do titular da função acionista ou mesmo através de um ato do próprio Governo.

Bibliografia

ABREU, Jorge Coutinho:

- *As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*, in Boletim de Ciências Económicas, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Volume LVII, Tomo I, Coimbra, 2014, p. 45-67;
- *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2.^a edição, 2010;
- *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, in IDET, Miscelâneas n.º 3, Coimbra, Almedina, 2004, p. 64;
- *Sobre as novas empresas públicas (notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 555 e ss;
- *Sociedade Anónima, a Sedutora, Hospitais SA, Portugal, SA*, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Miscelâneas n.º 1, Almedina, 2003;
- *Definição de Empresa Pública*, Separata do volume XXXIV do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 1990;
- *Interês Social y Deber de Lealdad de Los Socios*, in Revista de Derecho de Sociedades, n.º 19, 2002, p. 39 e ss;
- *Da empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996, (reimpressão 1999);

ALMEIDA, António Pereira de, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, Coimbra editora, Coimbra, 6.^a Edição, 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do:

- *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a ed., Almedina, 2007;
- *As modernas Empresas Públicas Portuguesas*, s.n., Lisboa, 1991.

APOLINÁRIO, Marisa, *O Estado Regulador: o novo papel do Estado, Análise da perspetiva da evolução recente do direito administrativo, o exemplo do sector da energia*, Almedina, 2015.

ATAÍDE, Augusto, *Empresa Pública*, Polis - Revista de Estudos Jurídico-Políticos II, 939.

BANCO MUNDIAL, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit*, 2014, disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/pt/228331468169750340/Corporate-governance-of-state-owned-enterprises-a-toolkit>.

BAUDEAUT, Guy, *Le retour des emterprises publiques au Droit Privé* in Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, n.º 40, Nov.-Dez., 1993.

BENTO, Vitor, *A desorçamentação das despesas públicas*, in Revista do Tribunal de Contas, n.º 34, julho-dezembro 2000, p. 25 e ss.

BHATTACHARYYA, Asish K., *Public Enterprises - Corporate Governance and te role of Government*, IMT, 2005, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=697381.

CABRAL, Nazaré Costa, *A nova LEO, reflexões breves sobre a sua forma, conteúdo e efeitos*, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Faculdade de Direito de Lisboa.

CAETANO, Marcelo:

- Manual de Direito Administrativo, vol. I, 9.ª Ed., Reimp., Coimbra, Almedina, 1980;
- Direito Constitucional, Vol. I, Rio de Janeiro, 1977.

CARVALHO, Orlando:

- *Empresa e lógica empresarial*, in Estudos em Homenagem ao Prof.º Doutor A. Ferrer Correia, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 1997;
- *Critério e estrutura do Estabelecimento Comercial - O problema da empresa como objecto de negócios*, Atlântida editora, 1967.

COLOMER, Ignacio Ruiz-Jarabo, *Sociedad Mercantil Y Empresa Pública*, in *El Ámbito Privado del Sector Público*, XXIV Jornadas de Estudio, Ministério da Justiça, Madrid, 2002.

CORDEIRO, António Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coord. António Menezes Cordeiro, 2.^a Ed. (revista e atualizada), Almedina, 2012.

CUERVO, Álvaro, *La Privatization de la Empresa Pública*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1997.

CUERVO-CAZURRA, *Governments as Owners: State-owned Multinational Companies*, *Journal of International Business Studies*, 45, 2014.

D'ALTE, Sofia Tomé - *A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*. Almedina, 2007;

DUGUIT, Léon - *Traité de Droit Constitutionnel – La Théorie General de L'Etat*, 2.^a ed., Vol. II, Paris, 1923.

ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga para o Direito Privado*, (2.^a Reimpressão) Almedina, Coimbra, 2009.

FERREIRA, Eduardo Paz:

- “*Editorial*”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, Coimbra: Almedina, 2011;

- *Aspetos gerais do Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, in *Estudos sobre o Sector Empresarial do Estado*, Almedina, 2000;

- *Do mito do Sector Empresarial do Estado ao mito das Privatizações*, in *Revista da Banca*, n.º 9, Janeiro-Março de 1989.

FERREIRA, Eduardo Paz/ A. Perestrelo de Oliveira/ M. Sousa Ferro, “*O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013*”, RDS, 2013.

FERREIRA, Eduardo Paz / Cabo, Sérgio Gonçalves do, *A Regra da Unidade de Tesouraria e a Boa Gestão Financeira do Sector Público*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Coimbra, 2012, p.649-690.

FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Almedina, 2005.

FRANCO, A.L. Sousa - *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, Almedina, 1997.

FRANCO, Sousa, Guilherme de Oliveira Martins, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Almedina, Coimbra, 1993.

FREITAS, Pedro Caridade de - *Portugal e o Ius Publicum Europaeum: O reposicionamento de Portugal face ao Direito Internacional Público na segunda metade do Século XIX*, Universalidade de Lisboa- Faculdade de Direito, 2009;

GALGANO, Francesco:

- *Historia do Direito Comercial*, Tradução de João Espírito Santo, Lisboa: Editores, 1990;

- *La società per azioni in mano pubblica*, in *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’Economia*, vol II, 2.^a edição, Cedam – Padova, 1989.

GIANNINI, Massimo Severo, *Actividades Económicas Públicas y Formas Jurídicas Privadas*, in *La Empresa Pública*, Studia Albortiana, Real Colégio de Espanha, Madrid, 1970.

GOMES, Nuno Sá - *Notas sobre a função e regime jurídico das pessoas colectivas públicas de direito privado*, in *cadernos de ciência e técnica fiscal* (153), Centro de Estudos Fiscais, Lisboa 1987;

GONÇALVES, Pedro:

- “*Natureza jurídica das sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos - Acórdão do STA de 20.5.2010, P. 1113/09*” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 84, novembro/dezembro de 2010, p. 14-31;

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Reimpressão da edição de outubro/2005, Coimbra, Almedina, setembro 2008.

JELLINEK, Georg - *Teoria General del Estado*, traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Rios, Editorial Albatros Buenos Aires, 1981.

KELSEN, Hans - *General Theory of Law and State*, traduzido por Anders Wedberg, The 20th Century Legal Philosophy Series: Vol I, Nova York, 1945.

LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes in *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.^a Ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de la Constitución*, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

MANNING, D. J., *Liberalism*, reimpressão, J. M. Dent & Sons Lda., London, Melbourne e Toronto, 1982.

MILHAUPT, Curtis J. & PARGENDLER, Mariana, *Governance Challenges of Listed State Owned Enterprises around the World: National Experiences and a Framework for Reform*, Working Paper N° 352/2017, april 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2942193.

Ministério das Finanças, *Livro Branco do Setor Empresarial do Estado*, redigido pelo Grupo de Trabalho Interministerial para a Análise e Avaliação da Situação e das Perspetivas de Evolução do Setor Empresarial do Estado, 1998.

MIRANDA, Jorge:

- *Manual de Direito Constitucional*, Vol II, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Atividade Constitucional do Estado, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

MOORE, Mark, *Public Value as The Focus of Strategy*, in Australian Journal of Public Administration, Vol. 53, n.º 3, September 1994, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8500.1994.tb01467.x>.

MORAIS, Luis, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos – Novas Perspetivas*, Coimbra, Almedina, 1993

NUNES, R., BRANDÃO, C. REGO G., *Public accountability and sunshine healthcare regulation*. Health Care Analysis, 19, 2011.

OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD, 2015 Edition, disponível em <http://www.oecd.org/corporate/guidelines-corporate-governance-soes.htm>.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *in Direito Administrativo*, Vol I (2.^a reimpressão) Almedina, Coimbra, 1984.

OTERO, Paulo:

- *Da criação de sociedades comerciais por decreto-lei*, in Separata de Estudos em Homenagem ao Prof.º Doutor Raúl Ventura, Edição da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora, 2003;

- *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Setor Público*, Coimbra Editora, 1999;

- *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998;

- *O Poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático Constitucional*, II, Lex, Lisboa, 1995.

QUEIRÓ, Afonso, *Os fins do Estado: Um problema de Filosofia Política*, 1938 (Sep. do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XV.

RAPOSO, Amável, *O controlo de dinheiros públicos numa administração em mudança*, in Revista do Tribunal de Contas n.º 40, julho-dezembro 2003.

REIGADA, António Troncoso in *Privatizações, Empresa Pública e Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

RENTSCH, C. & FINGER, M., *Yes, No, Maybe: The ambiguous Relationships between State-Owned Enterprises and the state*, Annals of Public and Cooperative Economics, 86, 2015.

RODRIGUES, Nuno Cunha, “*Golden-shares*” – *As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

RUIZ, Encarnación García, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006.

SILVA, João Calvão da, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse económico geral*, Coimbra, Almedina, 2008.

SILVA, Rui Pereira, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, artigo 83.º “Responsabilidade solidária do sócio”, IDET, Almedina, 2013.

SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996.

SILVEIRO, Fernando Xarepe, *O Tribunal de Contas, as sociedades comerciais e os dinheiros públicos – contributo para o estudo da atividade de controlo financeiro*, Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de:

- *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1999;

- *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006.