



A fonte de vinculação do gestor público no direito português: contributo histórico-jurídico para a sua definição

Dissertação

de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

[História do Direito]

sob orientação do Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto

16 de maio de 2024

Gonçalo Ferreira Gomes Margalho Carrilho

n.º 17298

À Rita.

“Criado um serviço público, cumpre ao Estado assegurar-lhe meios de regular exploração. Duas formas, fundamentalmente, teem surgido para a assegurar: ou éle procura os meios de por si manter a directa exploração do serviço que de ora àvante há de gerir, – ou recorre à iniciativa particular, que assim se vê chamada a colaborar com as administrações.”

João Maria Tello de Magalhães Collaço¹

¹ João Maria Tello de Magalhães Collaço, *Concessões de serviços públicos (sua natureza jurídica)*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 1928, p. 73.

RESUMO

O presente trabalho analisa o estatuto jurídico do gestor público no direito português e a sua evolução no período temporal delimitado dos últimos 50 anos. É analisado o vínculo jurídico do gestor público, o seu recorte e natureza jurídica, tendo em consideração a evolução do papel do Estado, o reposicionamento do Direito Administrativo e o cruzamento entre o direito público e o direito privado. É identificado o eixo de vinculação do gestor público, pela análise exaustiva dos princípios e normas aplicáveis, de direito público e direito privado. O trabalho debruça-se ainda sobre a relação do Estado e do gestor público, ao nível da orientação, autonomia e controlo do gestor, dentro do quadro jurídico-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

• gestor público • estatuto • empresa pública • gestão pública • vínculo jurídico

ABSTRACT

This thesis analyses the legal status of the public manager in portuguese law and its evolution over the last 50 years. The legal relationship of the public manager is examined, as well as its scope and legal nature, taking into account the evolution of the role of the state, the repositioning of administrative law and the intersection between public and private law. The obligations and duties under which the public manager is bound are identified, through an exhaustive analysis of the applicable principles and rules of public and private law. The thesis also examines the relationship between the state and the public manager, in terms of the manager's orientation, autonomy and control, within the legal and constitutional framework.

KEY WORDS

• public manager • legal status • state-owned company • public management • legal connection

ABREVIATURAS

AAFDDL – ASSOCIAÇÃO ACADÉMICA DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

ADC – AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

ANA – AEROPORTOS DE PORTUGAL

ANAC – AUTORIDADE NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

BFDUC – BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

BMJ – BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CCP – CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

CEE – COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA

CGD – CAIXA GERAL DE DEPÓSITOS, S.A.

CMVM – COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

CP – COMBOIOS DE PORTUGAL, E.P.E.

CPA – CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

CRESAP – COMISSÃO DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CRP – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

CSC – CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

CSR – CORPORATE SOCIAL RESPONSABILITY

CTT – CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.

DGAEP – DIREÇÃO-GERAL DA ADMINISTRAÇÃO E DO EMPREGO PÚBLICO

DGTF – DIREÇÃO-GERAL DO TESOURO E FINANÇAS

DL – DECRETO-LEI

EDP – ENERGIAS DE PORTUGAL, S.A.

EGP – ESTATUTO DO GESTOR PÚBLICO

EPAL – EMPRESA PORTUGUESA DE ÁGUAS LIVRES, S.A.

EPE – ENTIDADE PÚBLICA EMPRESARIAL

EPUL – EMPRESA PÚBLICA DE URBANIZAÇÃO DE LISBOA

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

ESG – ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND CORPORATE GOVERNANCE

ESPAP – ENTIDADE DE SERVIÇOS PARTILHADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

IAPMEI – AGÊNCIA PARA A COMPETITIVIDADE E INOVAÇÃO, I.P.

IFAP – INSTITUTO DE FINANCIAMENTO DA AGRICULTURA E PESCAS, I.P.

IGCP – AGÊNCIA DE GESTÃO DA TESOURARIA E DA DÍVIDA PÚBLICA, EPE

IHRU – INSTITUTO DA HABITAÇÃO E DA REABILITAÇÃO URBANA, I.P.

IPCG – INSTITUTO PORTUGUÊS DE CORPORATE GOVERNANCE

INA – INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO

IP – INSTITUTO PÚBLICO

IPE – INSTITUTO DE PARTICIPAÇÕES DO ESTADO

LADA – LEI DE ACESSO AOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO

REN – REDE ENERGÉTICAS NACIONAIS, SGPS, S.A.

RFDUL – REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

RJSPE – REGIME JURÍDICO DO SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

RRCECE – REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

RTP – RÁDIO E TELEVISÃO DE PORTUGAL

SA – SOCIEDADE ANÓNIMA

SGPS – SOCIEDADE GESTORA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

SNS – SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE

SPMS – SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

STA – SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

SUCH – SERVIÇO DE UTILIZAÇÃO COMUM DOS HOSPITAIS

TAP – TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES

TC – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TJUE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

UE – UNIÃO EUROPEIA

UTAM – UNIDADE TÉCNICA DE ACOMPANHAMENTO E MONITORIZAÇÃO DO SETOR PÚBLICO EMPRESARIAL

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho não teria sido possível sem o apoio direto ou indireto daqueles que aqui merecem referência.

A família, pai, mãe, Mariana, Henrique, na qual tive a sorte de nascer e crescer, que me proporcionou desde cedo condições ímpares para a minha formação pessoal e intelectual, nomeadamente tempo para ler, estudar, aprender, descansar. E a Rita, a quem, naturalmente, dedico este trabalho, minha companheira de viagem, garante do equilíbrio do nosso núcleo duro – enriquecido pela energia e alegria contagiantes da Maria Clara e da Maria Teresa –, gestora das ausências, seja para este escrito, seja para a docência ou para as restantes atividades profissionais. Na memória, os meus avós, hoje “*Uma pequenina luz bruxuleante e muda/como a exactidão como a firmeza/ como a justiça./ Apenas como elas./ Mas brilha./ Não na distância. Aqui/ no meio de nós./ Brilha.*” (Jorge de Sena, *Uma pequenina luz*)

Agradeço ao António Queiroz Martins, brilhante advogado e, sobretudo, um amigo certo, nomeadamente nos momentos finais e formais antes da entrega deste texto.

No plano académico, é devida uma palavra especial ao Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz, orientador e amigo, que me desafiou a regressar à Faculdade de Direito, depois de alguns anos de distanciamento, para o Grupo de Ciências Histórico-Jurídicas, agora sob o leme do Prof. Doutor Pedro Barbas Homem, com quem também tive a sorte de colaborar. Também agradeço ao Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes, incentivador persistente da minha transição pacífica do grupo de histórico-jurídicas para o grupo de jurídico-políticas, o qual me acolheu e proporcionou sempre as melhores condições de docência na Faculdade de Direito. E à Prof. Doutora Maria João Estorninho, Presidente do Grupo que hoje integro, que procurou equilibrar a distribuição de serviço docente, para assegurar o necessário tempo para a conclusão do presente trabalho.

As pistas de reflexão para este escrito foram lançadas durante a fase curricular do mestrado, pelo Prof. Doutor Duarte Nogueira, nas aulas de História do Direito, pelo Prof. Doutor Paulo Otero, nas aulas de Direito Administrativo, mas igualmente pelo Prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves, da Universidade de Coimbra, exemplo de disponibilidade permanente e estímulo aos mais jovens e pelo Prof. Doutor Domingos Soares Farinho, reconhecido jurista, dotado de um indispensável bom-senso de análise na salutar troca de ideias.

Aos colegas e amigos que gastaram o seu precioso e escasso tempo com a leitura parcial deste trabalho – Francisco de Abreu Duarte, Marco Caldeira e Mariana Melo Egídio – é devida uma palavra de gratidão.

A consulta da bibliografia citada não teria sido possível sem o apoio do pessoal da Biblioteca da Presidência do Conselho de Ministros.

I. INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem por título “*A fonte de vinculação do gestor público no direito português: contributo histórico-jurídico para a sua definição*” e destina-se a ser apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo em vista a conclusão do 2.º ciclo de estudos em Direito, o mestrado em direito e ciência jurídica.

A redação da dissertação tem em conta os constrangimentos próprios do ensino pós-Bolonha razão pela qual se procura cumprir as regras vigentes, constantes do Regulamento do Mestrado e do Doutoramento da Escola.

No que respeita ao tema, o interesse do autor destas linhas pelo mesmo resulta de uma reflexão que, no âmbito da atividade profissional, vem fazendo a propósito das dificuldades práticas que certos regimes jurídicos colocam, face aos cruzamentos e tensões entre o Direito Público e o Direito Privado, relativamente aos quais jurista se vê obrigado a refletir – não apenas *de jure constituto* mas também *de jure constituendo* – sem perder de vista o quadro jurídico-constitucional norteador.

A reflexão empreendida não pode deixar de ser histórico-jurídica: não estamos perante um admirável mundo novo nas questões que colocamos, mas perante um fenómeno evolutivo ao nível das fontes de direito, *maxime* da lei, em razão de factos e acontecimentos pretéritos, determinantes para a ordem jurídica passada e antecipatórios do direito vigente. Por isso, a investigação levada a cabo centrou-se nas fontes do direito e na tentativa de compreensão da evolução das regras jurídicas reguladoras da empresa pública e do quadro estatutário do gestor público, portanto o fenómeno evolutivo das fontes².

Tal fenómeno não pode também deixar de ser compreendido no âmbito da evolução do papel do Estado, na sua fase interventiva, nomeadamente pelo instituto da nacionalização, assumindo a face de empresário. E, mais tarde, de privatização, com inerente jusprivatização do Direito Público, seja na remissão para o Direito Privado enquanto direito a aplicar pela Administração, seja na adoção de soluções de aplicação simultânea de regras de Direito Privado e de Direito Público ou em resultado da privatização das formas organizativas da Administração.

² Na linha de Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português, fontes de direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 6.ª edição, 2016, p. 31.

Assim, nesta dissertação trataremos de analisar a evolução do estatuto jurídico do gestor público, em especial aquando da sua autonomia dogmática no século XX, para compreender o fenómeno jurídico que é a *fons et origo* da vinculação do gestor público no Direito Português. Nesse contexto procuraremos discutir e analisar, numa lógica evolutiva das fontes, o vínculo jurídico do gestor público e o seu eixo de vinculação, bem como o quadro regulador do seu estatuto, através da presença e cruzamento constante de regimes próprios do direito público do direito privado.

O estudo sobre o vínculo *strictu sensu* é indissociável de outros, que lhe estão ínsitos, como sejam (i) os instrumentos de vinculação do gestor público; (ii) o governo da empresa pública; (iii) a relação entre o Estado e o gestor público.

A presente dissertação não pretende esgotar o tema. Primeiro, porque o autor encara quaisquer trabalhos académicos da sua autoria como um contributo para o estudo de um determinado tema, se possível como um incentivo a que outros a ele se dediquem. Segundo, porque o Direito enquanto ordem normativa ou enquanto ciência não se compadece com uma visão estática do conhecimento. Terceiro porque o tema aqui estudado sugere uma investigação mais aprofundada sobre o Estado como empresário³, que problematize a ação do Estado nas empresas públicas, não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas também económico-financeiro.

³ Na Alemanha, Stefan Storr, *Der Staat als Unternehmer, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Jus Publicum* 78, Mohr Siebeck, 2001.

II. METODOLOGIA E SEQUÊNCIA

O objeto deste trabalho é o estudo histórico-jurídico do vínculo e do eixo de vinculação do gestor público no direito português, à luz das fontes. Naturalmente que o tema sob análise se interliga com a história do Estado, sobre o qual está produzida e publicada relevante obra em Portugal⁴.

Mas atento o recorte do objeto, é aqui exclusivamente analisado o efeito da evolução do papel do Estado Social para o Estado Regulador⁵, de uma génese interventiva, para um “amarelecimento do papel do Estado”⁶, feitos esses no que respeita às empresas públicas e especificamente ao vínculo do gestor público.

O objeto do estudo reconduziu-nos primariamente às fontes e, nestas a lei, mas também às instituições, como o Governo e a empresa pública, nas suas vestes de direito público e de direito privado. E nas situações e relações jurídicas que daí emergem.

Procurou-se compreender a história e o direito passado, num limite temporal delimitado e que é sobretudo, no caso português, o dos últimos 50 anos, tentando reconstruir esse direito passado nas épocas em que vigorou e na leitura que dele era feita. Mas sem descurar depois a ordem jurídica em vigor, através de um método dogmático, uma vez que essa ordem é tributária de um direito passado, que já não vigora e é história⁷.

No plano das fontes, o texto está sequencialmente organizado através de uma exposição cronológica, com recurso ao estudo das fontes, com o apoio da doutrina e da jurisprudência, do direito comparado e da doutrina estrangeira. Mesmo no estudo do direito vigente, recorre-

⁴ A título meramente exemplificativo, Martim de Albuquerque, *História das instituições – relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 25, 1984, pp. 101-192; António Manuel Hespanha, *História das instituições – épocas medieval e moderna*, Almedina, 1982; Rui Figueiredo Marcos, *História da Administração Pública*, Almedina, 2016.; António Pedro Barbas Homem, *O espírito das instituições – um estudo de história do Estado*, Almedina, 2006; Isabel Graes, *O poder e a Justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014.

⁵ Com muito interesse, João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra, 2010, pp. 16 e ss.

⁶ Expressão de Rui Figueiredo Marcos, *História...*, p. 379.

⁷ Para uma crítica e síntese da discussão em torno da metodologia da História do Direito, Carlos Sardinha, *História do Direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica.*, in: Direito e Justiça (vol. Especial – 2015): Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo Lobo Xavier, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 411-445

se diversas vezes aos elementos históricos, para efeitos comparativos das soluções alcançadas em diferentes momentos da história.

O trabalho realizado é, em certa medida, ambicioso na parte em que se debruça sobre o direito vigente, dado que procura identificar fragilidades e contradições, mas, com atrevimento, apresentar também modelos e soluções alternativos. É porventura igualmente o resultado de uma experiência académica entre as ciências histórico-jurídicas e as ciências jurídico-políticas.

Assim, o estudo inicia-se com uma análise do período histórico delimitado, seguido para uma exposição sobre a evolução da posição do Estado, da Administração e do Direito Administrativo. Aí procuramos enquadrar a evolução do estatuto jurídico do gestor público, em busca de uma definição de gestor público. Numa segunda parte, analisou-se exaustivamente o eixo de vinculação do gestor público, ao nível do direito público, na medida em que é aí que o seu estatuto jurídico é distinto de um administrador/gestor privado. Finalmente, problematizou-se sobre a relação entre o Estado e o gestor público, suas formas e efeitos jurídicos.

III. O GESTOR PÚBLICO

3.1 Ponto prévio: delimitação do período histórico sob análise

A metodologia adotada neste trabalho reflete-se no período histórico-jurídico definido como objeto de análise.

Com efeito, pretendendo-se analisar a fonte e origem do vínculo e o eixo de vinculação do gestor público, cuja autonomia dogmática sobressai no contexto jurídico-político posterior ao 25 de abril, numa primeira fase, e de privatizações, numa segunda fase, naturalmente que o período histórico abrangido pela análise será esse.

Não se descarta que, num passado mais distante, se identificam figuras eventualmente próximas de empresa pública e gestor público, mas sem preencher a noção de empresa pública em sentido próprio⁸.

Desde logo, numa abordagem mais distante, já no Direito Romano se identificam referências a esquemas colaborativos através das chamadas *societas publicanorum*⁹.

Ou, muito mais tarde, a empresas conformadas pelo direito público, como as companhias pombalinas¹⁰ e, em menor grau, as companhias majestáticas¹¹, no fundo enquanto formas pioneiras do exercício privado de funções próprias do direito público¹².

No caso das companhias pombalinas, com assunção do controlo pleno pelo monarca, com um projeto político claro e de domínio, até sobre os administradores, esvaziados de autonomia¹³. E, para RUI FIGUEIREDO MARCOS, integradas na órbita pública. Por isso, aí de modo distinto do que havia formalmente sucedido nas companhias do século XVII, como a

⁸ António Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, vol. I, AAFDL, 1994, p. 240.

⁹ Para uma síntese, Rui Figueiredo Marcos, *As companhias pombalinas – contributo para a história das sociedades por ações em Portugal*, Almedina, 1997, pp. 15 e ss.

¹⁰ *Idem*. E também António Carreira, *As companhias pombalinas de Grão-Pará e Maranhão e Pernambuco e Paraíba*, Editorial Presença, 1982.

¹¹ Sobre o tema, Rui Guerra da Fonseca, *Autonomia estatutária das empresas públicas e descentralização administrativa*, Almedina, 2005, pp. 20 e ss.

¹² Paulo Otero, *Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública*, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo, Coimbra Editora, 2001, pp. 32 e ss.

¹³ Rui Figueiredo Marcos, *As companhias...*, pp. 105 e ss.

Companhia da Índia Oriental, em que o monarca, pelo menos em tese, se sujeitava à regulação societária comum¹⁴.

No caso das companhias majestáticas, enquanto pessoas coletivas privadas, mas dotadas de poderes públicos, criadas com finalidades de salvaguarda territorial nos territórios ultramarinos, à semelhança do que havia sido feito por outras potências europeias.

No século XX, são vistos como precursores de uma atividade empresarial pública os serviços municipalizados criados pelo Código Administrativo de 1936-40¹⁵.

Contudo, tipicamente o agir mais próximo da ideia de empresa com intervenção pública centrou-se em concessões, serviços públicos personalizados e organismos de coordenação económica, cujas normas estatutárias foram definidas pelo Decreto-Lei n.º 26 757, de 8 de julho e que correspondiam a (i) comissões reguladoras, (ii) juntas nacionais e (iii) institutos¹⁶, vindo a ser objeto de uma reforma, através do Decreto-Lei n.º 283/72, de 11 de agosto e Decretos-Leis n.º 426/72 e n.º 430/72, ambos de 30 de outubro. Essa reforma resultou na incorporação em novos institutos de diversas comissões reguladoras e juntas nacionais¹⁷.

Antes já havia surgido a Administração-Geral do Álcool, com personalidade jurídica de direito público, criada em 1966 e os Telefones de Lisboa e Porto, em 1967, após o termo de uma concessão a empresa sociedade privada inglesa¹⁸.

Na verdade, as décadas de 60 e 70 foram mais ricas na criação de empresas públicas, como a Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência¹⁹ e os estabelecimentos militares de âmbito fabril, a maior parte dos quais hoje já extintos²⁰, mas também as empresas portuárias e aeroportuária, para gestão, respetivamente, dos portos de Lisboa, Douro e Leixões, bem

¹⁴ Rui Guerra da Fonseca, *Autonomia...*, p. 28.

¹⁵ Diogo Freitas do Amaral, *As modernas empresas públicas portuguesas*, Lisboa, 1971 (conferência proferida em 28 de novembro de 1971), pp. 15-16.

¹⁶ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 10.ª edição, 1984, pp. 373 e ss.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Sobre o tema, Diogo Freitas do Amaral, *As modernas...*, p. 17.

¹⁹ Decreto-Lei n.º 48 953, de 5 de abril de 1969.

²⁰ A título de exemplo, Fábrica do Braço de Prata, Fábrica Nacional de Munições e Armas Ligeiras, Manutenção Militar, Oficinas Gerais de Material de Engenharia, Oficinas Gerais de Fardamento e Equipamento, Oficinas Gerais de Material Aeronáutico (*cf.* Marcello Caetano, *Manual...*, pp. 378-379).

como do aeroporto de Lisboa. Mais tarde, a igualmente conhecida Empresa Pública de Urbanização de Lisboa (“EPUL”), pelo Decreto-Lei n.º 613/71, de 31 de dezembro) e a Imprensa Nacional Casa da Moeda, pelo Decreto-Lei n.º 225/72, de 4 de junho.

Por isso, sob o ponto de vista teórico, a doutrina debatia já nesta fase a noção de empresa pública. Não propriamente quanto às sociedades com exclusivo capital público, mas quanto às sociedades mistas, com capitais públicos e privados, com MARCELLO CAETANO a adiantar então que o cariz público advinha do domínio do setor público²¹.

E FREITAS DO AMARAL a sintetizar com clareza e uma certa visão de futuro a tendência de a doutrina valorar o controlo da empresa, mais do que a detenção da maioria do capital, sem aderência nos textos legais, que optavam pela qualificação como *empresas de interesse coletivo*²². Também notando que no direito das sociedades – à data no Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de novembro de 1969 – as relações de domínio assentavam na maioria dos votos na assembleia-geral ou influência dominante, de génese contratual. Como veremos, noções recuperadas pelo nosso direito administrativo posterior, em matéria de regulação do setor público empresarial, sob influência do direito da união europeia.

De qualquer modo, é da transição de uma visão de Estado liberal oitocentista, para uma visão de Estado Social, com um papel interventivo, prestador e até de empresário, ator económico e na atividade empresarial, com o surgimento vincado de setor público empresarial. Esta forma de intervenção e de atuação do Estado enquanto empresário tem a sua génese nas nacionalizações, no caso de França na fase posterior à II Guerra Mundial e, no caso português, bastante mais tarde, após o 25 de abril de 1974.

Por isso se delimitou o período sob análise a essa fase. É que apesar do interesse e curiosidade que suscitam para a investigação, não são “geneticamente” relevantes para a perceção do estatuto jurídico, do vínculo e do eixo de vinculação do gestor público. A organização jurídico-política mudou, o quadro constitucional mudou, o paradigma jurídico-administrativo é outro, a ação empresarial do Estado reposicionou-se, aliás com assinalável velocidade. Logo a partir dos anos 80 do século XX com uma viragem radical, em defesa das

²¹ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 10.ª edição, 1984, p. 1099.

²² Diogo Freitas do Amaral, *As modernas...*, pp. 22-23. Para uma síntese, Rui Guerra da Fonseca, *Autonomia...*, pp. 49 e ss.

privatizações, nos Governos de Cavaco Silva, porventura com uma certa influência da visão de Estado de Margaret Thatcher.

A génese desta última viragem, que é de chamada *crise do Estado Social*, que não terá uma única causa²³, mas causas concorrentes, de âmbito demográfico, económico, fiscal, às quais se procurou responder com diminuição de pessoal do Estado ou privatizações.

3.2 O gestor público no advento de um setor público empresarial: evolução histórica de estatuto jurídico

3.2.1 Quadro de referência histórico-jurídica

O quadro jurídico da década de 70 do século XX, nomeadamente o que respeita às empresas públicas e ao gestor público, deve analisar-se tendo em conta, por um lado, uma alteração de regime a partir de 25 de abril de 1974 e, além do mais, o processo de nacionalizações resultante, ou pelo menos potenciado, pelo sucedido em 11 de março de 1975²⁴.

Com efeito, do programa do MFA propriamente dito apenas resultava a adoção de uma “estratégia antimonopolista” (*cf.* n.º 6-a) das medidas de curto prazo), cuja concretização imediata se traduziu na nacionalização dos bancos emissores, determinada pelo Decreto-Lei n.º 203/74, de 15 de maio (aprovou o programa do Governo Provisório e respetiva orgânica),

²³ Sérvulo Correia, *O Direito Administrativo atual: traços identitários*, in *Escritos de Direito Público*, vol. I, Almedina, 2019, p. 223. Com uma outra abordagem, autonomizando uma nova crise e questionando a centralidade da lei na teoria das fontes para alcançar o fim da justiça, Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 62, Nº. 1, 1, 2021, págs. 185-208

²⁴ Sobre o facto, *vide* nomeadamente Relatório Preliminar do 11 de Março, Lisboa, Movimento das Forças Armadas, 1975; ou Jaime Nogueira Pinto/ Guilherme Alpoim Calvão, *O 11 de Março – Peças de um processo*, Lisboa, Futuro Presente, 1995; José Medeiros Ferreira, *Ensaio Histórico sobre a Revolução do 25 de Abril: o período pré-constitucional*. Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1983. Sobre o percurso do Marechal Spínola no pós-25 de abril, Francisco Bairrão Ruivo, *Spínola e a revolução, do 25 de abril ao 11 de março de 1975*, Bertrand Editora, 2015. Em geral sobre o ano de 1975, entre vários, António Luís Marinho/Mário Carneiro, *1975 - O Ano que Terminou em Novembro*, Círculo Leitores, 2015. Entre outros, sobre a consolidação democrática pelo 25 de novembro, António Barreto/Vasco Rocha Vieira, *o 25 de novembro e a democratização portuguesa*, Gradiva, 2016.

que se veio a concretizar²⁵ através dos Decreto-Lei n.º 450/74 (nacionalização do Banco de Angola); Decreto-Lei n.º 451/74 (nacionalização do Banco Nacional Ultramarino) e Decreto-Lei n.º 452/74 (nacionalização do Banco de Portugal). Sendo apenas de registar, ainda no ano de 1974 a constituição de uma conhecida empresa – a EPAL – pela circunstância de verificado o termo da concessão do serviço público do abastecimento de água outorgado pelo Estado à Companhia das Águas de Lisboa, S.A.R.L.²⁶.

Na sequência do fracasso do 11 de março, e no contexto do PREC, foram imediatamente adotadas medidas nacionalização de setores básicos da economia, sustentadas designadamente na “*necessidade de concretizar uma política económica antimonopolista que sirva as classes trabalhadoras e as camadas mais desfavorecidas da população portuguesa*” e tendo em conta “*que os recentes acontecimentos de 11 de Março vieram pôr em evidência os perigos que para os superiores interesses da Revolução existem se não forem tomadas medidas imediatas no campo do contróle efectivo do poder económico*”²⁷. Trata-se de um período muito conturbado da história recente, por alguns qualificado de ditadura do Conselho da Revolução, assente numa visão marxista²⁸ e numa certa *crença* nas vantagens do dirigismo económico do Estado, à direita e à esquerda, inclusivamente pelo peso dessa visão ainda no Estado Novo²⁹.

Assim, através de um conjunto vasto de diplomas foram objeto de nacionalização vários setores (banca, seguros, petróleo, cimentos, comunicação social, transportes, indústria química, tabacos, construção naval), incluindo não apenas empresas-chave da economia, mas igualmente as detidas por estas. Ficaram excluídas deste processo empresas de menor dimensão, mas também empresas estrangeiras ou parte do capital de empresas detido por

²⁵ No uso das competências previstas no art.º 16.º da Lei Constitucional n.º 3/74, de 14 de Maio (Define a estrutura constitucional transitória que regerá a organização política do País até à entrada em vigor da nova Constituição Política da República Portuguesa)

²⁶ Cfr. Decreto-Lei n.º 553-A/74 de 30 de Outubro, segundo o qual é criada a EPAL enquanto pessoa coletiva de direito público, *dotada de autonomia administrativa e financeira e património próprio, que se administrará livremente, sem prejuízo de tutela do Governo, nos termos que forem estatutariamente fixados.*

²⁷ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 132-A/75, de 14 de Março (Nacionaliza todas as instituições de crédito com sede no continente e ilhas adjacentes, com exceção do Crédit Franco-Portugais, dos departamentos portugueses do Bank of London & South America e do Banco do Brasil, das caixas económicas e das caixas de crédito agrícola mútuo)

²⁸ José de Melo Alexandrino, *Lições de Direito Constitucional*, vol. II, AAFDL, 3.ª ed., 2018, p. 46.

²⁹ José Barreto, *As nacionalizações e a oposição ao Estado Novo*, *Análise Social*, nº 151-152 (2000), pp. 509-554.

estrangeiros³⁰, ao contrário que havia sucedido por exemplo no Chile, precisamente na década de 70, quanto às multinacionais³¹.

De qualquer modo, o processo de nacionalizações teve por efeito a nacionalização mais de duas centenas de empresas e a intervenção na gestão de muitas outras³², o que resultou num crescimento exponencial do setor empresarial do Estado e no inerente surgimento de um quadro jurídico regulador da matéria, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril³³, ainda sem um quadro constitucional definido.

Tal diploma afirmava-se como uma solução inovadora, distinta das encontradas na Europa Ocidental e na Europa de Leste, criticando aquelas por relegarem normas estatutárias dispersas a regulação das empresas do Estado e estas por serem excessivamente rígidas na fixação do quadro normativo das empresas públicas. A solução foi, assim, o meio-termo, *i.e.* nas palavras do legislador, definir “*uma moldura dentro da qual se admite a diferenciação desses estatutos, em ordem a permitir a sua adaptação às características da actividade de cada empresa*”.

Na verdade, foi inovadora a criação da figura da empresa pública, com personalidade jurídica de direito público³⁴, que, força dos tempos, tornava muito limitada a hipótese de recurso a

³⁰ A título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 135-A/75, de 15 de Março nacionaliza todas as companhias de seguros com sede no continente e ilhas adjacentes, com exceção das Companhias de Seguros Europeia, Metrópole, Portugal, Portugal Previdente, A Social, Sociedade Portuguesa de Seguros e O Trabalho, dada a significativa participação de companhias de seguros estrangeiras no seu capital, das agências das companhias de seguros estrangeiras autorizadas para o exercício da atividade de seguros em Portugal e das mútuas de seguros. *cfr.* António Gervário Lérias, *Evolução do sector empresarial do Estado*, in Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000, p. 27

³¹ Rui Ramos (coord.)/ Bernardo Vasconcelos e Sousa/ Nuno Gonçalo Monteiro, *História de Portugal, A revolução de 25 de abril e o PREC (1974-1976)*, Esfera dos Livros, 1.ª edição, 2009, p. 730.

³² *cfr.* António Gervário Lérias, *Evolução...*, Almedina, 2000, pp. 27-28

³³ Do mês seguinte é o Decreto-Lei n.º 422/76, de 29 de maio, relativo à intervenção do Estado na gestão de empresas privadas, a fim de evitar a sua dissolução ou falência, mas também por razões ditas de interesse nacional, elencadas no respetivo art.º 2.º.

³⁴ Miguel Assis Raimundo, *As empresas públicas nos tribunais administrativos, contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, 2007, p. 42 e Simões Patrício, *Bases gerais das empresas públicas (Dec.-Lei n.º 260/76 anotado e atualizado até Julho de 1987, AAFDL, 3.ª edição, 1991, p. 21)*

formas privadas de organização de empresas, *maxime* sociedades comerciais³⁵, pese embora o legislador preconizasse a aplicação do direito privado enquanto direito subsidiário regulador destas empresas, o que é compreensível no fenómeno ainda tímido de fuga ao Direito Administrativo, de que falaremos adiante, ou da ideia de que nacionalizar não é estatizar³⁶, mas que não deixava de ser equilibrado com a previsão de submissão de aspetos do seu funcionamento a um regime de direito público (no caso das empresas incumbidas da exploração de serviços públicos, atividades de defesa nacional ou atividade em situação de monopólio).

O quadro jurídico em causa era rígido, enquadrava a atividade das empresas no âmbito do planeamento económico³⁷ e impunha um apertado controlo às mesmas³⁸, que se veio a revelar impróprio para a regulação da atividade empresarial, razão pela qual se foi optando por recorrer a figuras jurídicas que escapavam ao respetivo âmbito de aplicação³⁹. No entanto, numa linha compromissória entre o dirigismo centralizado e a autonomia gestionária, pautada por contradições, o legislador afirmava-se defensor de uma responsabilização dos gestores e até, podemos afirmar, de alguma autonomia de gestão, com crítica preambular expressa à ingerência da tutela na função gestionária⁴⁰.

Da aplicação deste quadro normativo, extraem-se três conclusões. **Primeira**, as empresas ali enquadradas estavam sujeitas aos poderes jurídico-administrativos de superintendência e tutela⁴¹. **Segunda**, estiveram, sob o ponto de vista gestonário, dependentes dos ciclos

³⁵ Carlos Pinto Correia, *O novo regime do sector empresarial do Estado e o Direito Comunitário*, in Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000, p. 170.

³⁶ Jean Rivero, *Direito Administrativo*, Almedina, 1991, p. 545.

³⁷ *Cfr.* preâmbulo e art.º 1.º.

³⁸ Eduardo Paz Ferreira, *Direito da Economia*, AAFDL, 2001, p. 247.

³⁹ Eduardo Paz Ferreira, *Aspectos gerais do novo regime do sector empresarial do Estado*, in Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000, pp. 10-11. O recurso a sociedades de capitais públicos foi uma das fórmulas encontradas para escapar ao âmbito de aplicação do diploma (*cfr.* Miguel Assis Raimundo, *As empresas ...*, p. 42).

⁴⁰ Nesta linha, veio a ser aprovada uma alteração pelo Decreto-Lei n.º 519-S/79, de 28 de dezembro, prevendo que o presidente do conselho de gerência das empresas públicas podia opor o seu veto a quaisquer deliberações que entendesse contrárias à lei, aos estatutos, regulamentos internos da empresa, à política definida pela tutela ou aos legítimos interesses do Estado. Este veto tinha natureza suspensiva, pois considerava-se sem efeitos caso não fosse confirmado pelo ministro da tutela em 15 dias.

⁴¹ Traduzido nos artigos 12.º, 13.º ou 24.º do regime (*cfr.* António Pinto Duarte, *Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais*, in Estudos sobre o novo regime do

políticos e das políticas governamentais intervencionistas, levando à necessidade de reforços de capital, para cobertura de prejuízos ou investimentos⁴². **Terceira**, os termos em que foi concebido traduziram-se na opção pelas sociedades de capitais públicos excluídas do âmbito de aplicação do diploma⁴³.

Finalmente, se é verdade que o regime jurídico em causa, ínsito ao processo de nacionalizações, surge imediatamente antes da Constituição de 1976, esta não perturbou o espírito legiferante, porquanto previa expressamente **(i)** a apropriação coletiva dos meios de produção (art.º 80.º); **(ii)** a irreversibilidade das nacionalizações (art.º 83.º, n.º 1); **(iii)** a exceção da privatização das pequenas e médias empresas indiretamente nacionalizadas, fora dos sectores básicos da economia (art.º 83.º, n.º 2); **(iv)** a definição por ato legislativo dos sectores vedados à iniciativa privada (art.º 85.º, n.º 2). Esta última norma foi concretizada pela Lei n.º 46/77, de 8 de julho, que vedou diversos sectores de atividade à iniciativa privada, numa estratégia globalmente pensada para travar a reprivatização de empresas nacionalizadas e o ressurgimento do setor privado em áreas-chave da economia⁴⁴.

3.2.2 O gestor público: de 1976 a 1982

No plano que para este trabalho importa, o diploma de bases das empresas públicas remetia para lei especial a regulação das normas estatutárias aplicáveis aos membros dos órgãos de

sector empresarial do Estado (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000, p. 63; Miguel Assis Raimundo, *As empresas...*, p. 43; Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 2016, p. 349. Contra, Eduardo Paz Ferreira, *Aspectos...*, pp. 9-10).

⁴² Por essa razão, o Decreto-Lei n.º 25/79, de 19 de fevereiro, que alterou o DL n.º 260/76 consagrou um controlo mais apertado pelas Finanças, justificado nos seguintes termos: “[a] experiência até agora alcançada concluiu pela necessidade de esta intervenção tutelar ser também exercida pelo Ministério das Finanças e do Plano, dadas as incidências do comportamento das empresas públicas nas finanças do Estado, obrigado muitas vezes a cobrir os seus prejuízos ou a financiar parte substancial dos investimentos, conforme, aliás, foi reconhecido no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 260/76.”.

⁴³ Cfr. art.º 48.º.

⁴⁴ Na mesma linha, António Gervário Lérias, *Evolução...*, Almedina, 2000, p. 28.

administração das empresas públicas, de que veio a resultar o surgimento de estatuto do gestor público⁴⁵, que consagrou uma definição especialmente abrangente de gestor público⁴⁶.

Sob o ponto de vista da *formação* do vínculo o estatuto de 76 consagrava, a nosso ver, duas formas de vinculação: *i*) designação ou *ii*) contrato.

Relativamente a *i*) a designação traduzia-se:

- a. nas empresas públicas, através de deliberação do Conselho de Ministros, precedido de uma proposta do membro do governo da tutela, ouvido um conselho criado pelo diploma – o Conselho para a carreira do gestor público;
- b. nas empresas participadas, num ato da comissão de gestão da empresa participante, posteriormente, por alteração do decreto-lei, através da entidade incumbida da gestão das participações do Estado⁴⁷ e mais tarde, em nova alteração legislativa, por intervenção da entidade gestora das participações públicas, em assembleia geral⁴⁸ ou ainda por nomeação direta da entidade participante (se estatutariamente previsto)⁴⁹;

Na hipótese **a.** entendemos o ato em causa como um ato administrativo, emanado pelo Conselho de Ministros, através do qual se constituía o vínculo do gestor. Era

⁴⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 831/76, de 25 de novembro, posteriormente alterado pelos Decretos-Leis n.º 387/77, de 14 de setembro e n.º 51/79, de 22 de março.

⁴⁶ Segundo o art.º 1.º, “**1.** Consideram-se gestores públicos os indivíduos incumbidos, em representação do sector público, do desempenho de funções de administradores, gerentes, membros de conselhos de gerência ou de comissões administrativas, delegados do Governo ou de funções de natureza semelhante em empresas que, preenchendo os requisitos fixados no quadro I do anexo I deste diploma, revistam a natureza da empresa pública ou a ela equiparada, sejam objecto de intervenção do Estado ou tenham participação do sector público no respectivo capital ou o Governo tenha, pela lei ou pelos estatutos, a faculdade de designar administradores por parte do Estado. **2.** Os gestores públicos são considerados gestores públicos profissionais quando, tendo preenchido as condições previstas neste Estatuto, venham a celebrar o contrato referido no capítulo III.”.

⁴⁷ Alteração ao Estatuto do Gestor Público aprovada pelo Decreto-Lei n.º 151/77, de 14 de abril. Recorde-se que o Decreto-Lei 163-C/75, de 27 de Março criou o Instituto das Participações do Estado (IPE), cujo estatuto veio a ser aprovado pelo Decreto-Lei n.º 496/76, de 26 de Junho, com o objetivo de *superintender, orientar e coordenar as intervenções do Estado na gestão e fiscalização das empresas privadas em cujo capital social o sector público participasse, assegurando a subordinação dessas intervenções do planeamento e as políticas gerais e sectoriais do Governo.*

⁴⁸ Alteração aos Estatuto operada pelo Decreto-Lei n.º 51/79, de 22 de março.

⁴⁹ *Idem.*

também essa a leitura da Comissão Constitucional, no Parecer n.º 31/80, de 21 de outubro de 1980.

Já na hipótese **b.** a vinculação do gestor resultava, em regra, de uma deliberação, ato unilateral da empresa participante ou da gestora das participações públicas⁵⁰.

Esta posição em nada sai prejudicada pelo facto de o diploma se referir à existência de uma prestação de serviços da empresa com os gestores, a qual, como a letra confirma, é subsequente à designação e à posse e distinta do ato constitutivo que é a designação. Esta parecia também a linha de pensamento da Comissão Constitucional⁵¹, que identifica ainda um vínculo de base contratual posterior, entre o gestor e a empresa, na lógica dos tempos de então⁵².

A situação **ii)** – de um contrato – surgia pela circunstância de o estatuto contemplar uma categoria de gestores públicos, os *gestores públicos profissionais*, cujo vínculo se encontrava coberto por um contrato entre um determinado gestor e o IPE.

Ou seja, neste caso, o vínculo era de natureza contratual. Mas não de um contrato entre o gestor e a empresa: outrossim, um contrato entre o gestor e o IPE, a que se seguia um impropriamente designado pelo legislador de contrato de prestação de serviços⁵³ com a empresa.

De referir, com BRITO CORREIA que, apesar de positivada, a tese contratualista gestor/empresa qualificada como de prestação de serviços, não encontrava substrato, atenta a ausência de qualquer intervenção real das empresas na escolha dos gestores, de facto e de

⁵⁰ Podendo ainda ocorrer uma situação de requisição, ato unilateral sujeito a aceitação, nos termos do próprio regime.

⁵¹ Vide parecer da Comissão Constitucional n.º 31/80, de 31 de outubro de 1980, acessível no sítio do Tribunal Constitucional. O Conselho Consultivo da PGR considerava que o vínculo apresentava características contratuais (*cf.* parecer n.º 42/84, de 25 de julho), tal como certa jurisprudência, que apontava para um contrato de mandato oneroso (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-07-1987, proc. 0744699, relator José Domingues, disponível *in* www.dgsi.pt).

⁵² Estas ideias devem ser enquadradas numa certa visão comercialista, segundo a qual a administração de uma empresa tem na base um contrato de mandato ou um ato duplo (a nomeação, primeiro, e a celebração de um contrato, subsequentemente).

⁵³ Nesta linha, o *supra* mencionado parecer da Comissão Constitucional.

direito determinada pelo Estado⁵⁴ e, nessa medida, a falta dos elementos necessários à formação de um contrato, designadamente de prestação de serviços.

O regime estatutário dos gestores públicos veio a ser revisto em 1982, pelo Decreto-Lei n.º 464/82, de 9 de dezembro, subsequente ao processo de revisão constitucional. De notar que o processo de revisão constitucional de 1982 constituiu um primeiro passo, mas ainda não decisivo em matéria de alteração da constituição económica de 1976, em especial em matéria de setor público empresarial.

Com efeito, é certo que foram eliminados preceitos proclamatórios como a “criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras” no art.º 2.º ou o princípio de que a organização económica assenta no desenvolvimento das relações de produção socialistas, no art.º 80.º ou ainda a ideia de que o Plano visava a construção de uma economia socialista, no art.º 91.⁵⁵

No entanto, apesar da intensa discussão parlamentar, ficou adiada a revisão do art.º 83.º, que estabelecia a irreversibilidade das nacionalizações, destacando-se apenas, em matéria de empresas públicas, a sujeição a reserva relativa da competência legislativa parlamentar do estatuto das empresas públicas⁵⁶ e a consagração do dever de zelar pela eficiência do setor público⁵⁷.

O Estatuto do Gestor Público de 1982 foi um diploma *longevo*, manteve a sua vigência até 2007.

Sob o ponto de vista das linhas programáticas, afastava-se da ideia de uma carreira de gestor público e preconizava o recrutamento de gestores altamente qualificados, com uma missão estritamente definida em função de metas e resultados.

⁵⁴ Luís Brito Correia, *Os administradores das sociedades anónimas*, Almedina, 1993, p. 411.

⁵⁵ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª ed., pp. 208-209.

⁵⁶ A.L. Sousa Franco, *A revisão da Constituição económica*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982, pp. 634-635.

⁵⁷ Que leva Paulo Otero a concluir que daí pode “*extrair-se uma permissão constitucional para serem adoptadas formas jurídico-privadas de organização do sector empresarial do Estado, isto em perfeita concorrência com formas jurídico-públicas*” (Paulo Otero, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, p. 233).

O âmbito subjetivo integrava na categoria **(i)** os nomeados pelo Governo para os órgãos de gestão das empresas públicas ou **(ii)** os nomeados para os órgãos das empresas em que a lei ou os respetivos estatutos conferissem ao Estado essa faculdade. Encontrava-se expressamente excluído do âmbito subjetivo do diploma o vínculo de base eletiva *i.e.* os administradores eleitos pelo Estado, independentemente da percentagem de capital social detido pelo Estado⁵⁸, assim se identificando desde logo uma diferença face às normas de 1976, tal como os administradores nomeados por outra pessoa coletiva que não o Estado.

Relativamente à constituição do vínculo, o diploma estatuiu ainda que a nomeação do gestor público envolvia “*a atribuição de um mandato para o exercício das funções pelo prazo constante dos estatutos da empresa*”, remetendo subsidiariamente para o regime de direito civil do mandato, ao encontro de uma visão contratualista da relação jurídica dos gestores, mas assente num mandato entre o Estado e o gestor⁵⁹, o que se afigurava mais adequado, na medida em que a dita relação tem como seu primeiro ato a nomeação, imputável ao Estado e não à empresa. Ficava, assim, ultrapassada a estranha conceção do legislador de 1976, de uma relação de prestação de serviços entre os gestores públicos e as empresas.

Não deixamos ainda de reconhecer que o referido Estatuto de 1982 previa um ato de nomeação precedente – que podemos sem dificuldade considerar um ato administrativo⁶⁰ – mas que não constituía a origem do vínculo: esse ato atribuía um mandato, mas sujeito a aceitação para efeitos de constituição do vínculo obrigacional, na esteira do art.º 1157.º do Código Civil⁶¹.

⁵⁸ No mesmo sentido, Nuno Cunha Rodrigues, *Breves notas em torno do Estatuto do Gestor Público: a caminho do new public management*, in Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor Sousa Franco, Coimbra Editora, 2006, p. 394.

⁵⁹ Luís Brito Correia, *Os administradores...*, p. 411; Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico – a ordem económica portuguesa*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 1998, p. 228. Na jurisprudência, entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 06-10-2005, proc. 01256/02, relatora Angelina Domingues, disponível in www.dgsi.pt.

⁶⁰ Ou, em alternativa, sem prejudicar a ideia de fundo, uma proposta de contrato de Direito privado (sobre o tema, Paulo Otero, *Direito do procedimento administrativo*, vol. I, Almedina, 2016, p. 358).

⁶¹ De notar que o mandato se considerava aceite **(i)** pela tomada de posse ou **(ii)** através da celebração de um contrato formal de mandato para o exercício das funções de gestão, ou acordo de gestão, a celebrar entre o Estado e o gestor público (art.º 3.º, n.º 1 e n.º 2 do Estatuto).

O contrato de mandato em causa apresenta características próprias de um mandato de direito administrativo⁶², em especial pelo facto de os gestores abrangidos pelo estatuto de 1982 celebrarem um contrato com o Estado, ao abrigo do qual ficam sujeitos a orientações específicas da tutela, num quadro jurídico-administrativo e de exercício de uma função administrativa, e não exclusivamente no interesse da empresa como é apanágio das sociedades comerciais.

3.3 O caminho privatizador

Na conjuntura do pós-revolucionária e, sobretudo, no quadro do período de crescimento abrupto do setor público empresarial, as normas estatutárias de 1976 procuravam englobar no âmbito subjetivo da categoria de gestor público a generalidade daqueles que, nas empresas públicas, nas empresas equiparadas ou com intervenção ou participação do Estado, exercessem funções.

Essa perspetiva surge na fase subsequente à Revolução, em que, por razões ideológicas, sociais, económicas, vingaram as nacionalizações⁶³, o alargamento do setor público e uma visão intervencionista do Estado no domínio económico, fase esta pautada pela hostilidade ao capitalismo privado⁶⁴. Estão aí subjacentes objetivos sociais, prestacionais e distributivos, *a posteriori* proclamados no texto constitucional de 1976 (*Estado Social*).

O decurso do tempo e o curso das ideias levaram à mudança de paradigma, tanto mais que em matéria de empresas públicas se procurou escapar das malhas do regime que estabelecia as bases gerais do setor público, através das sociedades de capitais públicos e, no mesmo espírito, restringir a incidência do Estatuto de 1982, num fenómeno que na década de 80 do século XX foi mais amplo que a afamada fuga para o Direito Privado.

⁶² Pedro Costa Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, 2005, p. 656 e ss.

⁶³ Para uma explicação comparada das motivações dos processos de nacionalização, *vide* Pierangelo Toninelli, *From private to public to private again: a long term perspective on nationalization*, *Análise Social*, vol. XLIII (4.º), 2008, pp. 675 e ss.

⁶⁴ Como refere Jean Rivero, *Direito Administrativo*, Almedina, 1981, pp. 544-545.

Com efeito, as necessidades de receita por parte do Estado, num contexto ideológico dominante defensor da retirada do Estado de diversas áreas de atuação tradicional⁶⁵, acompanhado da integração na então CEE, foram determinantes para muitas das opções jurídico-políticas daquele período.

Genericamente, por cá e além-fronteiras as décadas de 80 e 90 revelaram-se períodos férteis em ideias de racionalidade e eficiência económico-financeira do setor público, de uma nova visão para a administração do setor público, “pós-burocrática”, alicerçada em modelos de gestão inspirados no setor privado/empresarial, com invocada capacidade para transformar o modelo de governo da Administração e torná-la mais eficiente⁶⁶.

Tal traduziu-se não apenas na opção pelo direito privado como direito preferencial na regulação de certas formas de atuação da Administração, mas numa privatização⁶⁷ da Administração em termos mais amplos⁶⁸, no caso das empresas públicas tipicamente justificada com argumentos como a fraca *performance* do setor público empresarial, a necessidade de injeções de capital público nas empresas do referido setor, mas igualmente pela influência de experiências de privatização noutros ordenamentos e ainda por incentivo da então CEE, na defesa do mercado europeu aberto e concorrencial⁶⁹.

Sendo que, num juízo sério, a *supra* mencionada necessidade de receita do Estado através das privatizações não pode ser descurada de entre as motivações principais⁷⁰: o caso português é revelador disso mesmo, uma vez que no período entre 1977 e 2003 o país se destacou como

⁶⁵ Sérvulo Correia/Francisco Pais Marques, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, 2.ª edição, Almedina, 2021, pp. 78-79 ou Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, reimp. da edição de 2013, Almedina, 2014, pp. 287-292.

⁶⁶ Steven Van de Walle/ Gerhard Hammerschmid, *The Impact of the New Public Management: Challenges For Coordination and Cohesion in European Public Sectors*, *Halduskultuur – Administrative Culture* 12 (2), 2011, p. 191.

⁶⁷ Para uma síntese doutrinária da noção de privatização e reprivatização, Lourenço Vilhena de Freitas, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. VII, Almedina, 2017, pp. 270-280. Sobre as nacionalizações e as privatizações, redigido no período das privatizações, *cfr.* Nuno Sá Gomes, *Nacionalizações e privatizações*, Centro de Estudos Fiscais, Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, 1988.

⁶⁸ Sobre as várias manifestações de uma Administração privatizada, em síntese, Paulo Otero, *Manual..*, pp. 464 e ss. e, numa análise do fenómeno no contexto de uma eventual Administração neoliberal, *vide* em especial pp. 287-292.

⁶⁹ Pierangelo Toninelli, *From private...*, pp. 684-685.

⁷⁰ Sérvulo Correia/Francisco Pais Marques, *Noções...*, pp. 78-79.

um dos que mais receitas obteve pelas privatizações⁷¹, sem esquecer o mais recente período 2011-2015, com privatizações como a da ANA, dos CTT e do capital público restante na EDP e da REN, para aliviar a pressão das contas públicas perante os credores internacionais.

Em termos mais concretos, ao nível nacional, o excuro legislativo de privatização na década de 80 ficou marcado, neste contexto, **(i)** pelas alterações à lei de delimitação de setores, no sentido de permitir o acesso à iniciativa de privada de setores relativamente aos quais incidia restrição de acesso⁷²; **(ii)** pela abertura de transformação das empresas públicas em sociedades anónimas⁷³; **(iii)** pelo regime de alienação de participações sociais públicas⁷⁴.

Este processo teve ainda como momento-chave a revisão constitucional de 1989, a qual reorientou o regime económico⁷⁵, pela eliminação no art.º 2.º de que Portugal caminhava para o socialismo, pela eliminação da previsão da irreversibilidade das nacionalizações e a determinação da possibilidade de reprivatização de meios de produção nacionalizados, assim reduzindo o cariz planificado da economia e abrindo portas, por um lado, à societização das empresas públicas e, por outro, à aprovação de uma lei quadro das reprivatizações⁷⁶. Como bem sintetiza GOMES CANOTILHO, esta revisão constitucional constituiu uma “*reconstrução económica*”, pautada pela substituição das dimensões socializantes de 1976 por uma constituição económica “*aberta ao mercado comum*”⁷⁷.

É neste contexto que deve ser lido um certo recuo do Direito Administrativo em matéria de setor público empresarial, seja no plano *de facto* pela utilização de formas jurídicas à margem do âmbito subjetivo do diploma de bases das empresas públicas de 1976, mas também no plano *de direito*, por exemplo pelo estreitar do âmbito subjetivo das normas estatutárias aplicáveis aos gestores públicos em 1982, gerador do paradoxal exercício de funções próprias da Administração por atores/gestores distanciados – por decreto – da função administrativa.

⁷¹ Bernardo Bortolotti, *Privatization in Europe: a brief historical sketch*, Privatization barometer newsletter, July 2004, p. 10. Vide ainda António Gervásio Lérias, *Evolução...*, p. 44.

⁷² Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de novembro e mais tarde o Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de dezembro.

⁷³ Lei n.º 84/88, de 20 de julho.

⁷⁴ Lei n.º 71/88, de 24 de maio.

⁷⁵ José de Melo Alexandrino, *Lições...*, p. 50.

⁷⁶ Lei n.º 11/90, de 5 de abril

⁷⁷ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª ed., 2003, pp. 209-210.

Em causa uma “*tendência de rolling back*” do Estado Administrativo⁷⁸ configurado como Estado Social⁷⁹, que atingiu um nível de responsabilidade administrativa muito ampla⁸⁰, à qual foi revelando dificuldades de resposta.

É preciso não esquecer, para lá das conceções políticas defensoras da “destadualização”⁸¹, que o Estado Social foi simultaneamente confrontado com choques no plano económico que forçaram a sua reconfiguração: referimo-nos aqui, em especial, ao processo de integração europeia e de abertura das economias nacionais ao mercado único europeu, mas também à abertura ao resto do Mundo⁸², com uma economia global muito competitiva, em que os respetivos atores tanto são hoje o império chinês⁸³, como uma multinacional dotada de influência superior a muitos Estados⁸⁴ – tantas vezes pulverizada entre territórios de Estados diversos ou simplesmente no mundo digital, ainda desafiante para os poderes públicos, por exemplo na vertente tributária.

3.4 Administração e administrados na corrente privatizadora

Mas apesar do fenómeno de erosão e perda de poder do Estado e até de uma visão catastrofista da sua morte⁸⁵, entendemos que continua a ser no Estado que assenta a garantia da segurança, da justiça, do bem-estar e até, na esteira de MELO ALEXANDRINO, da sustentabilidade⁸⁶, enquanto fins daquele. Tal como é claro que são as funções do Estado⁸⁷

⁷⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 2020, p. 42.

⁷⁹ Luciano Parejo Alfonso, *El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis de las prestaciones y los servicios públicos*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 153, Septiembre-Diciembre 2000, em especial pp. 240 e ss.

⁸⁰ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 42.

⁸¹ Sobre o tema, entre vários, Luciano Parejo Alfonso, *El Estado Social...*, p. 240 ou Paulo Otero, *Manual...*, p. 290.

⁸² Paulo Otero, *Manual...*, p. 290.

⁸³ Henry Kissinger, *Da China*, Quetzal Editores, setembro de 2011.

⁸⁴ Para uma síntese dos desafios da crise europeia, a partir do ensinamento da história do século XIX; Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Apontamentos de História das Relações Internacionais*, AAFDL, 2017, em especial pp. 5-8.

⁸⁵ Sobre o tema, Paulo Otero, *Manual...*, pp. 510-511.

⁸⁶ José de Melo Alexandrino, *Lições de Direito Constitucional*, vol. I, AAFDL, 3.ª ed., 2017, pp. 132-137.

⁸⁷ Sobre as funções do Estado, mantém interesse a leitura da teoria das funções do Prof. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra, 6.ª ed., 1972, pp. 143 e ss.

os meios para a realização desses fins, nomeadamente a função administrativa, confiada ao Governo e à Administração, a nosso ver dotada de uma *reserva de função*, ainda que sem *núcleo material firme*, como a reserva de lei⁸⁸.

Porém, como por outras palavras já dissemos, o Estado Administrativo⁸⁹ caminhou no sentido de, sob o argumento da maior eficiência e racionalidade económica⁹⁰, agir sob forma privada, através de pessoas coletivas de direito privado, externalizando o exercício de funções tipicamente públicas⁹¹ e adotando o direito privado.

Tal percurso, de redução da intervenção do Estado a favor dos privados, mas também de contestação ao Direito Administrativo⁹² surtiu efeitos, tanto do lado da Administração, como dos administrados, num contexto europeu e global já por si muito desafiantes para a Administração⁹³.

De todo o modo, as fugas **(i)** para as formas jurídicas de direito privado ou **(ii)** para a regulação jurídica pelo direito privado devem ser controladas, tendo em vista a salvaguarda do interesse público⁹⁴ e a proteção jurídica dos administrados e dos direitos fundamentais.

No plano da organização não pode descurar-se que *ex ante* está sempre o interesse público e o dever de proteção dos direitos fundamentais (*cf.* art.º 2.º e art.º 9.º b) da Constituição), não devendo as formas organizativas de direito privado constituir um meio para a Administração – num contrassenso com a sua missão – escapar às vinculações próprias do Estado de Direito.

⁸⁸ Miguel Nogueira de Brito, *Lições de introdução à teoria da Constituição*, AAFDL, 2.ª ed., 2017, pp. 118-120.

⁸⁹ Segundo Pedro Costa Gonçalves, o Estado Administrativo integra sob o ponto de vista subjetivo ou orgânico a *Administração Pública* e sob o ponto de vista objetivo ou material a *função administrativa* (*cf.* Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 29.).

⁹⁰ Claudio Franchini/Giulio Vesperini, *L'Organizzazione*, in Sabino Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, quinta edizione, p. 127.

⁹¹ Claudio Franchini/Giulio Vesperini, *L'Organizzazione...*, p. 131.

⁹² A expressão inspira-se na referência de Jean Rivero ao *direito administrativo contestado* (*cf.* Jean Rivero, *Direito Administrativo...*, pp. 565-566).

⁹³ Sobre os diversos graus de *agir administrativo* pela integração na UE e os desafios da Administração na globalização, *vide* a síntese de Claudio Franchini/Giulio Vesperini, *L'Organizzazione...*, pp. 135 e ss.

⁹⁴ Em termos similares, Hans J. Wolff/ Rolf Stober, *Direito Administrativo*, vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, 11.ª ed. 2006, p. 315.

Segundo MONTOYA MARTÍN, quando assim é deparamo-nos com um abuso de direito ou, concretamente, de abuso de personalidade jurídica, que a autora entende até justificar um *levantamento da personalidade coletiva*⁹⁵, na lógica do direito norte-americano *looking at the substance rather than at the form*.

Na mesma senda, STEFAN STORR considera que a forma jurídica não pode servir para escapar à necessária vinculação da Administração à proteção dos direitos fundamentais, na medida em que, seja qual for a forma jurídica de organização ou o modo de agir, o mero enquadramento de uma entidade na Administração, inclusive na administração indireta, impõe a vinculação aos direitos fundamentais⁹⁶. Por cá PAULO OTERO nota que a criação de entidades sob forma privada para o exercício de funções próprias da Administração pode mesmo ser contrária à ordem pública⁹⁷.

Na falta de imposição legal de uma forma jurídica organizatória, como sucede para as empresas públicas sob forma societária, a opção pela forma de direito privado deverá atender à conveniência dessa opção para a prossecução das atribuições públicas⁹⁸.

Do mesmo modo, aliás, que a privatização do capital social de uma empresa pública ou a concessão a privados de serviços públicos deve ser ajuizada no sentido de o interesse público não ficar aniquilado ou sequestrado por interesses privados, que mais tarde venha justificar o retorno à esfera pública, em negociações apressadas e decisões excessivamente onerosas para o erário público, e tendo em conta que a permanência na esfera pública não é sinónimo, como muitos advogam, de ineficiência ou incapacidade em mercado concorrencial⁹⁹.

Por outro lado, a própria opção pelo direito privado *tout court* enquanto regulador do agir administrativo não é isenta de um dever de ponderação¹⁰⁰. Como sublinhou a dado passo

⁹⁵ Encarnación Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Marcial Pons, 2006, pp. 74-75 e pp. 505-508. Para Nuno Cunha Rodrigues, a questão está hoje resolvida pelo n.º 6 do art.º 267.º da Constituição (*cf.* Nuno Cunha Rodrigues, *Breves...*, p. 393). Sobre o levantamento da personalidade no Direito Civil, António Menezes Cordeiro, *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2000.

⁹⁶ Stefan Storr, *Der Staat als unternehmer*, Ius Publicum 78, Mohr Siebeck, 2001, pp. 481-483.

⁹⁷ Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 240. No mesmo sentido, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 129-130.

⁹⁸ Sérvulo Correia/Pais Marques, *Noções...*, p. 142.

⁹⁹ Como refere Pierangelo Toninelli, não é raro encontrar casos de empresas públicas perfeitamente aptas a competir com privados num mercado concorrencial, na Alemanha, no Canadá ou França, para dar alguns exemplos (*cf.* Pierangelo Toninelli, *From private...*, p. 689).

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Stefan Storr, *Der Staat...*, p. 483.

FREITAS DO AMARAL a fuga do Direito Administrativo para o direito privado surge com o objetivo de afastamento das dificuldades do primeiro, quando na verdade o problema reside muitas vezes no Direito Financeiro e nas exigências deste para tutela do “interesse da Fazenda Nacional”¹⁰¹, o que é revelado, acrescentamos, por opções legislativas como certos regimes jurídicos nacionais que sujeitam a prática de atos administrativos de gestão corrente ao parecer favorável do Ministério das Finanças¹⁰².

No plano dos administrados, a adoção do direito privado acarreta o risco de uma fuga às vinculações¹⁰³ pela Administração, através da remissão para regimes jurídicos puramente de direito privado, concretizadas em instrumentos jurídicos distanciados das garantias próprias do direito administrativo (e.g. os contratos de trabalho excluídos do regime geral dos trabalhadores em funções públicas).

E acarreta uma certa opacidade, relevada pelas diversas máscaras do cidadão eleitor, beneficiário, utente, contribuinte, certamente lembradas por GOMES CANOTILHO¹⁰⁴, mas também pela dificuldade que a substituição do Direito Administrativo pelo direito privado pode gerar na garantia de proteção dos direitos e interesses dos administrados, estes verdadeiramente perdidos numa floresta de entidades, serviços, autoridades ou agências, de diferente natureza, e sujeitas a distintos regimes.

Precisamente pela constatação do que vem sendo dito, veio progressivamente a ganhar consenso a existência de entidades administrativas privadas, isto é, de entidades que ainda integram a Administração Pública, mas com as vestes do direito privado em matéria de personalidade jurídica¹⁰⁵. Trata-se de admitir a presença no seio da Administração de pessoas

¹⁰¹ Diogo Freitas do Amaral, *Discurso proferido na sessão de encerramento do IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, subordinado ao tema “Os caminhos da privatização da Administração Pública, in BFDUC, *Stvdia Ivridica*, 60, Coimbra Editora, 2001, pp. 363-363.

¹⁰² É disso exemplo paradigmático as chamadas “cativações” ou regras “utilização condicionada das dotações orçamentais”, previstas em sede orçamental e sucessivamente renovadas (v. o art.º 4.º do Orçamento de Estado para 2019, aprovado pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro).

¹⁰³ Paulo Otero, *Manual...*, p. 472.

¹⁰⁴ J.J. Gomes Canotilho, *O administrado e as suas máscaras*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. I, Almedina, 2010, p. 308.

¹⁰⁵ Pedro Costa Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, 2005, pp. 396 e ss e pp. 895 e ss. e, mais recentemente, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 733 e ss.

coletivas privadas, sujeitas a um controlo ou influência dominante pelos poderes públicos¹⁰⁶, não sem a contestação de alguma doutrina¹⁰⁷.

Tem ainda sido assinalada pela doutrina e pela jurisprudência a articulação conjugada do Direito Público e do Direito Privado¹⁰⁸, no chamado Direito Privado da Administração, tendo em vista equilibrar o recurso ao Direito Privado com as vinculações de Direito Público inultrapassáveis no âmbito do agir administrativo. Traduz-se, designadamente, na definição de limites à autonomia jurídico-negocial da Administração, mediante vinculações de direito público¹⁰⁹.

Com efeito, em muitas das atividades exercidas pela Administração ao abrigo do direito privado não pode afastar-se a vinculação a “princípios e valores de direito público”¹¹⁰, de que resulta um direito privado publicizado ou com elementos próprios de direito público, para garantir a tutela dos interesses próprios da Administração e do exercício da função administrativa nos termos da Constituição.

No caso das empresas, este *retorno do direito administrativo*¹¹¹ levou a doutrina alemã a defender o direito societário administrativo, enquanto simbiose entre o direito das sociedades e o direito administrativo, necessária na governação das sociedades em mão pública¹¹², e que no caso português se identifica, entre outros, no Regime do setor público empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro (como aliás já admitia a doutrina a propósito do anterior Regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro¹¹³), o qual mantém o princípio da

¹⁰⁶ Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 229.

¹⁰⁷ Cfr. Mário Aroso de Almeida, *Teoria geral do Direito Administrativo*, Almedina, 8.ª edição, 2021, pp. 19 e ss. O autor defende que as empresas sob forma societária não correspondem a um tipo organizatório específico, definido por normas de Direito Administrativo orgânico, ainda que se encontrem submetidas, no plano funcional, a normas de Direito Administrativo.

¹⁰⁸ Entre vários, Sérvulo Correia/Pais Marques, *Noções...*, pp. 133-136.

¹⁰⁹ Hans J. Wolff/ Rolf Stober, *Direito...*, p. 314.

¹¹⁰ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 144.

¹¹¹ Expressão de Giulio Napolitano, seguido por cá por Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, p. 415.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, pp. 417-419.

adoção do direito privado como ordenador da atividade empresarial do Estado, articulado com regras de direito público, nomeadamente em matéria de controlo¹¹⁴.

Neste contexto vem sendo igualmente destacado que, mais do que uma Administração Pública composta por pessoas coletivas de direito público, emerge o *complexo de pessoas coletivas jurídico-administrativamente relevantes (sejam elas de direito público ou de direito privado) que operam interligadamente*¹¹⁵, como procuraremos demonstrar adiante.

Em suma, o **recurso a formas organizatórias de direito privado** não deve constituir um meio para o Estado se isentar das vinculações inerentes à prossecução do interesse público, sob pena de se revelar um abuso de direito. A opção por forma privada **(i)** impõe que se pondere se o exercício da função administrativa conhecerá com essa opção incremento e **(ii)** exige que a solução não afete os direitos fundamentais e os princípios constitucionais da atividade administrativa¹¹⁶.

Com efeito, os fenómenos de privatização organizatória desordenada têm revelado efeitos perniciosos, em que o Estado se torna refém de interesses privados e vê-se até confrontado com situações concretas de dificuldade de assegurar a prossecução dos seus fins essenciais, contribuindo aí para a “circunstância do Estado exíguo”¹¹⁷, incapaz de garantir o núcleo essencial das funções do Estado.

Por seu turno, a **utilização do direito privado pela Administração** não deverá traduzir-se no alheamento das vinculações de direito público, sendo de preferir a conjugação de regimes de um direito administrativo privado e de um direito societário administrativo, enquanto meios de salvaguarda do interesse público, aos quais o legislador nacional não tem, aliás, sido indiferente, como é notório pelo Regime do setor público empresarial, pelo Estatuto do Gestor Público, pelo Código dos Contratos Públicos, pelo Regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado ou pelo recente Código do Procedimento Administrativo, que vêm apenas confirmar que a atuação da Administração sob forma privada implica a adoção do direito privado, mas, sempre que o legislador o entenda, também pelo Direito

¹¹⁴ Juliana Ferraz Coutinho, *O público e o privado na organização administrativa – da relevância do sujeito à especialidade da função*, Almedina, 2018, pp. 404-405.

¹¹⁵ Luís Heleno Terrinha, *O Direito Administrativo na Sociedade. Função, prestação e reflexão do sistema jurídico-administrativo*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, p. 500.

¹¹⁶ Paulo Otero, *Manual...*, p. 468.

¹¹⁷ Adriano Moreira, *A circunstância do Estado exíguo*, Diário de Bordo, 2.ª edição, 2011.

Administrativo, atentas as vinculações jurídico-públicas¹¹⁸. Voltaremos a este tema, a propósito da vinculação do gestor público ao direito administrativo.

3.5 O direito societário administrativo dos gestores públicos

3.5.1 Raízes no direito positivo

O direito societário administrativo encontrou no regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas de 1999¹¹⁹ uma expressão relevante¹²⁰. O diploma surgiu como necessário perante a desadequação do regime de 1976 que, apesar de vigorar, tinha aplicação a um número muito reduzido de empresas, dificultando o acompanhamento, controlo e fiscalização das sociedades com capitais públicos por parte do Estado^{121 122}.

Assim, a noção de empresa pública foi alargada, passando a contemplar as sociedades comerciais nas quais o Estado ou entidades públicas estaduais exercessem influência dominante¹²³, aproximando-se aí da noção adotada pelo direito da união europeia¹²⁴, ainda

¹¹⁸ Para uma síntese, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 139-143

¹¹⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro.

¹²⁰ Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, pp. 417-419.

¹²¹ Luís Silva Morais, *As relações entre o Estado e as empresas públicas*, in Estudos sobre o novo regime do setor empresarial do Estado, Almedina, 2000, p. 102.

¹²² Na base esteve o Livro Branco sobre o setor (Ministério das Finanças, *Livro Branco sobre o Sector Empresarial do Estado*, Lisboa, 1998), que fixou as linhas orientadoras da reforma (sobre o tema, António Gervásio Lérias, *Evolução...*, p. 50).

¹²³ Através da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; ou pelo direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização. Para uma análise crítica, Miguel Assis Raimundo, *As empresas...*, pp. 47 e ss.

¹²⁴ A Diretiva 80/723/CEE, de 25 de junho de 1980 estabelecia a seguinte noção de empresa pública: 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 disciplinem. Presume-se a existência de influência dominante quando os poderes públicos, direta ou indiretamente, relativamente à empresa: a) Detenham a maioria do capital subscrito da empresa ou b) Disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa ou c) Possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da empresa. Esta noção foi mantida na Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro 2006, posteriormente alterada e ora vigente.

que de forma restritiva¹²⁵ e em colisão com o que havia determinado a lei de autorização legislativa – que expressamente referia *outros direitos especiais, atribuídos por lei ou estatuto*¹²⁶.

Sem prejuízo de integrar também no conceito as pessoas coletivas públicas de natureza empresarial (ditas entidades públicas empresariais – E.P.E.), enquanto categoria residual.

As restantes empresas com participação permanente do Estado ou de quaisquer outras entidades públicas estaduais, de carácter administrativo ou empresarial, por forma direta ou indireta, integravam também o setor empresarial do Estado, ainda que excluídas da categoria legal de empresas públicas.

Neste regime, que apontava o direito privado como o ramo normativo aplicável à atividade empresarial¹²⁷, identificam-se traços de direito societário¹²⁸ administrativo, por exemplo na previsão de orientações estratégicas destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, através de resolução do Conselho de Ministros (refletidas em deliberação de assembleia-geral, nas S.A., ou nos planos de atividades das EPE) ou no controlo financeiro das empresas pela Inspeção Geral de Finanças¹²⁹ e ainda, destaque-se, na sujeição dos membros dos órgãos de administração das empresas públicas, independentemente da respetiva forma jurídica, a normas estatutárias próprias. Em rigor tratava-se de um diploma

¹²⁵ Não se contempla a influência através de direitos especiais, nem de acordos parassociais (sobre o tema, com posições distintas, António Pinto Duarte, *Notas...* pp. 69-70 e Miguel Assis Raimundo, *As empresas...*, pp. 51-53).

¹²⁶ *Cfr.* Duarte Schmidt Lino/Pedro Lomba, *Democratizar o governo das empresas públicas: o problema do duplo grau de agência*, in *O Governo das organizações – a vocação universal do corporate governance*, Almedina, 2011, p. 690.

¹²⁷ Paulo Otero defende há muito a existência de uma reserva constitucional de Direito Privado na atividade desenvolvida pela Administração em mercado concorrencial, considerando que nos restantes casos se trata de um Direito Privado publicizado (Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 287 e ss e pp. 296 e ss;). Os regimes legais acabaram por rumar no sentido de um Direito privado publicizado em ambas as situações, *i.e.* quer estejamos, quer não, no quadro de atuação em mercado concorrencial.

¹²⁸ A aplicação preferencial do direito privado às empresas públicas saiu reforçada como Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de agosto, que, na sequência das alterações introduzidas no Código das Sociedades Comerciais por via do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, determinou alterações relevantes ao regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, adaptando as estruturas de governo societário das empresas públicas às alterações verificadas ao nível dos princípios de bom governo das sociedades comerciais, assim reconhecendo *a preponderância clara do figurino societário no universo das empresas públicas* (*cfr.* preâmbulo do DL 133/2013, de 3 de outubro, que aprovou o novo regime do setor público empresarial).

¹²⁹ Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, pp. 417-418.

de “compromisso”, entre ao mesmo tempo que se promoveu a vertente privatística e societária e o regime de tutela¹³⁰, num equilíbrio entre a adoção do direito privado com as necessárias vinculações jurídico-públicas¹³¹.

O diploma veio a ser revogado, no contexto da intervenção da *Troika* em Portugal e dos compromissos assumidos nos memorandos de entendimento com os credores¹³², assim surgindo o Novo Regime jurídico do sector público empresarial, que introduziu algumas alterações ao anterior regime...

A primeira delas reporta-se ao facto de abranger não apenas o setor empresarial do Estado, mas também o setor empresarial local¹³³, que nos termos do respetivo art.º 2.º compõem o setor público empresarial.

Por outro lado, altera-se a noção de empresa pública, em sentido mais amplo que o regime de Direito da União: **(i)** cinge às sociedades de responsabilidade limitada¹³⁴; **(ii)** amplia a noção de influência dominante, passando a incluir as situações de direitos especiais ou participações qualificadas¹³⁵; **(iii)** densifica a matéria da detenção da maioria dos direitos de votos quanto ao respetivo cômputo; **(iv)** reforça os poderes do Ministro das Finanças em matéria de exercício da função acionista, a qual é regulada com maior detalhe; **(v)** cria a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial (UTAM).

¹³⁰ Assim, em nota histórico-jurídica, Eduardo Paz Ferreira/Ana Perestrelo de Oliveira/Miguel Ferro, *O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013*, in *Revista de Direito das Sociedades*, V, 2013, p. 468.

¹³¹ Nuno Cunha Rodrigues, *Breves notas...*, p. 383.

¹³² Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality e Memorandum of Economic and Financial Policies.

¹³³ O qual já se encontrava sob atenção do poder central, como resulta da alteração ao DL 558/99 pela Lei do Orçamento de Estado para 2011 com o objetivo de controlo de despesa e também da aprovação da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto (Regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais).

¹³⁴ Sociedades por quotas, anónimas e sociedades em comandita, na posição de sócio comanditado (*cf.* Eduardo Paz Ferreira/Ana Perestrelo de Oliveira/Miguel Ferro, *O sector...*, p. 474)

¹³⁵ Assim “respondendo” a críticas doutrinárias ao DL 559/99 (por ex., Miguel Assis Raimundo, *As empresas...*, pp. 51-53).

Apesar das críticas de certa doutrina¹³⁶, sobre as quais não nos debruçamos, por transcenderem o objeto do trabalho, importa registar que o diploma surge num contexto excecional a vários níveis, em especial no plano financeiro, que terá precipitado uma opção mais dirigista sobre as empresas do Estado e de nível local e regional. Parece tal doutrina esquecer que o elogiado Decreto-Lei 559/99 foi também uma forma de garantir as vinculações jurídico-públicas, nomeadamente em matéria de controlo, quanto às sociedades de capitais públicos que escapavam ao âmbito do Decreto-Lei 260/76.

Em síntese, em termos gerais, podemos, assim, constatar que o Direito português contempla dois tipos de empresas públicas, a saber as E.P.E. e as sociedades comerciais de responsabilidade limitada, com personalidade jurídica distinta¹³⁷.

No que respeita às E.P.E., são pessoas coletivas de direito público¹³⁸, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, excluídas das normas de contabilidade pública, sujeitas ao direito privado como regulador da sua atividade, que podemos considerar serem as *sucessoras* da figura jurídica de empresa pública criada pelo Decreto-Lei n.º 260/76¹³⁹.

Tendencialmente, as EPE têm características próprias dos institutos públicos, com uma vocação de *prestação* de serviço público e à margem da ambiência concorrencial característica do mundo empresarial. Por essa razão, alguma doutrina aponta aqui uma especial sujeição a vinculações de direito público, nomeadamente na relação com terceiros, na natureza jurídica

¹³⁶ Eduardo Paz Ferreira/Ana Perestrelo de Oliveira/Miguel Ferro, *O sector...*, pp. 475 e ss.

¹³⁷ Com posição interessante, Domingos Soares Farinho, *Fundações e interesse público*, Direito administrativo fundacional – enquadramento dogmático, Almedina, 2014, p. 636. Segundo o autor, na lógica da respetiva dissertação de doutoramento, “[a] sociedade comercial controlada por entidades públicas deveria ser, coerentemente com o critério aqui adoptado para o âmbito fundacional, considerada uma pessoa colectiva pública, regulada por um direito administrativo societário...”. Da nossa parte, cremos que apesar da *crise* da distinção entre pessoas coletivas públicas e privadas, no caso das empresas públicas essa distinção por vezes revela ainda utilidade (com posição sobre o tema, Pais Marques, *As empresas públicas*, in Organização administrativa: novos atores, novos modelos, vol. I, Almedina, 2018, pp. 843-846 e notas de rodapé). Para além do mais, a tese de Domingos Farinho suscitaria dificuldades de articulação com as regras de Direito da União e não teria *efeito útil* na tutela do interesse público pretendida, a qual é, em grande medida, já garantida pelas vinculações jurídico-públicas existentes, designadamente de âmbito jurídico-constitucional.

¹³⁸ A doutrina denomina-as de institutos públicos económicos (Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 785, parecendo seguido por Sérvulo Correia/Pais Marques, *Noções...*, p. 449). A lei exclui expressamente a sujeição das E.P.E. ao regime dos institutos públicos (*cf.* n.º 3 do art.º 3.º da Lei-quadro dos institutos públicos).

¹³⁹ Luís Silva Morais, *As relações...*, p. 92.

de regulamentos administrativos das normas emanadas ou ainda na qualificação da relação jurídica com o Governo como típica de tutela e superintendência¹⁴⁰.

Relativamente às empresas públicas sob forma societária, são sociedades comerciais de responsabilidade limitada, assim pessoas coletivas de direito privado. Como é evidente, não são quaisquer sociedades comerciais que revestem as características adequadas à qualificação como *empresas públicas*, mas apenas aquelas nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante, nos termos do art.º 9.º do Regime, que dá corpo à transposição da al. b) do art.º 2.º da Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro 2006, ainda que aditando à noção de influência dominante a detenção de participações qualificadas ou direitos especiais que permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas de uma determinada empresa sob participação pública.

Estas empresas regem-se primordialmente pelo direito privado e os atos que praticam serão *a priori* regulados pelas regras do direito privado, *in concreto* do direito das sociedades. Tal não significa que estejamos por entidades subordinadas *exclusivamente* ao direito privado, pela razão simples de se tratar de empresas integradas na esfera da Administração. Mesmo sendo entes sob forma privada e regulados pelo direito privado, integram Administração Pública (sob forma privada), o que fica evidenciado na relação jurídico-pública entre o Estado e a empresa, mesmo sendo uma sociedade comercial¹⁴¹.

Essa circunstância é, diga-se, bem visível nos dois últimos regimes reguladores do setor empresarial do Estado (o atual e o de 1999), que, como referido *supra*, preveem poderes do Estado sobre estas empresas e, como já foi referido, mecanismos de controlo financeiro ou normas estatutárias para os gestores.

Para além da aplicação de regimes de direito administrativo, como é o caso do Código do Procedimento Administrativo, do Código dos Contratos Públicos, da Lei de acesso aos documentos administrativos ou do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

¹⁴⁰ Sêrvulo Correia/Pais Marques, *Noções...*, pp. 452 e ss.

¹⁴¹ Nesse sentido, García de Enterría/ Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Thomson Reuters, 17.ª edição, 2015, p. 453.

De todo o modo, sabemos que a integração das empresas públicas na Administração é um tema controverso, gerado pela distinta personalidade jurídica dos entes, pelo exercício de funções públicas por entidades de direito privado, como as empresas sob forma societária. Alguns autores, admitem o exercício da função administrativa por entidades privadas, mas negam a suscetibilidade de as integrar no conceito de “Administração Pública”¹⁴². Outros, como MARQUES GUEDES¹⁴³, MARIA JOÃO ESTORNINHO¹⁴⁴ ou PAULO OTERO¹⁴⁵ integram na Administração entidades criadas por esta que agem sob forma privada. E uma terceira abordagem, há quem entenda que se subsumem no conceito lato de Administração as entidades privadas com funções ou poderes públicos¹⁴⁶.

A própria noção de empresa pública sob o ponto de vista jurídico-constitucional acrescenta dificuldades, pois o n.º 2 do art.º 82.º da Constituição alude à *propriedade* e não apenas à *gestão* para a integração no setor público, o que não tem correspondência depois com a noção de empresa pública adotada pelo legislador – em que a propriedade não é critério determinante – ao encontro do direito europeu e das aceções de *influência dominante*. Por outras palavras, apesar do capital maioritariamente privado, pode uma empresa ser considerada como *pública* ao abrigo dos critérios legais de qualificação de entidades como empresas públicas.

Da nossa parte, e como se verá ao longo do escrito, reconhecendo as dificuldades do n.º 2 do art.º 82.º da Constituição, a encaramos as empresas sob forma privada como administração indireta privada e valorando o exercício da função administrativa, seja através do direito público, seja através do direito privado, para a subsunção a cânones jurídico-públicos. Em grande medida, esta perspetiva é a acolhida pelo legislador, em regimes de direito público, até porque, como assinala VITAL MOREIRA, “*a admissibilidade constitucional das entidades administrativas privadas não suscita objeções de princípio. A Constituição não as menciona*”

¹⁴² É o caso de Mário Aroso de Almeida, *Teoria geral do Direito Administrativo*, Almedina, 8.ª edição, 2021, pp. 19 e ss.

¹⁴³ Marques Guedes, *A concessão*, Coimbra Editora, 1954, pp. 157 e ss.

¹⁴⁴ Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, 1996, p. 327.

¹⁴⁵ Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 305.

¹⁴⁶ Por todos, Pedro Costa Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, 2005.

expressamente mas também não as proíbe explicitamente nem impõe que a Administração consista somente em organizações jurídico-públicas.”¹⁴⁷.

No fundo e como atesta o direito constituído infraconstitucional o enfoque não está na personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, mas sim no exercício de poderes de autoridade ou na sujeição a princípios e regras de direito administrativo, numa visão que valoriza a atuação e não tanto os sujeitos.

Uma nota ainda para referir que a lei portuguesa integra também no setor público empresarial o setor empresarial do Estado e o setor empresarial local.

Sendo que no setor empresarial do Estado enquadram-se não apenas as empresas públicas tal como descrito, mas também as empresas participadas¹⁴⁸. Tem relevância assinalar que as entidades criadas, constituídas, ou detidas por qualquer entidade administrativa ou empresarial pública que sobre elas exerça, direta ou indiretamente, uma influência dominante e que – seja qual forma jurídica adotada – revistam as características próprias de uma *empresa* estão igualmente integradas no âmbito de aplicação do Regime do setor público empresarial (*cf.* art.º 3.º). São as “empresas públicas em sentido material”¹⁴⁹.

Também no caso da vizinha Espanha¹⁵⁰, o setor empresarial divide-se em **(i)** entidades públicas empresariais e **(ii)** sociedades comerciais estaduais (*sociedades mercantiles estatales*).

¹⁴⁷ Vital Moreira, *Nova gestão pública e direito administrativo*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 342, n.º 3978, p. 191.

¹⁴⁸ Definidas pelo legislador como as organizações empresariais em que o Estado ou quaisquer outras entidades públicas, de carácter administrativo ou empresarial, detenham uma participação permanente, de forma direta ou indireta, desde que o conjunto das participações públicas não origine influência dominante (*cf.* art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 133/2013). Sobre o tema, mas à luz do regime anterior, Nuno Cunha Rodrigues, *“Golden-shares, As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário*, Coimbra Editora, 2004, pp. 106 e ss.

¹⁴⁹ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 786. O autor faz referência a uma interessante decisão do Tribunal Constitucional, que decidiu que o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais – SUCH (pessoa coletiva de direito privado, de tipo associativo, composta apenas por entidades públicas, sem fins lucrativos e de utilidade pública administrativa “*preenche todas as condições para ser caracterizado como uma empresa pública em sentido material, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 133/2013*” em razão do seu “*substrato empresarial*” (*cf.* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 785/2017, de 21 de novembro de 2017).

¹⁵⁰ Para uma síntese, ainda que anterior à Ley 40/2015, de 1 de outubro, *vide* Luis Cosculluela Montaner/Mariano López Benítez, *Derecho público económico*, lustel, cuarta edición, 2011, pp. 142 e ss.

As entidades públicas empresariais são pessoas coletivas de direito público, com autonomia gestonária e património próprio, que se regem pelo direito privado. No entanto, a *Ley de Régimen Jurídico del Sector Público* (Ley 40/2015, de 1 de octubre) é bastante clara quando à presença nestas entidades do Direito Administrativo, ao prever que a formação da vontade dos respetivos órgãos e o exercício de poderes administrativos se rege pelo Direito Administrativo, ainda que exclua a inclusão dos órgãos das entidades públicas empresariais do leque de órgãos do Estado. O pessoal destas entidades está abrangido pelo direito laboral, sendo o recrutamento dos gestores abrangido pela Ley 3/2015, de 30 de marzo (*reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*). No plano de contratação, regem-se pelas regras da contratação pública.

Relativamente às sociedades comerciais estaduais (*sociedades mercantiles estatales*), tratam-se de sociedades comerciais sujeitas a um controlo público, ou porque a participação direta no seu capital social da Administração Geral do Estado ou de qualquer das entidades que compõem o “setor público institucional do Estado”, incluindo as sociedades comerciais do Estado, é superior a 50% ou porque a sociedade se encontra em relação de grupo em relação à Administração Geral do Estado ou aos seus organismos públicos relacionados ou dependentes. Estas sociedades regem-se pelo direito privado, mas a Ley 40/2015 deixa em aberto a possibilidade de aplicação de regras públicas orçamentais, contabilísticas, de pessoal, de controlo económico e financeiro e de contratos públicos. Estas empresas estão sujeitas à tutela de um ministério que lhes define orientações estratégicas e à supervisão do Ministro da Fazenda (que assume a tutela na falta de atribuição desse poder a outro ministério). A lei espanhola prevê expressamente a possibilidade de, excecionalmente, o ministro da tutela dar instruções aos administradores destas sociedades para realizarem certas atividades que “sirvam o interesse público”; os administradores são designados na sequência de proposta do ministro da tutela (*cf.* art.º 176.º e ss. da Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas – Ley 33/2003, de 3 de noviembre).

3.5.2 O regime estatutário dos gestores públicos

É ainda no quadro da vigência do Regime jurídico do setor empresarial do Estado e das empresas públicas de 1999 que é aprovado um novo quadro normativo regulador da atividade dos gestores públicos (Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março). O diploma pecou por tardio, na medida em que apenas conheceu

a luz do dia 8 anos depois do regime do setor empresarial do Estado, que no respetivo preâmbulo identificava a premência da revisão das normas estatutárias dos gestores públicos.

Em face do quadro regulador das empresas públicas, o Estatuto do gestor público procurou **(i)** ampliar o âmbito subjetivo para contemplar os gestores de todas as empresas públicas (incluindo sob forma societária); **(ii)** redefinir os termos da relação entre o Estado e entidades públicas e as empresas públicas; **(iii)** alterar as regras de designação, avaliação de desempenho e cessação de funções; **(iv)** aproximar o gestor ao administrador de empresas privadas pese embora **(v)** acautelando um regime de incompatibilidades¹⁵¹, avaliação de desempenho e remuneração e **(vi)** introduzindo mecanismos de avaliação e gestão por resultados¹⁵² (com a obrigatoriedade de um contrato de gestão, até então facultativo). Em suma, trata-se de um regime próprio do direito societário administrativo, que procura encontrar um equilíbrio entre a aplicação do direito societário e as vinculações de direito público ao governo das empresas públicas.

Ainda que o Estatuto se propicie a algumas críticas, constituiu um avanço face à situação anterior, primeiro de ausência de um quadro jurídico regulador dos administradores de certas empresas e depois de alteração do regime jurídico das empresas públicas, sem reflexos nas regras estatutárias dos respetivos administradores.

3.5.2.1 Generalidades

Na nossa língua, o vocábulo *gestor* (ʒɐʃˈtoɾ) significa “pessoa que administra ou gere uma empresa, um negócio, um produto, um bem ou património..., tendo em conta os recursos disponíveis, a estrutura e as capacidades próprias e os objectivos a atingir; pessoa que está incumbida da gestão de algo”¹⁵³ e o adjetivo *público* (ˈpubliku) “que está relacionado com a população em geral, com a comunidade”, “que está relacionado com o governo, com a

¹⁵¹ O qual não pode hoje deixar de ser lido conjugadamente com a Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.

¹⁵² Sob influência certamente da filosofia de *management for results* introduzida por Peter Drucker (cfr. Peter Drucker, *Management for results*, Routledge, 1999 (reimp. da ed. de 1955)).

¹⁵³ Dicionário da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, vol. II, Verbo Editora, 2001.

administração de um país”, “que pertence ao governo, às autarquias ou é administrado por essas entidades e que pode ser usufruído por toda a população”¹⁵⁴.

Com efeito, o gestor público pode ser entendido como alguém incumbido da gestão de uma empresa pública, a qual, precisamente pela circunstância de ser *pública*, integra o setor público (empresarial), cuja gestão deverá pautada pela transparência e em regra sem secretismo¹⁵⁵.

Porém, a delimitação do âmbito subjetivo não se afigura evidente. Se é verdade que as normas estatutárias vigentes constituem uma linha orientadora, a verdade é que, por um lado, o exercício de funções gestionárias públicas transcende em muito a noção legal de gestor público e o exercício de funções em entidades sob forma empresarial (um diretor-geral, por exemplo, exerce funções de gestão do respetivo serviço).

E, por outro lado, uma leitura excessivamente ampla da noção de gestor público peca por resultar num vazio dogmático, com consequências nefastas na caracterização do conceito e na definição do respetivo estatuto jurídico, essencial no plano dos deveres, da competência ou da responsabilidade civil. Por isso se impõe um recorte do conceito, com o apoio da concetualização de empresa pública no direito português e europeu.

3.5.2.2 Âmbito subjetivo das normas estatutárias

No direito positivo, o EGP estabelece um âmbito de aplicação amplo, sendo aplicável, em diferentes graus, como se procurará esclarecer:

- a.* Aos gestores e administradores de empresas públicas (independentemente da forma jurídica destas¹⁵⁶);
- b.* Aos titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados pelo Estado;

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ Aliás, aos gestores públicos é vedada a realização de quaisquer despesas confidenciais ou não documentadas – cfr. art.º 11.º do EGP.

¹⁵⁶ A aplicabilidade do Estatuto do Gestor Público aos gestores das empresas públicas sob forma societária constituía uma dúvida, nomeadamente do Tribunal de Contas, até ao EGP de 2007.

- c.* Aos titulares dos órgãos de gestão das empresas integrantes dos sectores empresariais regionais e locais;
- d.* Aos membros de órgãos diretivos de institutos públicos de regime especial, bem como às autoridades reguladoras independentes, nos casos expressamente determinados pelos respetivos diplomas orgânicos, em tudo o que não seja prejudicado pela legislação aplicável a estas entidades.

O Estatuto é, antes de mais, aplicável aos gestores e administradores de empresas públicas. Aí reside o âmbito de aplicação primordial do Estatuto, o qual, aliás, surgiu, como já foi dito, para preencher a lacuna de ausência de regras estatutárias aplicáveis aos gestores e administradores das empresas públicas tal como definidas pelo Regime do setor público empresarial. Só estes administradores e gestores de empresas públicas são, para o legislador, “gestores públicos”.

A aplicação aos titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados pelo Estado, é uma aplicação circunscrita a certas normas relativas à autonomia de gestão, à proibição de realização de despesas confidenciais, requisitos para designação, à duração do mandato, ao exercício de funções em comissão de serviço ou mobilidade, à incompatibilidade com o exercício de funções dirigentes e à matéria da responsabilidade penal, civil ou financeira¹⁵⁷.

Portanto, os designados pelo Estado para empresas participadas não são gestores públicos, à luz da lei, mas titulares aos quais são aplicáveis regras definidas para os gestores públicos, tendo em vista sobretudo salvaguardar o interesse público no exercício de uma função para a qual foram designados em representação do Estado.

Relativamente à aplicação das regras do EGP aos titulares de órgãos de gestão das empresas integrantes dos sectores empresariais regionais e locais é subsidiária, sendo que ao nível regional as regiões autónomas aprovaram inclusivamente os seus próprios estatutos para os gestores de empresas públicas regionais.

Por fim, a consagração de uma norma que determina a aplicação das regras aplicáveis aos gestores públicos aos membros de órgãos diretivos de institutos públicos de regime especial, bem como às autoridades reguladoras independentes, nos casos expressamente

¹⁵⁷ Artigos 10.º a 12.º, 15.º a 17.º, o n.º 1 do artigo 22.º e o artigo 23.º do EGP.

determinados pelos respetivos diplomas orgânicos, deve ser enquadrada na circunstância de o EGP constituir um regime de direito societário administrativo, que equilibra a aplicação do direito privado e as vinculações de direito público e que, na falta de outros regimes, ganhou espaço como regime comum do exercício de funções de gestão pública.

Em *sentido negativo*, não se encontram abrangidos pelo EGP:

- i. Os designados para órgão de administração de instituições de crédito integradas no setor empresarial do Estado e qualificadas como “entidades supervisionadas significativas”¹⁵⁸, portanto às empresas públicas que sejam entidades supervisionadas no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, isto é, instituições de crédito, o que no caso português se centra na Caixa Geral de Depósitos

Pese embora não constitua uma exclusão total de sujeição ao regime, estando os gestores sujeitos a um quadro normativo muito relevante¹⁵⁹;

- ii. Os eleitos para a mesa da assembleia geral, comissão de fiscalização ou outro órgão a que não caibam funções de gestão ou administração.

Estas exclusões não podem, no entanto, ser lidas nos mesmos termos, pois configuram situações distintas, que o legislador distinguiu.

No caso **i.** estamos perante titulares de funções de administração ou gestão de empresas públicas, ou seja, são gestores públicos. Simplesmente e por absurdo o legislador entendeu que, *apesar de o serem*, face à natureza especial da atividade bancária não deviam estar sujeitos às regras estatutárias aplicáveis à generalidade dos gestores públicos, acabando depois por sujeitá-los a parte delas¹⁶⁰.

A *ratio legis* desta exceção pode resumir-se em três argumentos: *primeiro* permitir o pagamento de remunerações competitivas, acima dos valores praticados nas regras gerais dos gestores

¹⁵⁸ Ponto 16) do artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 468/2014, do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014

¹⁵⁹ As sucessivas leis do Orçamento de Estado têm previsto que aos membros do órgão de administração de instituições de crédito integradas no setor empresarial do Estado e qualificadas como entidades supervisionadas significativas são aplicáveis as regras e deveres constantes dos artigos 18.º a 25.º, 36.º e 37.º do EGP (*cfr.* art.º 38.º da Lei do Orçamento de Estado para 2023 ou ainda o art.º 56.º da Lei do Orçamento de Estado para 2022).

¹⁶⁰ *Cfr.* Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 32/2017 e 157/2018.

públicos; *segundo* isentar a aplicação dos deveres e obrigações dos gestores públicos aos administradores da CGD; *terceiro* aproximar o regime aplicável aos gestores destas instituições de créditos ao regime geral aplicável aos gestores privados de instituições concorrentes. Contudo, a solução adotada pelo legislador, verdadeiro *ius singulare* para a CGD, não foi isenta de controvérsia, entre outros motivos por violação do princípio da igualdade.

Da nossa parte, subscrevemos o argumentário produzido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 157/2018, que afasta a violação do princípio da igualdade, por várias razões que não cabe desenvolver, entre os quais uma que nos parece essencial: a ausência de uma diferenciação relevante e efetiva entre os gestores abrangidos pelo EGP e os gestores das instituições de crédito públicas sujeitos às regras próprias da banca e da respetiva supervisão pelo Banco de Portugal e pelo Banco Central Europeu, designadamente em matéria de verificação da idoneidade e controlo da atividade¹⁶¹.

Para mais, acrescentamos, tendo em conta que **(i)** a tutela do interesse público concebida na relação Estado-empresas públicas via Regime do setor público empresarial não fica afastada e **(ii)** o próprio Regime do setor público empresarial havia já dado sinais de preferência pela regulação da atividade bancária pelos princípios e regras de Direito europeu e de direito nacional aplicáveis à generalidade das instituições de crédito, nomeadamente ao nível da supervisão (*cf.* n.º 6 do art.º 14.º do DL 133/2013).

A exclusão **ii.** dos eleitos para a mesa da assembleia geral, comissão de fiscalização ou outro órgão a que não caibam funções de gestão ou administração é compreensível na lógica de que só é qualificável como gestor aquele que exerce funções ou tarefas de *gestão*.

Sendo que a tutela do interesse público – onde se inclui o equilíbrio financeiro das contas – no exercício das relevantes funções de fiscalização encontra-se acautelado não no EGP, mas no DL 133/2013 (*cf.* art.º 33.º) e também, diga-se, no Código das Sociedades Comerciais, denso em matéria de fiscalização.

¹⁶¹ Como refere o TC, os gestores das instituições de crédito encontram-se “*submetidos já a um complexo normativo funcionalmente equivalente àquele que integra o EGP suscetível de assegurar, em condições no mínimo idênticas, a verificação dos requisitos de qualificação técnica e idoneidade necessários ao exercício do cargo, bem como a avaliação da respetiva atividade, a norma sindicada não introduz sequer, a este nível, uma diferenciação efetiva e real entre as categorias implicadas, suscetível de conflitar com o princípio da igualdade.*”

Convém ainda sublinhar que, para além da aplicação primária do EGP aos gestores de empresas públicas, o regime tem sido também um *farol* para regulação de certas matérias ao nível do exercício de funções gestionárias no âmbito da Administração.

Com efeito, sendo evidente a aplicação do EGP enquanto regulador de funções de gestão de entidades com natureza ou substrato empresarial, a sua aplicação estende-se para lá do setor empresarial, aliás ao encontro da redação do n.º 3 do art.º 2.º do EGP.

Ao nível dos institutos públicos de regime especial, a título meramente exemplificativo, os estatutos do INA, I.P. dispõem que o procedimento de nomeação do respetivo conselho diretivo segue o regime do EGP¹⁶²; tal como as orgânicas da ESPAP, I.P.¹⁶³, do IAPMEI, I.P.¹⁶⁴, do IFAP, I.P.¹⁶⁵ ou do IHRU, I.P.¹⁶⁶, entre outros, equiparam os membros do conselho diretivo, para efeitos remuneratórios, a gestores públicos. Sendo que na falta de regulação jurídica de matéria respeitante ao estatuto jurídico dos dirigentes destes institutos, a solução que extraímos da leitura conjugada do n.º 3 do art.º 2.º do EGP e do art.º 25.º da Lei-quadro dos institutos públicos passa **(i)** pela aplicação do EGP sempre que os diplomas orgânicos o prevejam; **(ii)** pela aplicação do Estatuto do Pessoal Dirigente da Administração Pública, nas restantes situações¹⁶⁷.

Ao nível das entidades reguladoras, a Lei orgânica do Banco de Portugal (n.º 1 do art.º 64.º, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 39/2007, de 20 de fevereiro) aplica subsidiariamente e de forma mais ampla aos membros da administração o Estatuto do Gestor Público. Sendo que a Lei-quadro das entidades reguladoras¹⁶⁸ contém uma norma mais restrita, que remete apenas para o EGP apenas a matéria relativa à *utilização de cartões de crédito e outros instrumentos de pagamento, viaturas, comunicações, prémios, suplementos e gozo de benefícios sociais pelos membros do conselho de administração* (*cf.* n.º 6 do art.º 25.º), tal como previsto expressamente nas regras

¹⁶² *Cfr.* n.º 8 do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 19/2021, de 15 de março.

¹⁶³ Art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 117-A/2012, de 14 de junho.

¹⁶⁴ Art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 266/2012, de 28 de dezembro.

¹⁶⁵ Art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de agosto.

¹⁶⁶ Art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 175/2012 de 2 de agosto.

¹⁶⁷ No mesmo sentido, *vide* Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º PGRP00003280, de 25 de junho de 2015, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁶⁸ Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, alterada pelas Lei n.º 12/2017, de 2 de maio, Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro e Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

estatutárias da ANACOM¹⁶⁹ e da Autoridade da Concorrência¹⁷⁰. No caso da CMVM ou da ERSAR¹⁷¹, apesar de nas respetivas orgânicas não ser feita qualquer menção ao EGP, é definida a aplicação subsidiária da mencionada Lei-quadro, aí se incluindo o n.º 6 do art.º 25.º, norma remissiva para o EGP na matéria específica identificada.

A circunstância de a lei portuguesa contemplar diversos regimes jurídicos aplicáveis titulares de cargos públicos (Estatuto do pessoal dirigente, Lei-quadro das entidades reguladoras, Lei-quadro dos institutos públicos, entre outros) não nos permite considerar que o EGP seja um regime geral para o exercício de funções gestionárias públicas.

No entanto, o seu âmbito subjetivo amplo, por um lado, e as normas remissivas de outros diplomas para algumas das suas normas, por outro, permitem identificar a centralidade do Estatuto no nosso ordenamento. Para mais porque, perante situações de lacuna, poderá o intérprete culminar na aplicação analógica de regras estatutárias do EGP¹⁷².

3.5.2.3 O gestor público em sentido material

A compreensão da figura do gestor público não se cinge à qualificação legal, da qual, não podendo o intérprete distanciar-se, deve o jurista libertar-se. É nesse pressuposto que concebemos o “gestor público em sentido material” que transcende a figura do gestor público no sentido estrito do EGP e se distingue do exercício de competências gestionárias.

O exercício de competências gestionárias públicas pode identificar-se em diversas entidades e órgãos da Administração, sem forma empresarial, nem tão-pouco com substrato empresarial. O Estatuto do pessoal dirigente (Lei n.º 2/2004, de 15 de janeiro) é

¹⁶⁹ Vide n.º 5 do art.º 19.º do Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março.

¹⁷⁰ Cfr. n.º 3 do art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

¹⁷¹ Quanto à CMVM (cfr. art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 5/2015, de 8 de janeiro); quanto à ERSAR (cfr. art.º 16.º e ss da Lei n.º 10/2014, de 06 de março).

¹⁷² A analogia em Direito Administrativo é tema que transcende, porém, o objeto deste trabalho. Mas que merece inquietação doutrinária (cfr. por exemplo Paulo Otero, *Os limites à analogia em Direito Administrativo*, in *Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas*, coord. Filipa Lemos Caldas, AAFDL, 2016, pp. 7 e ss. Na doutrina estrangeira, vide com interesse Alfons Gern, *Analogie im Verwaltungsrecht*, DÖV 1985, 558-564; Olaf Konzak, *Analogie im Verwaltungsrecht*, NVWZ 1997, pp. 872-873 ou ainda Antonio Romano Tassone, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, n.º. 1, 2011, pp 1-28).

paradigmático, ao prever deveres do dirigente superior próprios do que pode considerar-se a *competência gestionária*¹⁷³.

Por outras palavras, o exercício de competências gestionárias reconduz-se à prática de atos de governo ou administração de uma entidade pública ou privada, inclusivamente sob forma empresarial, ou mesmo de um serviço. Reporta-se simplesmente ao ato de gerir, através da adoção de medidas e planos, os quais – a seguirem as boas práticas – procurarão alcançar determinados objetivos e resultados. Esse “ato de gerir” não é um exclusivo dos gestores de empresas públicas, pois em outras entidades, forçosamente, os titulares têm de praticar atos de gestão, nem que seja a mera gestão corrente, indispensável ao funcionamento.

Claro está que os gestores públicos têm competências gestionárias, sendo a sua função intrínseca à prática de atos de gestão.

Mas o que se quer evidenciar é que o facto de um titular praticar atos de gestão não faz dele um gestor público; trata-se apenas e tão-só de um titular que, pela posição que ocupa, pratica atos de gestão.

Recorde-se que o próprio EGP reconhece algumas dessas situações, ao estender o âmbito de aplicação do regime aos membros de órgãos diretivos de institutos públicos de regime especial, bem como às autoridades reguladoras independentes, o que não significa que estes titulares sejam “gestores públicos” na aceção com que delimitamos o conceito, mas apenas que praticam atos de gestão, que no quadro da tutela do interesse público podem justificar a aplicação de regras estatutárias dos gestores públicos.

Para lá da extensão legal, poder-se-á até admitir – perante lacuna de regras estatutárias próprias – a aplicação das normas do EGP a titulares designados pelo Estado ou por entidade pública para exercerem funções em fundações ou associações, mesmo que de direito privado.

Contudo, entendemos o gestor público em sentido material como o administrador ou gestor designado pelo Estado ou por entidade pública para uma empresa pública, uma empresa

¹⁷³ Tais como **(i)** dever de otimização de recursos financeiros; **(ii)** princípio da gestão por resultados; **(iii)** elaboração de planos anuais e plurianuais de atividades, com identificação dos objetivos a atingir pelos serviços, bem como relatórios de atividades; **(iv)** gestão dos recursos humanos, financeiros, materiais e patrimoniais. Tanto assim é que as boas práticas recomendadas pela DGAEP apontam para a necessidade de os dirigentes superiores realizarem formação profissional específica em gestão

<https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=97F62D56-0406-45B3-9A40-F29AAD3D1D36>

participada ou uma entidade com substrato empresarial, seja ao nível nacional, regional, metropolitano ou local.

Ou seja, ínsita à noção de gestor público está a natureza da entidade para a qual se é designado para exercer funções.

Verdadeiramente gestor público só o é aquele que exerce funções em entidades com forma ou substrato organizacional empresarial. Nas restantes situações, seja de eventual aplicabilidade de regras estatutárias dos gestores públicos, seja de prática de atos de gestão, os titulares não se subsumem à categoria de gestor público; ainda que pratiquem atos típicos de gestão pública ou sejam abrangidos por regras próprias dos gestores públicos.

Com efeito, da circunstância de o EGP se vir tornando um regime atrativo para regular o exercício de funções gestionárias públicas, não deve retirar-se que todos os aqueles que exercem funções gestionárias se tornam, qual toque de midas, gestores públicos.

Assim, da definição avançada retiramos que se enquadram na categoria de gestores públicos em sentido material:

- (i) gestores ou administradores das empresas públicas nacionais, regionais, locais ou metropolitanas sob forma societária;
- (ii) gestores ou administradores das empresas públicas nacionais, regionais, locais ou metropolitanas sob forma pública;
- (iii) gestores ou administradores designados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias, áreas metropolitanas ou por entidade pública para empresas participadas dos respetivos setores empresariais;
- (iv) gestores ou administradores designados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias, áreas metropolitanas ou por entidade pública para entidade ou serviço com substrato organizacional empresarial, seja ou não de direito privado.

No que respeita a (i) a categorização não apresenta especial dificuldade, reporta-se tipicamente às empresas públicas sob forma de sociedade comercial de responsabilidade limitada, tal como definidas no RJSPE. No entanto, esta identificação do gestor em função da natureza da entidade tem como consequência, por exemplo, que seja inequívoco que os administradores ou gestores das entidades supervisionadas – como a Caixa Geral de

Depósitos – excluídos do âmbito de aplicação do EGP, são ainda assim gestores públicos. São gestores públicos em sentido material, subsumindo-se na categoria, ainda que excluídos *ope legis* da aplicação de certas regras do EGP¹⁷⁴.

Também **(ii)** os gestores ou administradores das empresas sob forma pública – como as E.P.E. – são na mesma linha gestores públicos.

Porém, não deixa de merecer referência o facto de muitas empresas sob forma pública, nas quais estes gestores exercem funções não desenvolverem uma atividade em mercado concorrencial, aproximando-se mais dos institutos públicos que propriamente de uma empresa. Quando assim é, podemos duvidar da razoabilidade de essas empresas serem qualificadas como *empresas* públicas quando se aproximam mais de institutos públicos. Consequentemente, na esteira do que vimos dizendo, de os seus administradores serem considerados gestores públicos tal como os definimos, o mesmo se entendendo *mutatis mutandis* no caso de empresas sob forma de sociedade comercial referidas em (i) que desenvolvam a sua atividade fora do mercado concorrencial.

Relativamente aos **(iii)** gestores ou administradores designados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias, áreas metropolitanas ou por entidade pública para empresas participadas dos respetivos setores empresariais, entende-se que são igualmente gestores públicos em sentido material. E assim é por três razões: **a)** a entidade na qual exercem funções é uma entidade sob forma empresarial; **b)** as funções que exercem são as de um gestor de empresa *com a diferença* de **c)** a *fons et origo* do vínculo destes gestores ser um ato de direito público, ainda que concretizado em deliberações de direito privado, como as deliberações societárias¹⁷⁵. O legislador parecia ter essa visão no Regime do setor público empresarial, ao referir que *os membros dos órgãos de administração das empresas participadas, designados ou propostos pelas entidades públicas titulares da respetiva participação social, ficam sujeitos ao regime jurídico aplicável aos gestores públicos, nos termos do respetivo estatuto*, mas acabou por ser excessivamente

¹⁷⁴ Já verificámos acima que nos últimos anos as leis do Orçamento de Estado têm previsto que aos membros do órgão de administração de instituições de crédito integradas no setor empresarial do Estado e qualificadas como entidades supervisionadas significativas são aplicáveis as regras e deveres constantes dos artigos 18.º a 25.º, 36.º e 37.º do EGP. É o caso da Caixa Geral de Depósitos (nesta linha, Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 15/2020, de 15-04-2021, disponível in <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr>).

¹⁷⁵ Essas deliberações societárias concretizam uma declaração de vontade do Estado, tipicamente através de um ato administrativo, que contém a decisão pública para a administração da empresa.

contido na definição dos deveres inerentes à representação da participação pública na forma como concebeu as obrigações destes gestores no Estatuto do Gestor Público (*cf.* art.º 2.º). A abona também a favor desta tese a qualificação dos titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este, como titulares de altos cargos públicos¹⁷⁶

Por fim, **(iv)** os gestores ou administradores designados para entidade com substrato empresarial não podem ficar excluídos desta categoria.

Em rigor, trata-se de gestores que exercem funções nas “empresas públicas em sentido material”¹⁷⁷ a que apela o art.º 3.º do DL 133/2013 e referidas pelo Tribunal Constitucional no *supra* citado Acórdão n.º 785/2017, que identificou nos SUCH uma empresa pública em sentido material. Por isso, sendo gestores ou administradores numa empresa pública em sentido material, não se vê razão para que não sejam igualmente considerados gestores públicos. No caso do SUCH, o presidente e os vogais com funções executivas são nomeados pelo Governo, através de um despacho de nomeação (*cf.* Estatutos), verdadeiro ato administrativo. Curiosamente, a própria tutela acaba por ter uma visão aproximada do que vem sendo dito, ao determinar a aplicação das regras remuneratórias do EGP aos designados para o SUCH¹⁷⁸. Na mesma linha estão os gestores dos serviços municipalizados ou intermunicipalizados...

Os serviços municipalizados ou intermunicipalizados são serviços de um município ou, respetivamente, criados por entidades intermunicipais ou por um conjunto de dois ou mais municípios, geridos sob forma empresarial, com uma organização autónoma¹⁷⁹. Não sendo formalmente empresas, integram-se na atividade empresarial local, sujeita ao respetivo regime jurídico¹⁸⁰, e no setor empresarial local¹⁸¹. Por outras palavras, constituem serviços

¹⁷⁶ *Cfr.* art.º 3.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.

¹⁷⁷ Reportando-se a *empresas públicas em sentido material*, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 786.

¹⁷⁸ *Cfr.* Despacho n.º 8636-A/2016, de 4 de julho, dos Ministro da Saúde e Secretário de Estado do Tesouro.

¹⁷⁹ A sua atividade tem por objeto (i) o abastecimento público de água; (ii) o saneamento de águas residuais urbanas; (iii) a gestão de resíduos urbanos e limpeza pública; (iv) o transporte de passageiros e (v) a distribuição de energia elétrica em baixa tensão (art.º 109.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto).

¹⁸⁰ Regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais – Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto.

¹⁸¹ Como resulta de forma dos artigos 62.º e ss. do DL n.º 133/2013, de 3 de outubro.

com substrato empresarial, geridos por um conselho de administração, nomeado pela câmara municipal¹⁸², pela entidade intermunicipal ou pelo conjunto de câmaras que criaram o serviço. Assim sendo, os seus administradores devem igualmente subsumir-se na categoria de *gestor público em sentido material* na aceção que vimos defendendo, ainda que o legislador no EGP se tenha limitado a determinar a aplicação subsidiária do EGP aos órgãos de gestão das *empresas* do setor empresarial local.

Em síntese, apontamos para uma noção de gestor público em sentido material que conjuga o exercício de função de administrador ou gestor com o tipo de atividade desenvolvida pela entidade sob gestão, a qual deverá sempre ter substrato empresarial.

Poderá não ser uma empresa pública, como é o caso das empresas participadas, mas a origem do vínculo do gestor, que não é apenas um ato de direito privado, confere-lhe o cariz público. O seu *vínculo* não é o mesmo daqueloutro dos gestores privados em exercício de funções nessas empresas.

De tal sorte que o próprio legislador prevê a aplicação regras do EGP a estes gestores, precisamente para acautelar que a sua missão (de interesse público) não deixa de estar *balizada* por regras e princípios de salvaguarda do interesse público.

Tal como poderá não ser uma empresa pública em sentido formal – como é o caso de uma associação como o SUCH ou dos serviços municipalizados – mas que apresenta substrato empresarial de natureza pública. Ou seja, justifica a desconsideração da forma jurídica, em prol da materialidade subjacente, que é de cariz empresarial. Quando assim é, a atividade gestonária é a de um gestor público em sentido material, tal como caracterizado.

3.5.3 O vínculo do gestor público

O vínculo jurídico do gestor público, analisado num quadro de dualismo de forma jurídica das empresas públicas, apresenta peculiaridades. O facto de o regime prever duas formas jurídicas e distintos atos constitutivos do vínculo tem como efeito imediato dois pontos de

¹⁸² Pela redação conferida pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março (Lei do Orçamento de Estado para 2020) ao art.º 12.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, deixa de ser possível a designação de membros da própria câmara municipal para os serviços municipalizados e as funções passam a ser remuneradas, o que indicia uma vontade de profissionalização da gestão e reforça a nossa tese do pretense cariz empresarial destes serviços.

partida diferentes. O desafio passa, pois, por tentar encontrar elementos comuns que permitam aproximar, quando necessário, nem que seja por razões de igualdade, as situações distintas, sempre na ótica que vimos adiantando, de que mesmo no quadro do direito privado e da gestão privada há que considerar “*um núcleo duro de heterodeterminação a que a Administração não se pode furtar, mesmo que atue jure privatorum utendo*”¹⁸³.

Com efeito, a tentativa de libertação do direito público, sem fundamento atendível, não encontra sustentação nem coerência, sobretudo se as vinculações jurídico-públicas em nada afetarem a gestão eficiente, nem constituírem uma perturbação das regras de concorrência, relativamente às empresas que atuem em mercado concorrencial.

3.5.3.1 Ponto de partida de *jure constituto*

A temática da natureza e formação do vínculo do gestor público potencia controvérsia, mesmo na jurisprudência do STA. Ainda que, face ao regime atual e ao dualismo de formas jurídicas empresariais, a questão nos pareça um pouco mais clara que aquela que resultava dos regimes estatutários de 1976 e 1982 acima analisados.

Com efeito, as normas estatutárias e o regime do setor público empresarial não distinguem expressamente os termos da designação dos gestores públicos em função da personalidade jurídica da empresa para a qual são designados.

No entanto, no caso das empresas sob forma societária, a formação do vínculo opera, em regra, através de um ato de designação sob forma eletiva, em si mesmo *suficiente* para constituir a situação jurídica de administração¹⁸⁴.

Já nas empresas sob forma pública, o ato de designação será, em princípio, uma nomeação, pelo Conselho de Ministros, subsumível na noção de ato administrativo.

¹⁸³ Bernardo Diniz de Ayala, *Monismo(s) ou dualismo(s) em Direito Administrativo (?), gestão pública, gestão privada e controlo jurisdicional da actividade administrativa*, in Estudos de Direito Processual Administrativo, Lex editora, Lisboa, 2002, p. 143.

¹⁸⁴ Nesta linha, António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, Almedina, 5.ª ed., 2022, pp. 834 e ss. Também considerando que “*fundada no acto de designação, a relação ganha conteúdo suficiente na lei, no estatuto social e em deliberações*” vide Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, Almedina, 8.ª ed., 2024, p. 583.

Em rigor, em função do regime concreto e dos estatutos da empresa será necessário verificar se a designação é um ato de cariz societário – em regra, uma eleição¹⁸⁵ – ou se se tratará de uma nomeação¹⁸⁶, o que os tornará, respetivamente, um ato de direito privado¹⁸⁷ ou um ato administrativo, sujeitos a aceitação pelo designado como condição da respetiva eficácia.

Sem que se deva extrair uma base contratual para o que MENEZES CORDEIRO qualifica como “situação jurídica de administração”, já que no direito privado a sujeição da eleição à respetiva aceitação não lhe confere base contratual, estando até afastada a aplicação do regime dos contratos. E no direito administrativo são admissíveis atos jurídicos unilaterais, ainda que sujeitos a aceitação como condição de eficácia¹⁸⁸.

Alguma jurisprudência acompanha precisamente a linha de que a disciplina desta situação jurídica não é a dos contratos, mas a da lei, nos poderes e deveres de administração¹⁸⁹.

Por outras palavras, na lógica própria de um regime dual de *agir empresarial* do Estado – através de pessoas coletivas de direito privado e pessoas coletivas de direito público – é também definida a formação do vínculo do gestor público através de atos jurídicos próprios do Direito Privado (a eleição ou designação) ou do Direito Administrativo (a nomeação)¹⁹⁰.

¹⁸⁵ O Código das Sociedades Comerciais deixa, aliás, em aberto a natureza do ato de designação de um administrador pelo Estado ou entidade pública: “*Os administradores por parte do Estado ou de entidade pública a ele equiparada por lei para este efeito são nomeados nos termos da respetiva legislação.*” (cfr. n.º 11 do art.º 392.º do Código das Sociedades Comerciais).

¹⁸⁶ Neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 789.

¹⁸⁷ De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-09-2018, proc. 3312/17.0T8LSB.L1-1, relatora Maria Adelaide Domingos, disponível in www.dgsi.pt. *nas empresas públicas sob a forma societária a eleição segue as regras de direito privado (comercial) e, portanto, não se trata de uma fase pré-contratual de direito público ou regulada pelo direito público.*

¹⁸⁸ cfr. António Menezes Cordeiro, *Manual...*, p. 834 e ss. e Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pp. 199-200).

¹⁸⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-02-2012, proc. 2005/10.4TVLSB.L1-8, relatora Catarina Manso, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁹⁰ Assim, Acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, de 07-07-2016, proc. 0510/15, relatora Maria Benedita Urbano, disponível in www.dgsi.pt.

Contra, o Tribunal de Conflitos já veio defender que o gestor público nomeado em reunião camarária para uma empresa municipal tem o seu vínculo assente num contrato de mandato de direito privado (Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 11-07-2017, conflito 027/16, relatora Ana Paula Boularot, disponível in www.dgsi.pt com voto de vencido relevante).

Segundo COUTINHO DE ABREU, a nomeação prevista cinge-se erroneamente à resolução do Conselho de Ministros, não contemplando outros casos possíveis de *nomeação* próprios do direito das sociedades¹⁹¹, e esquece outros casos de *eleição*, como a possibilidade de os trabalhadores elegerem membros dos órgãos de administração¹⁹².

Esta apreciação merece três breves notas:

- *primeiro*, o regime aponta para a taxatividade das formas de designação dos gestores públicos;
- *segundo* essa taxatividade pode porém ser derogada no ato de criação de uma E.P.E., que é um decreto-lei com a mesma força normativa do EGP;
- *terceiro* nas empresas sob forma societária, a intenção terá sido restringir a forma de designação à eleição, não nos parecendo admissível uma interpretação (que sempre seria corretiva) que permita outras formas de designação.

O autor suscita ainda uma eventual inconstitucionalidade, por não estar prevista na lei a designação de gestores para as empresas públicas pelos trabalhadores¹⁹³, o que efetivamente se confirma tanto no Regime do setor público empresarial, como no EGP. Também no Código do Trabalho apenas se mimetiza o plasmado na Constituição¹⁹⁴, não cumprindo o âmbito da previsão da Constituição¹⁹⁵. Concedemos poder tratar-se de uma omissão legislativa inconstitucional, perante um reenvio expreso para o legislador na al. f) do n.º 5 do art.º 54.º da Constituição.

Na lógica própria do direito das sociedades, trazida para o direito administrativo, está ainda prevista a cooptação¹⁹⁶ como forma de designação de administradores das empresas públicas sob forma societária. Essa cooptação configura um ato de direito privado, tipicamente uma

¹⁹¹ Como é o caso da nomeação no contrato de constituição de empresa ou da nomeação de pessoas coletivas. A primeira trata-se de uma situação possível, embora a segunda nos pareça inadmissível face ao teor do art.º 12.º do EGP.

¹⁹² Coutinho de Abreu, *Sobre os gestores públicos*, in *Direito das Sociedades em Revista*, outubro de 2011, ano 3, vol. 6, Almedina, pp. 33-34.

¹⁹³ Atento o disposto na al. f) do n.º 5 do art.º 54.º e no art.º 89.º da Constituição.

¹⁹⁴ *Cfr.* al. f) do n.º 1 do art.º 423.º do Código do Trabalho.

¹⁹⁵ Assim, Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, tomo II, anotação ao art.º 89.º, Coimbra Editora, 2006, p. 129.

¹⁹⁶ *Cfr.* art.º 14.º do EGP.

deliberação do conselho de administração¹⁹⁷, mas obrigatoriamente ratificada pela assembleia-geral¹⁹⁸.

No caso dos administradores designados para exercer funções através de comissão de serviço¹⁹⁹ ou cedência de interesse público²⁰⁰, o *ponto de partida* do vínculo jurídico desses gestores públicos é precisamente o ato de designação:

- (i) no caso da comissão de serviço, esta pode fundar-se num ato administrativo ou num ato de direito privado próprio do direito laboral²⁰¹ (em função de se tratar de empresa sob forma pública, em que a designação provirá de uma RCM, ou sob forma privada, em que o ato será uma designação em regime de comissão de serviço pelos órgãos societários);
- (ii) no caso da cedência de interesse público, é o acordo de cedência de interesse público que se cria a nova vinculação e fixa os respetivos termos, através de regulação jurídico-administrativa e de uma relação de emprego público do trabalhador, que exercerá ao abrigo do referido acordo as funções de administração de empresa pública.

Quanto aos trabalhadores de empresas – públicas ou privadas – que exerçam as funções através de um acordo de cedência ocasional, é nesse acordo típico e próprio do Direito do Trabalho²⁰² que se encontra a fonte de vinculação primária, a nosso ver do âmbito do Direito Privado²⁰³.

Até aqui, aparentemente o direito constituído nesta matéria parece linear e coerente com as opções tomadas no final dos anos 90, aquando da reconfiguração do setor público

¹⁹⁷ Vide al. b) do art.º 406.º do Código das Sociedades Comerciais.

¹⁹⁸ Cfr. art.º 14.º do EGP.

¹⁹⁹ Cfr. art.º 16.º do EGP.

²⁰⁰ Cfr. n.º 1 do art.º 17.º do EGP.

²⁰¹ Artigo 161.º e ss. do Código do Trabalho.

²⁰² Artigos 288.º e ss. do Código do Trabalho.

²⁰³ Com interesse, sobre a invalidade de um contrato de trabalho celebrado na pendência do exercício de funções de administração, para justificar posterior cedência ocasional, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-05-2017, proc. 1519/14.1TTLSB.L1-4, relatora Albertina Pereira, disponível in www.dgsi.pt.

empresarial pelo Decreto-Lei n.º 558/99 e da integração no setor empresarial do Estado de entidades sob forma privada e sob forma pública²⁰⁴. Mas o legislador não se ficou por aqui.

3.5.3.2 Particularidades do ato de nomeação pelo Governo

Conforme mencionado acima, o ato de nomeação praticado pelo Conselho de Ministros é um ato administrativo, nos termos gerais do nosso Código do Procedimento Administrativo²⁰⁵. O ato de nomeação é unilateral, exclusivamente dependente para a respetiva perfeição da vontade do seu autor²⁰⁶, ou seja, adquire perfeição independentemente da vontade de outros órgãos ou sujeitos de direito, sem prejuízo de a sua eficácia poder depender da aceitação do nomeado, sem, no entanto, afetar a sua perfeição e completude.

Tal como bem lembra FREITAS DO AMARAL, “[a] *aceitação é necessária, sem dúvida, mas apenas como condição de eficácia da nomeação – ou seja, é necessária para que nomeação produza os seus efeitos típicos –; contudo, a nomeação, em si, existe como ato perfeito ou acabado, completo...*”²⁰⁷.

O ato de nomeação de um gestor público através de uma resolução do conselho de ministros consubstancia um ato *decisório* e *constitutivo*, criador de uma posição jurídica de administração²⁰⁸. Tipicamente, esse ato pressupõe um acordo prévio entre quem designa e quem é designado, sendo caracterizável como um ato *consensual*. Consoante a resolução designe um ou mais gestores públicos, tratar-se-á de um ato *singular* ou *plural*²⁰⁹.

²⁰⁴ A coexistência de empresas sob forma pública e sob forma privada coloca dificuldades também ao nível do pessoal das empresas públicas e do regime laboral que lhes é aplicável. Sobre o tema, Miguel Alfonso Esteban, *El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas – Entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo*, Ediciones Cinca, 2023.

²⁰⁵ João Pacheco de Amorim, *Sobre os conceitos de ato administrativo e ato administrativo impugnável no CPA e no CPTA*, in Carla Amado Gomes/ Ana Neves/ Tiago Serrão (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, AAFDL, 3.ª edição, 2016, p. 89 e ss.

²⁰⁶ Assim, Paulo Otero, *Direito...*, p. 313. Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. II, p. 199.

²⁰⁷ *cfr.* Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. II, p. 199.

²⁰⁸ É a terminologia adotada por Paulo Otero (*cfr.* Paulo Otero, *Direito...*, pp. 317-318). Para Mário Aroso de Almeida são constitutivos os atos que colocam o particular numa situação distinta daquela em que se encontrava (*cfr.* Mário Aroso de Almeida, *Teoria...*, p. 200).

²⁰⁹ Neste sentido, Paulo Otero, *Direito...*, p. 315 e Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. II, pp. 211-212.

Este ato de nomeação não configura apenas um ato constitutivo²¹⁰, na lição de Marcello Caetano. À luz do nosso Código, é um *ato constitutivo de direitos*, pelo qual o designado gestor público fica colocado numa *situação jurídica de vantagem*, com situações jurídicas ativas como a que se extrai nomeação²¹¹, e não apenas os direitos criados pela Administração²¹². Reflexamente, por princípio, a boa-fé e a tutela da confiança limitam a livre revogabilidade de um ato desta natureza, daí que a jurisprudência há muito tenha entendido pela tutela de um interesse legalmente protegido à segurança no cargo, afastando a suficiência da *conveniência de serviço* como fundamento bastante para determinar o termo do vínculo²¹³

3.5.3.3 O contrato de gestão e o vínculo do gestor público

O direito português prevê²¹⁴ ainda a obrigatoriedade de celebração de um contrato de gestão entre os gestores públicos, os titulares da função acionista e o membro do Governo responsável pelo respetivo sector de atividade, cominando com a nulidade da nomeação a falta de celebração do contrato. Não se trata de uma inovação do legislador de 2007.

Já na década de 60 do século XX foram celebrados diversos “contratos-programa” em França, entre o Estado e as empresas públicas, no quadro do planeamento económico, ainda que conferindo maior autonomia gestionária às empresas²¹⁵.

Em Portugal, o texto originário da Constituição de 1976 referia-se, no respetivo n.º 1 do artigo 92.º aos contratos-programa, sob inspiração do modelo francês²¹⁶, pese embora

²¹⁰ Para o insigne professor, “[a]ctos constitutivos serão os actos administrativos de que resulte a alteração na esfera jurídica de outrem.” (cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 5.ª reimpressão da 10.ª edição, 1991, p. 454).

²¹¹ De acordo com Marcello Caetano, a nomeação constituía um ato constitutivo de direitos por investir um particular “num estado jurídico” (cfr. Marcello Caetano, *Manual...*, p. 455).

²¹² Cfr. José Robin de Andrade, *O regime da revogação e da anulação administrativa no projeto do novo Código do Procedimento Administrativo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 100, Julho/Agosto de 2013, p. 75.

²¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 266/87, de 8 de julho, relator Monteiro Diniz, disponível in www.tribunalconstitucional.pt.

²¹⁴ Cfr. art.º 18.º do EGP.

²¹⁵ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Económico*, 2.ª parte, AAFDL editora, 1979, pp. 608-609.

²¹⁶ Sérvulo Correia, *Os contratos económicos perante a Constituição*, in *Nos dez anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 96. O autor clarifica, no entanto, na esteira de Laubadère, que em França foi adotada a expressão *contrato*

enquanto instrumentos de planificação gizados no contexto do advento da democracia e da visão económica ali proeminente e não ainda com os contornos do contrato de gestão tal como se veio a conceber no plano infraconstitucional²¹⁷.

E logo nas bases gerais das empresas públicas de 1976 o legislador apelava à necessidade de contratos-programa para fixação dos objetivos gestionários²¹⁸, linha seguida no preâmbulo do Estatuto do gestor público de 1982 que expressamente proclamava a conveniência de celebração de contratos de gestão²¹⁹, no contexto da idealização de uma gestão pautada por objetivos e resultados e na esteira de uma Administração que a partir dos anos 80 tende à atuação jurídico-administrativa sob forma de contrato²²⁰. Mas somente no EGP de 2007 vem especificamente regulado o *contrato de gestão*.

O contrato de gestão deve definir-se como o acordo através do qual são fixados os objetivos para a gestão de uma determinada empresa pública, fundados nas orientações para o setor público empresarial, para um setor de atividade deste setor ou para uma empresa em particular²²¹.

económico com uma notória amplitude, para lá do rigor jurídico na qualificação de contratos e sob influência de visões económicas ou técnicas.

²¹⁷ Luís Silva Morais, *As relações entre o Estado e as empresas públicas*, in Estudos sobre o novo regime do setor empresarial do Estado, Almedina, 2000, p. 123.

²¹⁸ Segundo a al. b) do n.º 2 do art.º 21.º do DL 260/76, de 8 de abril: “Devem ser claramente fixados, sempre que possível através de contratos-programa, objetivos económico-financeiros de médio prazo a cada empresa, designadamente no que respeita à remuneração do trabalho e do capital investido ou à obtenção de um adequado autofinanciamento.”.

²¹⁹ No preâmbulo de 1982: *Esta nova filosofia, que permitirá, sempre que julgado conveniente, a celebração de contratos de gestão, que atenderão à situação concreta de cada empresa, não se afasta, afinal, dos critérios de competência e de responsabilidade de gestão que presidem à escolha dos membros dos órgãos de direcção das empresas privadas, critérios esses que se entendem também inteiramente ajustados e necessários à defesa dos interesses das empresas do Estado.* (cfr. 2.º parágrafo do Decreto-Lei n.º 464/82, de 9 de dezembro).

²²⁰ Entre vários, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, Almedina, 5.ª ed., 2021, p. 15.

²²¹ Na senda da gestão por objetivos, surge ainda na lei que estes contratos devem contemplar o quadro remuneratório dos gestores públicos (art.º 30.º do EGP), o que terá sobretudo que ver com a possibilidade de atribuição de prémios de gestão, associados ao cumprimento dos objetivos fixados. Encontrando-se a remuneração dos gestores públicos tabelada na Resolução do Conselho de Ministros n.º 16/2012, de 14 de fevereiro – o que se elogia, por razões de transparência – não tem efeito útil a norma do EGP que prevê a fixação de remuneração no contrato de gestão. A exceção cingir-se-á aos prémios de gestão e a eventuais benefícios próprios da empresa, aplicáveis aos demais colaboradores.

Este contrato (também designado sob a terminologia de “*management contract*” ou “contrato de *performance*”) é um instrumento jurídico de planificação²²², que fixa objetivos a prosseguir, muitas vezes com metas e compromissos rigorosamente identificados²²³, para subsequente prestação de contas e responsabilização (“*accountability*”), assim contribuindo para a transparência gestonária²²⁴.

Trata-se de um contrato administrativo²²⁵, enquanto acordo conformador de uma relação jurídico-administrativa, entre os gestores públicos, os titulares da função acionista e a tutela²²⁶, em tese marcado pela posição de supremacia da Administração face aos gestores²²⁷, sujeito a normas de Direito Administrativo.

O referido contrato integra-se na contratação excluída da aplicação das regras da formação dos contratos previstas na parte II do Código dos Contratos Públicos, atento o contexto da formação do contrato²²⁸, no âmbito do procedimento de designação dos gestores públicos. Será, no entanto, de aplicar o regime substantivo dos contratos administrativos, com as devidas adaptações.

No plano da *formação do vínculo*, o contrato de gestão surge como um elemento propício à defesa de uma visão contratualista do vínculo do gestor público, na medida em que a lei comina com a nulidade o ato de nomeação na falta do contrato de gestão.

²²² Segundo Alexandra Leitão, “*são contratos-plano, que criam processos contratualizados de intervenção das entidades participantes na gestão das empresas, estabelecendo orientações programáticas e de planeamento, mas que não deixam, por isso, de ser vinculativas.*”, os quais a autora considera contratos interadministrativos, atenta a posição que adota sobre as empresas públicas na Administração (Alexandra Leitão, *Contratos interadministrativos*, Almedina, 2011, p. 255)

²²³ Com interesse, *vide* os exemplos de Manuel Lopes Porto/João Nuno Calvão da Silva, *Corporate governance nas empresas públicas*, Temas de integração, pp. 387-388.

²²⁴ *Idem.*

²²⁵ Seguimos aqui de perto Paulo Otero, *Direito do procedimento administrativo*, vol. I, Almedina, 2016, pp. 334-336. Não sem deixar de recordar que a introdução do princípio dos contratos administrativos por natureza surge no nosso ordenamento no art.º 9.º do Decreto-lei n.º 129/84, de 27 de abril (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

²²⁶ Para Coutinho de Abreu, identifica-se aqui “*o Estado-governo numa relação de supra-ordenação com os gestores públicos*” (*cfr.* Coutinho de Abreu, *Sobre...*, p. 35.).

²²⁷ Dizemos *em tese*, pois como se desenvolverá adiante o contrato de gestão é muitas vezes preparado pelos gestores a designar e não pela tutela.

²²⁸ *Cfr.* n.º 1 *in fine* do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos.

Aliás, em processo judicial que tivemos oportunidade de acompanhar diretamente enquanto mandatário, o STA chegou a defender que *i)* o contrato de gestão é a fonte do vínculo do gestor público e *ii)* a nomeação é um ato preparatório, uma proposta de celebração do referido contrato, sendo *iii)* a celebração o ato de aceitação da proposta, que constitui o vínculo (que o tribunal ali qualificou genericamente como sendo de direito privado)²²⁹.

Mas em rigor o vínculo do gestor público forma-se em momento anterior, através de um dos atos previstos para desencadear o início de funções do gestor público, em regra uma eleição ou uma nomeação.

A partir da designação, o gestor público pode iniciar as funções (na data prevista no referido ato); e é nessa qualidade de gestor público “empossado” que celebra o contrato de gestão.

Seria em certa medida desequilibrado que o pretense gestor celebrasse um contrato de gestão sem qualquer noção da realidade da entidade a gerir, na medida em que as restantes partes no contrato são *a priori* conhecedoras daquela, assim se justificando que o contrato de gestão seja celebrado depois de um determinado período de exercício de funções de gestão por parte do designado.

Já circunstância de estar consagrada na lei a nulidade da designação pela falta de celebração do contrato de gestão merece crítica, pois reputa-se juridicamente impercetível.

Assim, defende alguma doutrina que a situação seria antes de caducidade da designação²³⁰, tendo o STA por seu turno já aflorado a tese²³¹ de que se trata de uma formalidade, cuja falta será *ope legis* geradora da nulidade da designação²³². *De iure condendo* poder-se-ia defender tratar-

²²⁹ Acórdão do STA (1.ª Secção), de 28-01-2016, proc. 0510/15, relator Madeira dos Santos, que veio a ser revogado pelo Pleno da Secção de Contencioso Administrativo. Cerca jurisprudência seguiu a linha de considerar que no contrato de gestão reside o vínculo do gestor público – *cfr.* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-06-2023, proc. 5399/22.5T8CBR.C1, relator João Moreira do Carmo, disponível in www.dgsi.pt.

²³⁰ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 789. No mesmo sentido, Vasco Freitas da Costa, *Da designação dos administradores das empresas públicas*, in *A designação dos administradores*, Almedina, 2015, pp. 278-279.

²³¹ No já citado Acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, de 07-07-2016, proc. 0510/15, relatora Maria Benedita Urbano, disponível in www.dgsi.pt.

²³² Trata-se de uma fórmula pensada pelo STA para justificar a nulidade prevista no EGP para a falta de celebração do contrato de gestão, na medida em que tanto no Direito Civil, como no Direito Administrativo, a falta de uma formalidade essencial é geradora de invalidade (ainda

se da aposição de uma condição resolutiva ao ato de designação, a qual, uma vez verificada, geraria a ineficácia do ato de designação²³³.

De qualquer modo, considerar-se que a constituição do vínculo opera através do contrato de gestão, levar-nos-ia a questionar a natureza da situação jurídica do gestor entre a designação e a celebração do contrato de gestão. Ainda que não se desconsidere a relevância do contrato de gestão em matéria de *vinculação* gestor público – e não de *fonte do vínculo* – na medida em que é também no contrato que estão definidas metas e objetivos gestionários, que concretizam as orientações gerais²³⁴.

A matéria remuneratória igualmente integra o contrato, mas sem qualquer cariz inovatório, atendendo a que os salários dos gestores públicos se encontram hoje tabelados ou delimitados²³⁵, ou seja, sem que daí se possa extrair um elemento essencial do contrato e da constituição do vínculo do gestor público.

Em suma, a ação do gestor público encontra no contrato de gestão uma *delimitação em sentido positivo e em sentido negativo*: **(i)** *em sentido positivo*, pois no contrato de gestão devem estar identificados os objetivos e termos da ação gestonária, a executar pelo gestor público designado²³⁶; **(ii)** *em sentido negativo*, dado que a ação gestonária que não alcance os objetivos *e/ou* que os transcenda pode ser enquadrada como um incumprimento do contrato – salvo, nesta última hipótese, se tal se revelar objetivamente benéfico para o interesse público.

que, no Direito Administrativo, essa invalidade se traduza em anulabilidade, e não em nulidade, mesmo em casos de falta de formalidade essencial como a fundamentação).

²³³ De modo sumário, sobre a condição resolutiva e as consequências jurídicas da sua verificação, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do Direito Civil*, Almedina, 2007, 4.ª ed., pp. 609-610 e 752-753.

²³⁴ Devendo o incumprimento dos objetivos e avaliação negativa resultar na possibilidade de demissão, a prever expressamente no clausulado contratual (*cf.* n.º 5 do art.º 18.º do EGP).

²³⁵ Resolução do Conselho de Ministros n.º 16/2012, de 14 de fevereiro. Também o abono para despesas de representação está delimitado no EGP, tal como os demais abonos e os prémios de gestão.

²³⁶ Para Alexandra Leitão, trata-se de um contrato que assume a dupla função de definir objetivos para a empresa e para a equipa de gestão (*cf.* Alexandra Leitão, *Contratos interadministrativos*, Almedina, 2011, p. 254).

Esta leitura é confirmada pelo legislador, que expressamente definiu um regime de cessação do vínculo do gestor público por incumprimento dos objetivos fixados pela tutela, designadamente os plasmados no contrato de gestão²³⁷.

3.5.3.4 Função política e vínculo do gestor público

A relação direta do Governo ou indireta, através de empresas detentoras de participações sociais, com as empresas públicas e os seus gestores, torna inevitável uma menção aos eventuais cruzamentos com atos próprios da função política *maxime* no que toca à formação do respetivo vínculo.

Tanto assim que o Regime do setor público empresarial estatui que as orientações estratégicas para as empresas públicas correspondem ao exercício da função política do Governo²³⁸.

Com efeito, a distinção entre a função política e a função administrativa tem merecido profunda discussão e estudo na doutrina estrangeira²³⁹ e nacional,²⁴⁰ não se alcançando na almejada distinção mais que um tracejado, tantas vezes pouco firme.

Ao encontro de ROGÉRIO SOARES e PEDRO GONÇALVES²⁴¹, será de concluir que dificilmente se obtém uma definição rígida de *função administrativa*, sendo que no âmbito da prática de

²³⁷ Cfr. n.º 5 do art.º 18.º e al. a) do n.º 1 do art.º 25.º, ambos do EGP. O facto de se prever no próprio contrato de gestão que o respetivo incumprimento constitui causa de demissão, não nos parece que o torne a fonte do vínculo do gestor público, pois que o incumprimento de objetivos gestionários configura uma causa típica de cessação de vínculo de administradores, tanto no EGP como no Código das Sociedades Comerciais; (ii) os fundamentos de cessação do vínculo do gestor não se circunscrevem ao definido no contrato de gestão (cfr. artigos 24.º a 26.º).

²³⁸ Cfr. n.º 1 do art.º 24.º Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro.

²³⁹ Certos autores de referência como Georg Jellinek não relevavam a função política na teoria das funções do Estado. O autor referia na sua obra as funções legislativa, administrativa e judicial (cfr. Georg Jellinek, *Die Funktionen des Staates*, in *Allgemeine Staatslehre*. Springer Berlin, Heidelberg, 1929, pp. 595-624).

²⁴⁰ Para o Professor Marcello Caetano, as funções do Estado distinguem-se entre funções jurídicas, de que resultam a prática de atos jurídicos, e funções não jurídicas, sendo a função política *não jurídica* e função executiva uma função jurídica (cfr. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, 6.ª ed., Coimbra Editora, 1972, pp. 157 e ss.). Sumariando a evolução da discussão na História e, Carlos Blanco de Morais, *Curso de Direito Constitucional – lei e sistema normativo*, tomo I, Almedina, 2022, pp. 15 e ss.

²⁴¹ Pedro Costa Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, 2005, p.

certos atos pelo Governo torna-se muito complexa a qualificação como atos da função política ou como atos da função administrativa²⁴² face às *inevitáveis zonas cinzentas*²⁴³.

Até porque, como bem reconhece o Tribunal Constitucional, não se identifica “qualquer estrita correspondência entre separação de órgãos e separação de funções, de modo a que a separação de órgãos tenha o sentido de implicar uma rígida divisão de funções do Estado entre eles, exprimindo até a referência à interdependência dos órgãos do Estado constante do artigo 111.º, n.º 1, da Constituição, uma lógica de colaboração e articulação funcional”²⁴⁴.

E nem mesmo uma definição pela negativa, aparentemente com raízes na doutrina alemã²⁴⁵, com seguidores entre nós²⁴⁶, segundo a qual seria função administrativa aquilo não se reporta a legislar, julgar ou fazer política soberana parece ultrapassar as dificuldades de qualquer visão rígida.

O tema ganha interesse e contornos desafiantes se observarmos o que a jurisprudência e alguns autores apontam quanto à natureza “quase-jurisdicional” dos poderes das entidades reguladoras²⁴⁷, as dificuldades geradas pela criação inovadora de direito pelos tribunais, com

544, seguindo a posição do seu mestre Prof. Rogério Ehrardt Soares, *in Direito Administrativo (lições, 1980)*, edição Associação Académica da Universidade Lusíada, 1992, p. 41.

²⁴² Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 39.

²⁴³ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 4.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 2010, p. 35.

²⁴⁴ Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 395/2012, seguido pelo Acórdão do mesmo Tribunal n.º 267/2017.

²⁴⁵ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vols. I e II, Duncker & Humblot, 1924 (reimpresso em 2004), pp. 7 e ss.

²⁴⁶ Paulo Otero, *Manual...*, p. 184.

²⁴⁷ Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 376/2016: “o surgimento das entidades reguladoras escapa aos cânones tradicionais de classificação da estrutura e funções do Estado, havendo quem lhes reconheça uma natureza «quase-jurisdicional» ou mesmo a expressão de uma espécie de «quarto poder»”, seguindo aqui Fernanda Maçãs, *O controlo jurisdicional das autoridades administrativas independentes*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, pp. 22-23. Ou ainda Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, Coimbra Editora, 3.ª ed., pp. 34 e ss.

destaque para países como o Brasil²⁴⁸ ou ainda a prática de atos *a priori* subsumíveis na função administrativa, pelos tribunais, em matéria eleitoral²⁴⁹.

Concretamente quanto à formação do vínculo do gestor público, entende-se que o ato de designação é a fonte do vínculo do mesmo, que em qualquer das situações de designação já identificadas não configura a prática de um ato próprio da *função política* e, dessa forma, um ato político.

Como aponta CARLOS BLANCO DE MORAIS²⁵⁰, *os atos políticos fluem por excelência no universo da interdependência de poderes (n.º 1 do art.º 111.º da CRP)* e traduzem-se concretamente em *atos de direção política* – no caso do Governo, o autor identifica atos como a proposta de nomeação de titulares de órgãos constitucionais, apresentação de demissão pelo Primeiro-Ministro, pedido de confiança à AR – e *atos de controlo*, respeitantes à vigilância interorgânica (como é o caso da referenda ministerial, no caso do Governo), o que não é manifestamente o caso no que tange à designação de titulares de órgãos de administração das empresas públicas.

Estamos, assim, perante um ato subsumível na *função administrativa*. Ainda que nem sempre concretizado através de atos administrativos (*e.g.* no caso de atos praticados ao abrigo do direito privado, como as deliberações societárias). Isto é, a designação de um gestor público é um ato próprio do exercício da *função administrativa*, independentemente da natureza jurídica da empresa para a qual se é designado – pessoa coletiva pública ou pessoa coletiva de direito privado – e do ato que exterioriza a *vontade pública*.

Com efeito, mesmo no caso de um ato praticado ao abrigo de regimes de direito privado, trata-se da exteriorização de uma decisão ínsita ao exercício da *função administrativa*, que simplesmente é concretizada num ato de direito privado, mas tantas vezes pré-determinado até por um despacho interno da tutela, que define o conteúdo e o sentido do ato de direito privado que vier a ser praticado no âmbito dos órgãos societários.

A título de exemplo, o ato de eleição previsto no n.º 6 do art.º 13.º do EGP não é um ato livre do representante do Estado em determinada assembleia-geral, no quadro do direito

²⁴⁸ Em especial sobre o Supremo Tribunal Federal do Brasil e a sua atuação “para-legislativa”, *vide* uma síntese *in* Carlos Blanco de Moraes, *O sistema político*, Almedina, 2015, pp. 414-415 e p. 418.

²⁴⁹ *Cfr.* a título meramente exemplificativo os poderes dos tribunais em matéria de candidaturas na Lei Eleitoral da Assembleia da República (Lei n.º 14/79, de 16 de maio, na sua atual redação).

²⁵⁰ Carlos Blanco de Moraes, *Curso...*, tomo I, Almedina, 2022, pp. 30 e ss.

privado, mas sim um ato praticado nos exatos termos definidos pela tutela em momento anterior, no exercício da função administrativa e em regra por via de atos internos da Administração.

E de qualquer modo, a própria Constituição constitui a este propósito um importante limite à eventual defesa da natureza política da relação do Estado com as empresas públicas, ao determinar que esta se insere na *função administrativa*, quer estejamos perante a administração indireta pública, quer privada, distinção que a Constituição não faz (*cf.* al. *d*) do art.º 199.º da Constituição), bem como ao prever que é no quadro jurídico-administrativo que o Governo pratica atos relativos aos funcionários e agentes (al. *e*) do mesmo art.º 199.º), em que se poderão incluir os gestores públicos. O que não afasta a presença do *indirizzamento politico* no exercício da competência administrativa.

Sabemos desalinhar aqui com certa doutrina defensora de que a relação do Estado com as empresas públicas se enquadra de modo distinto, consoante estejamos perante empresas sob forma pública e empresas sob forma privada²⁵¹, isto é, sendo de tutela e superintendência, no caso das primeiras, e exclusivamente de direito privado, no caso das segundas, respetivamente.

A nosso ver, trata-se sempre e por imposição constitucional de uma relação de superintendência e tutela²⁵² própria da *função administrativa*, sobre uma administração bem qualificada por PEDRO GONÇALVES como *administração estadual indireta sob orientação do Governo*²⁵³, pública ou privada.

A Constituição não distingue, não cabendo ao intérprete fazê-lo. Naturalmente que concedemos que ínsita à superintendência está a prática de atos de *indirizzamento politico* e que ao nível da orientação pelo Governo e do exercício de funções de alta Administração o *politico* e o *administrativo* se cruzam em permanência²⁵⁴

No plano legislativo, esta interação com as empresas públicas foi concretizada pelo legislador de modo indistinto na figura da *função acionista*, que ficou definida como sendo o exercício

²⁵¹ Entre outros, Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 455 e ss.

²⁵² Na mesma linha, Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pp. 348-351. E igualmente, Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, p. 416.

²⁵³ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p.758.

²⁵⁴ Por todos, Roberto Alesse, *La dirigenza dello Stato tra politica e amministrazione*, Giappichelli Editora, 2006.

dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas, bem como daquelas que por estas sejam constituídas, criadas ou detidas²⁵⁵, aí se incluindo a designação dos titulares dos órgãos sociais ou estatutários, consoante o caso, no fundo um modelo pensado com um objetivo primordial, o da concentração no ministério das Finanças do controlo das empresas públicas²⁵⁶.

O acolhimento desta noção própria do direito privado não nos afasta da posição adotada, pelo contrário, só vem confirmar que o legislador também entende que existe um bloco de poderes próprios da superintendência e tutela exercidos sobre a administração indireta, seja pública ou privada, densificado na sobredita *função acionista*. Sendo que, consoante a natureza jurídica da empresa, se distinguirá o exercício desses poderes, ao abrigo do direito administrativo ou do direito privado: *o exercício da função acionista processa-se por via de deliberação da assembleia geral ou, tratando-se de entidades públicas empresariais, por resolução do Conselho de Ministros ou por despacho do titular da função acionista* (cfr. n.º 2 do art.º 38.º do RJSPE).

Por outras palavras, os poderes exercidos pelo Estado relativamente às empresas públicas – aí se incluindo a designação de titulares de órgãos – inserem-se na *função administrativa* independentemente de se praticarem atos ao abrigo do direito público ou do direito privado.

Assim, a menção ao exercício da *função política* pelo legislador no Regime do setor público empresarial, tal como a qualificação legal de certos atos como *atos políticos* não constitui razão para que se aceite essa natureza²⁵⁷, que em última análise teria como propósito afastar da fiscalização judicial atos próprios da função administrativa²⁵⁸, defraudando o texto da

²⁵⁵ Cfr. art.º 37.º do Regime do setor público empresarial.

²⁵⁶ Vide preâmbulo do Regime e o art.º 39.º.

²⁵⁷ Nesse sentido, Marco Caldeira, *Atos políticos, direitos fundamentais e Constituição*, AAFDL, 2014, p. 88, seguindo Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 315.

²⁵⁸ Na medida em que, sob inspiração francesa, pelo menos desde a Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 40 768, de 8 de setembro de 1956, que no ponto 2.º do art.º 16.º afastava do recurso contencioso “[O]s actos da competência própria do Presidente da República e os actos de governo de conteúdo essencialmente político.” que se afasta os atos políticos do controlo jurisdicional, solução que veio a ser sufragada nos Estatutos dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Constituição²⁵⁹. Essa dificuldade foi já objeto de interessante jurisprudência dos tribunais superiores, por exemplo a propósito da promoção de embaixadores²⁶⁰.

Sendo indiscutível a necessária existência de atos que escapam à fiscalização jurisdicional, pela sua natureza política e no quadro da garantia dos interesses do Estado, os mesmos devem reduzir-se ao *mínimo e essencial*²⁶¹ nomeadamente porque *i)* todas as administrações, como a indireta, têm de estar sujeitas a controlo jurisdicional²⁶² e *ii)* trata-se de uma categoria de atos que “oferece às tentações de arbítrio uma proteção capaz de encorajá-las.”²⁶³.

Em suma, a identificação da separação das funções do Estado é tantas vezes ténue²⁶⁴ e desafiante²⁶⁵, reconhecendo-se no aqui importa a existência de cruzamentos de atos próprios da função administrativa com atos próprios da função política, desde logo o próprio Programa do Governo e a visão aí traçada para o setor público empresarial, num quadro jurídico que por vezes é de verdadeira interdependência umbilical entre atos próprios da

²⁵⁹ O que igualmente já tantas vezes acontece mediante a atribuição de poderes discricionários para a prática de determinadas decisões, diminuindo possibilidade de controlo judicial (assim, Miguel Nogueira de Brito, *O político e o normativo: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª secção) de 9.1.2010, p. 885/10, in* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 90, novembro/dezembro de 2011, p. 43).

²⁶⁰ No n.º 2 do art.º 21.º da Lei Orgânica do Ministério dos Negócios Estrangeiros prevê-se que promoção à categoria de embaixador é efetuada por decreto do Governo, no exercício da função política, o que gerou jurisprudência contraditória no Supremo Tribunal Administrativo. *Vide* Acórdão da 1.ª Secção do Contencioso Administrativo, de 23.02.2012, proc. 0621/10, relator António Madureira e Acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Administrativo, de 15-11-2012, proc. 0621/10, relator São Pedro, ambos disponíveis in www.dgsi.pt. Sobre a controvérsia, João Caupers, *Atos políticos – contributo para a sua delimitação, in* Cadernos de Justiça Administrativa n.º 98, março/abril de 2013, pp. 3-13. Diferente questão será a da nomeação e exoneração, fundada em norma constitucional – al. a) do art.º 135.º da Constituição – e no plano da atividade de *política externa*, subsumível na *função política* (nesta linha, *vide* Acórdão do Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, de 17-11-2016, proc. 01357/15, relatora Maria do Céu Neves, disponível in www.dgsi.pt).

²⁶¹ João Caupers, *Atos políticos...*, p. 9.

²⁶² J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª ed., 2003, p. 651.

²⁶³ Jean Rivero, *Direito Administrativo*, Almedina, 1991, pp. 186-187.

²⁶⁴ José Melo Alexandrino, *Lições...*, vol. I, pp. 157-158.

²⁶⁵ Problematizando, com muita atualidade, o tema degradação da separação de poderes, do ativismo da administração pública e da sua permeabilidade ao *político*, Paulo Otero, *A dimensão política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre política e administração, in* Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. IV, Coimbra Editora, 2012, p. 713 e ss.

função política e atos próprios da função administrativa²⁶⁶. Não é o caso em matéria de designação de gestores para as empresas públicas.

3.5.3.5 O gestor de empresa pública: particularidades

A. A empresa e o gestor público

Pese embora o tenhamos referido, dúvidas houvesse reitera-se a posição assumida e tributária do direito das sociedades e da respetiva doutrina, no sentido de afastar uma visão contratualista da administração de empresas, mesmo de uma empresa pública, para a qual se exige a celebração de um contrato de gestão.

A fonte do vínculo do gestor público não reside num contrato e, como avança a doutrina comercialista, entre a empresa e o administrador não se identifica uma relação jurídica de natureza contratual.

Essa perspetiva contratual tem origens históricas remotas, provenientes de França, de Itália, que se repercutiram no nosso direito. Destaquemos o Código Comercial de 1833²⁶⁷, a Lei de 22 de junho de 1867 (reguladora das sociedades anónimas)²⁶⁸ ou ainda o Código Comercial de 1888²⁶⁹ aludiam precisamente ao mandato, o que terá raízes nas companhias coloniais e poderes exorbitantes públicos relativamente a estas²⁷⁰.

²⁶⁶ Como refere Paulo Otero, “*existem matérias de índole política que envolvem o exercício de uma atividade administrativa*” do mesmo modo que “*existem matérias de natureza administrativa que pressupõem ou envolvem opções ou efeitos de cariz político*” (cfr. Paulo Otero, *Manual...*, p. 183). Vide ainda Ana Raquel Moniz, *A Discricionariedade Administrativa: Reflexões a Partir da Pluridimensionalidade da Função Administrativa*, in: *O Direito*, n.º III, ano 144.º, 2012, pp. 599-651.

²⁶⁷ Segundo o art.º 538.º: “*Companhia é uma associação de accionistas sem firma social, qualificada pela designação do objecto da sua empresa, e administrada por mandatarios temporarios, revogaveis, accionistas ou não accionistas, assalariados ou gratuitos.*”

²⁶⁸ Esta lei ditava no art.º 13. que: “*As sociedades anonyms são administradas por mandatarios temporarios, revogaveis, retribuidos ou gratuitos, escolhidos d’entre os associados.*”. Sobre esta lei, Maria Eugénia Mata, *Sociedades anónimas: regulação e economia*, in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XLI, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1998.

²⁶⁹ Vide o art.º 172.º do Código Comercial de 1888, o qual prescreve o seguinte: “*A eleição dos directores será feita de entre os socios por tempo certo e determinado não excedente a tres annos, e sem prejuízo da revogabilidade do mandato, sempre que qualquer assembléa geral o julgue conveniente.*”

²⁷⁰ Por todos, António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades...*, pp. 812 e ss.

No entanto, as visões contratualistas estão relativamente ultrapassadas, desde logo pela objetiva e inquestionável ausência de um qualquer contrato entre a empresa e o administrador.

Como refere MENEZES CORDEIRO, o único contrato que se identifica é o contrato de sociedade, sendo que a eleição-aceitação não é contratual²⁷¹ e a administração de empresa está marcadamente condicionada ou conformada por atos unilaterais – *v.* o art.º 399.º do CSC, relativamente à remuneração. Daí que o autor acabe mesmo por concluir estarmos perante uma situação jurídica, de cariz absoluto, que não implica sequer uma relação jurídica²⁷².

Também COUTINHO DE ABREU aponta no sentido da negação do contratualismo, mas assente na relação jurídica, que justifica na constituição de uma “relação de administração” pela deliberação societária que designa o administrador, reportando-se à deliberação de eleição como um negócio unilateral da sociedade, sujeito a condição de eficácia, pela aceitação. E na perspetiva de que *entre uma pessoa designada como administrador – que aceita a designação – e a sociedade respetiva estabelece-se uma relação jurídica complexa (com direitos e deveres recíprocos, respeitantes, por exemplo, à gestão e representação, às remunerações, aos períodos de trabalho)*²⁷³. E mesmo a circunstância de putativamente existir um contrato, como é o caso de um contrato de gestão no caso dos gestores públicos, daí não retira o mestre de Coimbra uma qualquer visão contratualista, precisamente porque entende que essa relação jurídica complexa pode ter algum dos seus elementos disciplinados por contrato²⁷⁴. Tendemos a seguir este entendimento.

B. O Estado e o gestor público

A relação jurídica entre o gestor público e a empresa, amplamente discutida no direito das sociedades, não deve por seu turno confundir-se com uma relação jurídica entre o gestor

²⁷¹ António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades...*, pp. 834 e ss.

²⁷² *Idem*.

²⁷³ Coutinho de Abreu, *Curso...*, vol. II, p. 580.

²⁷⁴ O autor dá exemplos concretos: artigos 253.º/4, 257.º/7 ou 403.º/5 do CSC (*cfr.* Coutinho de Abreu, *Curso...*, p. 583).

público e o Estado. Esta última não é a mesma daqueloutra que se estabelece entre um acionista e a administração, no direito das sociedades.

É que o direito público estabelece um quadro obrigacional – que se analisará – do gestor público perante o Estado, quer para as empresas públicas sob forma pública, quer sob forma privada.

Portanto, independentemente da natureza da empresa, o gestor público está sujeito a regras e deveres de direito público que não são os típicos do administrador de uma empresa privada, muito menos quanto ao acionista. Referimo-nos por exemplo aos deveres acatamento de orientações, à sujeição de atos de administração a autorização prévia, a limites à autonomia de gestão e à parametrização da gestão por um contrato de gestão com o titular da função acionista.

Por isso, apesar da situação jurídica de administração ou relação jurídica complexa, que brota da constituição do vínculo, seja por via de um ato administrativo, seja por via de um ato de direito privado, no caso do gestor público identifica-se igualmente uma relação jurídica entre o Estado, ou melhor, entre o titular da função acionista, por vezes também o membro do Governo do setor de atividade e o gestor público, com um quadro de deveres amplo.

Esta relação jurídica entre o Estado e o gestor público é também complexa e a nosso ver não se subsume nos cânones próprios do mandato, tanto no processo de formação, como também, por exemplo, na repercussão dos efeitos jurídicos da atuação do gestor público – que não se destinam ao Estado, mas à empresa com a qual o gestor público tem o vínculo funcional. Para além dos deveres específicos de base legal, de tutela do interesse público, mas que não são determinados pelo Estado enquanto mandante, mas pela lei²⁷⁵. E a referida situação jurídica de administração, relativamente à empresa, que não se coaduna com um mandato, relativamente ao Estado.

Razão pela qual esta relação jurídica entre o Estado, através do titular da função acionista, do membro do Governo do setor de atividade e o gestor público é *sui generis* e apresenta particularidades. Com elementos constitutivos próprios do direito administrativo ou do direito privado (a designação, sob forma administrativa ou de direito privado), consoante o tipo de empresa, mas também elementos conformadores da relação jurídica contratuais, como o contrato de gestão. Para além de instrumentos parametrizadores da gestão

²⁷⁵ Em sentido próximo, António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades...*, p. 815.

puramente unilaterais, por parte do Estado, como são as orientações estratégicas, setoriais ou dirigidas à própria empresa.

Dizer-se que a relação jurídica entre o Estado e o gestor público, tal como configurada no direito positivo, é de base contratual não se afigura correto. Tal não significa, naturalmente, que se desconsidere o contrato, aliás porque está expressamente previsto no Estatuto do Gestor Público um contrato de gestão. Mas essa circunstância *de per se* não qualifica a relação jurídica como contratual. A presença de um contrato não tem o efeito de convolar a relação jurídica num contrato, sendo aliás típica a celebração de contratos no quadro da administração de empresas, em especial para disciplina da relação com a sociedade²⁷⁶.

3.6 Conclusão preliminar

De tudo quanto se vem expondo podem extrair-se algumas conclusões sobre o vínculo do gestor público no nosso sistema jurídico, atentos os regimes que têm vigorado, designadamente a tendência para um dualismo de regimes em função da natureza das empresas públicas, por vezes com incoerência ou omissão.

Assim, partimos de um modelo, o de 1976, em que o vínculo do gestor público se formava por uma de duas hipóteses: **(i)** nas empresas públicas, através de deliberação do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do governo da tutela, ouvido um conselho criado pelo diploma – o Conselho para a carreira do gestor público; **(ii)** nas empresas participadas, num ato da comissão de gestão da empresa participante. Sendo que *a posteriori*, passou a sê-lo primeiro por ato da entidade incumbida da gestão das participações do Estado e mais tarde, em nova alteração legislativa, por intervenção da entidade gestora das participações públicas, em assembleia geral ou ainda por nomeação direta da entidade participante, se assim previsto nos estatutos da respetiva empresa.

Em rigor, a formação do vínculo operava através de um ato administrativo, emanado pelo Conselho de Ministros, através do qual se constituía o vínculo do gestor ou no caso de **(ii)** através de deliberação, ato unilateral da empresa participante ou da gestora das participações públicas. O estatuto previa uma categoria de gestores públicos, os gestores públicos profissionais, cujo vínculo se encontrava coberto por um contrato entre um determinado

²⁷⁶ Coutinho de Abreu, *Curso...*, p. 583.

gestor e o IPE. Ou seja, neste caso, o vínculo era de natureza contratual, via contrato entre o gestor e o IPE.

No Estatuto de 1982 considerados gestores públicos eram os nomeados pelo Governo para os órgãos de gestão das empresas públicas ou os nomeados para os órgãos das empresas em que a lei ou os respetivos estatutos conferissem ao Estado essa faculdade. Relativamente à constituição do vínculo, o diploma estatua ainda que a nomeação do gestor público envolvia a atribuição de um mandato para o exercício das funções, remetendo subsidiariamente para o regime de direito civil do mandato, alicerçado na base de um mandato entre o Estado e o gestor. Portanto a formação do vínculo decorria da atribuição de um mandato a um gestor, sujeita a aceitação para efeitos da constituição do vínculo, subsumível na figura do mandato de direito administrativo. Estavam excluídos das normas estatutárias os vínculos de base eletiva, isto é, os administradores eleitos pelo Estado, independentemente da percentagem de capital social detido pelo Estado, ainda que em rigor e para lá exegese dos preceitos legais, fizesse sentido considerá-los gestores públicos, mesmo que apenas em sentido material.

Finalmente, considerando as regras atualmente vigentes, mas desconsiderando a estrita classificação legal do EGP, entendemos que deve distinguir-se a qualificação de gestor público no plano legal do que defendemos ser o *gestor público em sentido material*. O gestor público em sentido material é o administrador ou gestor designado pelo Estado ou por entidade pública para uma empresa pública, uma empresa participada ou uma entidade com substrato empresarial, seja ao nível nacional, regional, metropolitano ou local.

Pelo que considera-se que é a natureza da entidade para a qual se é designado para exercer funções, sendo assim gestor público aquele que exerce funções em entidades com forma ou substrato organizacional empresarial, de que resulta que são gestores públicos (i) gestores ou administradores das empresas públicas nacionais, regionais, locais ou metropolitanas sob forma societária; (ii) gestores ou administradores das empresas públicas nacionais, regionais, locais ou metropolitanas sob forma pública; (iii) gestores ou administradores designados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias, áreas metropolitanas ou por entidade pública para empresas participadas dos respetivos setores empresariais; (iv) gestores ou administradores designados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias, áreas metropolitanas ou por entidade pública para entidade ou serviço com substrato organizacional empresarial, seja ou não de direito privado.

Afastada a hipótese de na gênese do vínculo do gestor público, no direito português, estar um ato próprio da *função política*, concluímos que nos termos da Constituição e considerando a arquitetura da nossa Administração, que inclui pessoas coletivas públicas, mas também pessoas coletivas privadas, é no âmbito da *função administrativa* que o Estado se relaciona com o setor público empresarial, através da superintendência e tutela.

Esta encontra-se concretizada numa figura infeliz, a *função acionista*, que densifica aqueles poderes para qualquer tipo de empresa pública e ao abrigo da qual se praticam os atos de designação dos gestores. Esses atos tanto podem ser de próprios do direito público, como do direito privado, consoante a natureza jurídica da empresa em causa.

De qualquer modo, a circunstância de um ato ser praticado ao abrigo de direito privado – *maxime* uma deliberação societária de eleição – não o afasta do manto do direito público que se lhe sobrepõe e o precede.

Por outras palavras, concede-se que aqui o vínculo do gestor resulta de uma deliberação societária e é de direito privado, mas que **(i)** consubstancia a prática de um ato de direito privado sob o manto da *função administrativa* e **(ii)** executa uma determinação do poder público nesse sentido. Só isso justifica que estejamos perante um gestor público, e não um gestor privado, logo sujeito a determinadas obrigações próprias de quem está mandatado para proteger o interesse público, como se densificará adiante.

Na linha da doutrina comercialista, também se deu nota de que a fonte do vínculo do gestor público não reside num contrato, porquanto entre a empresa e o administrador não se identifica uma relação jurídica de natureza contratual, mas uma situação jurídica de administração, para uns, ou uma relação jurídica complexa, para outros, em qualquer caso negando com evidência na lei da negação do contratualismo.

Por outro lado, tal situação ou relação entre o gestor público e a empresa não se confunde ou sobrepõe com uma relação jurídica entre o gestor público e o Estado. Esta é também complexa, mas a nosso ver não se subsume nos cânones próprios do mandato, tanto no processo de formação, como na repercussão dos efeitos jurídicos da atuação do gestor público – que não se destinam ao Estado, mas à empresa com a qual o gestor público tem o vínculo funcional.

Como se denotou, na análise que se vem elaborando procuramos de algum modo contribuir para ultrapassar uma certa hesitação dogmática resultante da distinta natureza jurídica das

empresas públicas – sob forma pública e sob forma privada – no que respeita à natureza do vínculo do gestor público, cuja fonte pode ser, como referido, de direito público ou de direito privado. Mas que tem sempre o *manto público* presente, como tentaremos desenvolver.

3.7 Eixo de vinculação do gestor público

Um gestor público encontra-se adstrito a um quadro normativo amplo, *primeiro*, porque o seu vínculo não é puramente privado e está envolto em direito público; *segundo* porque o direito privado é por opção antiga o direito regulador da atividade das empresas públicas. Razão pela qual, o gestor público tem de compatibilizar na sua atividade gestonária o cumprimento das vinculações de direito público com as de direito privado, salvaguardando-se no caso das empresas em mercado concorrencial as obrigações daí advenientes.

Com efeito, como se referiu acima, o recurso a formas organizatórias de direito privado, como é o caso de empresas sob forma de sociedade comercial, não constitui um meio para o Estado se desvincular princípios ou regras aplicáveis à atividade administrativa, *maxime* ao nível dos direitos fundamentais e princípios gerais da atividade administrativa, subscrevendo-se aqui a doutrina que entende que a criação de entidades de direito privado para o desempenho de carácter administrativo é uma *perversão da forma jurídica organizativa*²⁷⁷.

De igual modo, a adoção do direito privado pela Administração, mesmo pelas entidades administrativas privadas, não afasta a conjugação e articulação de direito público e direito privado, de que resulta o chamado direito privado administrativo ou direito privado da Administração e ainda o direito societário administrativo.

3.7.1 Direito Internacional

O Direito Internacional e o Direito da União Europeia são fontes do Direito Administrativo, cujo relevo na ordem jurídica nacional que alguns autores consideram fatores jurídicos que contribuem para a fragmentação do poder político do Estado²⁷⁸, inevitável no tempo em que vivemos, de desterritorialização da função administrativa para dar resposta a *interesses públicos*

²⁷⁷ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 128.

²⁷⁸ Nesse sentido, José de Melo Alexandrino, *Lições...*, vol. I, pp. 120-121

*transnacionais*²⁷⁹ e em que, como refere SCHMIDT-ASSMANN²⁸⁰, a internacionalização deve ser encarada como um fenómeno normal, ainda que com riscos e dificuldades, verdadeiros desafios para a máquina administrativa, distinto de um outro fenómeno, o da europeização, com uma configuração jurídica própria e independente²⁸¹.

No que respeita ao Direito Internacional, face aos termos do art.º 8.º da Constituição **(i)** o direito internacional comum faz parte do direito português (n.º 1)²⁸²; **(ii)** as normas internacionais do Direito Internacional convencional são eficazes sob condição de serem publicadas em Diário da República e se regularmente ratificadas ou aprovadas (n.º 2); **(iii)** as normas emanadas dos órgãos de organizações internacionais de que Portugal é parte vigoram diretamente, se assim definido nos tratados constitutivos (n.º 3).

Se as normas de direito internacional comum terão um relevo residual enquanto critérios de vinculação da Administração Pública²⁸³ e das empresas públicas, ao nível do direito internacional convencional é possível identificar instrumentos jurídicos com significado, como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) que goza que aplicabilidade direta e assegura uma tutela jurisdicional dos direitos ali proclamados mesmo para as pessoas singulares²⁸⁴, mas que na prática servirá sobretudo como quadro geral de referência ou cânone de orientação de conduta do agir da Administração²⁸⁵.

Mas neste plano, poderão outrossim constituir elementos vinculativos certos acordos entre Estados que regulem o exercício da função administrativa²⁸⁶ ou genericamente a prática de atos por uma empresa pública – veja-se a regulação de deveres de uma empresa pública face a particulares, como foi o caso do Acordo de Transporte Aéreo entre Portugal e a República Popular de Angola (Lei n.º 32/81, de 25 de agosto) relativamente à TAP ou é o caso da

²⁷⁹ Paulo Otero, *Manual...*, p. 503.

²⁸⁰ Schmidt-Assman, *The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship*, German Law Journal, vol. 9, Issue 11: Special issue - *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2008, p. 2068.

²⁸¹ Schmidt-Assman, *The Internationalization...*, p. 2063.

²⁸² Entre vários, Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, 3.ª edição, 2006, pp. 150 e ss.

²⁸³ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 332.

²⁸⁴ *Cfr.* art.º 34.º. Dando destaque a esta Convenção na teoria das fontes, Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 202.

²⁸⁵ Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 332-333.

²⁸⁶ *Idem.*

Convenção relativa aos transportes internacionais ferroviários, objeto de Protocolo de 3 de Junho de 1999 (aprovado pelo Decreto n.º 3/2004, de 24 de Março), com relevo – por exemplo em matéria de regime de responsabilidade – para a atividade de uma empresa pública como a CP-Comboios de Portugal, E.P.E., que tem por objeto principal a prestação de serviços de transporte ferroviário de passageiros e de mercadorias em linhas férreas, troços de linha e ramais que integram ou venham a integrar a rede ferroviária nacional. As convenções internacionais podem assim constituir fundamento para a prática de atos pelas empresas públicas, nomeadamente quando contenham disposições suscetíveis de execução direta ou *self executing*²⁸⁷.

Ao abrigo do n.º 3 do art.º 8.º, como dissemos, identifica-se ainda a hipótese de vigorarem automaticamente atos provenientes de organizações de que Portugal seja parte, mesmo sem precedência de lei (“substituição da lei pelo Direito Internacional”²⁸⁸) – novamente trazemos à colação a TAP, que segue as regras e orientações de segurança da Organização Internacional da Aviação Civil, de que Portugal é parte, sob controlo da Autoridade Nacional de Aviação Civil – ANAC²⁸⁹.

No plano dos particulares, esta vinculação ao Direito Internacional permite a invocação de normas acolhidas no nosso ordenamento junto dos tribunais. No plano das empresas públicas, implicará a conformação da sua atuação pelas regras de Direito Internacional, que por vezes suscitará situações complexas de antinomia jurídica²⁹⁰, mas que em regra se ultrapassam através do critério cronológico, na lógica *lex posterior derogat legi priori*. Em suma, independentemente da natureza jurídica, uma empresa pública depara-se com o Direito Internacional como uma das fontes do Direito, condicionantes da sua atuação.

3.7.2 Direito da União Europeia

Face ao que alguns autores designam de “europeização do Direito Administrativo”, seja por via direta de regulação da Administração, seja pela harmonização do direito interno face ao direito da União, este constitui uma das mais relevantes fontes de Direito Administrativo,

²⁸⁷ Assim, Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 749.

²⁸⁸ Cfr. Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 748.

²⁸⁹ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 332-333.

²⁹⁰ Paulo Otero, *Legalidade...*, pp. 656 e ss.

sem esquecer a sua importância como fonte de Direito, assim marcando o agir ao abrigo de normas de direito público e de direito privado.

Como bem lembrava OLIVEIRA ASCENSÃO, *a leitura dos jornais oficiais internos tornou-se insuficiente para nos revelar a totalidade da produção intencional do direito, mesmo nas suas formas solenes*²⁹¹.

No plano jurídico-constitucional, convém recordar que se determinou que Portugal pode convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia (n.º 6 do art.º 7.º), com importantes efeitos na preponderância da União²⁹² e ainda que a Constituição reconhece que [a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (n.º 4 do art.º 8.º), norma esta que já mereceu suficiente apreciação pela doutrina²⁹³ e que simplesmente remeteu para o Direito da União a aplicação deste direito, *maxime* para o art.º 288.º do Tratado Funcionamento da UE. De qualquer modo, encontra-se assente o primado do Direito da União sobre os atos infraconstitucionais, mas já não em matéria de prevalência sobre a Constituição²⁹⁴, o que se compreende face ao próprio esquema remissivo mencionado, mas que ainda recentemente foi objeto de alguma hesitação, em jurisprudência pouco nítida do nosso Tribunal Constitucional²⁹⁵.

²⁹¹ José de Oliveira Ascensão, *O Direito – introdução e teoria geral*, Almedina, 13.ª edição, 2005, p. 258.

²⁹² Entre vários, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, tomo I, Almedina, 2022, p. 52 ou Paulo Otero, *Legalidade...*, pp. 610 e ss.

²⁹³ Entre vários, Miguel Galvão Teles, *Constituições dos Estados e eficácia interna do Direito da União e das Comunidades europeias – em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, pp. 295 e ss.

²⁹⁴ Com referência e destaque a casos relevantes na Alemanha, na França, em Itália, na Dinamarca, na Polónia e no Chipre, Carlos Blanco de Moraes, *Curso...*, tomo I, pp. 61-62. *Vide* ainda Miguel Gorjão-Henriques, que sublinha que a “*congruência constitucional implica que, no respeito pelos princípios hermenêuticos pertinentes, se procure sempre obter uma interpretação das normas nacionais que seja conforme com o direito da UE*” (cfr. M. Gorjão-Henriques, *Compreensões e pré-compreensões sobre o primado na aplicação do direito da União: breves notas jurídico-constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012, Vol. III, pp. 317-371 e em concreto p. 369).

²⁹⁵ Referimo-nos ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, proc. 828/2019 relator Afonso Patrão, que parece defender um parâmetro de inconstitucionalidade baseado no Direito da UE, advogando que os tribunais ordinários desaplicam a norma interna convocando o

Esta abertura do nosso ordenamento ao Direito da União Europeia denota importância sobretudo ao nível do direito derivado, pela aplicabilidade direta dos regulamentos após a entrada em vigor, com uma força normativa que permite a alteração do direito nacional e pode dispensar a intervenção legislativa nacional²⁹⁶, por exemplo na atribuição direta de competências à Administração ou por força de uma disciplina que não permite outra opção político-normativa²⁹⁷. Para não falar da evidente suscetibilidade da sua invocação judicial pelos particulares, contra entidades públicas ou privadas, como hipoteticamente pode acontecer no âmbito de um litígio que envolva empresas públicas, independentemente da sua natureza jurídica, o que será mais usual no exercício de poderes de autoridade.

As diretivas²⁹⁸ gozam por sua vez, sob condições, de efeito direto, carecendo de transposição. Tal não afasta a suscetibilidade da sua invocação contra o incumpridor – o Estado que não transpõe, quer nas suas vestes de direito público, quer de direito privado – na medida em que a jurisprudência UE reconhece que pode ser invocadas normas claras, precisas e incondicionais de diretivas perante *entidades que estejam sujeitos à autoridade ou ao controlo do Estado ou que disponham de poderes exorbitantes face aos que resultam das normas aplicáveis nas relações entre particulares* mais aditando que essas entidades distinguem-se dos particulares e devem ser equiparados ao Estado, *quer porque são pessoas coletivas de direito público que fazem parte do Estado em sentido amplo, quer porque estão sujeitos à autoridade ou ao controlo de uma autoridade pública, quer ainda porque foram encarregados, por essa autoridade, de exercer uma missão de interesse público e foram dotados, para esse efeito, dos referidos poderes exorbitantes*²⁹⁹. É no célebre Acórdão *Van Duyn*³⁰⁰ que radica o reconhecimento do efeito direto das diretivas, desenvolvendo a teoria do efeito direto do direito da união patente no também famoso Acórdão *van Gend & Loos*.

princípio do primado do Direito Europeu e o Tribunal Constitucional invalida a norma interna recorrendo ao princípio da interpretação conforme, posição a nosso ver desconstruída na declaração de voto apresentada conjuntamente pelos Conselheiros José António Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers.

²⁹⁶ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 309.

²⁹⁷ Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 745.

²⁹⁸ É de uma diretiva – concretamente a Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2006 – que surgem regras muito estritas de controlo da relação entre o Estado e as empresas públicas, para prevenir a distorção da concorrência por via de apoios financeiros a estas.

²⁹⁹ *Cfr.* parágrafos 33 e 34 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de outubro de 2010, Elaine Farrell c. Alan Whitty, proc. C-413/15, disponível in <https://eur-lex.europa.eu/>.

³⁰⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 1974, Yvonne van Duyn e Home Office, proc. 41/74, disponível in <https://eur-lex.europa.eu/>.

Acresce que o Direito da União não distingue as empresas públicas em função de constituírem pessoas coletivas públicas ou de direito privado, o que vale evidentemente para a invocação do efeito direto, que não se distingue em função de estarmos perante empresas públicas sob forma pública ou sob forma privada.

À luz da teoria do efeito direto, do lado do Estado e das empresas públicas poderá conceber-se, em consonância, o dever de aplicar as disposições das diretivas cujo prazo de transposição tenha passado, o que acaba por se traduzir numa “atividade administrativa sem *interpositio legislatoris*”³⁰¹. Esta matéria propiciaria ainda uma discussão, que transcende o objeto do trabalho, sobre o eventual poder de desaplicação do direito nacional perante desconformidade com o Direito da União³⁰², que a nosso ver é sobretudo do foro judicial e não propriamente administrativo, o que não tem sido, por exemplo, a visão da Comissão Nacional de Proteção de Dados, que por mais que uma vez já determinou a desaplicação de regimes jurídicos por violação do Direito da União Europeia, como sucedeu pela decisão de desaplicação da Lei n.º 32/2008, de 47 de julho, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (*cf.* deliberações da Comissão n.º 641/2017 e n.º 1008/2017).

O que se vem expondo justifica em consequência, como assinala PEDRO COSTA GONÇALVES, **(i)** a providência cautelar para intimação para adoção ou abstenção de uma conduta por parte da Administração ou de um particular por alegada violação ou fundado receio de violação do direito administrativo nacional ou do direito da União Europeia (al. i) do n.º 2 do art.º 112.º do CPTA; **(ii)** a invalidade de atos administrativos praticados contra normas de direito da UE; **(iii)** a invalidade dos regulamentos administrativos desconformes com o direito da União (art.º 143.º do CPA)³⁰³.

Nesta problematização, merecem referência também os *procedimentos compósitos* ou *compostos*, que são aqueles que envolvem simultaneamente as autoridades administrativas nacionais e da União³⁰⁴, onde se podem incluir empresas públicas, chamadas a praticar atos

³⁰¹ Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 746.

³⁰² Patrícia Fragoso Martins, *Administrações Públicas Nacionais e Direito da União Europeia – Questões e Jurisprudência Essenciais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

³⁰³ Neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...* pp. 311-312.

³⁰⁴ Um bom exemplo é o procedimento de decisão ao nível do Mecanismo Único de Supervisão e do Mecanismo Único de Resolução, que integram fases decisórias na União e nacional, portanto em que o próprio processo de decisão é regulado e gerido nas suas diferentes fases

preparatórios, insuscetíveis de controlo jurisdicional pelos tribunais nacionais. Mas também sob controlo condicionado pelos tribunais da UE, dado estes não poderem aplicar o direito nacional ao fazê-lo. Como releva doutrina recente. no plano dos efeitos, isso significa, na atual linha jurisprudencial do Tribunal de Justiça : [s]ó para dar alguns exemplos, [que] não parece ser possível qualquer recurso judicial em casos que envolvam uma violação dos requisitos legais nacionais no que diz respeito ao quórum, pareceres consultivos e conflitos de interesses, ou regras que ofereçam um grau de proteção dos direitos processuais mais elevado do que o exigido pela legislação da UE. Em geral, não parece ser possível qualquer controlo judicial de um aspeto do direito administrativo nacional que não esteja simultaneamente consagrado no direito da união.³⁰⁵

Além do exposto, na *vida* de uma empresa pública e da atividade gestonária, outros atos, ainda que não normativos, podem ter um impacto decisivo: serão o caso das decisões, atos administrativos do ordenamento da União³⁰⁶, como foi o caso da Decisão de 10 de junho de 2020 da Comissão, entretanto impugnada pela Ryanair e confirmada pela Comissão, que declarou a medida de apoio no montante de 1,2 mil milhões de euros, pelo Estado a favor da TAP, compatível com o mercado interno³⁰⁷. E será também o caso das recomendações, que são atendidas no plano interno, mesmo por autoridades reguladoras³⁰⁸.

O ordenamento jurídico UE constitui assim mais um elemento de vinculação na atividade do gestor público e das empresas públicas, que se deparam com uma miríade de fontes de direito e assim com um processo por vezes complexo de identificação da legalidade concretamente aplicável para a respetiva atividade.

3.7.3 A Constituição

por distintas regras processuais e gerido por diferentes administrações, nacionais e europeias. Com interesse: Bastos, F. B. (2019). *Judicial review of composite administrative procedures in the Single Supervisory Mechanism: Berlusconi*. *Common Market Law Review*, 56(5), 1355-1378. <https://doi.org/10.54648/cola2019105>

³⁰⁵ Brito Bastos F. *An Administrative Crack in the EU's Rule of Law: Composite Decision-making and Nonjusticiable National Law*. *European Constitutional Law Review*. 2020;16(1):63-90. doi:10.1017/S1574019620000073.

³⁰⁶ Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 211.

³⁰⁷ Decisão C (2020) 3989 final da Comissão, de 10 de junho de 2020, relativa ao auxílio de Estado SA.57369 (2020/N) — COVID-19 - Portugal - Auxílio a favor da TAP.

³⁰⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 311.

Não se pretende aqui desenvolver o tema da constitucionalização do direito administrativo³⁰⁹ ou o Direito Constitucional Administrativo, temas amplamente tratados na doutrina estrangeira³¹⁰ e também na nacional³¹¹, até mesmo no plano do direito adjetivo³¹², mas sim dos termos da vinculação dos gestores públicos à Lei Fundamental.

Como vimos defendendo, encaramos as empresas públicas, independentemente da forma jurídica adotada, como Administração Pública – privada caso adote personalidade jurídica de direito privado – sujeitas a vinculações jurídico-públicas, mas não aderindo a posições radicais sobre o direito ordenador, seja de afastamento do direito privado por razões de interesse público (como se este não pudesse também acautelá-lo), nem de afastamento injustificado do direito administrativo por alegadas razões de eficiência, que são tantas vezes constrangimentos estranhos ao direito administrativo³¹³.

³⁰⁹ Segundo Ferdinand Wollenschläger, o impacto do direito administrativo no direito constitucional é visível em diversos aspetos: seja no impacto que o juízo de inconstitucionalidade de norma infralegal pode vir a ter na alteração da Constituição, seja na absorção de institutos do direito administrativo ou na interpretação do texto constitucional (cfr. Ferdinand Wollenschläger, *Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 10, NR. 1, 7-79, Paris, pp. 34-37). A influência inversa, note-se, é também notória.

³¹⁰ Sabino Cassese, *Il Diritto Amministrativo i suoi principi*, in *Corso di Diritto Amministrativo, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, quinta edizione, 2015, pp. 6-10. Do mesmo autor, com desenvolvimento, Sabino Cassese, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, 2016, pp. 501 e ss.; Do outro lado do Atlântico, Gillian E. Metzger, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*, *Columbia Law Review*, vol. 110, 2010, pp. 479 e ss. O tema remete-nos para Otto Mayer e a sua afirmação *o direito constitucional passa, o direito administrativo subsiste*, que José Duarte Coimbra aponta constar pela primeira vez de obra do autor de 1886 (*Theorie des Französischen Verwaltungsrecht*) e para Fritz Werner e a sua descrição do "direito administrativo como direito constitucional concretizado". – cfr. J.D. Coimbra, *Constituição, impugnações administrativas e acesso à justiça administrativa: três apontamentos*, in Pedro Sánchez/Luís Alves, *A Constituição e a Administração Pública – problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do Direito Administrativo português*, AAFDL, 2018, p. 94, nota de rodapé 2.

³¹¹ Entre vários autores, vide a problematização de Paulo Otero, *Manual...*, pp. 332 e ss. e mais recentemente, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 342 e ss.; Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, pp. 183 e ss.

³¹² Mariana Melo Egídio, *As bases constitucionais do Contencioso Administrativo: a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a legislação processual administrativa*, in *Comentários à legislação processual administrativa*, AAFDL, 4.ª edição, vol. I, pp. 59 e ss.

³¹³ Diogo Freitas do Amaral, *Discurso proferido na sessão de encerramento do IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, subordinado ao tema "Os caminhos da privatização da Administração Pública", in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, *Stvdia Ivridica*, 60, Coimbra Editora, 2001, pp. 363 e ss.

Concede-se que a combinação de regimes de direito público e direito privado pode contribuir para a incerteza³¹⁴ – perturbando a tutela do fim maior que é a segurança jurídica, para mais em estruturas com elevado peso nas contas públicas, que merecem acompanhamento e controlo, sem prejudicar a devida salvaguarda da igualdade de armas própria do mercado concorrencial, quando é o caso.

Dito isto, parece-nos de partir da letra da Constituição e do grau de vinculação relativamente ao regime dos direitos, liberdades e garantias. Segundo o n.º 1 do art.º 18.º da Constituição, “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.*”.

Ou seja, na esteira de GOMES CANOTILHO estamos perante uma norma que impõe a vinculação de quaisquer entidades públicas, *independentemente da forma jurídica através da qual as entidades públicas praticam os seus atos ou desenvolvem as suas atividades*³¹⁵, logo, quer estejamos perante entidades de direito público ou de direito privado, quer pratiquem atos ao abrigo de regimes de direito público ou ao abrigo de regimes de direito privado, pois de outro modo incentivar-se-ia a adoção de regimes de direito privado para escapar ao regime dos direitos fundamentais³¹⁶, com evidentes riscos para a relação entre as entidades públicas e os cidadãos.

Como alerta MARIA JOÃO ESTORNINHO na respetiva dissertação de doutoramento, o incremento da atividade administrativa sob as vestes do direito privado abre espaço aos *atropelos aos direitos fundamentais dos cidadãos*, concluindo com clareza que *aceitar que a Administração Pública esteja menos vinculada aos direitos fundamentais, quando actua segundo o Direito Privado, é uma perigosa «porta aberta» à tentação de escolher as formas de organização e de actuação jurídico-privadas como um mero subterfúgio (inadmissível) para escapar às vinculações e aos controlos a que a actividade administrativa normalmente está sujeita.*³¹⁷.

Também VIEIRA DE ANDRADE anota sobre as empresas públicas que face à respetiva “*ligação organizativa, funcional ou material à actividade administrativa em sentido estrito, devem estar sujeitas em*

³¹⁴ Claudio Franchini/Giulio Vesperini, *L’Organizzazione...* p. 128.

³¹⁵ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 438 e ss.

³¹⁶ Entre outros, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 442.

³¹⁷ Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, 1996, pp. 239-240.

*primeira linha aos direitos, liberdades e garantias, não devendo ser tratadas como entidades dotadas de autonomia privada*³¹⁸.

Precisamente por isso, e no quadro jurídico-constitucional vigente, parece inequívoco que as entidades do setor público empresarial e os seus titulares, mesmo integrando a administração indireta privada, estão vinculados aos direitos fundamentais e à aplicação do direito privado conformado por aqueles³¹⁹, ou com mais rigor, estão sujeitos a uma vinculação “*reforçada e especial, aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias dotados de aplicabilidade directa.*”³²⁰.

Nesta linha, o gestor público, seja qual for a natureza jurídica da empresa em que exerça funções, está adstrito aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, não sendo concebível que a forma jurídica – ou a fuga para o direito privado – constitua um meio para se libertar da vinculação aos direitos fundamentais³²¹. Estas considerações valem para os direitos de natureza análoga, nos termos do art.º 17.º da Constituição, apesar das dificuldades da respetiva identificação³²², ainda mais complexo no caso dos direitos análogos fora da Constituição.

Portanto, face ao teor do n.º 1 do art.º 18.º da Constituição, fica afastada a possibilidade de derrogação do regime para um gestor de uma entidade sob forma privada, que aliás não encontrava justificação, **(i)** dado que as razões que presidem à constituição de empresas públicas sob forma privada não saem beliscadas pelo respeito pelos direitos fundamentais, por um lado, e **(ii)** admitir-se a subtração ao regime de direitos fundamentais constituiria a aceitação de um quadro jurídico paralelo – verdadeiro direito alternativo – regulador da atividade administrativa de direito privado, por outro³²³.

³¹⁸ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2019, p. 224.

³¹⁹ Assim, Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 269.

³²⁰ Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 289.

³²¹ Rolf Stober, *Direito Administrativo...*, pp. 164-165.

³²² Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, *o que importa é o objeto do direito em causa, bem como a sua densificação constitucional*, no fundo o chamado “critério da determinabilidade” (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4.ª edição, vol. I, p. 299, anotação ao artigo 17.º).

³²³ No mesmo sentido, defendendo que aceitar a subtração ao regime de eficácia direta dos direitos fundamentais constituiria a admissibilidade de uma *verdadeira reserva de actividade estadual fora da Constituição*, cfr. Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 245.

Esta vinculação aos direitos fundamentais releva na ponderação necessária aquando do exercício de determinados poderes públicos, assentes no art.º 22.º do Regime do setor público empresarial ou nas normas estatutárias de empresas do setor empresarial, mesmo para empresas sob forma societária, como é o caso, a título meramente exemplificativo, dos poderes conferidos à Infraestruturas de Portugal, S.A. no art.º 12.º dos seus estatutos³²⁴, enquanto entidade à qual foi, por via de ato legislativo, cometida a incumbência de conceção, projeto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação, alargamento e modernização das redes rodoviária e ferroviária nacionais.

Na sua ação, o gestor público não pode descartar o dever de ponderação dos direitos fundamentais, nomeadamente na interpretação da lei, como será o caso da aplicação de regulações abertas ou indefinidas³²⁵, em que os direitos fundamentais surgem como limite à discricionariedade administrativa³²⁶. Numa leitura mais fina, para MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, esta ideia de vinculação aos direitos fundamentais abrange toda a atividade da empresa e quaisquer relações estabelecidas por esta, inclusivamente com os concorrentes de mercado³²⁷.

A conformação do agir do gestor público pelos direitos fundamentais não significa um dever de apenas exercer uma competência se conforme aos direitos, liberdades e garantias, na medida em que a fiscalização da constitucionalidade não cabe à Administração, mas aos tribunais, e a desaplicação administrativa da lei é excecional (*cf.* n.º 3 do art.º 271.º da Constituição). Rejeita-se assim um poder de desaplicação (*Ververkungskompetenz*) ou de fiscalização (*Prüfungskompetenz*)³²⁸ da validade da lei pela Administração. Para mais porque,

³²⁴ Referimo-nos a título exemplificativo aos poderes, prerrogativas e obrigações constantes dos estatutos (*cf.* Decreto-Lei n.º 91/2015 de 29 de maio) respeitantes a) Aos processos de expropriação, nos termos previstos no respetivo código, com a faculdade de transmitir os seus poderes a terceiros, por uma das formas previstas na lei ou por via contratual; b) Ao licenciamento e concessão, nos termos da legislação aplicável, da exploração, da utilização, da ocupação ou do exercício de quaisquer atividades nos terrenos, edificações e outras infraestruturas do domínio público ferroviário e rodoviário, integrados ou afetos às respetivas redes nacionais; c) A intimações, embargo administrativo e demolição de construções e edificações efetuadas em domínio público sob gestão da IP, S. A., em zonas non aedificandi e em zonas de proteção estabelecidas por lei.

³²⁵ Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 359-360.

³²⁶ Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 189.

³²⁷ Miguel Assis Raimundo, *As empresas públicas...*, pp. 243 e ss.

³²⁸ De que nos falam J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 444 e Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 361-362.

como aponta PAULO OTERO, é claramente desajustado exigir à Administração que faça um juízo interpretativo sobre uma norma legal contrária à Constituição³²⁹.

O dever de respeito pelos direitos fundamentais convoca uma outra questão, que é a da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas. Se é certo que no caso das pessoas coletivas públicas a titularidade de direitos fundamentais acarreta dificuldades, aliás identificadas pela doutrina alemã, pela dificuldade da titularidade de direitos fundamentais “perante si mesmos”³³⁰, outra poderá ser a perspetiva quanto às pessoas coletivas de direito privado, como as empresas públicas sob forma privada. Não tanto no caso das empresas cujo capital social é integralmente detido pelo Estado, mas sobretudo nas empresas de capitais mistos³³¹.

O gestor público, enquanto Administração diretamente vinculada à lei, encontra na Constituição e nos direitos fundamentais uma bússola indispensável de orientação do agir administrativo. Mas a vinculação do gestor público que aqui se releva não se cinge aos direitos, liberdades e garantias, que aliás também vinculam privados.

O gestor público, seja de uma empresa sob forma pública, seja sob forma privada, enquanto parte da Administração³³² não está desconectado dos princípios fundamentais da Constituição referentes à atividade administrativa³³³, atuando assim através de um direito privado que terá de respeitar as diretivas dos princípios constitucionais e dos já referidos

³²⁹ Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 669.

³³⁰ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição...*, vol. I, anotação ao art.º 12.º, p. 330.

³³¹ Sobre o tema, David Duarte, *A norma de universalidade de direitos fundamentais: esboço de uma anotação*, BFDUC, LXXVI, 2000, pp. 413 e ss. Com muito interesse, a perspetiva de direito comparado de Pedro de Albuquerque, João Serras de Sousa, *Pessoa coletiva – dogmática geral e CSR, corporate purpose e ESG*, Almedina, 2024, pp. 137 e ss.

³³² Parte da Administração Pública, mesmo que nas suas vestes privadas. Sobre a revolução organizativa e a Administração Pública sob forma privada mantém interesse a leitura de Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 222 e ss.

³³³ Como refere Pedro Costa Gonçalves, *as disposições da CRP sobre os princípios fundamentais de acção da Administração não podem deixar de se aplicar a qualquer entidade – seja qual for a sua natureza jurídica ou origem – responsável pela execução de funções administrativas* (cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, pp. 285-286). No mesmo sentido, Vital Moreira, *Nova gestão pública e direito administrativo*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 342, n.º 3978, pág. 191

direitos, liberdades e garantias³³⁴, ainda que com graduações, inerentes à ponderação própria da coabitação de regimes de direito privado e de direito público³³⁵.

Assim, a atuação do gestor público, face por exemplo a um *simples* gestor de uma empresa puramente privada, tem como especificidade o dever de coadunar a ação gestonária com princípios constitucionais orientadores da atividade administrativa, porventura não dependendo de “*qualquer interpositio legislatoris*”³³⁶, pela circunstância de integrarem a administração indireta privada.

Será o caso do princípio da imparcialidade, que gera um “dever de neutralidade administrativa face a quaisquer interesses alheios ao interesse público”³³⁷ ou naturalmente do princípio da boa-fé. Como assinala SÉRVULO CORREIA, no caso das empresas sob forma societária a vinculação inerente à pertença à Administração implicará em rigor um equilíbrio entre princípios jurídico-constitucionais potencialmente conflitantes³³⁸, mais complexo nas sociedades de capitais mistos, em que o confronto pode assentar na contraposição entre visões distintas assentes, de um lado, na tutela do interesse público e, de outro, na propriedade privada e livre iniciativa económica privada³³⁹. De qualquer modo, não podemos deixar de defender que esta *contingência* é própria da presença do parceiro público numa entidade como uma empresa.

Por outras palavras, na liberdade própria de um ator do setor privado, convém ter presente que, ao partilhar uma atividade empresarial com o Estado, haverá da parte deste um conjunto de vinculações com impacto nas decisões adotadas pelos seus gestores, com relevo para a defesa do interesse público, definido nas orientações emitidas para o setor empresarial ou para a empresa em concreto – *cf.* art.º 39.º do RJSPE – que poderá desviar-se ou até colidir com os interesses privados. E isso constitui um risco a considerar por parte do privado no momento da decisão de investimento numa empresa em que haja participação pública³⁴⁰, sem prejuízo da tutela indemnizatória a que possa haver lugar na afetação dos direitos do privado.

³³⁴ Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, p. 292.

³³⁵ Nesta linha, ao encontro da doutrina alemã, Maria João Estorninho, *A fuga...*, pp. 350-351.

³³⁶ Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 741.

³³⁷ Paulo Otero, *Manual...*, p. 374.

³³⁸ Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 465.

³³⁹ *Idem*.

³⁴⁰ Pensemos na situação dos privados na partilha de participação social com o Estado na TAP, empresa sobre a qual o Estado vem tendo, ao longo de décadas, posições titubeantes e em que

No âmbito da atuação ao abrigo de direito privado, em mercado concorrencial, em que prepondera a igualdade entre os diversos intervenientes, estas vinculações de direito público podem resultar não propriamente numa posição de vantagem de mercado, mas pelo contrário, numa posição de *diminutio* face aos players concorrentes. Nesse caso, estaremos perante uma colisão com as exigências europeias da presença de empresas públicas sob forma privada na economia de mercado e em concorrência e do dever de zelo pela eficiência do setor público, adveniente da alínea c) do art.º 81 da Constituição. O que, claro está, impõe uma cuidada ponderação de princípios jurídico-constitucionais em conflito.

Relativamente aos gestores das empresas participadas – que qualificámos como gestores públicos em sentido material – o RJSPE veio definir que *a integração das empresas participadas no sector empresarial do Estado aplica-se apenas à respetiva participação pública, designadamente no que se refere ao seu registo e controlo, bem como ao exercício dos direitos de acionista, cujo conteúdo deve levar em consideração os princípios decorrentes do presente decreto-lei e demais legislação aplicável*, sujeitando os gestores ao EGP de forma comedida, como já se referiu atrás.

De todo o modo, enquanto representantes de uma posição que é pública, ainda numa mera empresa participada, devem pautar a sua participação com a defesa do interesse público e demais princípios próprios da atividade administrativa, bem como o respeito pelos direitos, liberdades e garantias. O gestor indicado pelo Estado para uma empresa participada não está numa posição de igualdade face aos gestores privados que se sentam no mesmo conselho de administração: aos primeiros, respetivamente, exige-se a conformação da sua ação gestonária pelas vinculações jurídico-constitucionais aplicáveis à Administração, o que significa sobretudo uma ponderação dos valores constitucionais aquando da tomada de decisão, e não um inadmissível dever de fiscalização da conformidade constitucional da atividade da empresa, próprio da função judicial. Tanto mais que esses gestores designados pelo Estado são legalmente qualificados como titulares de alto cargo público, nos termos da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.

a pressão para intervenção ou pressão pública em certas decisões pode ser fatal. Lembremos da definição de abertura ou fecho de rotas – em função de motivos alheios à rentabilidade destas – ou de um caso polémico, em 2022 (já numa fase em que a companhia é 100% pública): o da aquisição de veículos para os titulares de órgão sociais da empresa. Neste último caso, tendo a administração definido a substituição de veículos com aparentes ganhos financeiros, a circunstância de se tratar de veículos de marca de alta gama resultou em polémica na comunicação social e conseqüente revogação da decisão de aquisição dos mesmos, quiçá com dever de indemnização perante o vendedor.

3.7.4 O Regime do setor público empresarial e o Estatuto do Gestor Público

Como supramencionado, o paradigma em que hoje nos encontramos sob o ponto de vista do setor público empresarial advém da redefinição operada pelo Decreto-Lei 558/99, de 17 de dezembro³⁴¹, que ampliou a noção de empresa pública sob influência do Direito da União³⁴², após o duradouro Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril.

O legislador entendeu em 1999 que deviam, assim, ser empresas públicas não apenas as empresas sob forma pública, mas também as empresas públicas sob forma privada, controladas pelo Estado³⁴³, sendo que as antigas empresas públicas passaram a integrar uma categoria residual³⁴⁴ e as empresas sob forma societária a regra.

Tratou-se verdadeiramente da institucionalização de uma realidade que já existia, mas que não estava traduzida na legislação do setor empresarial do Estado³⁴⁵. Iguamente as empresas participadas foram objeto de consagração legislativa, enquanto parte do setor empresarial do Estado³⁴⁶, não como empresas públicas, sendo qualificadas como aquelas em que o Estado detém uma participação social não maioritária ou não tenha direito de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização (art.º 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei 558/99, de 17 de dezembro)³⁴⁷.

³⁴¹ Do mesmo período é a Lei n.º 58/98, de 18 de agosto, que regula as condições em que os municípios, as associações de municípios e as regiões administrativas podem criar empresas dotadas de capitais próprios.

³⁴² Concretamente, por força da Diretiva 80/723/CEE, da Comissão de 25 de junho de 1980.

³⁴³ Vide art.º 3.º do diploma com posição nesta linha de Eduardo Paz Ferreira, *Direito...*, p. 264. O diploma autonomiza, em capítulo específico, as *empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral*, o que não nos parece constituir uma modalidade distinta de empresa pública, como também considera Rui Guerra da Fonseca, *Autonomia...*, pp. 132-133.

³⁴⁴ António Pinto Duarte, *Notas...*, p. 67.

³⁴⁵ Assim, Manuel Afonso Vaz, *Formas organizativas do sector empresarial do Estado (a experiência portuguesa)*, in *Os caminhos da privatização da Administração pública, IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 2001, p. 114.

³⁴⁶ Esta opção suscitou compreensíveis reservas no seio do grupo de trabalho que elaborou o diploma, por a lei integrar no setor empresarial do Estado empresas cuja propriedade e gestão não são públicas, o que não vai ao encontro do n.º 2 do art.º 82.º da Constituição, que restringe a pertença ao setor público dos meios de produção cujas *propriedade e gestão* pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas (*cf.* António Pinto Duarte, *Notas...*, pp. 70-71).

³⁴⁷ As participações do Estado começaram por ser geridas pelo então Instituto das Participações do Estado, sendo que aquando da entrada em vigor do Decreto-Lei 558/99, de 17 de dezembro,

Como já referido, este regime tem de ser compreendido no contexto histórico-jurídico em que se insere³⁴⁸, o qual é indissociável da integração europeia e do reforço da presença do direito privado no seio da Administração, fenómeno sumariado acima. No entanto, não devemos deixar de tomar nota de que estamos perante um regime de direito público, que concede na aplicação do direito privado para a atividade das empresas públicas.

Trata-se de um regime que não se traduz na entrega *in totum* ao direito privado da regulação da vida destas empresas, mesmo se sob forma societária, atendendo às naturais preocupações do Estado, à inevitável ambiência de direito público e até ao condicionamento da sua atividade pela ação do Governo. Tal é notado por ANTÓNIO PINTO DUARTE, logo após o surgimento do diploma, em aspetos como **(i)** a prática de coordenação de opções diretamente entre Governo e administração das empresas, fora da assembleia-geral; **(ii)** as regras especiais de controlo financeiro pela Inspeção-Geral de Finanças e Tribunal de Contas; **(iii)** os deveres especiais de informação, reforçados face ao regime geral³⁴⁹; **(iv)** os poderes de orientação governamental.

O legislador afirmou ainda assim o direito privado como aplicável a toda a atividade empresarial pública, a sujeição das empresas públicas às normas de concorrência – sempre que atuem em mercado concorrencial – tendo ainda ficado densificada a posição do Estado como acionista³⁵⁰, que já subsumimos *supra* na concretização da superintendência e tutela de génese constitucional para a administração indireta, seja pública ou privada³⁵¹.

estas participações eram geridas pela PARTEST – Participações do Estado, SGPS, S.A., a que sucedeu a Parpública – Participações Públicas, SGPS, S.A. Sobre o tema, Eduardo Paz Ferreira, *Direito...*, pp. 257-260. Sobre a gestão das participações do Estado e a Partest, Paulo Otero, *Privatizações...*, pp. 85-134. Sobre as participações do Estado com direitos especiais “golden shares”, que não tratamos e que desapareceram do ordenamento jurídico português na sequência da assinatura do *Memorando da Troika* vide Pedro de Albuquerque/Maria de Lurdes Pereira, *As "Golden Shares" do Estado português em empresas privatizadas: limites à sua admissibilidade e exercício*, Coimbra Editora, 2006 ou ainda a dissertação de mestrado de Nuno Cunha Rodrigues, *"Golden-Shares" – as empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, Coimbra Editora, 2004.

³⁴⁸ De dinâmica privatizadora da Administração Pública, como aponta Paulo Otero, *Legalidade...*, Almedina, 2003, p. 304.

³⁴⁹ António Pinto Duarte, *Notas...*, pp. 82-84.

³⁵⁰ *Cfr.* Preâmbulo do diploma e Eduardo Paz Ferreira, *Direito...*, p. 253.

³⁵¹ O diploma foi objeto de uma alteração relevante, pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de agosto, com enfoque no reforço dos poderes de controlo, densificação do regime em matéria de orientação da tutela, obrigações de reporte pelas empresas, distinção entre administradores executivos e não executivos.

Relativamente ao gestor público, tencionava o legislador a aprovação de um novo regime, após a entrada em vigor do Decreto-Lei 558/99, de 17 de dezembro, mantendo-se as normas estatutárias de 1982 em vigor até esse momento³⁵². No entanto, como igualmente já apontámos, só com o Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março veio a surgir o novo EGP.

Seguiu-se o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, que aprovou o novo Regime do Setor Público Empresarial e revogou o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro. Certa visão que havia sido genericamente traçada em 1999 permaneceu, pese embora com alterações, pensadas numa conjuntura financeira adversa e de contenção orçamental em todos os setores da Administração. Assim se compreende **(i)** o novo conceito de setor público empresarial, no qual se insere setor empresarial do Estado e o setor empresarial local; **(ii)** a preocupação de limitar o endividamento do setor; ou ainda **(iii)** a limitação da autonomia das empresas nas quais o Estado exerce função acionista, para garantir o equilíbrio financeiro. Como assinala alguma doutrina, o diploma revela sensibilidade para o risco da atividade económica empresarial, por isso impondo regras de controlo mais apertado e publicizando a relação entre quem exerce influência dominante e a empresa³⁵³.

Na sua atividade gestonária, o gestor público encontra-se hoje vinculado a estes dois últimos regimes mencionados, a saber o Regime do setor público empresarial e o Estatuto do Gestor Público, os quais, como dissemos, trata-se de regimes de direito público, aplicáveis a quem se encontra abrangido pelo respetivo âmbito subjetivo das normas ali contidas.

As bases gerais do estatuto das empresas públicas encontram-se abrangidas pela reserva relativa de competência legislativa do Parlamento³⁵⁴ e constituem uma lei de valor reforçado pela respetiva parametricidade ou primariedade material³⁵⁵. Enquanto *bases gerais*, correspondem a uma categoria de leis que definem opções político-legislativas fundamentais, princípios orientadores³⁵⁶, que não constituem regime jurídicos densificados. Por isso

³⁵² Cfr. art.º 15.º e art.º 39.º do Decreto-Lei 558/99, de 17 de dezembro.

³⁵³ Juliana Ferraz Coutinho, *O público e o privado na organização administrativa – da relevância do sujeito à especialidade da função*, Almedina, 2018, p. 405.

³⁵⁴ Cfr. al. u) do n.º 1 do art.º 165.º da Constituição.

³⁵⁵ Entre vários, J.J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 756.

³⁵⁶ Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 14/84, proc. 24/83, relator Vital Moreira, “Qualquer que seja a definição de «bases gerais» que se perfilhe, parece seguro que nelas se há-de incluir aquilo que em cada área constitua as opções político-legislativas fundamentais.”. Esta linha veio a ser seguida em diversos arestos posteriores, nomeadamente, no período mais recente, Acórdão n.º 620/2007, proc. 1130/2007, relator Carlos Cadilha; Acórdão n.º 468/2010, proc. 398/10, relator Vítor Gomes; Acórdão n.º 175/2012, proc. 20/12, relator Cura Mariano

carecem de desenvolvimento, em regra através de um decreto-lei³⁵⁷.

No entanto, o Regime do setor público empresarial de 2013, aliás como o anterior de 1999, pese embora se proponha, na norma-objeto, estabelecer os princípios e regras aplicáveis ao sector público empresarial, *incluindo as bases gerais do estatuto das empresas públicas*, acaba por corresponder mais à definição das regras aplicáveis ao setor público empresarial, que às respetivas bases gerais.

Ou seja, esgotando em grande medida a regulação jurídica da matéria em causa através de regras próprias de direito ordinário. Seja na definição do âmbito do setor público empresarial, seja na densificação do direito aplicável (incluindo ao nível de subsídio de refeição ou ajudas de custo), seja na previsão das regras de orientação e controlo pelo Estado ou ainda na densificação do modelo de governo. Face ao objeto, o diploma foi, no entanto, emanado no uso de autorização legislativa, pautada pela preocupação do maior controlo financeiro do setor e da limitação do respetivo endividamento³⁵⁸.

Relativamente ao Estatuto do Gestor Público, a que já fizemos menção, trata-se de um ato legislativo próprio do direito ordinário, sem valor reforçado³⁵⁹, nem abrangido por reserva de competência legislativa, nos termos da Constituição, que contém diversas normas elementares sob o ponto de vista que ora se desenvolve – o das vinculações do gestor público. Como já dissemos, é um diploma que procura em certos aspetos aproximar o regime do

(neste Acórdão, destaque-se o seguinte excerto elucidativo: *deve ser considerada uma lei de bases aquela que se resume à enunciação das opções político-legislativas fundamentais na matéria em causa, através da formulação de princípios normativos, diretrizes ou critérios gerais, contidos em disposições de reduzida densidade, dotados de um grau de indeterminação tal que exija necessariamente o seu desenvolvimento e concretização através de uma atividade legislativa subsequente*); Acórdão n.º 793/2013, proc. 1171/13, relator Pedro Machete ou ainda o Acórdão n.º 538/2015, proc. 177/15, relator João Pedro Caupers e ainda o Acórdão n.º 157/2018, proc. 76/2017, relatora Joana Costa (com interesse para o tema deste trabalho), todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

³⁵⁷ Cfr. al. c) do n.º 1 do art.º 198.º da Constituição. Não discutimos aqui, por transcender o objeto do trabalho, se se trata de uma competência exclusiva do Governo ou concorrencial com a Assembleia.

³⁵⁸ Cfr. artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 18/2013, de 18 de fevereiro.

³⁵⁹ Com interesse, *vide* o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 157/2018, proc. 76/2017, relatora Joana Costa, no qual foi discutida a possibilidade de a norma contida no art.º 21.º do Regime do Setor Público Empresarial constituir uma base geral, logo com valor reforçado, e até a possibilidade – mais absurda – de o Estatuto do Gestor Público gozar também de valor reforçado, num raciocínio em cascata, a nosso ver sempre inadmissível face ao n.º 5 do art.º 112.º da Constituição.

gestor público da figura do administrador de empresas privadas, tal como regulado na lei comercial, mas com preocupações próprias do setor público, visíveis no desenvolvimento do regime de incompatibilidades, nos termos da avaliação de desempenho ou na limitação das remunerações.

Tanto do Regime do Setor Público Empresarial, como do Estatuto do Gestor Público podemos extrair certas vinculações condicionantes da atividade gestionária, que podemos distinguir entre: **(a)** deveres do gestor no governo da empresa; **(b)** deveres do gestor perante o titular da função acionista e **(c)** deveres do gestor perante os trabalhadores e perante terceiros.

Relativamente aos **deveres do gestor perante a empresa** trata-se de normas parcialmente inspiradas ou absorvidas do direito das sociedades e dos deveres do administrador à luz do Código das Sociedades Comerciais. Os deveres aqui presentes vinculam o gestor público a adotar as melhores práticas no governo da empresa pública para a qual foi designado em termos de *(i)* zelo na gestão da empresa (pontos (i) a (ii) *infra*); *(ii)* cumprimento do direito aplicável (pontos (iii) a (v) *infra*); *(iii)* controlo e prevenção de riscos (pontos (vi) e (vii) *infra*), que podemos sumariar no seguinte:

a. Deveres do gestor no governo da empresa

- (i)** Dever geral de bom governo e prevenção de riscos da atividade da empresa³⁶⁰;
- (ii)** Adotar poderes de autoridade nos estritos termos que a lei o permita, a título excecional e no estritamente necessário³⁶¹;
- (iii)** Respeitar as formas jurídicas legalmente previstas para as empresas públicas³⁶²;
- (iv)** Preferir a aplicação das regras de direito privado³⁶³ – sem prejuízo, acrescentamos, das demais regras a que se encontra adstrito;
- (v)** Assegurar que a atividade da empresa se conforma às regras da União e nacionais em matéria de direito da concorrência³⁶⁴;

³⁶⁰ Alíneas c) e d) do art.º 5.º do EGP. Portanto, alinhado com o *dever de cuidado* do CSC.

³⁶¹ *Cfr.* art.º 22.º do Regime.

³⁶² *Cfr.* art.º 13.º do Regime.

³⁶³ *Cfr.* art.º 14.º do Regime.

³⁶⁴ *Cfr.* art.º 15.º do Regime.

- (vi) Colaborar com as ações das entidades de controlo – Tribunal de Contas e IGF³⁶⁵ – e conformar a atividade gestonária com as regras de endividamento e tesouraria aplicáveis ao setor³⁶⁶;
- (vii) Assegurar as melhores práticas de conduta³⁶⁷ e a adoção dos mecanismos de prevenção da corrupção, com especiais obrigações pelas empresas públicas que empreguem 50 ou mais trabalhadores³⁶⁸;

É certo que algumas destas obrigações, que subsumimos genericamente nos *deveres no governo da empresa* têm reflexos na relação do gestor público perante a tutela, dado que o seu cumprimento ou incumprimento terá repercussões na avaliação feita da atividade gestonária e, por aí, na eventual renovação ou cessação das funções para as quais foi designado.

No entanto, parece-nos que se trata de uma situação distinta daquela em que se prevê uma concreta interação entre o titular da função acionista e a administração da empresa, ao nível de (i) obtenção de autorização para a prática de atos e de (ii) gestão conforme às orientações recebidas e (iii) prestação de contas da atividade desenvolvida.

Para além destes três níveis de deveres do gestor, elencados imediatamente a seguir, encontra-se um dever do gestor público muito relevante, que se reporta à sua ética para e no exercício de funções públicas – referimo-nos ao dever de confirmar se preenche os requisitos para a função, em sentido próximo do dever societário de aquisição de competência técnica para o cargo³⁶⁹, quer de idoneidade e curriculum, quer de salvaguarda da sua independência e dedicação exclusiva – esta ao encontro do dever de disponibilidade da al. a) do n.º 1 do art.º 64.º do CSC, bem sintetizado por JOSÉ FERREIRA GOMES (“*só o administrador que encontra disponibilidade para a sociedade atua diligentemente.*”³⁷⁰

Concretamente os deveres do gestor perante a tutela ou titular da função acionista são os que

³⁶⁵ Cfr. art.º 26.º do Regime.

³⁶⁶ Cfr. Regime da Tesouraria do Estado (Decreto-Lei n.º 191/99, de 5 de junho) e artigos 27.º a 29.º do Regime.

³⁶⁷ Cfr. art.º 47.º do Regime e artigos 36.º e 37.º do EGP.

³⁶⁸ Cfr. art.º 46.º do Regime e ainda o Regime geral da prevenção da corrupção, anexo ao Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro.

³⁶⁹ Sobre o tema, Nuno Trigo dos Reis, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, in *Cadernos do Direito: temas de direito comercial*, 2009, p. 315.

³⁷⁰ José Ferreira Gomes, *O sentido dos deveres de cuidado (art. 64.º CSC): «Once more unto the breach, my friends, once more»*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 76:1-4 (2016), p. 484.

se elencam seguidamente, para facilidade de leitura:

b. Deveres do gestor perante a tutela/titular da função acionista

- (i) Não constituir empresas públicas – *maxime* detidas pela empresa sob sua gestão – sem autorização governamental e parecer prévio não vinculativo da Unidade de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial (UTAM), sob pena de nulidade do ato constitutivo³⁷¹;
- (ii) Não promover atos de aquisição ou alienação de participações sociais sem autorização governamental e parecer prévio não vinculativo da UTAM³⁷², sob pena de nulidade do ato de aquisição ou alienação³⁷³;
- (iii) Garantir a transparência financeira, nos termos do Decreto-Lei n.º 148/2003, de 11 de julho e das diretivas por este transpostas³⁷⁴, não apenas no quadro das relações com a entidade detentora do capital social ou estatutário, como parece apontar o Regime, mas também nos termos gerais das regras de bom governo financeiro que pautam a atividade empresarial;
- (iv) Conformer a atividade gestonária e a autonomia de gestão com as orientações estratégicas, setoriais específicas emanadas, bem como com os objetivos traçados para a empresa pela respetiva tutela/titular da função acionista, designadamente no contrato de gestão³⁷⁵;
- (v) Garantir a preparação do plano de atividades e orçamento, ao encontro das orientações recebidas da DGTf, para apreciação pela UTAM³⁷⁶, bem como relatórios de bom governo da sociedade³⁷⁷;
- (vi) No caso das empresas que prestem serviços de interesse público ou interesse geral, apresentar à tutela propostas de contratualização da prestação desse serviço, associando metas quantitativas a custos permanentemente auditáveis, modelo de financiamento, prevendo penalizações em caso de incumprimento e critérios de avaliação e revisão

³⁷¹ Cfr. artigos 10.º e 12.º do Regime.

³⁷² Cfr. art.º 11.º do Regime. Excetuam-se as aquisições de participações sociais que decorram de dação em cumprimento, doação, renúncia ou abandono.

³⁷³ Cfr. art.º 12.º do Regime.

³⁷⁴ Cfr. art.º 16.º do Regime.

³⁷⁵ Leitura conjugada dos artigos 24.º, 25.º, 30.º, 38.º e 39.º do Regime e dos artigos 5.º, 10.º e 18.º do EGP.

³⁷⁶ Cfr. n.º 6 e n.º 7 do art.º 39.º, art.º 43.º, ambos do Regime e al. e) do n.º 1 do art.º 4.º do Decreto Regulamentar n.º 1/2014, de 10 de fevereiro.

³⁷⁷ Art.º 54.º do Regime.

contratuais³⁷⁸;

- (vii) Verificar o cumprimento dos deveres de idoneidade para o exercício das funções³⁷⁹, seja a exigência de licenciatura³⁸⁰, seja o dever de cessar atividades que não se compadeçam com a exclusividade³⁸¹, de cumprir as obrigações declarativas inerentes ao exercício de alto cargo público³⁸² e, *ex ante* e no decurso do exercício de funções, quaisquer situações de conflito de interesses ou que ponham em causa a independência do gestor³⁸³;

Finalmente, identifica-se nos regimes sob análise ou para os quais estes remetem, deveres do gestor ao nível de responsabilidade social, deveres perante os trabalhadores da empresa, mas também perante terceiros, estes últimos próprios do exercício de funções públicas e de governo da coisa pública, de transparência da atividade desenvolvida e de *accountability* dessa mesma atividade.

Na vertente da responsabilidade social, estamos perante a *dimensão ética da atuação da pessoa coletiva*, muito em voga em noções como “corporate social responsibility” (CSR) “corporate purpose” e “environmental social governance” (ESG)³⁸⁴.

c. Deveres do gestor perante os trabalhadores e terceiros

- (i) Assegurar o cumprimento das regras de direito do trabalho na constituição de vínculos de emprego, mas igualmente no decurso da relação jurídico-laboral³⁸⁵, independentemente da concreta situação funcional do trabalhador na empresa ou noutra entidade³⁸⁶;

³⁷⁸ Cfr. art.º 48.º do Regime.

³⁷⁹ O que também se coloca no ato de designação, para quem o pratica, que deve verificar a conformidade da informação curricular e do certificado de habilitações com a natureza das funções para as quais pretende designar um indivíduo.

³⁸⁰ Cfr. n.º 1 do art.º 12.º do EGP.

³⁸¹ Cfr. art.º 6.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, art.º 22.º do EGP.

³⁸² Vide Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.

³⁸³ Cfr. artigos 51.º e 52.º do Regime.

³⁸⁴ Numa síntese atualizada, Pedro de Albuquerque, João Serras de Sousa, *Pessoa coletiva – dogmática geral e CSR, corporate purpose e ESG*, Almedina, 2024, pp. 169 e ss.

³⁸⁵ Cfr. art.º 17.º do Regime, com a especificidade de se aplicar o regime dos trabalhadores em funções públicas para efeitos de subsídio de refeição, ajudas de custo, trabalho suplementar e trabalho noturno (art.º 18.º).

³⁸⁶ Cfr. artigos 19.º e 20.º do Regime, dos quais consideramos que se extraem, por exemplo, a garantia de que os trabalhadores em cedência de emprego público podem optar pelo vencimento de origem, sem por isso serem prejudicados (n.º 3 do art.º 19.º), mas também a obrigação de salvaguardar, na ação gestonária e de tutela do equilíbrio financeiro da empresa, que os trabalhadores da empresa que se encontrem em comissão de serviço noutra entidade

- (ii) Implementar uma política de responsabilidade social³⁸⁷ e de valorização dos recursos humanos³⁸⁸;
- (iii) Garantir o respeito pelo dever geral de abertura³⁸⁹ e transparência³⁹⁰ da atividade da empresa pública, e a suficiência, veracidade e fiabilidade da informação³⁹¹, a disponibilizar através de um *site* disponível na Internet³⁹².

Em matéria de *accountability* da atividade das empresas, é de assinalar a dificuldade que um cidadão-médio tem em perceber exatamente a situação do nosso setor público empresarial, para lá das notícias que a comunicação social divulga e de informação dispersa entre *sites* da Internet das empresas públicas, da UTAM ou da DGTF.

Aliás, prevendo-se no RJSPE que as empresas públicas apresentam anualmente relatórios de

não ficam prejudicados em matéria de benefícios de sobrevivência e reforma – seria o caso, suponha-se, de um ato dos órgãos de administração que afetasse um plano complementar de reforma a que o trabalhador tinha direito.

³⁸⁷ O legislador reporta-se a responsabilidade social e ambiental, a proteção dos consumidores, o investimento na valorização profissional, a promoção da igualdade e da não discriminação, a proteção do ambiente e o respeito por princípios de legalidade e ética empresarial (art.º 49.º do Regime).

³⁸⁸ Art.º 50.º do Regime.

³⁸⁹ Que se concretiza na divulgação de a) A composição da sua estrutura acionista; b) A identificação das participações sociais que detêm; c) A aquisição e alienação de participações sociais, bem como a participação em quaisquer entidades de natureza associativa ou fundacional; d) A prestação de garantias financeiras ou assunção de dívidas ou passivos de outras entidades, mesmo nos casos em que assumam organização de grupo; e) O grau de execução dos objetivos fixados, a justificação dos desvios verificados e as medidas de correção aplicadas ou a aplicar; f) Os planos de atividades e orçamento, anuais e plurianuais, incluindo os planos de investimento e as fontes de financiamento; g) Orçamento anual e plurianual; h) Os documentos anuais de prestação de contas; i) Os relatórios trimestrais de execução orçamental, acompanhados dos relatórios do órgão de fiscalização; j) A identidade e os elementos curriculares de todos os membros dos seus órgãos sociais, designadamente do órgão de administração, bem como as respetivas remunerações e outros benefícios. Excetuam-se os deveres referidos em *d) f) e g)* no caso de constituir divulgação de informação comercialmente sensível (*cf.* art.º 44.º do Regime) – o que sucederá tipicamente em empresas que atuem em mercado concorrencial, que tem igualmente tradução na salvaguarda da confidencialidade, sempre que necessário (al. e) do art.º 5.º *in fine* do EGP).

³⁹⁰ A transparência é vista pelo legislador em dois prismas: *por um lado*, a transparência perante o acionista e o público relativamente ao prosseguimento da missão, cumprimento de objetivos, entre outros. *Por outro* na perspetiva de conhecimento do resultado de auditoria realizada por auditores externos (*cf.* art.º 45.º do Regime). Em rigor, os deveres de divulgação do art.º 44.º do Regime são também, em grande medida, a tradução de um princípio da transparência, pelo que não se identifica razão para a qualificação legal, para mais em duas normas distintas.

³⁹¹ Al. e) do art.º 5.º do EGP.

³⁹² *Cfr.* art.º 53.º do Regime.

boas práticas de governo societário e tendo a UTAM promovido durante vários anos uma avaliação do cumprimento destas boas práticas, a verdade é que desde 2017 que não publica no respetivo *site* qualquer informação a este propósito³⁹³. Poderá indiciar a fragilidade de as estruturas da máquina administrativa assegurarem o controlo da atividade empresarial, tema tratado adiante.

3.7.5 Em especial, o Direito Administrativo

3.7.5.1 Recorte da análise

A referência a uma sujeição ao Direito Administrativo merece um apontamento preliminar. Com efeito, fez-se já menção à sujeição a princípios constitucionais da atividade administrativa, vinculantes do agir do gestor público, que, apesar de consagrados constitucionalmente, não deixam de constituir princípios próprios do direito administrativo, aliás igualmente previstos no Código do Procedimento Administrativo. Por outro lado, tanto o Regime jurídico do setor público empresarial, como o Estatuto do Gestor Público são regimes de direito público, que contêm regras de direito público aplicáveis à atuação do gestor público, independentemente da forma jurídica da empresa pública sob gestão.

Outros regimes, em matéria financeira, como o Regime da tesouraria do Estado, em matéria de prevenção da corrupção, como o Regime geral da prevenção da corrupção, em matéria de idoneidade e transparência, como o Regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, são regimes de direito público ou que contêm regras próprias do direito público, que vinculam o gestor público.

Porém, não sendo possível, nem útil para o objeto do trabalho, analisar ou comentar cada regime de direito administrativo ao qual o gestor público poderá encontrar-se sujeito, trataremos de procurar discutir sobretudo a função do Direito Administrativo na regulação da atividade das empresas públicas e do agir do gestor, considerando o âmbito subjetivo da Administração Pública sob diversas vestes – públicas ou privadas – culminando com menção às vinculações próprias da principal legislação em matéria de procedimento administrativo, da contratação pública, da responsabilidade civil ou de transparência administrativa.

³⁹³ www.utam.gov.pt consultado em 08.11.2022.

É notório do presente escrito que a matéria sob análise é uma daquelas em que *o Direito público e o Direito privado se entrelaçam*³⁹⁴, nunca podendo concluir-se que a atuação das empresas públicas ao abrigo de regimes de direito privado está desprovida de vinculações próprias do direito público³⁹⁵. De tal modo que certas regras – por exemplo do RJSPE e do EGP – são aplicáveis independentemente da forma jurídica da empresa pública, configurando um regime comum aplicável à atuação empresarial sob forma pública ou privada³⁹⁶. E, na mesma linha, a chamada *fuga ao Direito Administrativo* não afasta a vinculação aos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa, aos direitos fundamentais e à Constituição³⁹⁷.

De qualquer modo, como assinala alguma doutrina³⁹⁸ e já se referiu acima, os fenómenos de privatização não significaram uma perda relativa de importância do direito administrativo, nem uma redução da presença do Estado Administrativo, mas sim uma mutação, em ambos os casos. Por vezes, passando o Estado de *ator* para *regulador*, mas também assumindo novas responsabilidades, o que surge vertido numa vastidão imensa de regimes de direito administrativo. Isto releva também no âmbito da atividade empresarial do Estado e dos seus gestores, em que os regimes de direito administrativo mantiveram a sua presença, independentemente da forma jurídica das empresas e da aplicação do direito privado à atividade das empresas, pois mesmo nas suas vestes de direito privado, encontra-se um direito privado administrativizado³⁹⁹.

3.7.5.2 A função do Direito Administrativo

Esta presença do direito administrativo encontra explicação na própria ideia de Direito Administrativo ou, melhor, da função deste ramo, que MARCELLO CAETANO apontava como

³⁹⁴ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 5.ª reimpressão da 10.ª edição, 1991, p. 64

³⁹⁵ Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 135.

³⁹⁶ Referindo-se às normas comuns, que se aplicam indiferentemente às formas organizativas e de atuação de direito público e de direito privado da Administração, Giulio Napolitano, *Pubblico e privato nel Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, 2003, p. 191.

³⁹⁷ Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 288 e ss.

³⁹⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Funções e valores do Direito Administrativo*, in Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira, Almedina, 2017, p. 464

³⁹⁹ Paulo Otero, *Direito Administrativo – relatório de uma disciplina apresentado no concurso para Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, RFDUL, suplemento, Coimbra Editora, 2001, pp. 231-232.

sendo um sistema de normas que regula, por um lado, a organização da Administração e, por outro *o processo próprio de agir da Administração Pública* e de regulação das suas relações, nestas podendo gozar de privilégio⁴⁰⁰.

O Direito Administrativo visto na sua vertente organizacional da Administração, mas também como ordenador das relações desta⁴⁰¹, no que é seguido por SÉRVULO CORREIA, ainda que um aprimoramento, diríamos que próprio dos quadros da conceção do Estado Administrativo e do seu direito aos nossos tempos⁴⁰². Na lição de FREITAS DO AMARAL a função afigura-se sobretudo relacional, isto é, de definição do agir administrativo, nomeadamente com poderes de autoridade⁴⁰³, e de tutela dos particulares na sua relação com a Administração⁴⁰⁴.

Sendo que, a nosso ver, a função do Direito Administrativo parece radicar na organização da Administração, sob forma pública ou sob forma privada⁴⁰⁵, na definição das regras de competência que legitimam o seu agir e na fixação de procedimentos que definem a relação com os particulares e os respetivos limites⁴⁰⁶.

Na interpretação que fazemos, no Direito Administrativo encaixam regras próprias da

⁴⁰⁰ Nas palavras do próprio “*sistema das normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública e disciplinam as relações pelas quais ela prossiga interesses colectivos, podendo usar de iniciativa e do privilégio da execução prévia*”. (cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo...*, p. 43).

⁴⁰¹ Para Dirk Ehlers, o Direito Administrativo regula administração estatal no sentido organizacional, mas também as relações jurídicas entre a administração e os cidadãos/particulares. O autor não deixa de notar que quando se dirige aos particulares, o Direito Administrativo trata da relação destes com a Administração, numa visão deste ramo como direito da Administração (cfr. Dirk Ehlers, *Verwaltungsrecht. Begriff des Verwaltungsrechts*, in Dirk Ehlers/Hermann Pünder, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, edição De Gruyter, 2016, p. 138).

⁴⁰² Sérvulo Correia define o Direito Administrativo como o sistema de normas jurídicas que, em termos específicos, regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública, disciplinam as situações e as relações procedimentais, substantivas e processuais daquela com os particulares e asseguram a responsabilidade democrática da Administração (cfr. Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 126).

⁴⁰³ A suscetibilidade de adoção de poderes de autoridade e de uma posição de supremacia da Administração Pública é destacada na matriz identitária do Direito Administrativo de Paulo Otero (cfr. Paulo Otero, *Manual...*, pp. 34-35).

⁴⁰⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pp. 137-138.

⁴⁰⁵ Como já defendido acima, é no Direito Administrativo que radica a *fonte legitimadora* do agir sob forma privada, o que é bem exemplificado no caso das empresas públicas e do RJSPE.

⁴⁰⁶ Aproximando-nos de Sérvulo Correia (Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, pp. 126-128).

organização e regras próprias da *ação* administrativa⁴⁰⁷, que cumprem as ditas funções próprias do direito administrativo, mesmo que numa leitura mais fina do tema⁴⁰⁸.

No caso dos regimes de direito administrativo que regulam a atividade empresarial do Estado, encontramos precisamente a expressão das funções do direito administrativo. Por um lado, no plano de organização do setor empresarial, dos tipos de empresas existentes e a estrutura de governo – seja no plano do Estado, seja no plano interno, aqui sob influência ou com remissão para o direito privado. Em segundo lugar, identificam-se normas atributivas de competência, que regulam o agir administrativo, tanto do titular da designada função acionista, como dos titulares dos órgãos das empresas públicas e sua relação. Finalmente, regras-limite, ou de condicionamento do agir dos órgãos da Administração.

A vocação das regras de direito administrativo aqui é de garantir a defesa do interesse público, com recurso a regimes de direito público, numa ambiência empresarial de direito privado. É certo que a privatização foi um fenómeno marcante na diminuição da presença administrativa, mas daí resultou a necessidade de o Direito Administrativo palmilhar, neste caso, criar regime específico que regule, por um lado, a relação do Estado com as empresas e, por outro, o estatuto jurídico de quem mandata para essas empresas, *ie* os gestores públicos.

Independentemente das várias teses, o direito administrativo nesta sede tem como objetivo primordial enquadrar organicamente as empresas públicas, regular os termos do exercício dos poderes administrativos da tutela e das próprias empresas (*maxime* quando lhes são atribuídos poderes de autoridade) e de condicionar a *actio* dos gestores públicos (aos termos das orientações, ao contrato de gestão).

Esta vinculação a regras próprias do direito administrativo é, aliás, consentânea com o que defendemos acima a propósito do enquadramento das empresas públicas na Administração

⁴⁰⁷ Sabino Cassese, *Il Diritto Amministrativo...*, pp. 1-2 e Dirk Ehlers, *Verwaltungsrecht...*, p. 138. Na visão de Paulo Otero, encontramos a *tripla natureza das normas administrativas* – organizatórias, funcionais e relacionais, sendo que na nossa perspetiva as funcionais e relacionais integram-se no conjunto de regras que regulam a ação ou agir administrativo, sejam normas de competência ou normas de condicionamento da ação administrativa, a que faz menção Pedro Costa Gonçalves (*cf.* Paulo Otero, *Relatório...*, p. 232 e Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 85.).

⁴⁰⁸ Esta conexão do Direito Administrativo com as suas funções está ínsita na definição do ramo por Pedro Costa Gonçalves (*cf.* Pedro Costa Gonçalves, *Funções e valores...*, pp. 471 e ss. e no seu manual, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 80 e pp. 87 e ss.).

Pública. Não sendo esta a sede para discutir os limites da Administração Pública, já aqui defendemos que as empresas públicas, mesmo que sob forma privada, inserem-se numa Administração Pública, ainda que dita sob forma privada⁴⁰⁹.

E reconhecendo-se que a verticalidade típica da organização administrativa se encontra hoje esbatida⁴¹⁰, não deixa de estar presente, nomeadamente no plano jurídico-constitucional (*cf.* al. d) do art.º 199.º da Constituição)⁴¹¹.

Sendo que, como também já se notou, o exercício dos poderes-deveres de superintendência e tutela é transversal às empresas públicas sob forma pública ou sob forma privada, ainda que exercidos sob formas diferentes, ou seja, através de atos próprios do direito administrativo ou do direito societário, consoante o caso, respetivamente. É disso exemplo paradigmático a cessação do vínculo do gestor público, que pode ser determinada por um ato administrativo sob forma de resolução do conselho de ministros ou através de uma deliberação da assembleia-geral, mas que não deixa em qualquer dos casos de traduzir o exercício de poderes que próprios da superintendência e tutela, exercidos pelo Governo sobre a administração indireta que orienta⁴¹².

3.7.5.3 Vinculação e natureza da empresa

Sem prejuízo do que se vem afirmando, não podemos deixar de constatar a distinta natureza jurídica das empresas sob forma pública e sob forma privada, no âmbito da discussão sobre o grau de vinculação ao direito administrativo.

É para nós seguro que as empresas públicas são, independentemente da forma jurídica adotada, parte da Administração. Mas não se ignora o fenómeno de *privatização*,

⁴⁰⁹ Nessa linha, Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, pp. 456 e ss e Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 785.

⁴¹⁰ Sérvulo Correia, *Transversalidade estrutural e unidade funcional da Administração*, in Carla Amado Gomes e outros (coord.), *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição brasileira de 1988 – um diálogo luso-brasileiro*, edição Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, ebook, p. 15.

⁴¹¹ *Idem*.

⁴¹² Referindo-se às empresas públicas como administração estadual indireta sob orientação do Governo, segundo um critério de dependência, *vide* Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 758. Na linha aqui defendida quanto à superintendência e tutela das empresas públicas, traduzida em poderes-deveres definidos no RJSPE, *vide* Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pp. 348 e ss.

nomeadamente do direito ordenador da vida das empresas e a relevância da adoção do direito privado em ambiente empresarial, sobretudo se concorrencial.

Convém recuar novamente no tempo para recordar que na génese do Direito Administrativo do Estado liberal está também a preservação da autoridade da Administração⁴¹³ e um ímpeto centralizador na organização administrativa⁴¹⁴, em certa medida alicerçado na tradição do Antigo Regime⁴¹⁵, ou seja, procurando escapar do direito comum e salvaguardar prerrogativas de autoridade necessárias para a afirmação do poder executivo⁴¹⁶. E nesse contexto, o Direito Administrativo evoluiu para um caminho de proteção dos administrados e de limitação do poder administrativo⁴¹⁷, *em rigor* através de regimes parametrizadores da atividade administrativa e de tutela dos particulares.

Da fase de transição para o Estado Social e de alargamento das incumbências próprias de uma visão mais intervencionista do Estado⁴¹⁸, resultou o reforço do poder administrativo⁴¹⁹, razão pela qual a tutela dos particulares e as limitações à atuação administrativa ganharam particular relevância⁴²⁰.

Pois bem, tal como se escreveu atrás, perante esta evolução, procurou-se no século XX regressar ao direito outrora indesejado – o direito privado – com o objetivo de escapar às

⁴¹³ Segundo Vasco Pereira da Silva, em rigor trata-se de um compromisso entre liberalismo político e autoridade no exercício do poder administrativo (*cfr.* Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, p. 38), ou seja, de um Direito pensado para a Administração Pública e ainda não propriamente para a tutela dos direitos dos administrados (Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 281).

⁴¹⁴ Para Alexis de Tocqueville, trata-se de um *produto do Antigo Regime* que subsistiu (*cfr.* Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, Michel Lévy Frères Éditeurs, Paris, 3ème ed., 1857, p. 73).

⁴¹⁵ João Maria Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, França e Arménio editores, 1915, p. 44 ou ainda Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal*, Univ. Católica Editora, 1.ª edição, 1994, p. 340.

⁴¹⁶ Para uma síntese, Paulo Otero, *Legalidade...*, pp. 278-281 e, do mesmo professor, Paulo Otero, *Revolução liberal e codificação administrativa, A separação de poderes e as garantias dos administrados*, in Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lex edições jurídicas, s.d., pp. 620 e ss. Ou ainda Vasco Pereira da Silva, *Do Princípio da Legalidade à Juridicidade. O Sentido Atual das Fontes de Direito Público*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2017, acessível in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

⁴¹⁷ Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 282 ou, mais recentemente, Paulo Otero, *Manual...*, p. 276.

⁴¹⁸ Entre vários, Maria João Estorninho, *A fuga...*, p. 37.

⁴¹⁹ *Cfr.* Paulo Otero, *Manual...*, p. 282.

⁴²⁰ Maria João Estorninho, *A fuga...*, p. 39.

malhas do direito público e às vinculações jurídico-públicas⁴²¹, fenómeno que alguns apontam como de verdadeira fuga da Administração do Direito Administrativo e outros de um “regresso ao direito comum”⁴²², tendo em vista *libertar-se dos condicionamentos e restrições do direito público e de apoiar-se na maleabilidade e flexibilidade do direito comercial*⁴²³. A fuga não foi, como sabemos, absoluta, antes culminando no que foi apontado como o *retorno do direito administrativo*⁴²⁴ e na conceção de regimes que articulam o direito público e do direito privado, calibrando o recurso ao direito privado com as vinculações de direito público, nomeadamente no *direito societário administrativo* a que alude a doutrina alemã.

Este quadro histórico-jurídico tem especial significado na compreensão do equilíbrio, por vezes *equilibrismo*, que a conjugação de regimes de direito público e de uso comum do direito privado nas empresas públicas suscita.

Até porque o princípio da congruência entre formas organizativas e direito aplicável perdeu utilidade, não sendo a personalidade jurídica o traço distintivo relevante para definir o direito aplicável⁴²⁵, como se vem notando, nomeadamente ao nível do Direito da União Europeia.

Por isso, autores como SANTAMARÍA PASTOR entendem que a discussão sobre a personalidade jurídica pública ou privada é falso problema, antes relevando a determinação do regime jurídico aplicável (de direito público ou direito privado)⁴²⁶, ou, segundo alguns, a atividade propriamente desenvolvida⁴²⁷, que em determinadas situações – como o uso de poderes de autoridade ou prerrogativas de soberania – certa doutrina integra numa reserva de direito administrativo⁴²⁸.

⁴²¹ Vincenzo Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2011, pp. 4-8. Em Portugal, na mesma linha, Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 283 ou ainda Maria João Estorninho, *A fuga...*, p. 355.

⁴²² Paulo Otero, *Manual...*, p. 30. O autor aponta como causa as alegadas limitações que o Direito Administrativo garantístico gera na atividade da Administração (*cfr.* Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 282).

⁴²³ Diogo Freitas do Amaral, *As modernas...*, p. 26.

⁴²⁴ Giulio Napolitano *apud* Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, p. 415.

⁴²⁵ Assim, Juliana Ferraz Coutinho, *O público e o privado...*, 2018, pp. 305 e ss.

⁴²⁶ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Cuarta edición, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Abéce, S.A., 2002, p. 370. Na mesma linha, Giulio Napolitano, *Pubblico e privato...*, p. 177.

⁴²⁷ Luís Heleno Terrinha, *O Direito Administrativo na sociedade...*, p. 500 ou Juliana Ferraz Coutinho, *O público e o privado...*, pp. 457 e ss.

⁴²⁸ Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 292-293.

Nesta linha, considera há muito PAULO OTERO que será por sua vez de subsumir numa *reserva de direito privado* a atividade desenvolvida por empresas públicas – mesmo que com personalidade jurídica de direito público – no mercado concorrencial⁴²⁹. O professor da Escola de Lisboa defende que nestes casos é a própria Constituição que impõe a adoção do direito privado: atuando em concorrência, a igualdade impõe a subordinação a um direito comum às empresas públicas e às empresas privadas, tal como a própria salvaguarda da concorrência a que o Estado se encontra adstrito pela Constituição⁴³⁰ e pelo Direito da União Europeia ou ainda, segundo o autor, o dever de garantir a eficiência do setor público⁴³¹.

O tema poderá ganhar diferentes proporções se a atividade da empresa pública não se desenvolver em mercado concorrencial. É que se defesa de uma reserva de direito privado se afigura acertada no âmbito de uma atividade comercial em mercado concorrencial – *maxime* por razões de igualdade – o mesmo poderá não suceder fora desse mercado.

Por outras palavras, a justificação que preside à adoção do direito privado em empresas públicas que atuem em mercado concorrencial poderá não se revelar consistente no caso das empresas públicas cuja atividade não se desenvolve em mercado concorrencial, pelo que alguma doutrina vem defender aí a aplicação preferencial do direito administrativo⁴³², até pela difícil justificação da adoção da forma empresarial fora do mercado concorrencial⁴³³. E se assim é, a vinculação ao direito público ou ao direito privado não passa pela personalidade jurídica das empresas, mas sim pela atuação na órbita do direito privado e de mercado concorrencial ou no uso de poderes públicos e atuação ao abrigo de regimes de direito administrativo, respetivamente.

Em tese, a ideia de que o direito administrativo deveria constituir o direito regulador da atividade das empresas públicas fora do mercado concorrencial e que o direito privado seria o direito aplicável à atividade das empresas públicas que atuam em mercado concorrencial parece sensata. No entanto, peca pela rigidez e demonstra uma visão receosa da aplicação do direito privado pela Administração, que a nosso ver está ultrapassada.

⁴²⁹ Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 297 e ss.

⁴³⁰ *Cfr.* al. f) do art.º 81.º da Constituição.

⁴³¹ *Cfr.* al. c) do art.º 81.º da Constituição.

⁴³² Nesta linha, Domingos Soares Farinho, *Fundações...*, Almedina, 2014, p. 486 e ss.

⁴³³ Domingos Soares Farinho, *O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca*, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, 3.ª edição, 2016, pp. 249-250.

Com efeito, em sede de regulação da atividade empresarial, é o direito privado, designadamente o direito das sociedades, que se encontra dogmáticamente estruturado para regular a *vida* da empresa, nas suas distintas aceções, não se vislumbrando utilidade na conceção de regras de direito público para regular essas mesmas situações jurídicas. O direito privado não constitui, por natureza, um qualquer perigo para a tutela do interesse público no âmbito da atividade das empresas públicas, contendo regimes e normas reguladores da atuação dos gestores, bem como reguladores do controlo da atividade gestonária e de salvaguarda do “bom governo”.

Acresce que os termos da aplicação do direito privado são sempre *ex ante* definidos por instrumentos de direito público, como é o caso do Regime jurídico do setor público empresarial ou do Estatuto do Gestor Público. Nesse âmbito, cabe ao legislador definir o equilíbrio da aplicação de regimes de direito público e de direito privado, forçosamente balizado pela Constituição: como já dissemos, a remissão para o direito privado não pode traduzir-se numa “*fuga*’ total às vinculações constitucionais da Administração Pública ou um processo de diminuição dos direitos e garantias dos particulares...”⁴³⁴.

Dito por outras palavras, encaramos com reservas a configuração de um Direito Administrativo alegadamente apto a responder “*aos novos desafios de prossecução do interesse público*”⁴³⁵, substituindo-se sem avanço relevante ao direito privado regulador das empresas.

Concedemos que a prossecução do interesse público pode ser bem alcançada pelo direito privado, se o legislador ajuizar devidamente os seus termos. E no plano jurídico-constitucional, não parece extrair-se da Constituição um impedimento à adoção do direito privado como forma de atuação da Administração⁴³⁶, podendo optar-se pelo direito privado fora do exercício de poderes tipicamente públicos⁴³⁷ e salvaguardando a vinculação à Constituição nos termos já tratados, em especial quanto aos princípios gerais da atividade administrativa e aos direitos fundamentais.

⁴³⁴ Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 799.

⁴³⁵ Domingos Soares Farinho, *Fundações...*, p. 489.

⁴³⁶ Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 287-288.

⁴³⁷ Como é o caso dos poderes de autoridade (*cf.* Paulo Otero, *Direito Administrativo – relatório...*, p. 230 ou Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, p. 140). O CPA refere-se hoje a poderes públicos e situações reguladas de modo específico por disposições de direito administrativo (*cf.* n.º 1 do art.º 2.º).

Na linha do Direito da União Europeia, considera-se, pois, de afastar a aplicação de regimes meramente em função da personalidade jurídica. Como se vem anotando, a personalidade jurídica de direito público ou de direito privado *de per se* não justifica a aplicação distinta do direito público ou do direito privado. E nesta ponderação, a ausência de atividade em mercado concorrencial também não colhe como critério razoável para afastar a adoção do direito privado, que em última análise podia culminar numa proliferação de lacunas. Isto é, a circunstância de uma empresa pública não atuar em mercado concorrencial não serve como critério para conceder automaticamente numa preferência pelo direito administrativo, se o direito privado melhor se adequar à prossecução do interesse público.

O caminho passará, em grande medida, por procurar conciliar e articular a vertente orgânica ou organizatória – traduzida na integração na Administração – com a vertente material, da atividade desenvolvida propriamente dita⁴³⁸, distinguindo administração pública em sentido material e Administração Pública em sentido orgânico, prática de atos próprios da função administrativa e integração na Administração Pública.

Em suma, não devem procurar-se critérios alinhados com a *summa divisio* entre o direito público e direito privado, aqui manifestamente débeis e talvez por isso abandonados no direito constituído. As empresas públicas adotam o direito privado se habilitadas por lei, estando vinculadas a fazê-lo se estiverem no mercado, como avança PAULO OTERO. Dessa circunstância não resulta que fiquem desoneradas de vinculações jurídico-públicas – o grau é que será ser distinto⁴³⁹.

Ou seja, atento o que vimos expondo e à luz do quadro jurídico-constitucional será de concluir que (i) por razões de igualdade, e demonstrada que esteja a sua maior eficiência, as empresas públicas em mercado concorrencial estão vinculadas a adotar o direito privado (*reserva de direito privado*); (ii) as empresas públicas que atuem fora de mercado concorrencial, mesmo as pessoas coletivas públicas, podem adotar o direito privado⁴⁴⁰, se este se revelar o mais adequado para a prossecução do interesse público visado, nos termos que a lei o defina; (iii) em qualquer dos casos, não se libertam de vinculações de direito público, que a própria

⁴³⁸ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 650.

⁴³⁹ Paulo Otero, *Legalidade...*, pp. 801-802.

⁴⁴⁰ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 787.

Constituição impõe ou as que o legislador estabeleça. É que mesmo na sua atuação de direito privado, está a Administração vinculada a princípios e normas de direito público⁴⁴¹

Revela-se, no entanto, adequado defender que as pessoas coletivas de direito público carecem de base legal que habilite a atuação ao abrigo do direito privado, ao invés das pessoas coletivas de direito privado, para as quais este é o direito naturalmente aplicável⁴⁴².

No plano legal, o RJSPE optou por prever indistintamente o uso do direito privado pelas empresas públicas, independentemente da natureza jurídica e da atuação em mercado concorrencial. Como veio a notar FREITAS DO AMARAL⁴⁴³, em posição mais recente, a *ratio* da remissão do RJSPE para o direito privado resulta de se considerar que os métodos, práticas e instrumentos adotados pelas empresas do setor privado, nomeadamente o direito comercial, serem os que melhor se compaginam com o desejado êxito das empresas públicas⁴⁴⁴. O professor dá como exemplo paradigmático a atividade bancária por parte de um banco detido pelo Estado, o que se revela evidente, não apenas pelas imposições do direito europeu, mas pela própria natureza da atividade dos bancos.

Mas também pensando em empresas públicas fora desse enquadramento estrito da banca – e até fora do âmbito concorrencial – pode concluir-se que poderá ser no direito privado que se encontra o enquadramento jurídico mais apropriado para o bom governo da empresa, sob a égide da prossecução do interesse público, importando ressaltar o exercício de poderes tipicamente públicos e os imperativos constitucionais – potenciadores de situações de conflito entre princípios jurídico-constitucionais⁴⁴⁵.

No fundo, adotando o direito privado fora do mercado concorrencial, importará atender ao facto de o direito privado não poder constituir um meio de perturbação garantística dos destinatários – como é o caso dos utentes de um hospital sob forma de EPE – mas também

⁴⁴¹ Rolf Stober, *Direito...*, p. 304.

⁴⁴² Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 139.

⁴⁴³ Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pp. 351-354.

⁴⁴⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Discurso proferido na sessão de encerramento do IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, subordinado ao tema “Os caminhos da privatização da Administração Pública, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, *Stvdia Ivridica*, 60, Coimbra Editora, 2001, pp. 363-363. O autor não deixa de relevar, como já se assinalou, que na prática muitas vezes o problema reside no Direito Financeiro e nas exigências deste para tutela do “interesse da Fazenda Nacional”.

⁴⁴⁵ Com mais dificuldade ainda nas sociedades de capitais mistos – Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, pp. 465-466.

que o direito administrativo não deverá constituir um obstáculo à boa administração e eficiência na prossecução do interesse público – que no mesmo setor que usámos (a saúde) constitui mesmo um imperativo de sobrevivência do sistema.

Claro que a conjugação de normas próprias do direito privado e do direito público, em regimes jurídicos mistos, implicará equilibrar o uso do direito administrativo⁴⁴⁶, em especial nas situações em que as empresas atuem numa lógica de mercado, que pode gerar situações conflituantes mais complexas – eficiência, segredo, concorrência de um lado, transparência, imparcialidade, boa-fé de outro, por exemplo.

3.7.5.4 As ponderações legislativas

Como se vem referindo, no plano legislativo identificam-se soluções de conjugação de regimes de direito público e de direito privado. No entanto, ficou expressa a preferência pelo direito privado enquanto ordenador das empresas públicas no RJSPE, o qual não é um direito privado *puro*, mas um direito privado *administrativizado*⁴⁴⁷. Quer isto dizer que mesmo as públicas sob forma societária e até em mercado concorrencial não se encontram na exata posição das empresas puramente privadas: estão envolvidas pelo direito público, por exemplo pelos princípios constitucionais da atividade administrativa, a balancear com outros valores próprios da atividade em mercado e que em muitos casos o próprio legislador acautelou – veja-se a solução legal quanto ao segredo comercial face ao regime de acesso a documentos administrativos⁴⁴⁸.

De antemão, sabemos assim as dificuldades que acarreta a coexistência de regimes de direito privado e societário, pensados numa lógica de atividade lucrativa⁴⁴⁹ e de igualdade, com

⁴⁴⁶ Francisco Paes Marques, *As empresas públicas*, in Carla Amado Gomes/ Ana Fernanda Neves/ Tiago Serrão (coord.), *Organização administrativa: novos actores, novos modelos*, vol. I, AAFDL, 2018, pp. 859-860.

⁴⁴⁷ Paulo Otero, *Legalidade...*, p. 802.

⁴⁴⁸ Vide n.º 6 do art.º 6.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

⁴⁴⁹ Não se defendendo aqui que a circunstância de uma empresa ser pública a distancie do escopo de rentabilidade, o que aliás transparece do n.º 2 do art.º 10.º do RJSPE. Sobre o tema, Jorge Coutinho de Abreu, *As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*, in Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, vol. LVII, tomo I, 2014, pp. 64 e ss.

regimes de direito público, pautados pela lógica de autoridade e competência⁴⁵⁰.

O gestor público depara-se com diversos regimes de direito público, diretamente aplicáveis às empresas públicas, que deve aplicar enquanto gestor. É o caso do Código do Procedimento Administrativo, do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, do Código dos Contratos Públicos, da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos ou do Regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

A. O procedimento administrativo

Ao nível do *procedimento administrativo*, o Código do Procedimento Administrativo de 2015 tem o seu âmbito de aplicação definido no respetivo art.º 2.º, que sumariamente se traduz no seguinte:

- (i) A atuação no exercício de poderes públicos ou ao abrigo de regimes de direito administrativo é abrangida pelas regras do Código relativas aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa. Independentemente da natureza da entidade, logo aí se incluindo as *empresas públicas* mesmo sob forma privada;
- (ii) A parte II do Código (“órgãos da Administração Pública”) não é aplicável às *empresas públicas*, na medida em que o n.º 4 do art.º 2.º não as inclui na definição de Administração Pública – *cf.* n.º 2 do art.º 2.º;
- (iii) O n.º 3 do art.º 2.º manda aplicar os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, mas o âmbito subjetivo desta está restringido pelo n.º 4 e não inclui as *empresas públicas*.

Fica evidenciado que o âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo às *empresas públicas* se reconduz às situações em que estas atuem no exercício de poderes

⁴⁵⁰ Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão, *Introdução ao estudo de Direito*, Lex, 2000, pp. 224-225.

públicos⁴⁵¹ ou ao abrigo de regimes de direito administrativo. Caso em que estarão sujeitas às regras relativas aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa, logo ressalvada a parte II, é aplicável a parte I, a parte III e a parte IV do Código⁴⁵². O exercício de poderes de autoridade pelas empresas públicas – sujeito ao Código – releva face ao disposto no art.º 22.º do RJSPE, que prevê precisamente a faculdade de exercício de poderes de autoridade pelas empresas públicas.

Para lá dos poderes de autoridade, admite-se a dificuldade do critério legal fundado na “regulação específica por disposições de direito administrativo”⁴⁵³, sobretudo perante regimes mistos de direito privado e de direito administrativo. Neste âmbito, será de considerar que apenas haverá sujeição das empresas públicas ao Código do Procedimento Administrativo na medida em que o *agir* da empresa esteja pré-determinado por norma jurídico-administrativa, atribuindo-lhe o exercício de competência pública⁴⁵⁴, incumbindo-as de exercer tarefas próprias da função administrativa⁴⁵⁵. O que vai ao encontro da própria noção legal de ato administrativo, patente no art.º 148.º do CPA.

A circunstância de o setor público empresarial integrar pessoas coletivas públicas e sociedades comerciais leva a que alguns autores⁴⁵⁶ defendam que as EPE – pessoas coletivas de direito público – se subsumam na al. d) do n.º 2 do art.º 2.º do CPA, enquanto espécie de institutos públicos, como defendia MARCELLO CAETANO. Não aderimos a esta posição, por *contra legem*: as EPE são empresas públicas, ao abrigo do RJSPE e, enquanto tal, insuscetíveis

⁴⁵¹ A referência a *poderes públicos* parece aludir a poderes de autoridade, até pela referência que é feita também à regulação “*de modo específico por disposições de direito administrativo*”. Na mesma linha, Domingos Soares Farinho, *O âmbito...*, p. 239.

⁴⁵² No mesmo sentido, Mário Aroso de Almeida, *Teoria geral do Direito Administrativo*, Almedina, 8.ª edição, 2021, pp. 53 e ss.

⁴⁵³ Em sentido crítico, Domingos Soares Farinho, *O âmbito...*, pp. 241 e ss. Segundo Pedro Costa Gonçalves, “[d]a *contraposição* entre as expressões “*ao abrigo de disposições de direito administrativo*” e “*no exercício de poderes administrativos*” resulta que, no primeiro caso, está envolvida qualquer competência regulada pelo direito administrativo, ao passo que, no segundo, estão em causa apenas competências (reguladas pelo direito administrativo) que possam ser especialmente qualificadas como “*poderes administrativos*”. (cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, p. 595, nota de rodapé 537).

⁴⁵⁴ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 141.

⁴⁵⁵ João Pacheco de Amorim, *Âmbito da aplicação do Código do Procedimento Administrativo*, in “O novo Código do Procedimento Administrativo”, Centro de Estudos Judiciários, e-book disponível in <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=y3SQiePJy3w%3D&portalid=30>, p. 65.

⁴⁵⁶ João Pacheco de Amorim, *Âmbito...*, p. 63.

de qualificação como institutos públicos. Acresce que o direito administrativo concedeu que fosse o direito privado o direito ordenador das empresas públicas, independentemente da sua personalidade jurídica, pelo que a presença do direito administrativo deverá ser aquela que o legislador preveja, sendo ao nível do procedimento administrativo apenas a que se pode extrair do n.º 1 do art.º 2.º do Código.

Por outras palavras, quer as empresas sob forma pública, quer as empresas sob forma privada encontram-se, ainda que em diferentes graus e com distintas ponderações, sujeitas ao Código do Procedimento Administrativo nos termos do n.º 1 do art.º 2.º do Código, na lógica de submeter ao direito administrativo a atividade administrativa, cujos fins são de interesse geral⁴⁵⁷.

Não quererá isto dizer que a medida da aplicação seja coincidente. Tudo depende da atribuição ou não de poderes de autoridade, por um lado. Ou da atribuição de competências públicas, de atribuições próprias da função administrativa, por normas jurídico-administrativas⁴⁵⁸, o que em tese sucederá nas empresas sob forma de EPE, mas em menor grau nas empresas sob forma societária. Sobretudo se estas últimas atuarem em mercado concorrencial, caso em que a aplicação de regimes de direito administrativo terá de ser equilibrada – como vem sendo dito – para que a empresa pública em mercado não saia prejudicada por essa circunstância⁴⁵⁹ e pela reserva de direito privado a que se fez menção.

Cumprir notar que o direito regulador da empresa pública é o direito privado. E por isso mesmo a regra é a de que a atividade empresarial do Estado se rege por normas de direito privado, surgindo o direito público quando o legislador o defina. No caso do procedimento administrativo, a aplicação das regras relativas aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa só se verifica no exercício de poderes de autoridade⁴⁶⁰ ou ao abrigo

⁴⁵⁷ Nesta linha, Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, Almedina, 1977, trad. Maria Glória Ferreira Pinto, p. 101.

⁴⁵⁸ Seguimos de perto a tese de Dirk Ehlers e Pedro Costa Gonçalves, no sentido de a administratividade de uma norma jurídica assentar no destinatário (a Administração Pública), mas também na materialidade, isto é, de a norma se reportar ao exercício de competências públicas, de prossecução de interesse público.

⁴⁵⁹ Pedro Costa Gonçalves, *Regime jurídico das empresas municipais*, Almedina, 2007, pp. 211-212. Como refere o autor, a propósito das empresas municipais, a vinculação ao direito administrativo não pode inferiorizar as empresas no mercado, face aos concorrentes puramente privados.

⁴⁶⁰ No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo uniformizador de jurisprudência proferido no n.º 01113/09, de 20 de maio de 2010, disponível in www.dgsi.pt o Supremo defendeu que no exercício de poderes de autoridade, os órgãos das sociedades comerciais que sejam

de norma de direito administrativo, numa relação em certa medida de especialidade.

Fora deste âmbito que o CPA definiu, certa doutrina aponta ainda a suscetibilidade de aplicação às empresas públicas dos princípios gerais da atividade administrativa e o dever de respeito pelos direitos fundamentais, no quadro da sua gestão privada⁴⁶¹, por via de uma aplicação do n.º 3 do art.º 2.º do CPA que estenda o conceito de Administração Pública⁴⁶² para lá da letra da norma. Tendemos a discordar do “rumo interpretativo” traçado.

A conformação da atuação ao respeito pelos direitos fundamentais resulta antes de mais da Constituição, conforme tratado acima, na medida em que, independentemente da forma jurídica, as empresas públicas sujeitam-se ao regime de direitos fundamentais, com as contingências próprias da vinculação à legalidade⁴⁶³, *maxime* limitando-se a desaplicação da lei por razões de inconstitucionalidade, que sempre terão de ser flagrantes – não cabe à Administração o controlo da constitucionalidade.

No que aos princípios gerais da atividade administrativa respeita, a letra do n.º 3 do art.º 2.º do CPA não é favorável às referidas teses, atenta a noção de Administração Pública adotada, que não integra as empresas públicas.

Assim, a aplicação dos princípios será primariamente por via da vinculação do gestor público à Constituição, ou seja, na perspetiva de defender a aplicação imediata – sem mediação legislativa – dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa, mesmo às empresas sob forma societária. Isto por integrarem a administração indireta privada⁴⁶⁴, o que se compreende e vai ao encontro da linha legislativa seguida: considerar *públicas* mesmo as empresas sob forma privada, inclusivamente como forma típica do agir empresarial do Estado.

Trata-se de uma vinculação aos princípios mais ténue, sobretudo nas empresas que atuem em mercado concorrencial, compatível com a imparcialidade ou o tratamento igual dos

empresas públicas atuam como órgãos da Administração Pública, sujeitos ao CPA. Naquele caso, estava em causa uma sanção disciplinar e o dever de decisão por escrutínio secreto previsto no Código do Procedimento Administrativo.

⁴⁶¹ Mário Aroso de Almeida, *Teoria...*, p. 65.

⁴⁶² *Idem*.

⁴⁶³ J.J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2014, anotação ao art.º 18.º, pp. 383-387.

⁴⁶⁴ Nesta linha, Paulo Otero, *Legalidade...*, pp. 796-802.

particulares, mas não tanto com certos deveres como o de decisão. Para alguns trata-se de uma “*salutar expansão da ética e da cultura de transparência...*”⁴⁶⁵ aparentemente assegurada pelo direito administrativo e o direito público em geral.

De qualquer modo, no quadro da prática de atos próprios da função administrativa, naturalmente que se aplicam os princípios, o que ficou expressamente clarificado no Estatuto do Gestor Público⁴⁶⁶.

B. A responsabilidade civil extracontratual

O âmbito de aplicação do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro) encontra-se definido no respetivo art.º 1.º, com reflexos na vinculação que podemos retirar para os gestores de empresas públicas.

O regime começa por fazer menção à personalidade jurídica, numa aparente tendência para delimitar a Administração Pública à luz de um critério orgânico, fundado na personalidade jurídica de direito público (n.º 1 do art.º 1.º), mas enfatizando que o âmbito de aplicação se reporta ao exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo⁴⁶⁷. Essa perspetiva orgânica é ultrapassada no n.º 5, que reconduz a responsabilidade civil de pessoas coletivas de direito privado ao exercício das ditas prerrogativas ou de atuação ao abrigo das disposições ou princípios de direito administrativo (n.º 5 do art.º 1.º). Como veremos, o sentido é o da responsabilidade dos poderes públicos, seja qual for a forma jurídica de atuação⁴⁶⁸.

A aplicação do regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro às *empresas públicas* deve ser vista, antes de mais, relembrando sempre que o direito privado é o ordenador da atividade empresarial do Estado. Assim, no caso das empresas públicas, sempre que se atuem ao abrigo do direito administrativo – seja exercendo poderes de autoridade, seja agindo ao abrigo de

⁴⁶⁵ Pedro Costa Gonçalves, *Regime...*, p. 213.

⁴⁶⁶ Segundo o art.º 9.º do EGP, *o exercício de poderes próprios da função administrativa, nos casos legalmente previstos, observa os princípios gerais de direito administrativo.*

⁴⁶⁷ Para Carlos Cadilha a delimitação da função administrativa patente no n.º 2 do art.º 1.º tem apenas o propósito de distinguir a função administrativa face às demais funções do Estado (Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado*, Coimbra Editora, 2011, anotação ao art.º 1.º, p. 37).

⁴⁶⁸ J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição...*, vol. I, anotação ao art.º 22.º, pp. 427-428.

regras de direito administrativo – encontram-se sujeitas à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, no caso das EPE por força da leitura conjugada do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 1.º e no caso das empresas sob forma societária por força do n.º 5 do art.º 1.º, o que se repercute nos titulares do órgão de gestão, na medida em que o regime igualmente os abrange. Constitui igualmente um farol da interpretação destes regimes ter em conta que a personalidade jurídica de direito privado ou a adoção do direito privado não se podem traduzir na desresponsabilização dos poderes públicos: num Estado de Direito, a Administração, seja qual for a forma jurídica ou o direito ordenador, responde pelos danos que provoque.

De qualquer modo, como adiantado, retira-se uma especificidade própria da atuação empresarial do Estado, que é a circunstância de o direito privado ser o direito regulador das empresas públicas, daí que a aplicação às empresas sob forma pública ou sob forma privada assente nos mesmos pressupostos, a saber a atuação ao abrigo de poderes de autoridade ou de disposições e princípios de direito administrativo.

Tal como sucede no CPA, a *pedra de toque* não está na personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, mas sim no exercício de poderes de autoridade ou na sujeição a princípios e regras de direito administrativo, numa visão que valoriza a atuação e não tanto os sujeitos⁴⁶⁹.

É certo que o direito administrativo é o direito naturalmente aplicável às pessoas coletivas de direito público e que daí poder-se-ia concluir pela também natural aplicação de certos regimes elementares do direito administrativo, seja ao nível procedimental, seja em matéria de responsabilidade. Mas às empresas públicas determinou o legislador a aplicação preferencial do direito privado, pelo que o raciocínio do intérprete terá de ser outro, que é partir do direito privado como *regra* e procurar identificar a aplicação do direito administrativo *na especialidade*. Não é a personalidade jurídica de direito público que vai determinar a aplicação do CPA ou da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, mas sim a habilitação que foi conferida para o exercício da competência. Se essa habilitação se subsumir num poder de autoridade próprio do direito administrativo ou numa norma de direito administrativo, eis que caímos na sujeição ao regime de direito público. A determinação da

⁴⁶⁹ Miguel Assis Raimundo, *Âmbito de aplicação* (anotação ao art.º 1.º), in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão [coord.], *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, AAFDL, 3.ª edição, 2022, pp. 315-316.

sujeição a estes regimes é, portanto, casuística⁴⁷⁰ e, além do mais, pode derivar de atuações variadas, pois a lei não tipifica os modos de lesar⁴⁷¹, que podem traduzir-se em atos, omissões, operações materiais ou atuações informais⁴⁷².

Neste contexto, o RJSPE que prevê a possibilidade de as empresas públicas exercerem poderes de autoridade, em matéria de expropriações, de utilização, proteção e gestão das infraestruturas afetas ao serviço público ou ainda de licenciamento e concessão⁴⁷³. Como já foi dito, os concretos poderes de autoridade são densificados nos atos constitutivos ou reguladores da atividade das empresas, como é o caso da Infraestrutura de Portugal, S.A., que detém poderes de autoridade inerentes ao objeto da sua atividade – art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio. Igualmente, a atribuição de competências próprias do Estado, como é o caso exemplificativo da gestão do tráfego aéreo cometida à NAV Portugal, E.P.E.⁴⁷⁴, com um leque vasto de obrigações, muitas resultantes de compromissos internacionais do Estado, constitui um exemplo de atividade empresarial do Estado, neste caso sob forma pública, que é exercida ao abrigo de normas de competência próprias de direito administrativo, para desempenho de incumbências públicas.

Nos exemplos dados, de empresas com personalidade jurídica privada (sob forma de S.A.) e pública (sob forma de EPE), constata-se a suscetibilidade da sujeição ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, seja pelo exercício de poderes de autoridade, seja por atuação ao abrigo de normas de direito administrativo, para desempenho de tarefas públicas, respetivamente. As empresas públicas sob forma de S.A. encontram-se muitas vezes na “órbita” do direito administrativo também pela circunstância de lhes ser cometida a gestão de serviços de interesse económico geral ou exercerem atividade nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, caso em que poderá assacar-se responsabilidade civil ao abrigo da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro⁴⁷⁵.

Fora do plano do exercício de poderes de autoridade e de atuação ao abrigo do direito administrativo, é discutida a possibilidade de sujeição ao regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, pelas empresas públicas sob forma privada, pela violação dos princípios da

⁴⁷⁰ Nesta linha, Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime...*, p. 55.

⁴⁷¹ *Cfr.* Miguel Assis Raimundo, *Âmbito...*, p. 293.

⁴⁷² *Idem.*

⁴⁷³ *Cfr.* art.º 22.º do RJSPE.

⁴⁷⁴ *Vide* os estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 74/2003, de 16 de abril.

⁴⁷⁵ Neste sentido, Carlos Cadilha, *Regime...*, pp. 58 e ss.

atividade administrativa. Como se defendeu, a aplicabilidade desses princípios no plano da atividade privada é mais diminuta nas empresas sob forma privada, em especial se estivermos num contexto de mercado concorrencial, e deriva da Constituição, surgindo como parâmetros da atuação das empresas⁴⁷⁶ e seus titulares. Daí a retirar-se a possibilidade de aplicação da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, vai um *passo de gigante*.

Com efeito, a aplicação dos princípios à atividade privada resulta da integração na Administração de sujeitos de direito privado e do dever de a toda a atividade administrativa corresponder a sujeição aos princípios, como parâmetros de atuação. Pese embora o CPA não o tenha concretizado, defendemos que os princípios gerais da atividade administrativa se aplicam à atuação privada da Administração por força da Constituição, ainda que de forma mais ténue, sobretudo no contexto concorrencial, em que outros valores terão de ser equacionados, equilibrados e até sobrepostos.

É que apesar de os princípios sejam aplicáveis à atividade privada, por força da Constituição, essa atuação não parece subsumir-se *em atividade regulada por princípios de direito administrativo*, que tendencialmente será atividade exercida ao abrigo do direito administrativo, mas já não tanto a atividade privada à qual sejam aplicáveis princípios de direito administrativo, nos termos que expusemos. No entanto, concede-se que daqui poderia resultar uma vinculação inconsequente aos princípios: defende-se a aplicabilidade dos princípios, para daí não extrair qualquer consequência jurídica no plano da responsabilidade⁴⁷⁷.

Particularmente quanto ao *gestor público*, a suscetibilidade de serem responsabilizados ao abrigo da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro deriva de duas normas, a saber o n.º 3 e o n.º 5 do art.º 1.º, consoante estejamos perante uma empresa sob forma de EPE ou sob forma de sociedade comercial, respetivamente. Ainda que o n.º 3 não determine os órgãos da Administração Pública abrangidos pela norma, deverá considerar-se que são os do Estado e demais pessoas coletivas públicas, atento o n.º 1 do art.º 1.º, aí se incluindo as empresas sob forma de EPE. E a responsabilidade do gestor público de empresa sob forma privada para efeitos da Lei n.º 67/2007 extrai-se do n.º 5, que equipara o gestor público da empresa sob forma privada ao gestor público de uma pessoa coletiva pública para aplicação do regime.

A responsabilidade do gestor público para efeitos da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro

⁴⁷⁶ J.J Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição...*, vol. II, pp. 793 e ss.

⁴⁷⁷ Em sentidos distintos, Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, p. 1094; Carlos Cadilha, *Regime...*, pp. 55-56, nota de rodapé 58 e p. 63 e Miguel Assis Raimundo, *As empresas...*, pp. 326-328.

reconduz-se aos atos funcionais, que respeitem ao exercício das funções e por causa destas, nos termos do art.º 22.º da Constituição, sendo os danos provocados fora do quadro funcional naturalmente sujeitos ao regime de responsabilidade civil do Código Civil⁴⁷⁸.

A fronteira pode não ser evidente, por exemplo nos casos em que são usados meios públicos para a prática de atos lesivos de terceiros por motivos pessoais⁴⁷⁹ ou fora do exercício efetivo de funções⁴⁸⁰, mas a letra da lei aponta para uma visão restrita da responsabilidade funcional, ao referir-se expressamente a danos decorrentes do exercício de função administrativa e por causa desse exercício. Neste âmbito, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro afasta-se do regime do n.º 2 do art.º 500.º do Código Civil – que responsabiliza o comitente mesmo por atos funcionais do comissário contrários às ordens do primeiro – e porventura com um objetivo bem definido, o de diminuir a exposição do Estado à responsabilidade civil solidária pelos danos provocados pelos seus agentes, que atuem fora dos parâmetros definidos para o exercício da competência.

A forma de provimento do gestor público – nomeação, comissão de serviço, mobilidade ou cooptação – não configuram o elemento relevante para determinar a aplicabilidade da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. A tónica está na produção de danos no exercício de atos próprios da função administrativa, na qualidade de gestor público.

Quando assim é, ao gestor público pode ser assacada responsabilidade à luz da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Mas essa responsabilidade não ocorre perante todo e qualquer ato gerador de dano, apenas perante atos praticados com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores ao exigível para o cargo (*culpa grave*)⁴⁸¹, geradores de responsabilidade solidária da empresa pública e do gestor público (n.º 1 e n.º 2 do art.º 8.º). Está excluída a responsabilidade do gestor público nos casos de culpa leve, em face do n.º 1 do art.º 7.º, de que resulta a exclusiva responsabilidade da empresa pública⁴⁸². Mas perante a falta de apuramento do grau de culpa do gestor público, prossegue a ação judicial entre a

⁴⁷⁸ Mário Aroso de Almeida, *Teoria...*, p. 653.

⁴⁷⁹ Miguel Assis Raimundo, *Âmbito...*, p. 311.

⁴⁸⁰ *Idem*.

⁴⁸¹ Mário Aroso de Almeida, *Teoria...*, pp. 653 e ss.

⁴⁸² A solução não colide com o art.º 22.º da Constituição, que confere ao legislador uma margem de discricionariedade para determinar as situações de responsabilidade dos servidores do Estado – nesse sentido, ainda que em momento anterior à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/2004, proferido no proc. 92/03, relator Artur Maurício, disponível in www.tribunalconstitucional.pt.

empresa pública e o gestor, na medida em que é o grau de culpa que determina a responsabilidade solidária do gestor e o direito de regresso da empresa⁴⁸³.

No que diz respeito ao direito de regresso, quando a este haja lugar, o mesmo reputa-se obrigatório para as empresas públicas, em face do art.º 6.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, incumbindo ao gestor público praticar os atos necessários a garantir a sua efetivação. A circunstância de estarmos perante uma empresa pública sob forma privada não tem aqui relevo para a discussão doutrinária sobre a obrigatoriedade do direito de regresso⁴⁸⁴, pois seja qual for a forma jurídica da empresa, a mesma não deixa de ser empresa pública, tal como os seus gestores, daí derivando o dever de zelar pelo interesse público subjacente ao equilíbrio financeiro das empresas públicas.

Diferente questão se coloca perante as empresas de capitais mistos ou até as empresas participadas, em que poderão confrontar-se posições antagónicas relativamente ao exercício do direito de regresso.

No caso de empresas de capitais mistos que se subsumam na categoria de empresas públicas, os gestores públicos encontram-se vinculados à prossecução do interesse público, que não se compadece com a assunção de responsabilidade em nome de terceiros, sobre os quais incide o direito de regresso.

Quanto às empresas participadas, na linha do que se defendeu sobre o estatuto funcional dos gestores designados para as empresas participadas, entende-se que lhes compete proteger o erário público, no sentido de defender no órgão de administração o exercício do direito de regresso, no que podem sair vencidos, perante a oposição dos restantes membros do órgão. Já a ideia de impor às empresas privadas a obrigatoriedade do direito de regresso, como defende CARLA AMADO GOMES⁴⁸⁵, suscita-nos reservas de conformidade constitucional

⁴⁸³ Cfr. n.º 4 do art.º 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

⁴⁸⁴ Diana Ettner, *O exercício obrigatório do direito de regresso*, in Carla Amado Gomes/Miguel Assis Raimundo [coord.], *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, ICJP, 2013, e-book disponível em

https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf.

Ou ainda, Miguel Assis Raimundo, *A efectivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, 2010, pp. 587 e ss., com posição entretanto revista em Miguel Assis Raimundo, *Âmbito...*, p. 324.

⁴⁸⁵ Carla Amado Gomes, *A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, in Carla Amado

“pelo menos” com o conteúdo essencial da livre iniciativa económica privada.

No plano jurídico-processual, a competência para a apreciação de litígios que envolvam a responsabilidade civil extracontratual do gestor público, por atos de autoridade ou ao abrigo do direito administrativo, é dos tribunais administrativos, como resulta da al. g) do n.º 1 do art.º 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, sob forma de ação administrativa, nos termos da al. k) do n.º 1 do art.º 37.º do CPTA.

A jurisprudência dos nossos tribunais superiores não tem sido receosa na defesa da competência dos tribunais administrativos para conhecer dos litígios em torno da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. E tem-no feito não apenas nas situações mais evidentes de exercício de poderes de autoridade, mas também de atuação ao abrigo de princípios e regras de direito administrativo, nomeadamente por empresas públicas sob forma privada⁴⁸⁶. Também no plano dos cuidados de saúde, prestados através de empresas públicas sob forma de EPE, o STA tem entendido que os mesmos não se subsumem numa qualquer relação contratual, mas sim numa relação jurídico-administrativa, traduzida na prestação universal do serviço público de cuidados de saúde, definido pela lei para os utentes, em situação de igualdade, inderrogável por acordo⁴⁸⁷.

Gomes, Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas, AAFDL, 2010, pp. 55 e ss.

⁴⁸⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-10-2012, proc. 950/10.6TBFAF-A.G1.S1, relator Garcia Calejo, disponível in www.dgsi.pt segundo o qual “[q]uando a EP - Estradas de Portugal, S.A. for demandada por responsabilidade extracontratual derivada das suas legais atribuições (designadamente conservação e requalificação da rede rodoviária nacional), porque essas competências de desenvolvem num quadro de índole pública, devem ser os tribunais administrativos os competentes em razão da matéria para conhecer do pleito (art. 4.º, n.º 1, al. g), do ETAF)”. Porém, na fundamentação o acórdão não faz a devida distinção entre poderes de autoridade e restantes atuações ao abrigo do direito administrativo, que a nosso ver se impõe face à lei atual.

⁴⁸⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09-06-2011, proc. 0762/09, relator Adérito Santos e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16-01-2014, proc. 0445/13, relator São Pedro, ambos disponíveis in www.dgsi.pt. Na doutrina, Cláudia Monge, *Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados*, in *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, Jornadas de Reflexão, e-book Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coord. Carla Amado Gomes/ Miguel Assis Raimundo/ Cláudia Monge, 2014, pp. 6-59; No período anterior à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, vide ainda Freitas do Amaral, *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. LEX, 1991, pp. 123 e ss.; Sérvulo Correia, *As Relações de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, ed. AAFDL, 1996, pp. 21-27.

Mesmo ao nível das empresas privadas, temos registo de diversos arestos nos quais os se conclui pela competência dos tribunais administrativos – exemplo paradigmático é o das concessões, mercedor de divergência doutrinária⁴⁸⁸ e concretamente os sinistros rodoviários ocorridos após a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (30.01.2008)⁴⁸⁹, sem que a tónica esteja já na gestão pública ou gestão privada de outrora.

No Tribunal de Conflitos, o entendimento tem sido o de considerar que as entidades privadas – como as concessionárias – que colaboram com a Administração na execução de tarefas administrativas, por contrato administrativo têm a sua atividade submetida a disposições e princípios de direito administrativo, assim se sujeitando ao regime do n.º 5 do art.º 1.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro⁴⁹⁰.

C. A contratação pública

O Código dos Contratos Públicos constitui hoje um regime jurídico de referência para toda a Administração Pública, sendo gerador de várias dificuldades de aplicação, que da nossa experiência profissional resultam de dois principais fatores interligados: a complexidade do Código e a escassez de juristas na Administração, sobretudo com formação especializada.

Na medida em que as empresas públicas estejam sujeitas à contratação pública, ao gestor público caberá acautelar o respeito pelas normas da contratação pública, alicerçadas em princípios como o da concorrência e da igualdade.

⁴⁸⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 142-143 e Aroso de Almeida, *Teoria...*, p. 54 e nota de rodapé 44. Para o primeiro, respetivamente, deve precisar-se que as concessionárias não estão sujeitas ao direito administrativo enquanto tais, mas apenas nos casos em que haja disposições específicas de direito administrativo, o que merece discordância de Aroso de Almeida, que defende que as atuações em causa, na falta de contrato de concessão, seriam atividade tipicamente pública, da “gestão pública” do concedente.

⁴⁸⁹ Num caso de embate de animal em automóvel, em via concessionada, Acórdão do STJ de 08-10-2015, proc. 1085/14.8TBCTB-A.C1.S1, relatora Maria Clara Sottomayor, disponível in www.dgsi.pt. Com referência à vasta jurisprudência sobre o tema, Nuno Miguel Marques, “*Casa tomada*”? (da competência jurisdicional sobre litígios relativos a acidentes rodoviários ocorridos em concessões rodoviárias), in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 79 - Vol. I/II - Jan./Jun. 2019, em especial p. 262.

⁴⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 21-04-2016, conflito n.º 06/2016, relator Madeira dos Santos, Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09-07-2015, conflito n.º 021/15, relatora Ana Paula Boularot e Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 07-05-2015, conflito n.º 010/15, relatora Ana Paula Portela, todos disponíveis in www.dgsi.pt.

No plano subjetivo, o CCP aplica-se às entidades adjudicantes. O Código elenca no n.º 1 do art.º 2.º as entidades adjudicantes, aí não se referindo as empresas públicas, mas certas pessoas coletivas de direito público expressamente elencadas; a al. d) menciona os institutos públicos, que como já defendido acima não nos parece integrar as empresas sob forma de EPE, apesar da personalidade jurídica pública⁴⁹¹.

Em tese, seria de admitir que pudessem caber na al. i) do n.º 1 as empresas públicas em sentido material, como seria *a priori* o caso da associação Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)⁴⁹², se maioritariamente financiadas por entidades adjudicantes referidas no n.º 1, sujeitas ao seu controlo de gestão ou com órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas. No entanto, no exemplo da SUCH não estará verificado o preenchimento dos requisitos da al. i) pois os associados são na sua quase totalidade empresas públicas sob forma de EPE e assim excluídas do n.º 1, pelo que tendemos a considerar nesse caso pela aplicação da al. d) do n.º 2 do art.º 2.º⁴⁹³.

São igualmente entidades adjudicantes os *organismos de direito público*, que são pessoas coletivas públicas ou privadas, que preencham o disposto no n.º 2 do art.º 2.º. Neste conceito não será difícil enquadrar grande parte das empresas públicas sob forma de EPE, na medida em que em regra (i) são pessoas coletivas, (ii) satisfazem necessidades de interesse geral (pensemos no caso dos hospitais sob forma de EPE), (iii) tendencialmente sem caráter comercial e fora da lógica concorrencial de mercado e (iv) em regra sem fins lucrativos, sendo ainda (v) financiadas e (vi) controladas pelo Estado (a título de exemplo, *v.* o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde⁴⁹⁴ para os hospitais que revestem a forma de empresas públicas sob forma pública – EPE). As empresas públicas sob forma de EPE são as únicas pessoas coletivas de direito público que não constam do n.º 1 do art.º 2.º do CCP, mas integram a noção de organismo de direito público, o que se compreende pela sua envolvimento no direito privado e de natureza empresarial⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Na mesma linha, Miguel Assis Raimundo, *Direito dos contratos públicos*, vol. I, AAFDL, 2022, p. 122.

⁴⁹² Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 5.ª edição, reimpressão, 2021, p. 170.

⁴⁹³ Em sentido distinto, Pedro Costa Gonçalves, *Direito...*, p. 170.

⁴⁹⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 52/2022, de 4 de agosto.

⁴⁹⁵ Nesta linha, Pedro Costa Gonçalves, *Direito...*, p. 178 e Miguel Assis Raimundo, *Direito...*, p. 122.

Relativamente às empresas públicas sob forma societária, são pessoas coletivas e encontram-se sob controlo do Estado ou de pessoa coletiva que detém as participações do Estado. A tónica estará assim na verificação dos outros pressupostos legais – criação para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial (entendendo-se como tais aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica concorrencial de mercado). Até porque a circunstância de as empresas sob forma de S.A. terem forma privada não as afasta do âmbito de aplicação, cujos critérios não assentam na forma jurídica⁴⁹⁶.

No que à criação para satisfazer necessidades de interesse geral concerne, a leitura do Tribunal de Justiça é ampla, revelando-se difícil que a atividade de uma empresa pública não o seja. Refira-se sobre essa leitura o Acórdão do TJUE de 22 de maio de 2003 (Korhonen/Taitotalo, C-18/01), em que o tribunal considerou que se uma cidade decide criar um polo de desenvolvimento tecnológico e, subsequentemente, uma determinada empresa adquire terreno e coloca imóveis recém-construídos à disposição de indústria de ponta, a sua atividade é suscetível de responder a uma necessidade de interesse geral⁴⁹⁷. No caso das empresas públicas sob forma societária, sendo participadas por pessoas coletivas de direito público ou gestoras de participações em nome do Estado, controladas direta ou indiretamente por entidades públicas, em regra terão a sua atividade alinhada com a satisfação de necessidades de interesse geral⁴⁹⁸. E mesmo que essa atividade de interesse geral não seja dominante no objeto estatutário, sendo até reduzida, a verdade é que o TJUE a destaca e releva para efeitos de sujeição às regras⁴⁹⁹.

No que toca à exigência legal de desenvolvimento de atividades sem carácter industrial ou comercial, tal como o critério das necessidades de interesse geral, vem sendo configurado pela jurisprudência de modo muito amplo, resultante de normas propícias à incerteza. De tal sorte que alguns autores apontam como provável a sujeição ou não ao regime em função das

⁴⁹⁶ Acórdão do TJUE de 3 de fevereiro de 2021 (Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), Consorzio Ge.Se.Av. S.c.arl contra De Vellis Servizi Globali Srl, processos apensos C-155/19 e C-156/19), par. 40-41.

⁴⁹⁷ Cfr. n.º 41 e n.º 42 do Acórdão, que nos parecem elucidativos da *ratio* da decisão.

⁴⁹⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Direito...*, pp. 178-179.

⁴⁹⁹ Acórdão do TJUE, de 15 de janeiro de 1998 (Mannesmann/Strohal, C-44/96), segundo o qual “A circunstância, referida pelo Governo austríaco nas suas observações, de a satisfação das necessidades de interesse geral constituir apenas uma parte relativamente pequena das actividades efectivamente exercidas pela Òs também não tem relevância, uma vez que a referida entidade continua a encarregar-se das necessidades que é especificamente obrigada a satisfazer.” – cfr. par. 25. Para uma síntese desta jurisprudência, Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, vol. I, AAFDL, 2020, pp. 180-182.

tendências jurisprudenciais de determinado momento⁵⁰⁰.

A tónica estará na identificação de indícios que permitam destringir se uma determinada entidade atua numa lógica própria de atividade privada⁵⁰¹, com efetiva assunção dos riscos inerentes à atividade empresarial⁵⁰² – *maxime* de perdas – como *player* do mercado concorrencial ou se, ao invés, está de algum modo “confortada” em financiamento público, assunção de perdas da atividade pelo Estado/outro ente público ou beneficiária de uma relação de privilégio com os poderes públicos, por exemplo.

Note-se que mesmo a circunstância de uma empresa pública agir no mercado concorrencial não é determinante, pois “*o facto de existir concorrência não é suficiente para excluir a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas colectividades territoriais ou por outros organismos de direito público se deixar guiar por considerações diferentes das económicas*”⁵⁰³, logo agindo fora dos padrões típicos da livre concorrência de um *player* puramente privado. Este elemento é relevante, na medida em que os riscos ínsitos à contratação, que as normas de contratação pública visam mitigar, sobrelevam quando o gestor de uma empresa tem o conforto de saber que a mesma jamais cairá em incumprimento ou falência: o seu juízo no processo de decisão é mais permeável a fatores que não são os que guiam a atividade empresarial privada e focada no equilíbrio financeiro do negócio. Numa empresa que tem o Estado como acionista, não será difícil que tal aconteça⁵⁰⁴, mesmo que se encontre em ambiente concorrencial. Sobre a finalidade lucrativa, como vem assinalando a jurisprudência e a doutrina, ao contrário do que se extrai do CCP, não constitui um fator determinante, dado que poderá esse fim lucrativo ser totalmente mitigado por outros interesses, como o interesse público que nas empresas públicas, mesmo sob forma privada, advém nomeadamente da sujeição a orientações

⁵⁰⁰ Pedro Fernández Sánchez, *Direito...*, p. 188.

⁵⁰¹ Miguel Assis Raimundo, *Direito...*, p. 129.

⁵⁰² Bernardo Azevedo, *Organismo de direito público – Uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: CEDIPRE, 2010 p. 71.

⁵⁰³ *Cfr.* Acórdão do TJUE de 10 de novembro de 1998 (Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV, C-360/96), par. 43.

⁵⁰⁴ Como já referiu a jurisprudência europeia a propósito de uma empresa detida pelo Estado espanhol “*tendo em conta o facto de o cumprimento da missão desta sociedade constituir um elemento fundamental da política penitenciária do Estado espanhol, afigura-se verosímil que, na sua qualidade de único accionista, o referido Estado adopte todas as medidas necessárias para evitar a eventual falência da SIEPSA.*” razão pela qual “*existe a possibilidade de que, num processo de adjudicação de um contrato público, a SIEPSA se deixe levar por considerações não meramente económicas.* (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2003, Comissão das Comunidades Europeias/Reino de Espanha, C-283/00, par. 91 e 92).

estratégicas e setoriais (art.º 24.º e ss. do RJSPE), mas também do próprio objeto da empresa, que pode constituir uma incumbência pública⁵⁰⁵, paralela a uma eventual pretensão lucrativa.

A qualificação de uma entidade como organismo de direito público pressupõe ainda que esteja verificado o disposto na subalínea *ii*) da al. *a*) do n.º 2 do art.º 2.º do CCP, ou seja, que a pessoa coletiva seja maioritariamente financiada por entidades do n.º 1 do art.º 2.º ou por outros organismos de direito público, *ou* a sua gestão esteja sujeita a controlo por parte dessas entidades, *ou* tenham órgãos de administração, direção ou fiscalização cujos membros tenham, em mais de metade do seu número, sido designados por essas entidades. Trata-se de requisitos que, como assinalámos, sem dificuldade são preenchidos por uma empresa pública sob forma de EPE, mas também por uma empresa pública sob forma privada. Isto porque basta que um se encontre verificado para que estejamos perante um organismo de direito público. É certo que os requisitos legais de *influência dominante* previstos no art.º 9.º do RJSPE, que determinam a qualificação de uma empresa como pública, não coincidem com os que constam subalínea *ii*) da al. *a*) do n.º 2 do art.º 2.º do CCP, porém a verificação daqueles tende a culminar na subsunção nestes, respetivamente.

A detenção uma participação superior à maioria do capital; a detenção da maioria dos direitos de voto; a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização ou ainda a detenção de participações qualificadas ou direitos especiais que permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada constituem requisitos para a qualificação de uma empresa como pública à luz do art.º 9.º do RJSPE. E que levam a situações vistas pela jurisprudência europeia como o *controlo de gestão*, por um lado, mas também de influência determinante na definição dos órgãos sociais de administração ou fiscalização, para efeitos da subalínea *ii*) da al. *a*) do n.º 2 do art.º 2.º do CCP. Por outras palavras, verificados os requisitos para qualificar uma sociedade comercial como empresa pública, *a priori* estaremos perante uma empresa sujeita a influência determinante (sub. *ii*) da al. *a*) do n.º 2 do art.º 2.º do CCP) qualificável como organismo de

⁵⁰⁵ Veja-se o caso atrás mencionado (Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de outubro de 2003) em que a empresa detida pelo Estado espanhol tinha uma “missão” de contribuir para a política penitenciária de Espanha, pelo que o Tribunal entendeu que “*Quanto ao argumento que o Governo espanhol baseia no facto de a SIEPSA exercer as suas actividades com uma finalidade lucrativa, basta referir que, mesmo supondo que as actividades da SIEPSA originem lucros, não há que considerar que a busca desses lucros constitua em si mesma a finalidade principal da referida sociedade.*” (par. 88).

direito público, se preenchidos os requisitos da subalínea *i*) da al. *a*), o que como vimos não se revela difícil nas empresas públicas sob forma privada.

De referir que o financiamento maioritário referido pelo CCP não é apenas o financiamento direto, traduzido naquilo que seria a atribuição de financiamento a uma entidade para funcionamento, mas também a atribuição de qualquer vantagem económica⁵⁰⁶ e até, segundo a jurisprudência, como financiamento indireto, a concessão de direito de cobrança de taxas legalmente previstas enquanto prerrogativas de poder público atribuídas por ato jurídico-público⁵⁰⁷.

O cerne da identificação do financiamento público parece estar na existência de prestações ou apoios sem contraprestação específica⁵⁰⁸, geradoras de dependência⁵⁰⁹, encontrando-se excluídas as receitas obtidas através de relação contratual, que o TJUE qualifica de “relação comercial normal”⁵¹⁰ conceito excessivamente vago para a segurança jurídica juntos dos operadores. Mas que no caso das empresas públicas se revela os contratos que celebram – mesmo com o acionista, no caso das S.A. – no âmbito da sua atividade empresarial e sem qualquer benefício específico por ex. ao adquirente, no caso de prestação de serviços. Nesta linha, adere-se à posição de PEDRO GONÇALVES, no sentido de excluir da noção de financiamento público as indemnizações compensatórias atribuídas como compensação por cumprimento de obrigações de serviço público ou prestação de serviços de interesse geral⁵¹¹.

Em matéria de *controlo de gestão*, como dito não se afigura difícil a respetiva demonstração no caso das empresas públicas, por força dos poderes próprios de tutela que são exercidos sobre as empresas públicas e previstos no RJSPE, traduzidos numa influência determinante na gestão destas empresas, através de orientações, através da designação e destituição de titulares de órgãos sociais, através dos poderes de acionista maioritário, em suma no exercício de

⁵⁰⁶ No Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2000 (The Queen/ H. M. Treasury ex parte: The University of Cambridge, C-380/98) o Tribunal assinalou que o financiamento “*abrange as bolsas ou subvenções concedidas por uma ou várias entidades adjudicantes para promoção de trabalhos de investigação e as bolsas destinadas a estudantes pagas às universidades pelas autoridades regionais com o ensino a seu cargo e que abrangem os custos de escolaridade de estudantes individualmente designados.*” (cfr. excerto da parte decisória).

⁵⁰⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro de 2007 (Bayerischer Rundfunk e outros/GEWA, C-337/06), par. 41 e ss.

⁵⁰⁸ Acórdão do TJUE de 3 de outubro de 2000 (“Cambridge”), par. 21.

⁵⁰⁹ Pedro Fernández Sánchez, *Direito...*, p. 173.

⁵¹⁰ Acórdão do TJUE de 3 de outubro de 2000 (“Cambridge”), par. 25.

⁵¹¹ Pedro Costa Gonçalves, *Direito...*, pp. 189-190.

poderes próprios da influência dominante e de “exercício da função acionista” nos termos do RJSPE, enquadráveis na influência determinante do n.º 2 do art.º 2.º do CCP. Basta ver que a autonomia de gestão conferida às empresas públicas no art.º 25.º do RJSPE se encontra expressamente condicionada (i) pelas orientações definidas pelo acionista (art.º 24.º do RJSPE); (ii) pelo dever de reportar a atividade desenvolvida (n.º 2 do art.º 25.º), a qual pode implicar (iii) a restrição da autonomia de gestão (n.º 3 do art.º 25.º). Para além dos limites à prática de certos atos, previstos no n.º 5 do art.º 25.º do RJSPE ou a celebração de um “contrato de gestão” com os gestores públicos. Em suma, ainda por vezes apenas no plano normativo e sem aplicação efetiva, poder-se-á dizer que as empresas públicas são objeto de um *controlo ativo sobre a gestão*⁵¹², revelado nas prerrogativas que o legislador atribuiu ao titular da função acionista. Já será absurdo considerar verificado o controlo de gestão na hipótese de o Estado ter poderes inspetivos sobre determinadas entidades, que nada têm que ver com a influência na atividade gestonária⁵¹³.

Quanto ao *poder de designar* mais de metade dos titulares dos órgãos de administração ou fiscalização, uma nota para referir que não nos suscita dúvida que uma empresa pública sob forma societária, cujos titulares são eleitos em assembleia-geral, preenche este critério, porquanto aquilo que se pretende acautelar pela sujeição a regras de contratação pública sairia totalmente defraudado com uma leitura contrária⁵¹⁴. O ato de designação é um ato de direito privado, como já se defendeu acima, mas conformado por um ato jurídico-público, que o determina. A deliberação societária é aí um ato de execução dos atos jurídico-públicos que fixaram os termos daquela⁵¹⁵, pelo que deve entender-se que estamos perante uma designação por entidade adjudicante do n.º 1, que nas empresas públicas é o Estado ou a entidade

⁵¹² Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de fevereiro de 2003 (Adolf Truley GmbH/ Bestattung Wien GmbH, C-373/00), expressão usada no par. 73.

⁵¹³ Mais recentemente, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 10-10-2019, proc. 836/19.9BELSB, relatora Alda Nunes, disponível in www.dgsi.pt, revelador de um total desconhecimento da realidade das IPSS, que é de autonomia gestonária amplíssima! Para mais desenvolvimento, vide o comentário de Domingos Farinho, *Todas as IPSS são entidades adjudicantes?: Contributo para uma interpretação constitucionalmente conforme do critério do controlo de gestão face ao Estatuto das IPSS: comentário ao Acórdão do TCA do Sul, de 10 de outubro de 2019, P.º n.º 836/19.9BELSB*, Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n. 25 (Jan. 2021), p. 131-152.

⁵¹⁴ Colocando o problema, Pedro Costa Gonçalves, *Direito...*, p. 196.

⁵¹⁵ Paradigmática desta relação dos atos societários com os atos jurídico-públicos que os conformam foi a deliberação unânime por escrito que determinou a demissão de titulares dos Presidente e CEO da TAP, em 2023, praticada posteriormente à decisão do Ministro das Finanças e do Ministro das Infraestruturas, que a ordenaram.

detentora de participações sociais em nome deste (neste último caso, subsumível na al. *b*) do n.º 2 do art.º 2.º do CCP). Já se o poder de designação estiver repartido por várias entidades adjudicantes, que não se encontrem juridicamente condicionadas entre si no processo decisório (por ex. por relações de grupo) e que *de facto* não tenham esse poder articulado, será de excluir o preenchimento do critério legal⁵¹⁶, por não existir uma direção única do processo de designação da maioria dos titulares.

A eventual organização de determinada área de atuação sob forma empresarial através da detenção de participações sociais, por ex. de uma empresa pública que é organismo de direito público, em outra/s empresa/s pública/s não afasta qualificação desta como organismo de direito público, observados os requisitos da al. *a*) do n.º 2 do art.º 2.º – é o que se extrai da al. *b*) do n.º 2 do mesmo artigo.

O que se vem dizendo torna relativamente claro que uma empresa pública, independentemente da forma jurídica, não escapa à qualificação como organismo de direito público e, portanto, à incidência da Parte II do Código dos Contratos Públicos. Genericamente alinhado com o direito europeu, o CCP blindou aqui qualquer fuga para o direito privado, até pela desconsideração à natureza jurídica das entidades.

Mesmo na hipótese de as empresas públicas se agregarem na participação em pessoas coletivas de tipo associativo – como a SUCH – ou em consórcios, não constitui isso um meio de escapar à qualificação legal, desde que essas formas de colaboração sejam maioritariamente financiadas por organismos de direito público, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelos mesmos⁵¹⁷. Ou seja, se as empresas públicas tiverem influência determinante.

Enquanto organismos de direito público, as empresas públicas estão sujeitas à parte II do CCP na medida do n.º 8 do art.º 5.º do CCP, logo apenas quanto aos contratos que abrangem prestações típicas de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação e aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços, devendo

⁵¹⁶ Com detalhe, Miguel Assis Raimundo, *Direito...*, p. 140 e notas de rodapé 261 e 262, seguindo de perto o Acórdão TJUE de 3 de fevereiro de 2021 (Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), Consorzio Ge.Se.Av. S.c.arl contra De Vellis Servizi Globali Srl, processos apensos C-155/19 e C-156/19), par. 75.

⁵¹⁷ *Cfr.* al. *d*) do n.º 2 do art.º 2.º do CCP. Para uma síntese dos problemas em torno desta norma, por todos, Miguel Assis Raimundo, *Direito...*, pp. 141 e ss.

estas “prestações típicas” resultar do objeto principal do contrato⁵¹⁸, em caso de contratos mistos.

Nas empresas públicas que atuem nos *setores especiais* – os sectores da água, energia, transportes e serviços postais – podem beneficiar das regras aplicáveis aos setores especiais, mas apenas quanto aos contratos referidos no parágrafo anterior que *digam direta e principalmente respeito* a uma ou a várias dessas atividades dos setores especiais (art.º 12.º do CCP) e, relativamente aos contratos de empreitada de obras públicas, aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços, se atingidos os limiares⁵¹⁹. Portanto, uma empresa pública que atue nos setores especiais, mas também noutra setor, deve aplicar as regras dos setores especiais quanto aos contratos abrangidos que digam respeito a esses setores, mas não quanto aos restantes contratos⁵²⁰. Tal influi também na escolha do procedimento, pois que em caso de dúvida sobre a atividade dos contratos, as empresas públicas não podem beneficiar do n.º 1 do art.º 33.º do CCP *ex vi* do n.º 4 do mesmo artigo.

As entidades adjudicantes do art.º 2.º, aí se podendo incluir as empresas públicas, podem constituir centrais de compras para centralizar a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços ou destinadas a um determinado setor de atividade. Essas centrais de compras públicas não configuram também um meio de fuga ao Código, na medida em que estão sujeitas ao CCP⁵²¹, sendo expressamente qualificadas como entidades adjudicantes⁵²². Aos contratos celebrados entre entidades adjudicantes e centrais de compras públicas para a prestação de serviços de compras centralizadas não se aplica a parte II do CCP, como é o caso dos contratos entre a SPMS, EPE, que exerce em exclusividade a atividade de disponibilização dos serviços partilhados específicos da área da saúde em matéria de compras, e os hospitais do SNS⁵²³.

⁵¹⁸ Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Direito...*, p. 241.

⁵¹⁹ V. n.º 1 do art.º 11.º e n.º 2 do art.º 474.º, ambos do CCP.

⁵²⁰ Para uma delimitação da atividade dos setores especiais, por todos Pedro Costa Gonçalves, *Direito...*, pp. 242 e ss.

⁵²¹ *Cfr.* n.º 2 do art.º 261.º do CCP.

⁵²² *Cfr.* n.º 4 do art.º 2.º Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro (Regime jurídico aplicável à constituição, estrutura orgânica e funcionamento das centrais de compras).

⁵²³ O Despacho n.º 1571-B/2016, de 1 de fevereiro determinou que é obrigatória a centralização da aquisição de bens e serviços específicos da área da saúde, para todos os serviços e instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) e órgãos e serviços do Ministério da Saúde, sendo esta assegurada pela SPMS - Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE.

Sempre que seja adotado pela empresa pública um ato administrativo para desviar a contratação da dinâmica concorrencial, a parte II do Código é também aplicável a esse ato⁵²⁴, através do qual se procura a substituição de um contrato público. Mas se a empresa pública atuar nos setores especiais, beneficiando do respetivo regime nos termos já mencionados, então também beneficiará do regime dos setores especiais no ato substitutivo de contrato que diga respeito aos setores especiais⁵²⁵.

Finalmente, deve notar-se que apesar de uma empresa pública se poder qualificar como organismo de direito público e, nessa medida, tratar-se de uma entidade adjudicante, poderá estar excluída a aplicação do regime dos contratos públicos. Seja porque o contrato pretendido se inclui no leque de *contratos excluídos* do art.º 4.º (caso em que não se aplica qualquer das partes do Código), seja porque se trata de *contratação excluída*, à qual não é aplicável a Parte II do Código por estarmos perante contratos cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, mas que não deixam de poder estar sujeitos à Parte III do Código, relativa à execução dos contratos administrativos. E reitere-se que as empresas públicas estão sujeitas à parte II do CCP na medida do n.º 8 do art.º 5.º do CCP, logo apenas quanto aos contratos que abranjam prestações típicas de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação e aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços.

Dado que o regime do CCP se encontra amplamente trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência europeia e nacional, não nos debruçaremos com detalhe sobre o regime de contratos excluídos e contratação excluída. Mas na contratação excluída, destacamos os contratos *in house*⁵²⁶, para referir que numa relação entre o Estado e as empresas públicas em que se encontrem verificados os requisitos cumulativos do n.º 1 do art.º 5.º-A do CCP, fica excluída a aplicação da Parte II do CCP para os contratos celebrados entre estas. Tal acontece

⁵²⁴ Cfr. n.º 3 do art.º 1.º do CCP.

⁵²⁵ Assim, Pedro Fernández Sánchez, *Direito...*, pp. 151-152 e nota de rodapé 274.

⁵²⁶ Num exemplo que vimos dando – o do SUCH – o Tribunal de Contas já se pronunciou desfavoravelmente à qualificação da relação entre o SUCH e os seus associados públicos como “in house”, para efeitos da sua integração na contratação excluída da aplicação do CCP (cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 11/2012, de 3 de julho, disponível in www.tcontas.pt). Mas a reconfiguração da entidade e a expressa configuração das relações entre o SUCH e os seus associados, no âmbito de atividades de serviço público regidas por protocolos ou contratos programa, “celebrados ao abrigo da contratação excluída” leva a que hoje a jurisprudência do mesmo Tribunal tenha evoluído – cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 3/2018, de 20 de março, par. 22, disponível in www.tcontas.pt.

também na hipótese de controlo análogo conjunto por duas entidades adjudicantes, relativamente a uma empresa pública – a título de exemplo, o controlo partilhado entre o Estado e um Município (n.º 4 do art.º 5.º-A do CCP). Assinala-se ainda que a contratação excluída se reporta apenas à parte II, não forçosamente à parte III e muito menos a outros regimes de direito público potencialmente aplicáveis⁵²⁷.

Neste excuro a propósito do eixo de vinculação do gestor público, particularmente aos regimes elementares de direito administrativo, verifica-se que o gestor de uma empresa pública, encontra nas regras de contratação pública mais um elemento que não pode descurar. No caso de uma empresa pública, mesmo sob forma de S.A., tipicamente está sujeita ao regime enquanto organismo de direito público, até pela leitura que a jurisprudência europeia vem fazendo do critério da *satisfação de necessidades de interesse geral*, mas também do critério da atuação fora da atividade sem caráter industrial ou comercial, fora do mercado concorrencial. Como se disse, neste último caso cabe demonstrar que a empresa assume os riscos e perdas como qualquer agente económico, o que como se vem constatando no nosso setor público empresarial à partida não sucede, até pela essencialidade da missão desempenhada, que força o acionista público a assumir injeções de capital, para garantia de solvabilidade e de continuação da realização das incumbências concretamente atribuída – ao nível da saúde, dos transportes ou de gestão de águas, apenas para dar alguns exemplos.

Essa realidade de facto tem sido sublinhada pelo Conselho de Finanças Públicas, que no seu último relatório sobre o setor público empresarial salientou que os resultados económicos das empresas não financeiras do setor continuam a demonstrar o desequilíbrio económico “*apresentando um EBITDA negativo em mil milhões de euros e um resultado líquido negativo de 3,1 mil M€ em 2021*”⁵²⁸.

Pelo que a dúvida sobre a real assunção de perdas das nossas empresas públicas, para efeitos da aplicabilidade do CCP, aproxima-se de uma “ilusão ótica”. Raras vezes encontraremos em Portugal empresas públicas que assumem as respetivas perdas e atuam no mercado como qualquer agente económico... A fragilidade das empresas públicas resulta em reforços

⁵²⁷ Como é o caso da lei dos compromissos ou da lei da fiscalização pelo Tribunal de Contas (cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Direito...* p. 299, nota de rodapé 390 e Acórdão do Tribunal de Contas n.º 3/2018 citado acima).

⁵²⁸ Que constituiu uma melhoria: “*Face a 2020 este desempenho refletiu uma melhoria daqueles indicadores respetivamente em 290 M€ e 708 M€, insuficiente, contudo, para corrigir o desequilíbrio económico do sector.*” (cfr. Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 02/2023, “*Setor empresarial do Estado*”, fevereiro de 2023, disponível em www.cfp.pt, p. 5 e p. 26).

sucessivos de capital do acionista público, é certo que mais recentemente em razão do impacto da pandemia na saúde e das necessidades de capitalização da TAP, mas de qualquer forma: “*Em 2021 a melhoria da situação financeira e patrimonial das empresas não financeiras do SEE face a 2020 reflete o esforço do acionista. Com efeito, o capital próprio destas empresas elevou-se para 5,8 mil M€ em 2021 (+4,0 mil M€ do que em 2020), muito contribuindo os reforços de capital efetuados pelo acionista público, através do aumento do capital subscrito (2,8 mil M€) e da conversão de empréstimos em capital social, este último na TAP SA.*”⁵²⁹. Os números revelam que em 2021 mais de 1/3 das empresas encontravam-se em situação de falência técnica⁵³⁰. A honra do convento é apenas assegurada pelos resultados positivos da Caixa Geral de Depósitos – empresa pública do setor financeiro, cujo resultado líquido tem sido positivo⁵³¹.

Em jeito de balanço, notamos que “*as despesas do Estado com o SEE totalizaram 5273 M€, mais 1172 M€ do que em 2020. Cerca de três quartos das despesas incorridas no ano de 2021 corresponderam a “dotações de capital e outros ativos financeiros”, que aumentaram 1965 M€ face a 2020 e que ganharam peso na estrutura de financiamento do SEE, já que os empréstimos concedidos diminuiram 939 M€*”⁵³², o que denota o esforço feito no sentido de recapitalização das empresas, opção publicamente assumida pelo Governo em funções no período sob referência.

No entanto, retomando o tema da sujeição à contratação pública, como evidenciado, em regra a mesma terá lugar, face à suscetibilidade de as empresas públicas serem *organismos de direito público*, nos termos e para os efeitos do CCP.

D. O acesso à informação administrativa

No art.º 268.º da nossa Constituição encontra-se previsto o direito de acesso à informação administrativa, tanto no plano procedimental [n.º 1], como não procedimental [n.º 2], portanto a informação respeitante a um procedimento administrativo e aquela que não se reporta a um procedimento administrativo. Naturalmente não configura um direito absoluto, atenta a necessidade de acautelar outros bens constitucionalmente protegidos e merecedores de tutela; desde logo, a segurança interna e externa, a investigação criminal e a

⁵²⁹ Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 02/2023, “Setor empresarial do Estado”, fevereiro de 2023, p. 5, sublinhado nosso.

⁵³⁰ Conselho de Finanças Públicas, *Relatório...*, p. 5 e p. 27.

⁵³¹ Conselho de Finanças Públicas, *Relatório...*, p. 6 e p. 45.

⁵³² Conselho de Finanças Públicas, *Relatório...*, p. 48.

intimidade das pessoas, expressamente referidos no n.º 2 do art.º 268.º.

No plano infraconstitucional, este direito de acesso tem concretização em dois regimes, o Código do Procedimento Administrativo, quanto à informação procedimental, e a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto (LADA), quanto à informação não procedimental.

Uma das controvérsias doutrinárias em matéria de acesso à informação administrativa centrou-se durante muito tempo nas empresas públicas⁵³³, com relevo para a discussão a propósito do âmbito de aplicação da Lei n.º 65/93, de 26 de agosto⁵³⁴ às empresas públicas, num quadro jurídico que, como já aqui se tratou, nos anos 90 deixava ainda muitas empresas (de capitais públicos) fora da noção de “empresa pública” do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril, assim favorecendo uma leitura mais restrita da aplicabilidade da LADA.

O tema da sujeição a regimes de direito administrativo afigura-se sempre complexo no caso de entidades com personalidade jurídica de direito privado, que adotem o direito privado como direito ordenador da sua atividade ou até, no caso de certas empresas públicas, que atuem em mercado concorrencial.

No plano normativo, a Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto procurou ultrapassar as dificuldades geradas pela primitiva LADA, ao incluir as empresas públicas no âmbito subjetivo de aplicação da lei⁵³⁵, o que se mantém na lei vigente – Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto⁵³⁶. O sentido terá sido o de *em regra* os documentos das empresas públicas serem documentos administrativos⁵³⁷, sendo as exceções isso mesmo...

Da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto não se pode extrair qualquer distinção do âmbito subjetivo de aplicação em função da personalidade jurídica. A letra reporta-se a *empresas públicas*, sendo a noção de empresa pública a do RJSPE⁵³⁸, que engloba pessoas coletivas de direito público e de direito privado, como se viu. Portanto aos *documentos administrativos* detidos por empresas públicas aplicam-se as regras de acesso à informação administrativa da

⁵³³ Para uma síntese mais recente, por todos, Pedro Delgado Alves, *O âmbito subjetivo de aplicação da Lei de acesso aos documentos administrativos*, in T. Freitas/ Pedro Delgado Alves [org.], *O acesso à informação administrativa*, Almedina, 2021, pp. 149 e ss.

⁵³⁴ Sobre o tema, Miguel Assis Raimundo, *As empresas públicas...*, pp. 209 e ss.

⁵³⁵ *Cfr.* al. *d)* do n.º 1 do art.º 4.º da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto.

⁵³⁶ *Cfr.* al. *d)* do n.º 1 do art.º 4.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

⁵³⁷ Pedro Costa Gonçalves, *O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, março/abril de 2010, p. 8.

⁵³⁸ Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro.

Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto. De notar que a definição de *documento administrativo* é a do n.º 1 do art.º 3.º desta lei, a qual sendo muito ampla, encontra-se restringida no n.º 2 do mesmo art.º 3.º, segundo o qual não são documentos administrativos *os documentos cuja elaboração não releve da atividade administrativa*, o que nos tribunais não se revelou critério de afastamento da sujeição à lei do acesso à generalidade dos documentos administrativos na posse das empresas públicas. Pelo contrário, os tribunais apontam para o direito de acesso aos documentos na posse das empresas públicas “*independentemente do ambiente jurídico e material em que atuam*”⁵³⁹.

A aplicação às empresas públicas desta Lei não deriva também de um critério funcional: ao sujeitar as empresas públicas ao regime não se condicionou ao exercício de poderes de autoridade ou funções administrativas⁵⁴⁰. A opção terá sido equiparar sem reservas as empresas públicas a outras entidades públicas em matéria de acesso à informação administrativa⁵⁴¹.

A tónica não está também na distinção dos atos próprios da *gestão pública* dos atos de *gestão privada*, pois como vimos referindo o direito privado não pode constituir uma fuga a certas vinculações de direito público, sobretudo quando as mesmas resultam da própria Constituição, como é o caso. E a noção de gestão privada como atuação apenas ao abrigo de direito privado não tem aderência na lei, face às interferências do direito público na esfera de atuação do direito privado, como é patente na Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

A Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto presume, assim, que toda a atividade das empresas públicas constitui, em última análise atividade administrativa, independentemente do objeto social, da tarefa concretamente desenvolvida, a título principal ou acessório. Ou seja, no caso das empresas públicas, cujo direito ordenador é o direito privado (por habilitação conferida pelo Direito Administrativo) o regime de acesso à informação administrativa aplica-se, de modo indiferenciado, a toda a atividade da empresa⁵⁴².

A jurisprudência dos nossos tribunais vem tendo o mesmo entendimento, tendo o Supremo

⁵³⁹ Como sintetizam Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 5.ª edição, 2021, p. 908, comentário ao art.º 104.º.

⁵⁴⁰ Pedro Costa Gonçalves, *O direito de acesso...*, p. 9.

⁵⁴¹ *Idem*.

⁵⁴² Noutro sentido, João Caupers, *Sobre o conceito de documento administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 75, 2009, pp. 3 e ss.

Tribunal Administrativo uma posição favorável ao acesso à informação na posse das empresas públicas, pelo seu cariz materialmente administrativo⁵⁴³. Em rigor, acolhendo um conceito amplo de atividade administrativa em sentido material, que abrange quaisquer atos praticados por estas empresas⁵⁴⁴, de tal modo que seja defendido que “*a documentação decorrente da actividade privada da empresa pública é susceptível de também ser consultada ao abrigo das disposições da LADA.*”⁵⁴⁵, o que merece referência... Se a presunção de que toda a atividade desenvolvida por uma empresa pública é atividade administrativa (mesmo que sob forma privada) pode encontrar apoio, já a hipótese de aceitar que certa atividade de uma empresa pública é pura *atividade privada*, mas sujeita ao acesso à informação *administrativa* parece-nos dogmaticamente insustentável. No entanto, poderá conceder-se que o que a jurisprudência quis aqui referir foi que mesmo a atividade desenvolvida ao abrigo do direito privado é atividade administrativa em sentido amplo⁵⁴⁶ ou atividade administrativa sob forma privada, o que naturalmente se aceita e vai ao encontro do que vimos referindo. Com a habitual clareza, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO sintetiza que a atividade das empresas do setor público “*é, num sentido material aqui relevante, actividade administrativa, porque instituída e mantida pelo Estado (lato sensu) e por ele colocada ao serviço de fins com utilidade pública...*”⁵⁴⁷

Sendo esta a opção ao nível do direito constituído, o tema não deixa de merecer reflexão, mesmo que *de iure condendo*.

Com efeito, certas empresas públicas desenvolvem a sua atividade em mercado concorrencial, encontrando-se essa atividade sujeita a uma reserva de direito privado. Tal

⁵⁴³ Assim, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 06-01-2010, proc. 0965/09, relator Costa Reis, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30-09-2009, proc. 0453/09, relatora Fernanda Xavier, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30-09-2009, proc. 0493/09, relator Costa Reis. Com interesse, v. a resenha jurisprudencial de Pedro Delgado Alves, *O âmbito...*, pp. 164 e ss.

⁵⁴⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21-09-2010, proc. 0562/10, relator António Madureira.

⁵⁴⁵ *Cfr.* Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24-02-2016, proc. 12672/15, relatora Catarina Jarmela. Na mesma linha, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15-02-2018, proc. 1872/17.5 BELSB, relator Nuno Coutinho.

⁵⁴⁶ É a leitura de João Miranda (*cfr.* João Miranda, *O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2010, p. 445).

⁵⁴⁷ Miguel Assis Raimundo, *Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas – Ac. do STA de 30.05.2012, P. 263/12*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 98, março/abril 2013, p. 47. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 117/2015, proc. n.º 686/12, relator Lino Ribeiro, disponível in www.tribunalconstitucional.pt.

reserva deriva da circunstância de o mercado concorrencial exigir a igualdade entre os seus atores, independentemente do titular das respetivas participações sociais.

Mesmo admitindo que o regime legal salvaguarda, por exemplo, o segredo comercial, uma empresa pública sujeita à transparência administrativa fica numa posição distinta daqueloutra privada, que com ela concorre no mesmo mercado, excluída dessas regras de transparência⁵⁴⁸. E a fronteira entre aquilo que poderá constituir um risco para a atividade da empresa pública num mercado concorrencial⁵⁴⁹ revela-se ténue – nem sempre ao alcance dos tribunais administrativos, ainda pouco habilitados para compreender a realidade económica e empresarial, numa economia de mercado, como a que temos⁵⁵⁰.

O que se vem dizendo não contraria a posição defendida relativamente ao que está na lei, que é a sujeição das empresas públicas ao regime da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto. Nem põe em causa a mera constatação de que é possível o exercício de atividade administrativa por entidades privadas, que é ponto assente no que vimos aqui escrevendo. Mas também não invalida que se discuta a bondade da opção legislativa por um critério puramente orgânico⁵⁵¹, sem qualquer ponderação de âmbito material⁵⁵² a propósito da atividade desenvolvida, pela

⁵⁴⁸ Em sentido contrário, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 496/2010, proc. 964/09, relator Vítor Gomes: *“O princípio da concorrência não é absoluto, tendo de ser compatibilizado com outros princípios ou valores constitucionais, de modo algum podendo extrair-se dele um imperativo de igualização em função do qual seja constitucionalmente vedado sujeitar as empresas do sector público que actuam em ambiente de mercado a um regime de information disclosure que não seja aplicável às empresas concorrentes, mas que tem justificação na sua ligação organizativa, funcional ou material à Administração Pública em sentido estrito.”*. Estava em causa a conformidade constitucional da norma extraída da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º, em conjugação com a alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto (LADA), interpretados no sentido de garantir a todos os cidadãos o acesso aos documentos das empresas públicas constituídas sob forma societária, cujo objeto seja a gestão e alienação do património imobiliário público e que respeitem a essa sua atividade, com os limites que decorrem do artigo 6.º da mesma Lei, não tendo o aresto julgado a norma inconstitucional.

⁵⁴⁹ Contrariando esta tese, João Miranda, *O acesso...*, pp. 447 e ss. Igualmente contra, remetendo para o critério de proporcionalidade a avaliar pelos tribunais, Miguel Assis Raimundo, *Ainda o acesso...*, p. 54.

⁵⁵⁰ Com interesse, naturalmente com outra perspetiva, v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30-09-2009, proc. 0453/09, relatora Fernanda Xavier.

⁵⁵¹ Noutro sentido, v. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 117/2015, proc. n.º 686/12, relator Lino Ribeiro, disponível in www.tribunalconstitucional.pt.

⁵⁵² Como refere Gomes Canotilho, o conceito constitucional de administração pública deve assegurar *“uma articulação minimamente satisfatória de um conceito organizatório de administração pública com um conceito tendencialmente material”* (cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 650), sendo da *“correspondência entre administração pública em sentido material e Administração Pública em sentido orgânico”* que se extrai a delimitação da

administração indireta privada, com especificidades próprias. Novamente se reitera a importância de distinguir a integração na Administração com a prática de atos próprios da função administrativa, que não são coincidentes.

3.8 Sumário: o eixo de vinculação jurídico-público

Nas linhas acima percorremos a formação do vínculo do gestor público e as vinculações do mesmo num plano jurídico-público.

Sob o ponto de vista do recorte do gestor público, avançou-se que a qualificação legal não coincide com o que consideramos ser um gestor público. O exercício de funções gestórias é comum a diversos titulares na Administração, mas tal não faz desses titulares gestores públicos. A noção de *gestor público* reconduz-se ao exercício de funções de administração, por designação do Estado ou entidade pública, para exercício de funções numa empresa pública, numa empresa participada ou numa entidade com substrato empresarial. Naturalmente no âmbito nacional, regional ou local, consoante o caso.

A fonte do vínculo do gestor público é o produto do direito societário administrativo. É da simbiose do direito privado e do direito público que se extrai a formação do vínculo. Convém recordar os antecedentes histórico-jurídicos, patentes tanto nas normas estatutárias de 1976, como de 1982, em que precisamente se verificava já a constituição de vínculo por gestores de empresas públicas ou com participação pública através de fontes distintas: *no primitivo regime de 1976*, por deliberação do Conselho de Ministros (nas empresas públicas) ou por deliberação da comissão de gestão da empresa participante; *no estatuto de 1982*, através de um contrato de mandato entre Estado e gestor ou, fora das normas estatutárias, mediante eleição própria do direito das sociedades.

No direito vigente, o agir dual do Estado, através de empresas sob forma pública ou sob forma privada, traduz-se na prática de atos de natureza distinta, tipicamente uma deliberação em sede de órgãos da sociedade – no caso das sociedades anónimas – ou num ato administrativo de nomeação, emanado pelo Conselho de Ministros – no caso das entidades públicas empresariais. Sem esquecer as outras modalidades de constituição de vínculo,

função administrativa e órgãos que a exercem (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 117/2015).

também suscetíveis de qualificação como atos administrativos ou atos de direito privado: referimo-nos à comissão de serviço, à cedência de interesse público ou aos acordos de cedência ocasional. Pelo que pode o vínculo constituir-se sob forma de um ato de direito privado ou de direito público.

Se é certo que o vínculo do gestor público pode ter na sua génese um ato de direito privado ou de direito público, o que designámos de *eixo de vinculação* transcende essa dicotomia... Aliás, veja-se que a génese do vínculo de um gestor público de uma empresa sob forma societária é de direito privado, mas tal não constitui um motivo de exclusão da conformação da atividade funcional do gestor público por regimes de direito público, tantas vezes coincidente com o gestor público de uma empresa sob forma pública.

Essa vinculação pode resultar de normas provenientes de direito internacional convencional, como demonstrámos com exemplos concretos, tanto para empresas públicas sob forma privada, como sob forma pública. E no que respeita ao direito da União, o mesmo se pode sublinhar, atendendo à aplicabilidade direta de regulamentos e ao efeito direto das diretivas, num quadro normativo (o europeu) em certa medida indiferente à natureza jurídica das empresas públicas para subsunção a regimes jurídicos.

Seja qual for a natureza jurídica da empresa pública, sobressai também a vinculação aos direitos fundamentais. Com efeito, não seria admissível que a forma jurídica privada constituísse um meio de desoneração face aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, ainda que não deva equacionar-se um poder de desaplicação ou fiscalização da validade da lei pela Administração. Na mesma linha, os princípios constitucionais orientadores da atividade administrativa, sabendo-se de antemão que, no caso das empresas sob forma privada, esta vinculação impõe um equilíbrio com outros princípios constitucionais, potencialmente conflituantes.

Pela relevância enquanto regimes de direito público e ordenadores da atividade das empresas públicas, destacámos o Regime do setor público empresarial e o Estatuto do Gestor Público, face aos restantes regimes de direito administrativo, dos quais extraímos *(i)* deveres do gestor no governo da empresa, *(ii)* deveres do gestor perante o titular da função acionista e *(iii)* deveres do gestor perante os trabalhadores e terceiros. Trata-se de deveres a que o gestor público está adstrito enquanto gestor de uma empresa pública, alguns dos quais coincidentes, outros a acrescer aos que derivam das regras de bom governo das sociedades provenientes do direito privado e ínsitos precisamente ao exercício de funções na administração, mesmo

se privada. É também aqui, no feixe de deveres a que está sujeito, que se denota a diferença entre um administrador de uma empresa privada face a uma empresa pública.

De todo o modo, será de afastar a aplicação de regimes jurídicos em função da personalidade jurídica, pois a personalidade jurídica *de per se* não justifica a aplicação distinta do direito público ou do direito privado. De igual modo, a ausência de atividade em mercado concorrencial também não colhe como critério razoável para afastar a adoção do direito privado, que em última análise podia culminar numa proliferação de lacunas. Isto é, a circunstância de uma empresa pública não atuar em mercado concorrencial não serve como critério para conceder automaticamente numa preferência pelo direito administrativo, se o direito privado melhor se adequar à prossecução do interesse público. Essa foi e bem a opção legislativa, relativamente à aplicação do direito privado.

Tal como se vem defendendo, a melhor resposta para as dificuldades inerentes ao cruzamento entre o direito público e o direito privado passa por articular a integração orgânica na Administração e a atividade desenvolvida propriamente dita, pela elementar distinção entre administração pública em sentido material e Administração Pública em sentido orgânico.

Quaisquer critérios assentes numa rígida distinção entre direito público e direito privado pecam por insuficientes. Por isso será adequado defender que as empresas em mercado concorrencial devem adotar o direito privado, por razões de igualdade, sendo que as restantes empresas públicas podem adotar o direito privado nos termos que a lei define, impondo-se que o façam se a lei assim o determinar, como sucede no RJSPE. Em qualquer dos casos, a aplicação de princípios e regras de direito público é transversal a qualquer tipo de empresa pública, como se notou acima.

A conjugação de normas de direito público e de direito privado acarreta dificuldades, patentes nas tensões entre eficiência, segredo, concorrência de um lado, transparência, imparcialidade, boa-fé de outro, em parte ultrapassadas na lei, em parte apenas ultrapassáveis numa avaliação casuística, pela elementar subsunção factual ao direito aplicável e interpretação. *Comme il faut*.

É precisamente por isso que o estudo do presente tema se revela tão fascinante. Logo na formação do vínculo, com gestores cujo vínculo tem origem num ato de direito privado e gestores cujo vínculo se forma através de um ato de direito público. Com a discussão em torno do ato que constitui a génese da formação do vínculo, matéria sobre a qual a

jurisprudência se debateu, sem consenso, nomeadamente sob influência de visões contratualistas. Para além das vinculações: o gestor público está sujeito a um quadro normativo de direito público muito amplo, como se demonstrou, com exemplos concretos, como o Código do Procedimento Administrativo, o Regime de responsabilidade civil do Estado, o Código dos Contratos Públicos ou a LADA.

De notar que em certos regimes o legislador nem sequer concedeu qualquer margem de ponderação, nomeadamente em função da atividade concretamente desenvolvida – própria da função administrativa, por exemplo. É o caso da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho⁵⁵³, que se aplica a gestores públicos e membros de órgão de administração de sociedade anónima de capitais públicos, que exerçam funções executivas, a titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este e ainda a membros de órgãos de gestão das empresas que integram os sectores empresarial regional ou local. Ou seja, sujeitando genericamente estes gestores às obrigações declarativas constantes do regime.

Com efeito, a exigência com que se depara um gestor público ou um titular de órgãos de gestão em representação pública é elevado, o que fica também evidenciado no plano da responsabilidade financeira, nomeadamente reintegratória. A jurisdição do Tribunal de Contas e o poder de controlo financeiro por este inclui as empresas públicas, tanto sob forma pública, como sob forma privada⁵⁵⁴.

3.9 Nótula remissiva: os deveres dos administradores no direito das sociedades

No âmbito da Administração, como repetidamente escrevemos, o direito privado aplica-se na medida em que o direito público o determine.

Em regra, será o direito ordinário a definir os termos da aplicação do direito privado – por ex. através de regimes como o RJSPE – mas poderá também provir do direito constitucional,

⁵⁵³ Aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos. *Cfr.* art.º 3.º.

⁵⁵⁴ *Cfr.* art.º 2.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

por força de imperativos como a reserva de direito privado, a que aludimos relativamente às empresas que atuam em mercado concorrencial.

Por outras palavras, é o direito público que conforma os termos da aplicação do direito privado, *in casu* às empresas públicas e aos seus gestores. O gestor público está vinculado aos princípios e regras que regem o bom governo das sociedades, mas nos termos que o seu estatuto jurídico-público próprio, que é o Estatuto do gestor público – o define.

Precisamente as normas estatutárias do EGP remetem para o Código das Sociedades Comerciais⁵⁵⁵, enquanto direito subsidiário aplicável ao gestor público. É natural que assim seja, pois o direito das sociedades comerciais tem por objeto a regulação das sociedades, *as normas e princípios atinentes a esse ramo*⁵⁵⁶.

Tanto mais que ao nível do Estatuto do Gestor Público e do RJSPE se encontram diversas normas que são inspiradas no direito das sociedades. Pensemos, por exemplo, nos deveres do gestor público, a que se fez referência exaustiva acima e que, em grande medida, foram *importados* do direito das sociedades para o regime estatutário do gestor público. Com todo o sentido, face ao desenvolvimento da matéria nesse ramo do direito, não apenas no âmbito nacional, como no direito comparado, em termos doutrinários e jurisprudenciais.

Como sintetiza ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, são os *deveres fundamentais de gerir e representar*⁵⁵⁷ e os *deveres de cuidado e lealdade* ou os deveres fundamentais dos administradores das sociedades⁵⁵⁸, que se aplicam globalmente ao gestor público⁵⁵⁹. Tais deveres são essencialmente:

⁵⁵⁵ Cfr. art.º 40.º do EGP.

⁵⁵⁶ António Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades...*, pp. 39 e ss.

⁵⁵⁷ Para António Menezes Cordeiro, são o *poder de gestão* e o *poder de representação* (António Menezes Cordeiro, *Direito...*, pp. 758-762). No mesmo sentido de Ana Perestrelo de Oliveira, v. Rui Pinto Duarte, *Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Católica Law Review, vol. II, n.º 2, maio de 2018, pp. 85 e ss.

⁵⁵⁸ António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2006, Ano 66 - Vol. II - Set. 2006.

⁵⁵⁹ Procurando adaptar os deveres societários ao gestor público, José Miguel Lucas, *Deveres dos gestores públicos – orientação para a qualidade, especialmente em tempos de crise*, in Paulo Câmara (coord.), *Administração e governação das sociedades*, Almedina, 2020, pp. 257 e ss.

- (i) dever de o administrador gerir e representar a sociedade (artigos 405.º e 431.º do Código das Sociedades Comerciais)⁵⁶⁰;
- (ii) dever de legalidade, no sentido do respeito pelos deveres legais da sociedade⁵⁶¹, dever elementar no caso de um *gestor público* e ainda,
- (iii) os deveres de cuidado da reforma de 2006⁵⁶² – al. *a*) do n.º 1 do art.º 64.º do Código⁵⁶³;
- (iv) os deveres de lealdade – al. *b*) do n.º 1 do art.º 64.º do Código⁵⁶⁴.

Mas a relação fiduciária entre o gestor público e o Estado tem a nosso ver igualmente reflexo no âmbito dos deveres societários, numa específica vertente da *lealdade*.

Com efeito, se num plano puramente de direito das sociedades a doutrina avança que “[é] a própria particular suscetibilidade de o administrador afetar a esfera do sócio diretamente (i.e. sem interposição da pessoa coletiva) que determina um mais amplo dever de não lhe provocar danos (vertente negativa dos deveres de lealdade) e, eventualmente, deveres positivos de atuação”, diremos que num argumento *a fortiori* tal se coloca indiscutivelmente no caso do gestor público relativamente ao titular da função acionista. Aliás, constituirá um desenvolvimento do quadro obrigacional do gestor público perante o titular da função acionista, em que se integra a lealdade.

A dinâmica própria do direito das sociedades e a preocupação com a tutela da sustentabilidade, que leva mesmo alguns autores a avançar esta como fim do Estado (MELO ALEXANDRINO), tem produzido efeitos no que alguns autores integram na *dimensão ética da atuação da pessoa coletiva*⁵⁶⁵, com especial enfoque no ESG – Environmental Social Governance. Estas preocupações estão hoje na ordem do dia, também para o eixo de vinculação de um gestor público e já não tanto numa dimensão ética, como aponta a referida doutrina, mas

⁵⁶⁰ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual...*, pp. 226-228.

⁵⁶¹ Carneiro da Frada, *O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores*, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 8, outubro 2012, pp. 65-74.

⁵⁶² Para um enquadramento histórico, António Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades...*, p. 793.

⁵⁶³ Por todos, José Ferreira Gomes, *O sentido...*, pp. 447 e ss. e Bruno Ferreira, *Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário)*, *Revista de Direito das Sociedades*, 2009, pp. 681-737.

⁵⁶⁴ António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades...*, pp. 786 e ss. e Nuno Trigo dos Reis, *Os deveres de lealdade...*.

⁵⁶⁵ Pedro de Albuquerque/João Serras de Sousa, *A pessoa coletiva...*, pp. 169 e ss.

normativa, especificamente da ordem jurídica, atentos os desenvolvimentos vindos do direito europeu.

De facto, entretanto veio o Parlamento Europeu aprovar, no dia 24 de abril de 2024, a *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CS3D ou CSDDD), que responsabiliza as grandes empresas em matéria de sustentabilidade, impondo-lhes a obrigação de realizarem exercícios de *due diligence*, para prevenir riscos nos direitos humanos e ambiente, com obrigações concretas na adoção de planos para atenuar os efeitos das alterações climáticas e um regime sancionatório com sanções pecuniárias (calculadas com base no volume de negócios líquido da empresa a nível mundial) e não pecuniárias e não pecuniárias associadas. Sem prejuízo da responsabilidade civil, criminal a que haja concretamente lugar, naturalmente.

De todo o modo, nesta sede importa apenas deixar esta nótula remissiva, relativamente aos deveres próprios do direito das sociedades, que têm aplicação ao gestor público, por expressa remissão do direito administrativo, na tal escolha do direito privado como *ordenador* das empresas públicas.

A nota é remissiva pelo grau de tratamento que tem na doutrina e jurisprudência, a que nada se teria a acrescentar face ao labor dos cultores do direito societário, mas também por a aplicação dos deveres societários aos administradores não ter, por princípio e salvo derrogações de direito administrativo, qualquer especialidade ou exceção, face à aplicação típica aos administradores de empresas privadas.

3.10 O Estado e o gestor público

No presente capítulo, procuramos analisar a relação entre o Estado e o gestor público, sob vários prismas.

Primeiro, a análise crítica do processo de designação do gestor público, incidindo sobre o direito constituído e as eventuais soluções alternativas, na perspetiva de uma maior transparência.

Segundo, a direção e orientação das empresas públicas e dos seus gestores e a conjugação com a necessária autonomia gestionária. A previsão de regras relativas à orientação pelo Estado, por um lado, e a autonomia gestionária própria da situação jurídica de administração, por

outro, resulta em dificuldades para o bom funcionamento da empresa e até para a boa *performance*, sendo causa de tensões, que a OCDE assinala.

Terceiro e conexo com o ponto anterior, o controlo. A circunstância de as empresas terem sob sua gestão capitais públicos ou terem sob sua incumbência a gestão de bens públicos implica um especial controlo da sua atividade, tanto mais que estão sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, no caso português.

3.10.1 O processo de designação

3.10.1.1 Generalidades

Como já referimos, na lei portuguesa a designação dos gestores públicos opera por resolução do conselho de ministros ou por eleição, em assembleia-geral.

A natureza jurídica dos atos em questão foi objeto de análise autónoma, pretendendo-se agora apreciar criticamente a designação, tal como configurada.

Com efeito, como há muito vem sendo escrito, uma das principais dificuldades em torno da designação dos gestores públicos resulta do excessivo pendor político da escolha, tantas vezes em detrimento da adequação do perfil do designado para as funções a desempenhar. Essa *tentação* não é de hoje, nem exclusivamente nacional... Trata-se de um fenómeno transversal, de preferência por escolhas fundadas em proximidade política, por vezes sobrepondo-se à aptidão para a função⁵⁶⁶. No limite, estamos sempre perante um de dois modelos: o de escolha competitiva, concorrencial de dirigentes ou de escolha discricionária, pelo poder político, em certos casos num modelo de *spoils system*⁵⁶⁷.

Mesmo fora da doutrina, sobre o tema se debruçaram diversos antigos titulares de pastas de Governo, como o antigo Primeiro-Ministro Pinto Balsemão, que assinala o fenómeno de excessiva intromissão na gestão das empresas e de critérios partidários para justificar a

⁵⁶⁶ Manuel Porto/João Nuno Calvão da Silva, *Corporate governance nas empresas públicas*, Temas de Integração, n.º 27 e n.º 28, 2009, pp. 397-398.

⁵⁶⁷ Melissa Ridolfi, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Revista Italiana di Public Management*, vol. 2, n.º 1, 2019, p. 113.

escolha dos titulares⁵⁶⁸, o que à época terá justificado a adoção de medidas, como a aprovação do Estatuto do Gestor Público e a criação do Instituto de Gestão Financeira das Empresas Públicas, tendentes à “*maior autonomia de decisões perante a tutela*” e “*para evitar a partidização*”⁵⁶⁹. Também em Espanha, a título de exemplo, certos autores aludem ao fenómeno, relativamente às sociedades anónimas de capitais públicos e à designação de titulares com diminuta idoneidade, o que a mesma doutrina considera que ficou mitigado pela entrada de capitais privados em algumas dessas empresas públicas, em Espanha, nos anos 90⁵⁷⁰.

O problema assenta, em grande medida, no equilíbrio entre a autonomia de gestão e a orientação e controlo da atividade empresarial do Estado, que se revela complexo, nomeadamente nas empresas que atuem em mercado concorrencial, para as quais é elementar a autonomia gestionária, com distanciamento da conjuntura política⁵⁷¹ e competência técnica para as funções a desempenhar.

3.10.1.2 Soft law: as recomendações da OCDE

No âmbito da respetiva atividade, a OCDE tem dado especial atenção ao setor público empresarial, sob vários primas, de que se destaca a análise comparada dos vários modelos de setor público empresarial, aí se incluindo o processo de designação dos gestores, e a partir desses elementos, também a emissão de recomendações de boas práticas.

Neste quadro, a OCDE tem emanado algumas recomendações relevantes em matéria de designação dos órgãos de administração, no seguinte sentido, que se sumaria:

⁵⁶⁸ Nas palavras do próprio: “*Mais de uma vez, tive de chamar a atenção dos meus Ministros para o facto de eles estarem no Governo para gerirem setores da atividade económica e não empresas públicas relevantes.*” (cfr. Francisco Pinto Balsemão, *Memórias*, Porto Editora, setembro de 2021, p. 348).

⁵⁶⁹ Francisco Pinto Balsemão, *Memórias...*, p. 501.

⁵⁷⁰ Encarnación García Ruiz, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, 2006, pp. 251-252 e notas de rodapé 18 a 21.

⁵⁷¹ Luis Coscuella Montaner/Mariano López Benítez, *Derecho Público Económico*, Iustel editora, 4.ª ed., 2011, pp. 151-152. Os autores defendem que os gestores destas empresas devem ter *uma margem de manobra*, o que nos parece insuficiente, face à complexidade da gestão em ambiente de mercado.

- (i) Definição transparente e meritocrática das regras de designação para os conselhos⁵⁷²;
- (ii) Escolha do presidente executivo pelo conselho de administração da empresa⁵⁷³;
- (iii) Indicação dos membros dos conselhos de administração com base nas respetivas qualificações e ter responsabilidades legais equivalentes⁵⁷⁴;
- (iv) Designação de membros que não sejam exclusivamente provenientes da Administração Pública⁵⁷⁵, para reforço da independência;
- (v) Criação de comissões para supervisionar ou recomendar a indicação de membros dos conselhos de administração⁵⁷⁶;
- (vi) Criação de bases de dados com candidatos qualificados para o exercício destas funções e uso de entidades especializadas no recrutamento, nomeadamente ao nível internacional⁵⁷⁷;
- (vii) Designação de membros com distanciamento do Executivo e com experiência “*comercial, financeira e setorial*”⁵⁷⁸.

Pese embora estejamos perante meras recomendações, num domínio típico de *soft law*, muitos Estados vêm procurando adotar medidas no sentido destas. Ao nível dos membros não executivos, os dados recolhidos mais recentemente pela OCDE apontam que alguns países escandinavos aprovaram novas regras de nomeação dos conselhos de administração, nomeadamente conferindo aos conselhos de administração das empresas públicas o poder de nomear o presidente executivo⁵⁷⁹, mas também aumentando o número de administradores

⁵⁷² OECD (2018), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, p. 21 (consulta de versão traduzida para português do Brasil pela OCDE).

⁵⁷³ OECD (2018), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, p. 29.

⁵⁷⁴ *Idem*.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁷⁶ OECD (2018), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, p. 42.

⁵⁷⁷ *Idem*.

⁵⁷⁸ OECD (2018), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, p. 75.

⁵⁷⁹ OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, pp. 56-57.

independentes, para além de medidas de profissionalização dos conselhos de administração das empresas públicas⁵⁸⁰.

A OCDE não deixa de assinalar que 1/4 dos governos inquiridos nos respetivos estudos não distingue com clareza o papel do detentor da propriedade face à administração da empresa, o que se traduz na assunção pelo poder político de atribuições próprias da administração empresarial⁵⁸¹. Convém notar que não se trata de ignorar que a escolha dos administradores das empresas públicas acabará tipicamente por recair nos governos, mas de constatar uma excessiva intromissão governativa na *função de administração* da empresa, a qual se deve distinguir da competência para designar os titulares para o órgão de administração das empresas.

Em diversos países, como aliás sucede em Portugal, a designação dos membros do órgão de administração encontra-se sob domínio do governo, tipicamente na esfera de um ou mais ministros. De qualquer modo, o processo de designação dos administradores depende de diversos fatores, como é o caso do modelo adotado de designação e do peso da participação do Estado no capital social⁵⁸², tratando-se de uma sociedade comercial, mas infelizmente também de fatores político-partidários ou até de proximidade pessoal, notados pela OCDE.

Precisamente à luz dos dados fornecidos pela OCDE⁵⁸³, sabemos que em certos países, o exercício daquilo que na lei portuguesa designamos como *função acionista* é centralizada, através de unidades específicas de gestão da propriedade da empresa – assim sucede na China, Chile, Finlândia, Hungria, Coreia, Noruega e Suécia – dispondo essas unidades de serviços de consulta, que apoiam na tomada de decisão. Noutros, como é o caso da Noruega e da Finlândia, o poder de designação está cometido ao ministério com competência de gestão da participação pública na empresa, com apoio de unidade de gestão da propriedade, que coordena o procedimento tendente à eleição dos conselhos de administração, o que de algum modo é também a prática no Reino Unido.

Na Nova Zelândia, são os ministros que detêm a competência para as nomeações para os conselhos de administração. E noutros ainda uma agência estatal central e os ministérios

⁵⁸⁰ *Idem.*

⁵⁸¹ *Ibidem.*

⁵⁸² Neste sentido, OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, p. 56.

⁵⁸³ *Idem.*

sectoriais partilham a responsabilidade pelas nomeações para os conselhos de administração, como sucede, com diferentes contornos, em países como Brasil, Colômbia, República Checa, Estónia, Grécia, Itália, Israel, Letónia, Marrocos e Turquia.

Convém sublinhar o papel do ministério das finanças, assinalado pela OCDE, na medida em que em certos países é o referido ministério que coordena a designação, podendo inclusivamente deter direitos especiais na nomeação de membros dos órgãos de administração das empresas, o que a Organização considera negativo, em defesa de um processo assente na colegialidade decisória, com outros membros do Governo.

É apontada pela OCDE como uma *boa prática* no processo de escolha dos administradores a criação de comissões/comités de nomeação externos, que apoiam a assembleia-geral na respetiva designação, tal como o recurso a agência de recrutamento de altos quadros. Não se trata de uma solução estranha em Portugal, na medida em que já foi adotada para a escolha do presidente executivo de uma empresa pública de transportes aéreos – a TAP.

Do mesmo modo, a igualdade de género e a representação dos trabalhadores no órgão de administração integram o leque de boas práticas destacadas pela OCDE, em matéria de composição do órgão de administração das empresas detidas pelo Estado⁵⁸⁴.

3.10.1.3 O processo de designação em Portugal

No presente escrito, já se aludiu ao processo de designação dos gestores, referindo que o regime dual de agir empresarial do Estado, de pessoas coletivas de direito privado e pessoas coletivas de direito público, repercute-se na formação do vínculo do gestor público através de atos jurídicos próprios do Direito Privado, como a eleição, ou do Direito Administrativo, como a nomeação⁵⁸⁵.

No Estatuto do Gestor Público, a nomeação e a eleição são tidas como as formas típicas de designação do gestor público, em função da natureza da entidade, sendo a nomeação

⁵⁸⁴ OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, p. 63.

⁵⁸⁵ É o entendimento perfilhado no atrás citado Acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, de 07-07-2016, proc. 0510/15, relatora Maria Benedita Urbano, disponível in www.dgsi.pt.

concretizada através de resolução do conselho de ministros, portanto um ato administrativo, e a eleição nos termos da lei comercial, em assembleia-geral⁵⁸⁶.

De qualquer modo, a designação do gestor público não se encontra definida como um processo da exclusiva responsabilidade do membro do Governo ou do representante do acionista público na assembleia-geral da empresa, sob orientação governamental. No regime nacional está associada à escolha da personalidade a designar uma avaliação não vinculativa da adequação do perfil para a concreta função a desempenhar, com apoio de uma entidade dita *independente* que funciona junto do membro do Governo responsável pela Administração Pública.

Esta solução legislativa deriva do Decreto-Lei n.º 8/2012, de 18 de janeiro, diploma aprovado na conjuntura de crise financeira e ajuda externa de Portugal. Com efeito, o modelo de recrutamento dos gestores públicos aí adotado procurou conformar-se com o Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica, entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, o qual, em rigor, apenas se debruçava sobre o recrutamento e seleção de gestores hospitalares⁵⁸⁷ e não sobre o regime de recrutamento de todos os gestores de empresas públicas. Mas ao nível interno optou-se e bem por um regime transversal, não criando uma *desigualdade* entre os gestores designados para hospitais e para outras empresas públicas. As alterações ao regime tiveram aparentemente como objetivo uma seleção fundada em critérios de mérito, a avaliar por uma entidade externa ao Governo, a Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública (CRESAP), criada pela Lei n.º 64/2011, de 22 de dezembro, no contexto de alterações promovidas ao processo de designação dos titulares de cargos de direção superior na Administração.

Assim, a lei estabelece que cabe à CRESAP definir, por regulamento, os critérios aplicáveis na avaliação de candidatos a cargos de gestor público, designadamente, as competências de liderança, colaboração, motivação, orientação estratégica, orientação para resultados, orientação para o cidadão e serviço de interesse público, gestão da mudança e inovação,

⁵⁸⁶ Cfr. art.º 13.º do EGP.

⁵⁸⁷ Segundo o referido Memorando, dever-se-ia “Melhorar os critérios de selecção e adoptar medidas para assegurar uma selecção mais transparente dos presidentes e dos membros das administrações hospitalares. Estes deverão ser, por lei, pessoas de reconhecido mérito na saúde, gestão e administração hospitalar.” – vide o n.º 3.74 da versão traduzida pelo Banco de Portugal, p. 19, disponível in <https://www.bportugal.pt/listagem/memorando-de-entendimento-sobre-condicionalidades-de-politica-economica>.

sensibilidade social, experiência profissional, formação académica e formação profissional⁵⁸⁸. Tal regulamento foi aprovado pela CRESAP e publicado em Diário da República⁵⁸⁹, definindo com detalhe o procedimento interno seguido, à luz do Estatuto do Gestor Público.

Da leitura conjugada do Estatuto do Gestor Público e do mencionado regulamento, é possível extrair a seguinte sequência procedimental, que envolve uma articulação *interna* e *externa*, a saber, no seio do Governo e com a CRESAP:

- i. O membro do Governo setorial define o perfil, experiência profissional e competências de gestão adequadas às funções do cargo;
- ii. O membro do Governo setorial solicita a avaliação pela CRESAP e junta a informação prestada pelo candidato indigitado, nos termos do anexo ao Regulamento da CRESAP;
- iii. O presidente da CRESAP promove uma reunião da respetiva comissão técnica permanente, com carácter de urgência, e designa um relator, para as diligências de avaliação curricular e avaliação de competências, plasmadas em parecer a aprovar pela comissão;
- iv. Os membros do Governo responsáveis pela área das finanças e da tutela apresentam ao Conselho de Ministros a respetiva proposta de nomeação, acompanhada do parecer emanado pela CRESAP, sendo o gestor nomeado por resolução;
- v. No caso das empresas sob forma comercial, os membros do Governo responsáveis pela área das finanças e da tutela articulam-se na designação dos órgãos sociais, em assembleia-geral, através do representante designado pelo titular da função acionista, que é o ministro das Finanças, à luz do RJSPE.
- vi. Ao abrigo do n.º 4 do artigo 17.º dos Estatutos da CRESAP, é publicada a conclusão do parecer desta comissão após a designação da personalidade indigitada, o que se alinha com a *administração aberta* própria do procedimento administrativo.

Como se denota, nas normas estatutárias e regulamentares o membro do governo da tutela assume-se como *pivot* no procedimento tendente à designação dos titulares do órgão de administração, sobretudo na fase de definição do perfil e indigitação. No entanto, o ato formal de proposta ao Conselho de Ministros ou à assembleia-geral, consoante o caso, não

⁵⁸⁸ Cfr. n.º 3 do art.º 12.º do Estatuto do Gestor Público.

⁵⁸⁹ Regulamento de Tramitação de Procedimentos de Avaliação Curricular e Parecer sobre Adequação do Perfil do Cargo de Gestor Público, aprovado sob forma de Despacho n.º 7533/2013, de 12 de junho, publicado na II série do Diário da República e disponível *in* www.dre.pt ou em <https://www.cresap.pt/legislacao/no-ambito-da-cresap>.

é singular, estando envolvido o Ministro das Finanças, aliás ao encontro do RJSPE, cujo regime atribui ao Ministro das Finanças o exercício exclusivo da função acionista.

Pelo que os atos preparatórios, assumidos pelo ministro da tutela (pontos *i.* e *ii.* acima) sempre terão de ser articulados com o Ministro das Finanças, que é o titular da função acionista, a quem compete propor a designação e que, no limite, pode recusar-se a propor uma personalidade sobre a qual não foi *ex ante* consultado.

Em certos casos, o legislador introduziu especialidades de regime, fundadas por exemplo na necessidade de acautelar a independência da empresa. É o caso da empresa incumbida do serviço público de televisão (a RTP – Rádio e Televisão de Portugal), em que os membros da administração são designados por um conselho geral independente⁵⁹⁰

3.10.1.4 Análise crítica

Ao invés do que certos autores parecem sugerir, da nossa parte estamos seguros de que o processo de designação dos gestores das empresas públicas só pode ser assegurado na órbita do Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública.

Como se defendeu, entende-se que a relação do Estado com as empresas públicas está constitucionalmente enquadrada como de superintendência e tutela, própria da função administrativa. Mesmo quando se trata de empresas sob forma privada, é de superintendência e tutela a que nos referimos, relativamente à *administração estadual indireta sob orientação do Governo*, pública ou privada, ainda que concretizada através de atos próprios do direito privado, *maxime* da lei comercial.⁵⁹¹

Sendo que no direito constituído, a superintendência e tutela ficou, em grande medida, consumida na *função acionista*, que se reporta ao exercício de poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas⁵⁹², aí se incluindo a designação dos titulares dos órgãos sociais ou estatutários. Este

⁵⁹⁰ Com interesse, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21-04-2022, proc. 0713/21.3BELSB, relatora Maria do Céu Neves, disponível in www.dgsi.pt.

⁵⁹¹ Nesta linha, Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pp. 348-351. E igualmente, Pedro Costa Gonçalves, *Entidades...*, p. 416.

⁵⁹² *Cfr.* art.º 37.º do Regime do setor público empresarial.

entendimento, de que a superintendência e tutela é transversal a todas as empresas públicas, mesmo que sob diferentes formas, ficou expressamente consagrado em norma legal⁵⁹³.

No que ao procedimento de designação concerne, não se identificam modelos perfeitos. Dificilmente se alcança um modelo que assegure que os designados têm o perfil, a aptidão técnica e o desejável distanciamento do poder político, garantindo os melhores resultados. Outrossim, haverá modelos que tendencialmente asseguram melhor tais objetivos.

Especificamente no caso do procedimento para a escolha dos gestores públicos, considera-se que o atual modelo português constituiu um bom avanço, no sentido de uma potencial elevação dos critérios de escolha dos titulares.

Ao contrário do que sucede com a designação dos titulares de cargos de direção superior, que tem natureza concursal, no caso dos gestores públicos a designação compete ao membro do Governo ou à assembleia-geral, sendo a intervenção da CRESAP de âmbito meramente consultivo. Quer isto dizer que a crítica de alguma doutrina⁵⁹⁴ a uma suposta perturbação da conceção democrática da Administração, pelo cometimento de competências nos procedimentos concursais à CRESAP, com o efeito de afastar a subordinação da Administração à direção política do Governo, não tem correspondência com o regime do EGP.

Por outras palavras, a ideia de que a criação da CRESAP, com as competências que a lei lhe cometeu, retirou a capacidade de os responsáveis políticos escolherem os titulares e responderem por essa escolha⁵⁹⁵, não corresponde ao que ficou plasmado na lei para a designação dos gestores públicos. No caso da designação dos gestores públicos, a CRESAP limita-se a emitir um parecer, obrigatório, mas não vinculativo.

Quer isto dizer que recai – e bem – sobre os responsáveis políticos a designação dos gestores públicos, consultada a CRESAP, que avaliará o que acima se enunciou. É certo que o responsável político não está juridicamente vinculado ao parecer da CRESAP e também é

⁵⁹³ Segundo o n.º 2 do art.º 39.º do RJSPE, “o exercício da função acionista processa-se por via de deliberação da assembleia geral ou, tratando-se de entidades públicas empresariais, por resolução do Conselho de Ministros ou por despacho do titular da função acionista”.

⁵⁹⁴ Pedro Costa Gonçalves, *Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “new public governance”*, in *O Governo da Administração Pública*, Almedina, 2013, pp. 11-17.

⁵⁹⁵ Pedro Costa Gonçalves, *Ensaio...*, p. 15.

do conhecimento geral que a circunstância de a Comissão apontar a inadequação de um indigitado para as funções a assumir não tem significado a respetiva exclusão. Mas isso não nos deve encaminhar para alterações legislativas precipitadas, mas sim para um maior escrutínio dessas designações.

3.10.1.5 Reflexão e contributo à luz dos princípios

No plano da competência, defende-se que a mesma é do Governo, por imperativo constitucional e que qualquer revisão do modelo de designação dos gestores públicos deve assentar nesse pressuposto.

Enquanto órgão superior da Administração Pública, com poder de designação dos titulares do órgão de administração das empresas públicas, está o Governo vinculado aos princípios fundamentais patentes no artigo 266.º da Constituição.

Seja qual forma a forma jurídica da empresa (EPE ou SA), para além da *legalidade*, a designação pelo Governo – por nomeação ou via representantes em assembleia-geral – assenta num princípio elementar, que é o da prossecução do interesse público. A escolha de um titular de órgão de gestão de empresa pública deve estar alinhada com o interesse público a prosseguir na atividade empresarial do Estado e concretamente na empresa pública em causa. Esse interesse público tem a sua raiz no princípio da legalidade, pelo que está antes de mais patente na lei e, por determinação desta, nas orientações estratégicas, setoriais e nos objetivos estabelecidos para a administração da empresa, designadamente através do contrato de gestão.

Por outras palavras, o princípio da prossecução do interesse público impõe a escolha de gestores com perfil adequado à concretização das diretrizes legais ou infralegais para o setor ou empresa cujo gestor será designado.

Outro princípio elementar na escolha de gestores públicos e conexo é o princípio da imparcialidade. A escolha do titular deve estar fundamentada no interesse público a prosseguir, à luz da norma de competência e das finalidades legalmente fixadas. A imparcialidade impõe que um gestor público seja designado com distanciamento, sem

atender a proximidades pessoal ou política, interesses de organizações ou de particulares⁵⁹⁶. Os gestores “*devem ser escolhidos pelos responsáveis políticos, mas não, claro, por critérios políticos.*”⁵⁹⁷.

A adequação da atividade dos membros do Governo com estes princípios está presente nos códigos de conduta que vêm sendo aprovados também para os membros do Governo e seus gabinetes, em conformidade com a legislação vigente⁵⁹⁸. E sabemos que, nos termos gerais, da concreta violação do princípio da imparcialidade pode resultar a invocação da anulabilidade da decisão administrativa adotada (*v.* o n.º 4 do art.º 76.º do Código do Procedimento Administrativo⁵⁹⁹).

Naturalmente que este desiderato será realisticamente alcançável através de um procedimento de designação que introduza mecanismos de controlo e escrutínio das pretensas escolhas dos membros do Governo para os cargos de gestão das empresas.

A participação da CRESAP na designação, através de uma avaliação curricular e de competências vai ao encontro de recomendações da OCDE e contribui para escolhas mais consentâneas com as funções a desempenhar. Se *na prática* o mecanismo não tem produzido os desejáveis efeitos, seria positiva a maior publicidade dos pareceres da CRESAP.

A possibilidade de o Parlamento intervir também no processo de designação, enquanto forma de controlo, encontra-se limitada. É certo que a Assembleia da República dispõe de competência para *vigiar o cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os atos do Governo e da Administração*⁶⁰⁰, mas essa competência não pode ser lida isoladamente, como parecem entender certos autores⁶⁰¹. É ao Governo que compete emanar orientações e exercer poderes diretos de controlo sobre a Administração (que dirige, superintende e tutela), seja sob forma pública, seja sob forma privada, razão pela qual a intervenção do Parlamento encontra-se

⁵⁹⁶ Vieira de Andrade, *A imparcialidade da administração como princípio constitucional*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XLIX, Coimbra, pp. 224 e ss.

⁵⁹⁷ Pedro Costa Gonçalves, *Ensaio...*, p. 17.

⁵⁹⁸ *Cfr.* al. *b)* do n.º 2 do art.º 19.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.

⁵⁹⁹ Este aspeto “*faz da imparcialidade um princípio jurídico suscetível da mobilização direta e imediata como critério para apreciar a legalidade de uma conduta administrativa.*” – *cfr.* Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 419.

⁶⁰⁰ *Cfr.* al. *a)* do art.º 162.º da Constituição.

⁶⁰¹ Duarte Schmidt Lino/Pedro Lomba, *Democratizar o governo das empresas públicas: o problema do duplo grau de agência*, in *O Governo das organizações – a vocação universal do corporate governance*, Almedina, 2011, pp. 712-713.

sempre condicionada na lógica própria da separação de poderes⁶⁰², que a lei acolheu, *maxime* no RJSPE e no EGP.

Concretamente a designação de titulares para os órgãos de gestão das empresas públicas insere-se nas competências administrativas do Governo relativamente ao setor público empresarial, não podendo o Parlamento *invadir* essa competência.

Diferente questão é a do controlo parlamentar genérico da ação do Governo sobre as empresas públicas, que se compagina perfeitamente com a responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República e com a *relação fiduciária* entre Governo, Administração e Parlamento, em que este assume um papel de controlo e fiscalização⁶⁰³, tema que se desenvolverá adiante.

3.10.1.6 Uma hipótese de revisão de modelo e regime de designação

Atento o exposto, entendemos que o modelo vigente poderia ser alvo de alterações cirúrgicas, que potencialmente assegurem o principal objetivo: o recrutamento de gestores aptos para as funções a desempenhar, através de um processo formal e transparente⁶⁰⁴. Ou como bem se nota no projeto de Código de Governo das Sociedades do IPCG⁶⁰⁵: “[i]ndependentemente do modo de designação, os conhecimentos, a experiência, o percurso profissional e a disponibilidade dos membros dos órgãos da sociedade e dos quadros dirigentes devem ser os adequados à função a desempenhar.”⁶⁰⁶

O modelo assente num dualismo de forma de designação é coerente com a opção também dual de empresas sob forma pública e empresas sob forma privada. Poder-se-á questionar a adequação da forma jurídica de certas empresas públicas com a atividade que desenvolvem e a natureza de direito privado de deliberações societárias que se limitam a formalizar uma orientação do membro do Governo, mas não se alcança vantagem de introduzir um ato

⁶⁰² Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 328 e ss.

⁶⁰³ Carlos Blanco de Moraes, *O sistema...*, pp. 682-683. Com detalhe, Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 328-329. Contra, Duarte Schmidt Lino/Pedro Lomba, *O governo...*, pp. 711 e ss.

⁶⁰⁴ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governo das sociedades*, Almedina, 2023, pp. 185-186.

⁶⁰⁵ Instituto Português de Corporate Governance (IPCG).

⁶⁰⁶ Projeto de Código de Governo das Sociedades, elaborado pelo IPCG, ed. 2018 (revista em 2023), p. 24 (ponto VI.3.A.).

administrativo de nomeação em empresas sob forma privada cuja regulação deve ser pelo direito privado. Concedemos que é uma visão formalista.

Na linha do que recomenda a OCDE e na perspectiva de o papel da CRESAP se revelar mais útil na seleção, poder-se-ia rever o regime mediante a introdução de um processo profissionalizado, como sucedeu para o recrutamento da empresa pública de transportes aéreos, no passado recente. De notar que se trata da seleção e não da nomeação, que a nosso ver deve permanecer na esfera do titular da função acionista.

A ideia de profissionalizar e tornar mais transparente o recrutamento não é estranha ao direito das sociedades, com soluções diversas à luz do modelo de governo da sociedade escolhido – modelo clássico (conselho de administração e conselho fiscal), modelo anglo-saxónico (conselho de administração, que integra comissão de auditoria, e ROC) ou modelo germânico (conselho de administração e conselho geral e de supervisão).

Mas no caso dos gestores públicos, o direito administrativo não delegou no direito societário a forma de designação, reservando para um regime de direito público – o Estatuto do Gestor Público – a definição das regras de designação: os gestores públicos são designados por nomeação ou por eleição⁶⁰⁷, com a intervenção da CRESAP.

Tal não impede que procuremos no direito das sociedades a inspiração para melhorar o regime de direito público existente. Ao nível da União, encontramos há muito a alusão à criação de comités de nomeações, compostos por pelo menos uma maioria de administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão independentes⁶⁰⁸, o que veio a ser seguido no *Livro branco sobre corporate governance*⁶⁰⁹ e no mais recente projeto de Código de Governo das Sociedades, segundo o qual “[a] não ser que a dimensão da sociedade o

⁶⁰⁷ V. art.º 13.º do Estatuto do Gestor Público.

⁶⁰⁸ Cfr. ponto n.º 2 da Recomendação da Comissão de 15 de fevereiro de 2005 (2005/162/CE), relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão.

⁶⁰⁹ Artur Santos Silva/ António Vitorino/ Carlos Francisco Alves/ Jorge Arriaga da Cunha/ Manuel Alves Monteiro, *Livro branco sobre corporate governance*, Instituto Português de Corporate Governance, 2006, p. 152 (disponível in

https://cgov.pt/images/ficheiros/2018/livro_branco_cgov_pt.pdf).

*não justifique, a função de acompanhamento e apoio às designações de quadros dirigentes é atribuída a uma comissão de nomeações.”*⁶¹⁰, que integra os chamados “administradores independentes”.

No entanto, estas comissões ou comités de nomeações não viram a luz do dia no direito positivo português, apontando certa doutrina a concentração da estrutura acionista nas empresas nacionais como uma dificuldade para que soluções destas produzissem verdadeiros efeitos, para lá de uma mera independência formal na escolha⁶¹¹. Outros autores questionam mesmo a utilidade dos administradores independentes num papel fiscalizador, perante os poderes detidos pela assembleia-geral na designação⁶¹².

Estes constrangimentos, próprios da relação vertical de agência (sócios – administração), que tantas páginas vem consumindo aos cultores do direito das sociedades são, de algum modo, ultrapassáveis através de avanços que o direito público deu, em matéria de entidades dotadas de independência face ao Executivo, que é o titular da função acionista. É o caso da CRESAP, cujo papel pode e deve ser revisto.

Assim, em coerência com as boas práticas de seleção e recrutamento, o procedimento de seleção de gestores públicos poder-se-ia traduzir em diferentes fases, que, com certo atrevimento, entendemos que deveriam ser as seguintes:

- (i) Uma fase preliminar de definição do perfil para as funções a desempenhar, em razão da atividade da empresa, dos seus resultados e objetivos;
- (ii) Uma fase de seleção de personalidades com qualificação e experiência para a vaga a preencher, por empresa profissional de recrutamento (“headhunting”), contratada pela CRESAP para o efeito;
- (iii) Uma fase de apreciação e classificação dos candidatos identificados no processo de seleção, mediante parecer obrigatório e não vinculativo da CRESAP;

⁶¹⁰ Projeto de Código de Governo das Sociedades, elaborado pelo IPCG, ed. 2018 (revista em 2023), p. 25 (ponto VI.3.3.).

⁶¹¹ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual...*, p. 193.

⁶¹² Paula Costa e Silva, *O administrador independente*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, pp. 417-425.

- (iv) Uma fase de audição parlamentar *obrigatória*, prévia à designação dos gestores de certas empresas públicas, seja em razão da atividade que desenvolvem, seja em razão do n.º de trabalhadores, volume de negócio e balanço.
- (v) Uma fase de audição parlamentar *facultativa*, prévia à designação dos gestores, a requerimento dos deputados, para as empresas públicas não abrangidas pelo critério anterior.

Antes de mais, qualquer processo de seleção e recrutamento pressupõe que a entidade que pretende recrutar esteja dotada de conhecimento sobre a atividade da empresa e concretamente a desenvolver na função. Portanto, o Estado terá sempre de obter informação sobre a atividade da empresa, os resultados da mesma e definir as metas para a gestão, para que possa saber exatamente o *perfil* que se ajusta ao cargo, naquele específico contexto.

A introdução de um processo conduzido por empresa de seleção e recrutamento contribuiria para (i) uma seleção fundada em aptidão curricular; (ii) a diminuição do pendor político-partidário para funções de gestão empresarial. Convém recordar que no modelo patente na lei atual, a iniciativa cabe ao Governo, que indigita um candidato, a sujeitar a avaliação pela CRESAP, assim condicionando definitivamente a seleção e recrutamento. No procedimento ora defendido, essa fase procedimental de seleção estaria sob responsabilidade de uma empresa profissional de seleção, que submeteria à CRESAP os perfis identificados, para efeitos de parecer desta ao titular da função acionista, que procede à designação.

A definição do perfil não pode ser indiferente ao género, na medida em que a própria lei o impõe: a proporção de pessoas de cada sexo designadas para cada órgão de administração e de fiscalização de cada empresa não pode ser inferior a 33,3%, a partir de 1 de janeiro de 2018⁶¹³.

A intervenção da CRESAP seria de prolação de parecer sobre os perfis identificados, eventualmente associando uma avaliação qualitativa e quantitativa dos mesmos, para instruir a posterior decisão de designação.

Relativamente à audição parlamentar, deverá ser encarada como uma forma de incrementar a transparência⁶¹⁴ na escolha governamental dos gestores das empresas públicas, sem daí

⁶¹³ Cfr. art.º 4.º da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto.

⁶¹⁴ Duarte Schmidt Lino/Pedro Lomba, *Democratizar...*, p. 716.

extrair qualquer atribuição de competência decisória ao Parlamento, por inconstitucional. Também se entende que o efeito útil da introdução de audições parlamentares seria tanto maior quanto mais seletivo... Queremos com isto dizer que uma opção de audição dos indigitados para toda e qualquer empresa pública redundaria em dezenas de audições, que com elevada probabilidade perderiam a merecida atenção para o desejável escrutínio democrático. Por essa razão, apontámos para uma audição obrigatória ou facultativa, consoante a empresa pública em causa, a qual pode concretizar-se através da criação de uma comissão, que não teria de ser eventual, mas permanente, criada nos termos regimentais⁶¹⁵.

A pluralidade dos órgãos de administração, nomeadamente na respetiva proveniência dos seus membros, reforça a independência e o escrutínio, o que se poderá alcançar através dos membros não executivos do conselho de administração, ao encontro do que expressamente se consagrou no Estatuto do Gestor Público⁶¹⁶. No direito constituído, o EGP deu ainda sinais de encarar os administradores não executivos como protagonistas de um acompanhamento da gestão da empresa e, nessa medida, assumindo um papel de apreciação e avaliação da gestão da empresa, pelos administradores executivos⁶¹⁷. Porém, as restrições financeiras aplicadas ao setor empresarial têm muitas vezes ditado a ausência de designação de administradores não executivos.

De mencionar ainda a necessidade de a designação garantir um tratamento equitativo dos titulares minoritários de participações sociais. Segundo certa doutrina⁶¹⁸, a intervenção abusiva do Estado nas empresas públicas desvaloriza as participações sociais, sendo recomendável que os acionistas minoritários tenham participação na empresa e nos órgãos sociais, em alinhamento com recomendações internacionais.

3.10.1.7 A representatividade dos trabalhadores

Numa primeira fase, a presença dos administradores não executivos poderia compatibilizar-se com a exigência constitucional da participação dos trabalhadores na gestão das empresas, prevendo-se que os trabalhadores possam designar um representante para o órgão de

⁶¹⁵ Artigos 34.º e ss. do Regimento da Assembleia da República. No mesmo sentido, Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 333-334.

⁶¹⁶ *Cfr.* art.º 21.º do Estatuto do Gestor Público.

⁶¹⁷ *V.* art.º 21.º do EGP.

⁶¹⁸ Manuel Porto/João Nuno Calvão da Silva, *Corporate...*, pp. 375-376.

administração, na qualidade de administrador não executivo. Tal conformar-se-ia com aquilo que a Constituição prevê em matéria de participação dos trabalhadores nas empresas⁶¹⁹ e também quanto ao papel dos trabalhadores no controlo da atividade gestonária, a que também alude a Constituição.

No nosso sistema, a participação dos trabalhadores ao nível das empresas públicas é imperativa⁶²⁰, mas só produzirá efeitos positivos se os representantes dos trabalhadores estiverem alinhados com o interesse da empresa e salvaguardarem deveres elementares, como o dever de confidencialidade⁶²¹. Por isso, encara-se a participação dos trabalhadores como positiva, se traduzida num quadro normativo que salguarde a prossecução dos interesses da empresa.

Por exemplo, determinando que (i) os trabalhadores podem indicar um membro não executivo do órgão da administração; (ii) o indigitado não é trabalhador da empresa e deve reunir a aptidão para o cargo, a avaliar obrigatoriamente pela CRESAP e mediante audição parlamentar, obrigatória ou facultativa, nos termos do que se defendeu para os demais gestores, em função da empresa; (iii) o designado está sujeito aos deveres gerais do exercício da função de administração e (iv) o designado pode ser destituído pelos trabalhadores, por manifesto incumprimento dos deveres gerais de administração ou atuação objetivamente contrária à proteção dos direitos e interesses dos trabalhadores.

A perspetiva defendida vai ao encontro do texto constitucional em matéria de participação dos trabalhadores na gestão das empresas públicas, mas procura salvaguardar os interesses da empresa e o dever societário de lealdade com a empresa, ao cometer essa representação para gestores com aptidão profissional, sujeitos ao crivo da CRESAP e, sempre que a natureza da empresa o justifique, a uma audição parlamentar.

E também cingir essa designação para o exercício de funções enquanto membros não executivos, procurando aí equilibrar a participação dos trabalhadores com o seu papel constitucionalmente consagrado de controlo da atividade de gestão, menos compatível com as funções executivas. Finalmente, sendo administradores designados pelos trabalhadores, naturalmente que se deverá prever a faculdade de destituição do gestor indicado pelos

⁶¹⁹ V. a alínea f) do n.º 5 do art.º 54.º e o art.º 82.º, ambos da Constituição.

⁶²⁰ Nuno Cunha Rodrigues, *Breves notas...*, p. 411.

⁶²¹ Nesse sentido, Manuel Porto/ João Nuno Calvão da Silva, *Corporate...*, p. 397.

trabalhadores, perante incumprimento dos deveres funcionais ou atuação contrária aos direitos e interesses dos trabalhadores.

No direito das sociedades, o sistema alemão há muito prevê uma participação ativa dos trabalhadores nas empresas (desde o *Mitbestimmungsgesetz* ou *Codetermination Act* de 1976), num conselho de supervisão. No entanto, não é linear que tal se reflita positivamente no bom governo das empresas ou na melhoria dos seus resultados, apontando certos autores para (i) uma quebra nos resultados e na respetiva distribuição aos acionistas e (ii) uma perda de qualidade gestonária⁶²².

3.10.1.8 A designação e o contrato de gestão

O contrato de gestão foi por nós qualificado como um contrato administrativo, que configura um acordo que fixa objetivos para a gestão de uma empresa pública, à luz das orientações para o setor ou para a empresa.

No direito positivo, a falta de celebração do contrato de gestão resulta na nulidade do ato de nomeação, o que contribui para uma visão contratualista da constituição do vínculo do gestor público, conforme analisado.

Concretamente no âmbito do processo de designação, o contrato de gestão tem o significado de constituir um instrumento de gestão de referência para a administração, pois tipicamente deverá conter as metas a alcançar, bem como os parâmetros de eficiência da gestão e demais objetivos traçados para a atividade de administração.

Como defendido, a ação do gestor público encontra-se delimitada *em sentido positivo* e *em sentido negativo* pelo contrato de gestão, dado que no contrato de gestão estarão os objetivos e termos da ação gestonária, cujo incumprimento traduzir-se-á em consequência negativa para o gestor público, no limite a cessação do seu vínculo.

O tema é aqui retomado pois (i) a centralidade do contrato de gestão na constituição do vínculo e (ii) o conteúdo do referido contrato são indissociáveis do processo de designação.

⁶²² Assim, Stefan Petry, *Mandatory Worker Representation on the Board and Its Effect on Shareholder Wealth*, in *Financial Management*, Vol. 47, No. 1 (SPRING 2018), pp. 25-54.

A designação de um gestor com o perfil e aptidão para as funções a desempenhar pressupõe o conhecimento da atividade da empresa, da sua situação financeira e dos objetivos para a mesma. A partir dessa informação estará o Estado em condições de indicar a uma empresa de seleção e à CRESAP o perfil adequado para a função e a carta de missão do gestor público, para a administração da empresa. Esta carta de missão está contida no contrato de gestão.

Com efeito, a designação de gestores públicos habilitados, com objetivos definidos *ex ante* e sob boas práticas de governação, assentes num contrato de gestão, favorece *ex post* uma rigorosa avaliação dos gestores públicos e até sua eventual responsabilização.⁶²³

Pese embora o incentivo à celebração de contratos de gestão – nomeadamente pela Portaria n.º 317-A/2021, de 23 de dezembro – e do dever aí consagrado de divulgação dos contratos de gestão, pela UTAM, constata-se que essa divulgação não ocorre⁶²⁴. O que se justificará pela circunstância de muitas empresas públicas não terem contrato de gestão.

Em outras situações, o contrato de gestão é mesmo preparado pelo designado, por força da incapacidade de o titular da função acionista dispor de meios para o efeito. Trata-se de um exemplo paradigmático do emagrecimento do Estado ao nível do seu pessoal qualificado, incapaz de fazer face a obrigações legais elementares, *concretamente* para o exercício de poderes relativamente às empresas públicas, nomeadamente de tutela e controlo, na medida em que o contrato de gestão configura-se como um parâmetro do controlo do gestor público.

De iure condendo alcança-se a possibilidade de reforço da UTAM, para assumir funções de acompanhamento mais individualizado de cada empresa e de preparação da informação necessária à designação do gestor público, inclusivamente do contrato de gestão.

A dinâmica privatizadora da Administração Pública⁶²⁵ não pode confundir-se com o sequestro da definição do interesse público, por particulares com quem o Estado estabelece relações contratuais. A elaboração do contrato de gestão pelo gestor público designado pelo Estado, que é uma prática conhecida no seio da Administração, configurará esta segunda

⁶²³ No mesmo sentido, Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “Setor empresarial do Estado 2021-2022”, fevereiro de 2024, p. 17).

⁶²⁴ Como atesta também o Conselho de Finanças Públicas: “Para 2022, assim como nos anos anteriores para os quais esta análise foi elaborada, não existe informação pública sobre a celebração dos contratos de gestão nas empresas do SEE.” (cfr. Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “Setor empresarial do Estado 2021-2022”, fevereiro de 2024, p. 18, nota de rodapé 35).

⁶²⁵ Paulo Otero, *Legalidade...*, pp. 304 e ss.

hipótese, que constitui uma cedência à composição do interesse público por particular titular de eventuais interesses privados opostos.

Tal constitui uma violação do regime do Estatuto do Gestor Público⁶²⁶ e dos pressupostos aí estabelecidos para a atuação administrativa, cuja violação acarreta uma violação do princípio da prossecução do interesse público⁶²⁷.

3.10.2 Orientações e autonomia

3.10.2.1 As orientações: generalidades

Enquanto titular do órgão de administração de empresa pública, o gestor público encontra-se sujeito a orientações emanadas pelo Governo – estratégicas, setoriais e para cada empresa.

As orientações emanadas para o setor empresarial do Estado traduzem o exercício da intervenção do Governo, através de superintendência e tutela⁶²⁸, nos termos constitucionalmente consagrados, com concretização no RJSPE. A superintendência e tutela são comuns às empresas sob forma pública ou sob forma privada⁶²⁹, ou seja, à administração indireta pública e à administração indireta privada.

Em bom rigor, podemos afirmar que as orientações serão uma forma de exercício da superintendência e um parâmetro para o controlo da atividade do gestor público, sob a égide da tutela.

A diferença da intervenção governamental nas empresas sob forma pública ou sob forma privada reside primordialmente nos meios adotados para a intervenção. No caso das empresas sob forma pública, exerce os poderes através dos meios de direito administrativo, enquanto sobre as sociedades comerciais o concretiza enquanto acionista.

É certo que, em tese, a opção por empresas sob forma privada deveria significar uma intervenção do Estado à semelhança de qualquer acionista⁶³⁰, até como corolário do princípio

⁶²⁶ Art.º 18.º do EGP.

⁶²⁷ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1984, p. 289.

⁶²⁸ No mesmo sentido, Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pp. 348 e ss.

⁶²⁹ Em sentido distinto, Sérvulo Correia/Paes Marques, *Noções...*, pp. 452-453 e 466-467.

⁶³⁰ Assim, Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 270.

da igualdade, mas essa via não foi a seguida nos regimes de direito público reguladores do setor empresarial e das formas de intervenção públicas. E não propriamente com efeito de vantagem para as empresas públicas, face às empresas puramente privadas, como se poderia supor.

A lei densificou a superintendência e tutela em fórmulas comuns a qualquer tipo de empresa pública, que se traduzem em poderes de orientação e em mecanismos de controlo, próprios respetivamente da superintendência e da tutela, não se afigurando a nosso ver defensável que a relação do Estado com as empresas públicas seja puramente de direito privado, em razão da personalidade jurídica.

A *função acionista* é precisamente o exercício dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas, portanto para as empresas sob forma privada ou sob forma pública.

As **orientações estratégicas** para o setor empresarial do Estado correspondem ao conjunto de medidas ou diretrizes relevantes para o equilíbrio económico e financeiro do sector empresarial do Estado⁶³¹.

As orientações estratégicas seriam de grande importância, a três níveis:

- (i) *no plano do Estado*, para definir a estratégia para o seu setor empresarial, em termos tão distintos e amplos como a decisão sobre a posição do Estado como empresário – empresas a criar, a alienar, a liquidar, a redimensionar –, objetivos e missão a desempenhar face à natureza de empresas públicas⁶³² ou ainda metas a alcançar sob o ponto de vista financeiro. Sob concretização nos documentos setoriais e para cada empresa pública.
- (ii) *No plano das empresas*, para alinhamento da respetiva atividade com a estratégia global (e setorial, nas orientações setoriais) definida pelo Estado para o setor empresarial. E de colaboração entre empresas públicas, para cumprimentos de objetivos comuns, evitando a realização de atividade similar, por empresas públicas distintas e desalinhadas.

⁶³¹ V. art.º 24.º do RJSPE.

⁶³² Para Freitas do Amaral, as empresas públicas estão sempre alinhadas com uma missão económico-financeira e uma missão social (cfr. Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, p. 343).

- (iii) *No plano dos cidadãos*, seria uma forma de potenciar a prestação de contas do Estado sobre o setor empresarial, relativamente ao qual se sabe pouco, apesar do encargo financeiro que constituem. De acordo com o Conselho de Finanças Públicas, os resultados económicos das empresas não financeiras do setor empresarial do Estado continuam a demonstrar um desequilíbrio económico, com um resultado líquido negativo de 1,2 mil milhões de euros em 2022⁶³³.

No entanto, as orientações estratégicas não vêm sendo emanadas pelo Estado, à semelhança do que sucedeu no passado, através de atos do Conselho de Ministros⁶³⁴ identificando-se apenas, no passado recente, a prolação pelo Ministério das Finanças de instruções para elaboração dos instrumentos previsionais de gestão. Do que nos é possível descortinar, em 2023 foi simplesmente emitido um despacho, pelo Secretário de Estado do Tesouro, com orientações para a elaboração dos planos de atividades e orçamento⁶³⁵. Para além do Conselho de Finanças Públicas, desde 2016 que o Tribunal de Contas alerta para a omissão⁶³⁶.

Relativamente às **orientações setoriais**, são diretrizes para empresas de determinado setor de atividade das empresas públicas, as quais são emanadas ao abrigo das orientações estratégicas. Nos termos legais, as orientações setoriais são da competência do titular da função acionista, que é o Ministro das Finanças, mas forçosamente em articulação com o ministro setorial (*cf.* n.º 2 do artigo 24.º e artigo 39.º do RJSPE).

A falta de orientações estratégicas reflete-se na omissão das orientações setoriais, que constituiriam um instrumento relevante para direcionar as empresas do mesmo setor e tendencialmente sob a mesma tutela ministerial. Novamente, agora no plano setorial, aplicam-se *mutatis mutandis* as razões de importância de definição destas orientações, no plano do Estado, das empresas e dos cidadãos.

⁶³³ Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “*Setor empresarial do Estado 2021-2022*”, fevereiro de 2024.

⁶³⁴ Resolução do Conselho de Ministros 70/2008, de 22 de abril, revogada pelo art.º 74.º do RJSPE.

⁶³⁵ Despacho do Secretário de Estado do Tesouro n.º 324/2023-SET, de 3 de agosto de 2023, publicado pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças no respetivo *site* institucional.

⁶³⁶ Tribunal de Contas, Relatório de Auditoria, *Controlo do Setor Empresarial do Estado efetuado pelo Ministério das Finanças*, Relatório n.º 16/2016 - 2.ª Secção, p. 31.

Relativamente a cada empresa pública, encontra-se legalmente prevista a prolação de orientações. São as **orientações para o ano e triénio**⁶³⁷, que se reconduzem à definição dos objetivos e resultados económicos e financeiros a alcançar em cada ano e triénio. Estas orientações para o ano e triénio devem estar alinhadas com as orientações estratégicas e setoriais e traduzir-se no conteúdo do **contrato de gestão**, enquanto instrumento conformador da atividade gestonária da empresa, pelos titulares do órgão de administração.

Pese embora sob o *manto* da superintendência, a forma de exercício da *função acionista* é distinta, consoante a natureza da empresa. No caso das empresas sob forma privada, a função acionista é exercida através de atos próprios do direito privado – em sede de assembleia-geral – e no caso de empresas sob forma pública, através de atos do ministro ou do Conselho de Ministros. Para alguns autores, respetivamente a *via interna* e a *via administrativa*⁶³⁸.

No sistema nacional de saúde, os objetivos e orientações são também contratualizados, mas via **contratos-programa**, celebrados com as EPE que prestam serviços de saúde e que são pressuposto do respetivo financiamento. Nesses contratos, define-se a atividade contratada, os objetivos e as metas qualitativas e quantitativas, a calendarização das metas, os meios e instrumentos para prosseguir os objetivos, designadamente de investimento, os indicadores para avaliação do desempenho dos serviços e do nível de satisfação dos utentes e as demais obrigações assumidas pelas partes, tendo como referencial os preços praticados no mercado para os diversos atos clínicos⁶³⁹.

3.10.2.2 Pressupostos para a definição de orientações

As orientações às empresas públicas integram-se em poderes próprios conferidos pelo direito público ao Estado, relativamente às empresas públicas. Pelo que qualquer leitura sobre o tema terá de se conformar com tal quadro normativo, que não é coincidente com aquele do direito societário e das relações típicas entre os acionistas e a administração.

A OCDE tem avançado com recomendações concretas relativamente às dificuldades próprias da relação do Estado com as empresas públicas. Essas recomendações centram-se

⁶³⁷ Cfr. alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 38.º do RJSPE.

⁶³⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, p. 793.

⁶³⁹ Cfr. art.º 93.º do Decreto-Lei n.º 52/2022, de 4 de agosto (aprova o Estatuto do SNS).

na perspectiva da concessão de maior autonomia de gestão às empresas, na discussão em torno do modelo institucional de detenção de empresas, pelo Estado e na fixação de *guidelines* quanto à informação.

A nosso ver, as recomendações da OCDE têm por objeto verdadeiros pressupostos para prolação de orientações do Estado para as suas empresas. A justificação da propriedade empresarial, o modelo de gestão desta e a informação sobre o setor e as empresas configuram os alicerces da conceção de estratégia para o setor empresarial do Estado e de orientações.

A organização tem destacado a importância de o **Estado justificar a propriedade** de empresas e, dessa forma, delinear a estratégia para o seu setor empresarial, o que no presente configura uma omissão ao nível nacional. Além da recomendação de o Estado divulgar informação sobre as empresas públicas que detém, bem como dados financeiros e objetivos para as mesmas⁶⁴⁰.

As recomendações da OCDE vão ainda no sentido de que a **política de propriedade** assuma a forma de um documento de política de alto nível, que descreva as justificações gerais e os fundamentos da propriedade das empresas públicas⁶⁴¹. No levantamento realizado, conclui a organização que tipicamente os objetivos da propriedade de empresas públicas são: “*apoiar os interesses económicos e estratégicos nacionais; assegurar a continuidade da propriedade nacional das empresas; fornecer bens ou serviços públicos específicos (quando se conclui que o mercado não pode fornecer os mesmos bens ou serviços); e realizar operações comerciais numa situação de monopólio “natural”*.”⁶⁴².

No que respeita ao **modelo institucional** adotado, poderá assentar em fórmulas de centralização do exercício da função de propriedade ou de maior descentralização, para além de vias *intermédias*. A OCDE vem apontando para o modelo de **centralização da coordenação** da “função de propriedade” do Estado, o que tem sido seguido⁶⁴³, inclusivamente ao nível dos países latino-americanos⁶⁴⁴. Ao caso português já nos referimos,

⁶⁴⁰ OECD (2020), *Organising the State Ownership Function*, pp. 74 e ss.

⁶⁴¹ OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices*, 2021, p. 20.

⁶⁴² OECD (2020), *Organising the State Ownership Function*, p. 62 (tradução livre do excerto citado).

⁶⁴³ OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices*, 2021, p. 13.

⁶⁴⁴ OECD (2020), *Organising the State Ownership Function*, 2020, p. 12.

quanto ao papel do Ministro das Finanças enquanto titular único da função acionista, mas com articulação com outros membros do Governo, em razão das respetivas competências setoriais.

Ao nível da **transparência**, as recomendações de maior publicidade da estrutura de propriedade e outras informações relevantes⁶⁴⁵, o que na lei portuguesa não se encontra descuro, atentas as *obrigações de divulgação* gerais e os *deveres de reporte* ao titular da função acionista, definidos no RJSPE⁶⁴⁶. Mas que podia conhecer outras formas de conhecimento e controlo pelos cidadãos, como acontece com os contratos públicos, através do portal Base.

A informação sobre a empresa é uma condição para o adequado exercício da função acionista e da fixação de orientações: “*a transparência relativa ao desempenho financeiro e não financeiro das empresas públicas é fundamental para reforçar a responsabilização dos conselhos de administração e da direção das empresas públicas e para permitir que o Estado atue como um proprietário informado.*”⁶⁴⁷. Por outras palavras, se o Estado não estiver munido de informação sobre a empresa, dificilmente estará em condições de definir uma estratégia ou orientações para as empresas que detém.

Os **meios para obtenção de informação** são relevantes, considerando a OCDE que nas empresas públicas maiores o Estado não deve cingir-se à informação que é prestada por entidades governamentais, mas recorrer também a auditorias externas⁶⁴⁸.

No fundo, estes documentos constituem pressupostos elementares para conformar uma política de orientações para as empresas, seja numa macro estratégia, seja num plano setorial e até para cada empresa, tal como aponta o RJSPE.

⁶⁴⁵ OECD (2020), *Transparency and Disclosure Practices of State-Owned Enterprises and their Owners*, 2020, p. 23. A OCDE destaca: (i) transações com partes relacionadas; (ii) direitos específicos dos acionistas exercidos pelo Estado (por exemplo, poder de veto ou ações privilegiadas); (iii) decisões comerciais ou alterações na estrutura do capital que pareçam favorecer os acionistas que detêm o controlo.

⁶⁴⁶ As obrigações de divulgação estão previstas no art.º 44.º do RJSPE. E os deveres de reporte estão plasmados no n.º 2 do art.º 25.º e no art.º 45.º do RJSPE.

⁶⁴⁷ OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, p. 39 (tradução livre do excerto citado).

⁶⁴⁸ OECD (2020), *Transparency and Disclosure Practices of State-Owned Enterprises and their Owners*, p. 19.

3.10.2.3 Autonomia de gestão

A. Questão prévia: autonomia e capacidade

A autonomia reconduz-se à capacidade de a entidade pública gozar de autodeterminação para a satisfação dos fins⁶⁴⁹, radicando na lei os termos e margem de autonomia para a Administração fazer escolhas.

No caso das pessoas coletivas públicas, essa autonomia reconduz-se à capacidade de direito público, traduzida nas atribuições e competências definidas por lei⁶⁵⁰, sem prejuízo da capacidade própria do direito privado.

E no caso das empresas públicas sob forma privada, precisamente pela circunstância de serem *públicas* e não sem *privadas* a capacidade não será exatamente aquela de uma empresa privada, atendendo a que os privados atuam numa esfera de liberdade e o Estado ao abrigo de normas de competência⁶⁵¹. Com efeito, a “*natureza e a função das empresas públicas sob a forma societária reclamam a conclusão de que também estas, à semelhança das entidades públicas empresariais, veem a sua capacidade de gozo recortada pelo respetivo objeto social, sendo-lhes aplicável, não o princípio da especialidade do fim tal como atualmente caracterizado no direito societário, mas o da especialidade do objeto*”⁶⁵².

O que vai ao encontro do que vimos defendendo, relativamente ao enquadramento das empresas públicas, mesmo sob forma privada, cuja atuação não pode pautar-se pela liberdade típica de uma pessoa coletiva de direito privado, por se encontrar sujeita a vinculações de direito público, de que foram sendo dados vários exemplos nestas páginas. O direito privado não pode constituir uma fuga ou meio de subtração às vinculações.

No entanto, também aqui podem surgir as dificuldades próprias do direito privado publicizado, em especial se estivermos perante empresas de capitais mistos, cujos acionistas

⁶⁴⁹ Em sentido próximo, Claudio Franchini/Giulio Vesperini, *L'Organizzazione*, in Sabino Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, quinta edizione, p. 92.

⁶⁵⁰ Assim, Sérvulo Correia/Pais Marques, *Noções...*, pp. 339 e ss.

⁶⁵¹ Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2.ª edição, 2006, p. 15.

⁶⁵² Neste sentido, Débora Melo Fernandes, *Reflexões sobre a delimitação da capacidade jurídica das empresas públicas: o princípio da especialidade*, Revista da Ordem dos Advogados, dez. de 2020, p 581.

privados reclamam a aplicação do direito privado puro, para defesa do seu interesse na sociedade, no limite com tensões e conflitos entre o interesse público e a livre iniciativa económica privada.

B. O regime de autonomia

A sujeição do gestor público a orientações, sejam estratégicas, setoriais ou à própria empresa logicamente que afeta a autonomia, a qual terá de se adequar ao que o órgão competente oriente, que é o Governo.

Esse cruzamento entre as orientações e a autonomia é um ponto crítico e de equilíbrio complexo, no fundo delinear os limites do “momento político” face ao “momento gestor”⁶⁵³, mesmo nas empresas sob forma privada, em que o acionista público tem uma posição diferente da de um acionista privado, com poderes e prerrogativas específicos, conferidos por normas de direito público⁶⁵⁴. E apesar de alguns autores considerarem que a forma jurídica privada contribui para a diminuição da pressão política⁶⁵⁵, no caso português não nos parece verificar-se: a posição adotada em assembleia-geral, pelo representante do Estado, é *ipsi verbis* a que for definida previamente pelo Governo⁶⁵⁶, para além dos referidos poderes conferidos por normas de direito público, transversais às EPE e às SA.

De todo o modo, a génese da distinção dos referidos momentos político e gestor radica na habilitação que confere poderes de *indirizzio* face à habilitação em que se deve suportar a *gestão*. O *indirizzio* político está legitimado pelo mandato político, enquanto o exercício da atividade de gestão pelos gestores deve fundar-se em competências profissionais para o exercício de função de gestão empresarial⁶⁵⁷.

A autonomia deverá também ser encarada como necessária numa fase anterior, a da escolha dos gestores, a que se aludiu, mas depois em permanência, no próprio exercício da atividade

⁶⁵³ Pedro Costa Gonçalves, *Ensaio...*, p. 19.

⁶⁵⁴ Vincenzo Cerulli Irelli, *Società pubbliche e organizzazione pubbliche in forma privatistica*, in Vincenzo Cerulli Irelli/ Mario Libertini [coordenação], *Iniziativa Economica Pubblica e società partecipate*, EGEA Ed., 2019, pp. 132 e ss.

⁶⁵⁵ Hans J. Wolff/ Rolf Stober, *Direito Administrativo...*, p. 305.

⁶⁵⁶ António Pinto Duarte, *Notas...*, p. 82.

⁶⁵⁷ Stefano Battini, *Il personale*, in Sabino Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo, Giuffrè Editore, quinta edizione, p. 203.

de gestão, a qual nas empresas que atuam em mercado concorrencial é fundamental, nomeadamente face à pressão política⁶⁵⁸.

Ao nível nacional, a ambição da autonomia de gestão não é de hoje e esteve patente nos primitivos regimes que estabeleceram regras estatutárias para os gestores públicos. As posições são comuns quanto à necessidade de autonomia da gestão das empresas face ao poder político e, por vezes, também partidário.

Neste quadro, a OCDE recomenda que para garantir o bom governo das empresas o Estado deve designadamente (i) fixar objetivos de forma transparente; (ii) conceder autonomia de gestão às empresas, para alcançarem os objetivos, (iii) abster-se de intervir na gestão das empresas públicas, (iv) respeitar a independência dos conselhos de administração⁶⁵⁹.

No entanto, o trabalho de investigação desenvolvido pela OCDE⁶⁶⁰ tem dados concretos, segundo os quais em muitos países o Estado não distingue o papel enquanto detentor da propriedade ou acionista face à atividade de administração.

A intromissão na gestão resulta da relação jurídica entre o Estado e os gestores, que apresenta sinais do que alguma doutrina qualifica como uma *subordinação* ao pessoal político⁶⁶¹, quanto aos cargos dirigentes, mas que para nós tem aplicação aos gestores públicos.

No caso português, são dois os elementos que potencialmente contribuem para esta subordinação: (i) é o Governo que nomeia, que reconduz – ou não – e, no limite, que exonera; (ii) é o Governo que emana as orientações, que configuram a maior das condicionantes à autonomia de gestão.

O que podemos designar por “teste da autonomia” passa assim por verificar se a administração de uma empresa dispõe de efetiva capacidade de autodeterminação ou se está condicionada pelas orientações e determinações do acionista, neste caso do titular da função acionista. No caso das empresas públicas, a autonomia revela um certo grau de aparência e diminuta efetividade, face aos poderes conferidos ao Estado no RJSPE e no EGP, que

⁶⁵⁸ Luis Coscuella Montaner/Mariano López Benítez, *Derecho Público...*, pp. 151-152.

⁶⁵⁹ OECD (2018), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, p. 20 (consulta de versão traduzida para português do Brasil pela OCDE).

⁶⁶⁰ OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, pp. 56-57.

⁶⁶¹ Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 721 e ss.

extravasam os poderes típicos dos acionistas privados e cujo exercício “desidrata” a autonomia funcional da administração da empresa⁶⁶².

No direito das sociedades, a discussão que merece referência e para a qual se remete, focou-se durante muito tempo no problema da relação de agência entre sócios e administradores⁶⁶³ e em torno da concentração de poder nos administradores, especialmente em estruturas societárias com diversidade de acionistas e sem uma concentração da propriedade. Essa discussão foi importada para o direito administrativo por alguns autores⁶⁶⁴, a propósito das empresas públicas e sua relação com o Estado, embora com diferentes premissas.

Contudo, nas empresas públicas, como aliás em qualquer empresa com um acionista controlador⁶⁶⁵, o paradigma típico de agência não se coloca, pois que o Estado dispõe de meios para controlar os administradores – no caso das empresas públicas, seja via orientações, seja até pela sua destituição por incumprimento daquelas. Por outras palavras, a génese dos problemas de agência verticais radica no diminuto poder dos acionistas, o que no caso das empresas públicas não ocorre.

Um eventual desalinhamento dos interesses da administração com o interesse (público, diga-se) definido pelo Estado – e perda de controlo por parte deste a favor dos administradores – não se equaciona senão por incúria do titular da função acionista no exercício das respetivas competências. Perante os poderes *de direito* de que dispõe o titular da função acionista, o desvio dos agentes, portanto dos gestores públicos, do interesse público definido só se coloca *de facto* e perante a putativa omissão no exercício da competência. Trata-se, por isso, de uma situação distinta daqueloutra tradicionalmente⁶⁶⁶ discutida no direito das sociedades sobre os problemas de agência vertical, alicerçada tipicamente na dispersão do capital social e inerente

⁶⁶² Duarte Schmidt Lino/ Pedro Lomba, *Democratizar...*, p. 709.

⁶⁶³ Com raízes na obra de 1932 de Adolf Berle e Gardiner Means “The Modern Corporation and Private Property”.

⁶⁶⁴ Entre nós, por exemplo Nuno Cunha Rodrigues, *Breves notas...*, pp. 413 e ss. ou Duarte Schmidt Lino/ Pedro Lomba, *Democratizar...*, pp. 701 e ss.

⁶⁶⁵ Nas empresas privadas, v. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual...*, p. 19.

⁶⁶⁶ A discussão no direito das sociedades é nos últimos anos distinta: os conflitos de agência horizontais entre investidores e os meios para ultrapassar o mesmo (*cf.* Madalena Perestrelo de Oliveira, *Direito de voto nas sociedades cotadas: da admissibilidade de categorias de ações com direito de voto plural às L-shares*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015), Número 2, pp. 450 e ss) ou ainda a temática do equilíbrio da posição do acionista, sumariada por Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual...*, pp 82-83 e pp. 204 e ss.

incapacidade de os acionistas monitorizarem a administração por eles designada, que assume o controlo da empresa.

Já nos parece defensável a tese segundo a qual a mera circunstância de uma empresa ser pública e de os seus gestores serem nomeados pelo poder político, com diminuto controlo estadual sobre a atividade empresarial, ser passível de criar uma assimetria significativa entre o Estado/os cidadãos e os gestores, assumindo estes uma posição de controlo da empresa, alinhada com interesses pouco nítidos, político-partidários e conflituantes⁶⁶⁷. Ou pouco coincidentes com o interesse público subjacente à própria existência de empresas públicas.

Em Portugal, esse fenómeno pode acentuar-se pelo identificado processo de designação dos gestores públicos, cujas fragilidades se notou, bem como pelo reduzido controlo, registado nomeadamente pelo Tribunal de Contas⁶⁶⁸.

Outro fenómeno paralelo a este passa pela contração da autonomia de gestão por imposição do Estado, mesmo que em sentido oposto ao que a administração das empresas considera ser o bom governo e a salvaguarda financeira da empresa. A título de exemplo, a imposição às empresas públicas e outras entidades no investimento em dívida pública, relatado pela UTAO em 2024⁶⁶⁹, de que pode ser exemplo paradigmático o pagamento para esse efeito de dividendos extraordinários ao acionista, considerados inoportunos e de risco para a situação financeira da empresa, pelos gestores⁶⁷⁰, com laivos próprios do que a doutrina privatista considera serem as *deliberações abusivas*, com violação do dever de lealdade dos sócios⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Nesta linha, Nuno Cunha Rodrigues, *Breves notas...*, pp. 413 e ss.

⁶⁶⁸ Tribunal de Contas, Relatório de Auditoria, *Controlo do Setor Empresarial do Estado efetuado pelo Ministério das Finanças*, Relatório n.º 16/2016 - 2.ª Secção.

⁶⁶⁹ Segundo a UTAO: “O valor nominal da dívida pública na ótica de Maastricht encontra-se influenciado pelo efeito de consolidação resultante do facto de entidades em todos os subsectores institucionais serem investidores em parcelas significativas de dívida pública. Este efeito subiu consideravelmente em 2023 (mais 12,1 mil M€ do que no ano anterior)” – Relatório UTAO n.º 4/2024, *Condições dos mercados, dívida pública e dívida externa: março de 2024*, Coleção: Acompanhamento da dívida pública e do financiamento da economia 9 de abril de 2024, p. 7.

⁶⁷⁰ Segundo noticiado na imprensa, em 29.12.2023 a assembleia-geral da empresa pública “Águas de Portugal” reuniu extraordinariamente, por indicação do ministério das Finanças, para deliberar o pagamento de um dividendo extraordinário ao Estado de 100 milhões de euros, apesar de a administração da empresa considerar negativa essa opção. A motivação do Ministério terá sido a redução da dívida pública e do défice das contas públicas.

⁶⁷¹ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual...*, pp. 136-137.

No direito constituído, o EGP remete para o RJSPE, que estabelece um regime de autonomia concebido em torno do que podemos qualificar como uma autonomia técnica de gestão, ou seja, a autonomia na adoção dos métodos e práticas adequadas à boa gestão da empresa⁶⁷².

A influência do *new public management* e da administração por resultados não deixou de produzir efeitos na letra da lei⁶⁷³, ao prever-se (i) um dever de reporte trimestral em matéria de execução dos objetivos fixados no plano de atividades e (ii) a responsabilidade pelos resultados obtidos.

Esta responsabilidade é assacada sob diversas formas. *Primeiro*, pela restrição à autonomia de gestão *em função dos resultados apresentados, quer ao nível operacional, quer ao nível do equilíbrio económico e financeiro ou sempre que a avaliação do desempenho dos administradores e da qualidade da gestão se revele negativa*.⁶⁷⁴ *Segundo* pela suscetibilidade de ser determinada a cessação de funções (dissolução do órgão colegial ou demissão⁶⁷⁵). *Terceiro*, pela responsabilidade civil, criminal ou financeira a que concretamente haja lugar.

Na nossa lei, a autonomia de gestão encontra restrições, pois certos atos e operações estão sujeitos a autorização prévia do titular da função acionista⁶⁷⁶: (i) prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de existir qualquer tipo de participação do garante no capital social da entidade beneficiária; (ii) celebração de atos ou negócios jurídicos dos quais 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.

Também a alienação de participações sociais, mesmo no caso das SGPS, está sujeita a autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector de atividade⁶⁷⁷.

Configura uma relevante limitação à autonomia de gestão a sujeição à fiscalização prévia do Tribunal de Contas quanto à legalidade e ao cabimento orçamental dos atos e contratos de

⁶⁷² Cfr. art.º 25.º do RJSPE.

⁶⁷³ *Idem*.

⁶⁷⁴ V. n.º 4 do art.º 25.º do RJSPE.

⁶⁷⁵ Cfr. artigos 24.º e 25.º do EGP.

⁶⁷⁶ N.º 5 do art.º 25.º do RJSPE.

⁶⁷⁷ Art.º 11.º do RJSPE.

qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos⁶⁷⁸.

Os termos destes limites à autonomia leva alguma doutrina a referir que o regime do RJSPE “*torna legítimo perguntar o que sobra da tão proclamada autonomia das empresas públicas*”⁶⁷⁹. Esta mesma doutrina põe em causa as normas e limites constantes dos artigos 27.º a 29.º do RJSPE, relativamente ao endividamento à unidade de tesouraria das empresas públicas não financeiras do sector empresarial do Estado, que estão obrigadas a manter as suas disponibilidades e aplicações junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP (IGCP, E.P.E.). É de *confessar* a dificuldade em aderir a esta posição no atual contexto das empresas públicas em face dos resultados financeiros negativos das empresas públicas; outra posição teríamos se outro fosse o modelo de gestão das empresas e de escolha dos gestores públicos, como se procura defender neste escrito.

3.10.3 Vicissitudes

As dificuldades em torno da orientação ao setor das empresas públicas não é um problema exclusivamente nacional, sendo que no caso nacional se diagnostica uma falta grave relativamente à definição de uma estratégia para as empresas públicas, tanto num plano geral, como setorial. Até mesmo da celebração de contratos de gestão, que tem previsão legal e se integra numa visão mais ampla de orientação por resultados, não temos evidência da respetiva celebração⁶⁸⁰, nem dos termos dos que hajam sido celebrados.

Essa circunstância vai ao encontro do diagnóstico da OCDE, que identifica dificuldades de o Estado se comportar, agir como proprietário de empresas, nem sempre sabendo posicionar-se enquanto tal, nomeadamente face ao papel das administrações. Contudo, sabemos que esse desiderato só é realizável se o governo das empresas públicas assentar num modelo orgânico e num quadro normativo claros.

⁶⁷⁸ Cfr. al. c) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas).

⁶⁷⁹ Eduardo Paz Ferreira/Ana Perestrelo de Oliveira/Miguel Ferro, *O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013*, in *Revista de Direito das Sociedades*, V, 2013, p. 481.

⁶⁸⁰ Cfr. Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “Setor empresarial do Estado 2021-2022”, fevereiro de 2024, p. 18, nota de rodapé 35.

Seguimos aqui a linha de que a justificação pelo Estado da propriedade de empresas, o modelo institucional e de gestão definidos, a informação sobre o setor e sobre as empresas são pressupostos da conceção de orientações para as empresas públicas.

Portanto, quaisquer orientações pressupõem que num momento anterior esteja efetivamente determinada a *ratio* da atividade empresarial do Estado e as empresas cuja atividade se integra nessa visão do Estado como empresário. Do mesmo modo que não está o Estado em condições de emanar orientações se o modelo institucional e orgânico através do qual tais orientações são concretizadas não estiver fixado ou o estiver de forma deficiente. Também o défice de informação pelo Estado sobre as empresas é um pressuposto elementar para que possa equacionar a definição da orientação e assegurar a *accountability* das empresas públicas⁶⁸¹.

Em Portugal, o Conselho das Finanças Públicas, seguindo de perto o Tribunal de Contas e até a OCDE sublinha a importância de uma atuação do Estado que garanta a emissão de orientações, a celebração de contratos de gestão, a apreciação de planos e orçamentos e a prestação de contas⁶⁸².

Paralelamente, os Estados têm reservas na concessão da autonomia de gestão, pela perda de controlo e de influência que a efetivação da autonomia na gestão de uma empresa pode revelar. Mesmo em casos como o de Portugal, em que está prevista a autonomia de gestão, trata-se de uma autonomia condicionada aos objetivos definidos pelo Estado, por um lado, e verdadeiramente restringida para a prática de certos atos, sujeitos a autorização prévia.

Por outro lado, o (des)equilíbrio que se discutiu, entre a orientação e a autonomia, parece não se ultrapassar pela natureza jurídica das empresas públicas, sobretudo se regimes de direito administrativo definirem meios especiais de intervenção do Estado e restrições à autonomia de gestão dos gestores. Esta autonomia será tanto maior quanto mais se garanta a independência político-partidária dos gestores, que se determina na designação e que potencia a autodeterminação gestionária.

O paradigma típico da agência caracterizado pelos cultores do direito das sociedades não deve ser encarado nos mesmos moldes nas empresas públicas, dado que os poderes de direito

⁶⁸¹ A *accountability* não é específica de uma entidade, mas transversal (*cfr.* Rhodes, *The new governance: governing without Government*, Political Studies (1996), XLIV, pp. 652-667), pelo que deve ser tratada como tal.

⁶⁸² Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 4/2022, Setor empresarial do Estado 2019-2020, maio de 2022, p. 23.

de que dispõe o Estado diminuem substancialmente o risco de perda de controlo enquanto sócios face à administração. De qualquer forma, concede-se na suscetibilidade de fenómenos próprios de agência pela escolha de titulares com diminuta competência técnica e sujeitos a influência ou orientação política na atividade gestionária, nessa medida, distantes da tutela do interesse público a que estão vinculados. Em Portugal, esse fenómeno pode acentuar-se pelo identificado processo de designação dos gestores públicos, cujas fragilidades se notou, bem como pelo reduzido controlo, registado nomeadamente pelo Tribunal de Contas.

Em suma e retomando a reflexão inicial, a fragilidade dos pressupostos tem como corolários a falha de orientação e de efetividade da autonomia. A OCDE defende a centralização do exercício da função de propriedade de empresas públicas como *meio* para um bom governo das mesmas e vários países vieram mesmo a acolher esse modelo.

Tendemos a aderir a este modelo para Portugal, mas não numa perspetiva de criação de qualquer entidade independente. Por um lado, porque os problemas da Administração não se resolvem com a criação de entidades independentes. Por outro, no caso das empresas públicas é a própria Constituição que impõe que a superintendência e tutela seja exercida pelo Governo, razão pela qual uma entidade desta natureza sempre deve ser de apoio ou consulta governamental, para exercício de poderes constitucionalmente cometidos ao Executivo.

No modelo vigente, que comete ao ministério das finanças o exercício da função acionista, a uma entidade desta natureza deve integrar-se no referido ministério, que em rigor já se encontra criada – a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial (UTAM), admitindo-se que as dificuldades no exercício de competências resultem da escassez de meios, que se repercute no incumprimento das obrigações de reporte das empresas públicas. Tanto mais que os dados mais recentes, relativos a 2022, indicam baixa execução na análise de planos de atividades e orçamento; por exemplo, no setor da saúde apenas 26 das 45 empresas suas integrantes viram os planos analisados pela UTAM⁶⁸³...

As vicissitudes relativamente à orientação e autonomia colocam-se também numa leitura sistemática face aos regimes de direito privado. O próprio poder de orientação nos termos

⁶⁸³ Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “Setor empresarial do Estado 2021-2022”, fevereiro de 2024, p. 18.

em que está concebido extravasa os poderes típicos dos acionistas nas empresas privadas, portanto comprimindo a autonomia de gestão.

De tal sorte que constitui um dever do gestor público o cumprimento das orientações emanadas ao abrigo das regras do RJSPE⁶⁸⁴, cominando a lei com a demissão a falta de cumprimento das mesmas⁶⁸⁵, portanto está configurado expressamente como justa causa de destituição o incumprimento das orientações do titular da função acionista, assim reforçando a nossa tese da subordinação ao poder político e de afetação da autonomia de gestão, portanto com contornos diferentes do direito das sociedades (seja na autonomia de quem administra, seja dos fundamentos de destituição ou do próprio dever de lealdade à sociedade).

Neste âmbito, como refere DUARTE SCHMIDT LINO⁶⁸⁶, tratando-se de empresas de capitais mistos públicos e privados a consequência pode ser a de um desequilíbrio a favor do Estado e potencializar os conflitos entre acionistas majoritários e minoritários que as recomendações da OCDE têm vindo a sublinhar.

Este desequilíbrio a favor do Estado suscita reservas e dificuldades nas empresas sob forma privada, portanto nas sociedades comerciais, sobretudo as que agem em mercado concorrencial, que só poderão fazê-lo se estiverem *em pé de igualdade* com os demais *players* do mercado.

De um lado, é a própria Constituição que comete ao Governo o exercício de poderes de superintendência e tutela sobre a administração indireta. Mas a opção por empresas sob forma privada teria como efeito o uso dos meios de intervenção próprios do direito privado, *maxime* do direito das sociedades⁶⁸⁷, salvo se razões imperiosas justifiquem intervenção distinta daquela que o direito comum prevê⁶⁸⁸.

O direito constituído rumou noutro sentido, porventura mais alinhado com o que vimos defendendo sobre a transversalidade da superintendência e tutela e a desvalorização da forma jurídica, salvo quando se imponha. Isto é, a forma como foi concebidas a intervenção do Estado nas empresas públicas e relativamente aos gestores públicos, através de regras de

⁶⁸⁴ Art.º 5.º do EGP.

⁶⁸⁵ Art.º 25.º do EGP.

⁶⁸⁶ Duarte Schmidt Lino/ Pedro Lomba, *Democratizar...*, p. 699.

⁶⁸⁷ Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 270-271.

⁶⁸⁸ *Idem*.

direito administrativo relativas à designação, orientação, autonomia ou demissão não se distinguiu tanto em função da natureza pública ou privada da pessoa coletiva, antes se uniformizou em razão de se tratar de empresas públicas⁶⁸⁹.

Portanto, de forma distinta do que antecipava PAULO OTERO⁶⁹⁰, quanto ao exercício de poderes tutelares típicos quanto às empresas sob forma pública e de uma intervenção circunscrita aos poderes próprios do acionista, no caso das empresas públicas sob forma privada (com uso excepcional de poderes de direito público).

Naturalmente que esta perspetiva assenta na ideia de que o Estado não deve utilizar o direito administrativo como meio de favorecimento das empresas públicas/sociedades comerciais, relativamente às empresas privadas concorrentes, por respeito ao princípio da igualdade entre os agentes económicos.

Ora, ao invés desse risco, o que as normas de direito positivo e os poderes de direito administrativo parecem gerar é uma contração da autonomia de gestão que viabilize um modelo de gestão próprio da natureza empresarial das entidades. Especialmente no caso das sociedades comerciais e mais ainda nas que atuem em mercado concorrencial.

Portanto, é o próprio regime legal que afeta a autonomia de gestão. Não temos dados ou informação que permitam concluir que o modelo de governo das empresas públicas é o que as coloca numa situação, nomeadamente financeira, de fragilidade. E, em muitos casos, em dificuldade de competir em mercados concorrenciais. Mas dispomos de dados objetivos quanto ao desempenho financeiro das empresas públicas, com um evidente desequilíbrio financeiro, não podendo o modelo de governo ser desconsiderado como potencial contributo para o resultado.

Como tivemos oportunidade de notar, em 2022 o setor empresarial do Estado recuperou, com um volume de negócios agregado das empresas não financeiras de 13,3 mil milhões de euros em 2022, superior aos 10,1 mil milhões de euros de 2021, *“como reflexo da retoma da*

⁶⁸⁹ No RJSPE e no EGP. Mas até mesmo no plano patrimonial e seja qual for a forma jurídica das empresas, como é exemplo o regime de organização e funcionamento do XXIV Governo Constitucional (Decreto-Lei n.º 32/2024, de 10 de maio) que no respetivo art.º 34.º prevê que *“A alienação, a permuta, a oneração e a cedência de utilização do património imobiliário do Estado e de qualquer entidade da administração direta ou indireta do Estado ou do setor público empresarial estão dependentes de despacho do Primeiro-Ministro, que pode delegar em qualquer membro do Governo, com faculdade de subdelegação, a referida competência.”*

⁶⁹⁰ Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 313.

*atividade económica após a pandemia e do levantamento das restrições que estavam ainda em vigor*⁶⁹¹. Mas o resultado líquido negativo é ainda de 1,2 mil milhões de euros em 2022.

3.10.4 A contratualização nos movimentos de bom governo

Como se notou no quadro histórico-jurídico deste trabalho, nos anos 80 do século passado as ideias ínsitas ao *new public management* trilharam o seu caminho e vieram até a sofrer alguns desenvolvimentos, designadamente através do *new governance*, que mais não são do que movimentos com o objetivo comum de uma melhor governação da Administração⁶⁹². Este último, o *new governance*, com o desenvolvimento de pretensamente dar enfoque aos “problemas públicos”, envolvendo entes públicos e privados na sua resolução numa visão de *colaboração*. Como refere SALAMON, “no centro desta “nova governação” está uma mudança no paradigma básico que orienta a ação sobre os problemas públicos. Em vez de se concentrar em agências públicas ou programas públicos, a “nova governação” desloca o foco de atenção para as ferramentas ou tecnologias utilizadas para resolver os problemas públicos. Subjacente a esta mudança está o reconhecimento de que diferentes ferramentas têm as suas próprias características que conferem um carácter distintivo ao funcionamento dos programas públicos.”⁶⁹³.

Este curso das ideias não se cingiu às empresas públicas, embora quanto a estas a influência do “corporate governance”, assente em conceções dos movimentos designados de “new public management” e de “new public governance”, com vocação para uma gestão por resultados (“managing for results”) e no constante acompanhamento e monitorização do desempenho (“performance”), se tenha revelado mais notório.

No fundo, estamos perante visões tendencialmente defensoras da sujeição da Administração a critérios, métodos e modelos de governo utilizados no setor privado, para a maior eficiência e desempenho dos serviços, o que leva PAULO OTERO a defender que esta será uma Administração de corpo inserida no setor público e de alma no setor privado.

⁶⁹¹ Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “Setor empresarial do Estado 2021-2022”, fevereiro de 2024.

⁶⁹² Pedro Costa Gonçalves, *Ensaio...*, pp. 18 e ss.

⁶⁹³ Lester M. Salamon, *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*, 28 Fordham Urb. L.J. 1611 (2001), p. 1640 (tradução livre do Inglês).

Nesta senda e por que temos vindo a tratar de intervenção pública, orientações e autonomia, a contratualização assume um papel central enquanto fonte de vinculação da Administração, tendo inclusivamente alguns autores estrangeiros e portugueses que assinalado que o contrato assumiu o papel central na gestão empresarial da Administração Pública ou até mesmo a forma de comunicação do setor público⁶⁹⁴, seja por via de contratos ditos *internos* – portanto celebrados dentro da Administração (ex.: Estado-hospitais) – seja através de contratos de gestão, com gestores públicos. Trata-se da tal idealização da gestão pautada por objetivos e resultados, que a partir da década de 80 do século XX advoga a atuação jurídico-administrativa sob forma de contrato⁶⁹⁵,

A nosso ver, no caso português isso revela-se no plano normativo, mas nem sempre com a desejável efetividade, sobretudo no caso dos contratos de gestão.

Mas convém lembrar de novo que desde pelo menos a década de 60 do século passado que o planeamento económico deu vida aos “contratos-programa” ou “contratos económicos”, entre o Estado e as empresas públicas, nomeadamente em França⁶⁹⁶, já com uma visão de concessão de certa autonomia de gestão às empresas⁶⁹⁷.

Aliás, sob inspiração francesa, veio há muito o texto da Constituição⁶⁹⁸ prever os contratos-programa, enquanto instrumentos de planificação económica⁶⁹⁹ então em voga no contexto pós-revolução de 25 de abril de 1974. Portanto, não propriamente com os contornos do contrato de gestão⁷⁰⁰. E também como se referiu atrás, tal repercutiu-se nas bases gerais das empresas públicas de 1976 e na menção aos contratos-programa para fixação dos objetivos

⁶⁹⁴ Jan-Erik Lane, *New public management: an introduction*, Routledge edit., 2000, p. 147 e Pedro Costa Gonçalves, *Ensaio...*, p. 20.

⁶⁹⁵ Entre vários, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, Almedina, 5.ª ed., 2021, p. 15.

⁶⁹⁶ Sérvulo Correia, *Os contratos económicos perante a Constituição*, in *Nos dez anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 96.

⁶⁹⁷ *Cfr.* Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Económico*, 2.ª parte, AAFDL editora, 1979, pp. 608-609.

⁶⁹⁸ *Cfr.* n.º 1 do art.º 92.º da versão do texto original da Constituição de 1976.

⁶⁹⁹ Em termos mais remotos, António Sousa Franco, *Noções de Direito da Economia*, 1.º volume, AAFDL, 1982/1983, pp. 333 e ss.

⁷⁰⁰ Luís Silva Morais, *As relações entre o Estado e as empresas públicas*, in *Estudos sobre o novo regime do setor empresarial do Estado*, Almedina, 2000, p. 123.

gestionários⁷⁰¹, ou mais tarde no Estatuto do gestor público de 1982, já na perspectiva defensora da celebração de contratos de gestão.

Como vimos, hoje essa visão está patente no contrato de gestão, que corresponde ao “*management contract*” ou “contrato de *performance*”) ou ainda por exemplo nos contratos-programa, celebrados com as EPE que prestam serviços de saúde. Pela contratualização, procura-se também equilibrar as dificuldades próprias da determinação unilateral pelo Estado com as contingências e receios da autonomia de gestão.

3.11 Do controlo da atividade do gestor público

Enquanto titular do órgão de gestão de uma empresa pública, o gestor público está sujeito a formas de controlo da sua atividade. O gestor público está sujeito a orientações do Governo, goza de certa autonomia de gestão, mas enquanto titular de um alto cargo público que é⁷⁰², está abrangido por um controlo amplo, exercido pela Assembleia da República relativamente ao Governo e a Administração, pelo Governo e entidades administrativas de apoio relativamente à administração indireta e ainda pelos tribunais, no quadro da função jurisdicional.

As formas e os meios de controlo das ações e omissões do gestor público, sobre o qual incide o controlo das empresas públicas, são, portanto, de nível parlamentar, administrativo e jurisdicional, daí podendo ser assacada a devida responsabilidade do gestor público.

3.11.1 Controlo pela Assembleia da República

No que respeita ao controlo pela Assembleia da República, esta dispõe de competência genérica para apreciação dos atos do Governo e da Administração⁷⁰³; no entanto, o órgão superior da Administração é o Governo, que exerce os poderes de tutela sobre as empresas públicas seja sob forma pública, seja sob forma privada, conforme concretizado pelo legislador, tanto no RJSPE, como no EGP.

⁷⁰¹ V. al. b) do n.º 2 do art.º 21.º do DL 260/76, de 8 de abril.

⁷⁰² Vide n.º 1 do art.º 3.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.

⁷⁰³ Cfr. al. a) do art.º 162.º da Constituição.

Qualquer meio de controlo parlamentar tem de equilibrar as competências de fiscalização e controlo de que o Parlamento dispõe com a separação de poderes, não sendo constitucionalmente admissível à Assembleia a prática de atos de fiscalização que consubstanciem a usurpação de funções do Governo e da Administração⁷⁰⁴.

Já será de aceitar com naturalidade a fiscalização do Governo pelo Parlamento, que tipicamente incidirá sobre a administração central do Estado⁷⁰⁵, no âmbito da responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República.

Além do mais, o Parlamento dispõe de poder de controlo⁷⁰⁶, autónomo dessa responsabilidade política entre Parlamento e Governo e que é própria até de sistemas não parlamentares⁷⁰⁷, expressamente regulado no art.º 162.º da Constituição.

O controlo parlamentar da atividade das empresas públicas e dos gestores públicos pode deparar-se com limites próprios da atividade desenvolvida pela concreta empresa pública que é alvo de controlo. Nas empresas que atuem em mercado concorrencial, o segredo comercial e a concorrência podem condicionar a divulgação de informação, o que no caso das empresas de capitais mistos se torna mais complexo, pela *susceptibilidade de serem titulares de direitos fundamentais perante o próprio Estado*⁷⁰⁸.

O controlo do Parlamento relativamente às empresas públicas opera ainda em sede de Orçamento de Estado, como é evidenciado nas sucessivas Leis do Orçamento de Estado, como aquela que vigora à data da escrita deste texto⁷⁰⁹, para além da habitual apreciação de documentos produzidos pelo Conselho de Finanças Públicas ou pelo Tribunal de Contas, ao

⁷⁰⁴ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4.ª edição vol. II, p. 299, anotação ao artigo 162.º. Com uma visão distinta sobre a intensidade do controlo parlamentar, Duarte Schmidt Lino/ Pedro Lomba, *Democratizar...*, pp. 708 e ss.

⁷⁰⁵ Gomes Canotilho, *Teoria...*, p. 605.

⁷⁰⁶ António Vitorino, *O controlo parlamentar dos actos de governo*, obra coletiva, Baptista Coelho (org) in Portugal. O Sistema Político e Constitucional, Lisboa, 1989, pp. 369 e segs.

⁷⁰⁷ Assim, Gomes Canotilho, *Teoria...*, p. 635. Contra, numa visão unitária, Carlos Blanco de Moraes, *O sistema...*, pp. 682-683.

⁷⁰⁸ Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 312 e p. 330.

⁷⁰⁹ Orçamento de Estado para 2024, aprovado pela Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro, artigos 18.º e ss. Com destaque, por exemplo, para as disposições para as empresas públicas relativas a (i) gastos operacionais; (ii) endividamento; (iii) recuperação financeira; (iv) pagamentos em atraso; (v) transparência – artigos 37.º a 41.º da Lei do Orçamento de Estado para 2024.

nível das comissões parlamentares permanentes.

Tipicamente, os meios ou instrumentos de controlo do Parlamento relativamente às empresas públicas e à respetiva gestão assumem a forma de⁷¹⁰ (i) perguntas ao Governo⁷¹¹; (ii) pedidos ao Governo, às empresas públicas, a outras entidades de elementos ou informações⁷¹²; (iii) apreciação de informação nas comissões permanentes⁷¹³; (iv) constituição de comissões de inquérito⁷¹⁴; (v) audição aos gestores públicos em comissão, que pode ser potestativa⁷¹⁵. O controlo pode traduzir-se ainda em recomendações, que Assembleia emana em quantidade sob forma de resoluções, ou através da apreciação de petições.

O controlo das empresas públicas e da atividade de gestão pelo Parlamento nunca pode significar uma destituição ou demissão do gestor público por ato da Assembleia da República, pois as empresas públicas não estão sujeitas a tutela parlamentar, antes sim governamental, o que se repercute no regime legal do EGP em matéria de dissolução e demissão.

No entanto, é indubitável que a factualidade conhecida ou apurada no quadro dos poderes de controlo do Parlamento, seja através das perguntas, interpelações, debates, audições, inquéritos, o que for, poderá refletir-se no Governo ou na administração das empresas.

No que se refere à responsabilidade política do Governo, em última análise, o que se vier a apurar em matéria de exercício da superintendência e tutela sobre a empresa poderá resultar na apresentação de uma moção de censura pelo Parlamento. Igualmente, em matéria de exercício da função legislativa pelo Governo relativamente às empresas públicas, poderá o Parlamento usar mão da apreciação parlamentar de decretos-leis ou suscitar a fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade de normas.

Este controlo parlamentar pode, por sua vez, refletir-se nos atos a praticar pelo Governo

⁷¹⁰ Em geral, José de Melo Alexandrino, *Lições...*, vol. II, pp. 158-159 ou com mais detalhe, Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 331-334.

⁷¹¹ Al. *d)* do art.º 156.º da Constituição e al. *d)* do n.º 1 do art.º 4.º do Regimento da Assembleia da República.

⁷¹² *Cfr.* al. *e)* do art.º 156.º da Constituição e al. *e)* do n.º 1 do art.º 4.º do Regimento da Assembleia da República.

⁷¹³ *Cfr.* al. *f)* do art.º 35.º do Regimento da Assembleia da República *ex vi* da al. *a)* do art.º 162.º da Constituição.

⁷¹⁴ V. al. *f)* do art.º 156.º e al. *f)* do n.º 2 do art.º 180.º da Constituição, bem como a al. *f)* do n.º 1 do art.º 4.º, al. *i)* do art.º 8.º do Regimento da Assembleia da República.

⁷¹⁵ V. n.º 2 do art.º 102.º e n.º 3 do art.º 104.º do Regimento da Assembleia da República.

relativamente à empresa ou mais concretamente ao gestor público, pois que a violação de lei, de estatutos ou o mau desempenho, eventualmente apurados pela Assembleia, poderão constituir fundamento legal para a dissolução do conselho de administração e a demissão do gestor público⁷¹⁶, portanto pode o titular da função acionista dissolver o conselho de administração ou o gestor público, pelo que haja o Parlamento apurado.

Finalmente, se perante a informação apurada no exercício de qualquer das prerrogativas parlamentares (audições, inquéritos, análise de informação prestada) se vier a apurar a prática de crimes, tanto a Assembleia da República como o Governo devem promover a respetiva participação ao Ministério Público.

A factualidade apurada poderá hipoteticamente ainda desencadear o apuramento de responsabilidade civil ou financeira a que haja lugar.

3.11.2 Controlo pelo Governo e Administração

3.11.2.1 O controlo e a tutela

Como se vem repetindo, o poder de tutela radica na Constituição, enquanto poder próprio do Governo de controlo da administração indireta, cabendo a este exercê-lo relativamente às empresas públicas e aos seus gestores, para tutela do interesse público⁷¹⁷. Como sintetiza PAULO OTERO, o Governo dispõe de “*poderes de intervenção intra-administrativa sobre quase todas as estruturas decisórias administrativas, enquanto expressão concretizadora do princípio da unidade da Administração.*”⁷¹⁸.

Tal sucede pois as empresas públicas não são independentes, isto é “não se auto-administram”⁷¹⁹, estando sujeitas a tutela ou a tutelas de diferente natureza, através de normas de competência categorizáveis, a nosso ver e seguindo PEDRO MONIZ LOPES⁷²⁰, como normas de competência tutelar inspetiva (pela competência inspetiva da IGF, por ex.),

⁷¹⁶ Artigos 24.º e 25.º do EGP.

⁷¹⁷ Neste sentido, Encarnación Montoya Martín, *Las empresas públicas...*, pp. 101 e ss.

⁷¹⁸ Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 307.

⁷¹⁹ Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, p. 349.

⁷²⁰ Com detalhe, Pedro Moniz Lopes, *Normas de competência de tutela administrativa*, in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão, *Organização administrativa: novos atores, novos modelos*, vol. II, AAFDL, 2018, pp. 769-770.

normas de competência tutelar sancionatória – pela previsão de atos de demissão-sanção dos gestores – e até normas de competência tutelar integrativa, pela atribuição de competência ao titular da função acionista de competências de autorização prévia para a prática de atos (*cf.* o n.º 5 do art.º 25.º do RJSPE).

A tutela, enquanto conjunto de poderes legais de controlo e fiscalização, sem cariz orientador, para garantir o cumprimento da legalidade ou mérito⁷²¹, tem no caso das empresas públicas como destinatários os gestores públicos que as administram⁷²². Isto é, sobre os gestores públicos recai o controlo próprio da tutela.

Claro está que a distinta forma jurídica das empresas públicas – pessoas coletivas públicas e sociedades comerciais – tipicamente significaria quanto às segundas, respetivamente, uma intervenção do Estado à semelhança de qualquer acionista⁷²³, sob a batuta do princípio da igualdade. Porém, o direito constituído não adotou essa linha.

De todo o modo, ao invés de certos autores, é nosso entendimento – alinhado com o princípio da unidade de Administração – de que a tutela é um poder comum às empresas sob forma pública ou sob forma privada, justificando-se os poderes próprios da tutela, mesmo relativamente a sociedades comerciais, para salvaguarda do interesse público.

E os poderes de controlo ínsitos ao que a lei veio a designar de *função acionista*, relativamente às empresas cujo capital social ou estatutário detém, concretizam a tutela. O exercício e exteriorização desses poderes é que poderá ser distinto, em razão da natureza jurídica da entidade tutelada, através de atos de direito privado/das sociedades ou de direito administrativo, portanto a supramencionada *via interna* e a *via administrativa*⁷²⁴.

Tal significa também que, pelo menos em tese, o exercício dos poderes de tutela pode sofrer limitação em razão da natureza jurídica da entidade tutelada, por exemplo no caso das empresas que atuem em mercado concorrencial, para salvaguarda da concorrência, do segredo, como referimos. Ou no caso das empresas de capitais mistos, pela necessária

⁷²¹ Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pp. 729 e ss.; Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 910 e ss. No sentido de a tutela integrar poderes de coordenação, Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 10.ª edição, pp. 230 e ss.

⁷²² Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 793-794.

⁷²³ Assim, Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 270.

⁷²⁴ *Idem.*

proteção da posição jurídica dos acionistas privados e até da titularidade de direitos fundamentais perante o Estado.

Este último ponto, da proteção da posição jurídica dos acionistas privados em sociedades de capitais mistos, pode aqui ser relevante, pois se é certo que a preocupação da doutrina relativamente aos poderes públicos sempre foi a de tais poderes hipoteticamente constituírem a atribuição de vantagem ao Estado, em violação do Direito Europeu e da concorrência, a verdade é que, ao invés, a *presença pública* configura muitas vezes uma verdadeira desvantagem... Com real prejuízo para a atividade comercial.

Por outras palavras, os poderes públicos relativamente às empresas públicas, seja de superintendência, seja de tutela, são muitas vezes um dos fatores perturbadores da boa gestão empresarial, em ambientes de mercado altamente concorrenciais (como o transporte aéreo de passageiros). Nesses casos, os privados que sejam titulares de ações da empresa, podem exigir o ressarcimento dos danos que a intervenção pública lhes provoque, no quadro da responsabilidade civil. Daqui podem resultar conflitos societários, seja no plano da administração (entre administradores designados pelo Estado e administradores designados por privados) ou em sede de assembleia-geral, entre acionistas.

Trata-se de um controlo próprio do direito administrativo, que o legislador reservou para regras de direito público, fora dos padrões típicos do direito das sociedades, o que se compreende e enquadra pela génese da relação do Estado com as empresas públicas, que é jurídico-administrativa, independentemente da personalidade jurídica da concreta empresa.

Apesar do controlo *de direito* das empresas públicas, as falhas de controlo *de facto* do Estado relativamente às empresas públicas e os seus gestores geram distorções entre o Estado/os cidadãos e os gestores, colocando os gestores públicos com maior capacidade de controlo da empresa e sua atividade, por vezes desalinhada com o interesse público.

Reflexamente, convém notar que perante os poderes de controlo do Estado relativamente às empresas públicas e seus gestores, têm estes o dever de prestação de contas pela sua ação gestionária, podendo ser assacada responsabilidade pelo incumprimento dos objetivos a que os gestores se propuseram, como é visível no Estatuto do Gestor Público.

O controlo pode categorizar-se sob diversas formas⁷²⁵: (i) em razão da competência; (ii) em razão do objeto; (iii) em razão do parâmetro e meios de controlo. O controlo pode também ser preventivo ou sucessivo⁷²⁶. Encontrando-se a competência identificada, no quadro da tutela, e sendo o objeto a atividade de gestão do gestor público *latu sensu*, na legalidade e no mérito, é sobre os meios de controlo que incidiremos a análise.

3.11.2.2 Os meios de controlo

No caso dos meios de controlo, no direito constituído genericamente são comuns às empresas públicas sob forma pública e sob forma de sociedades comerciais, como é patente dos regimes do RJSPE, do EGP e demais legislação relativa à fiscalização. Nomeadamente o próprio Código das Sociedades Comerciais, que se aplica às empresas sob forma pública e sob forma privada, em tudo quanto não seja derogado pelo direito administrativo, atenta a remissão para o direito privado pelos regimes de direito público (RJSPE).

No âmbito do *soft law*, a OCDE tem desenvolvido vários trabalhos, que apontam que a prevenção dos fenómenos de défice de controlo por parte do Estado exige formas de controlo articuladas, seja através de entidades centralizadoras que exercem a correspondente função acionista – num plano de análise, orientação, controlo – seja mediante adoção dos meios próprios do direito privado, como é o caso dos conselhos fiscais e das auditorias externas⁷²⁷.

Nesta linha, destaca a OCDE que “[h]á uma tendência para alguns governos confiarem principalmente nos organismos de auditoria estatais existentes e noutras instâncias de controlo intragovernamentais mas as diretrizes da OCDE para as empresas públicas recomendam que, para reforçar a confiança nas informações fornecidas, o Estado deve exigir que todas as grandes empresas públicas sejam objeto de auditorias externas

⁷²⁵ Gaetano d’Auria, *I controlli*, in Sabino Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, quinta edizione, pp. 545 e ss. ou ainda Mario Stella Richter jr., *I controlli*, in Carlo Ibbá (coord.), *La società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, 426, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 155 e ss.

⁷²⁶ *Idem*.

⁷²⁷ OECD (2020), *Organising the State Ownership Function* ou OECD (2020), *Transparency and Disclosure Practices of State-Owned Enterprises and their Owners*.

efectuadas em conformidade com as normas internacionais.”⁷²⁸. Ou seja, a organização sublinha – e a nosso ver com acuidade – que a circunstância de o controlo ser interno, exercido no seio da Administração, pode acarretar riscos para a fiabilidade da informação, a que acrescentamos a eventualidade de conflitos de interesses⁷²⁹.

Concretamente ao nível do direito positivo, identificam-se diversos meios de controlo do gestor público:

- (i) *O controlo próprio do acionista relativamente à administração, nos termos gerais do direito das sociedades*

Neste plano, subsumir-se-á indiretamente na tutela o controlo que seja exercido por órgãos designados pelo acionista público, consoante o concreto modelo de sociedade comercial em causa.

Nas sociedades comerciais, o controlo pode ser exercido pelo conselho fiscal – que integra pelo menos 1 membro designado pela DGTF –, pela comissão de auditoria (no modelo anglo-saxónico) ou pelo conselho geral e de supervisão (no modelo germânico). Sem esquecer os poderes de controlo do revisor oficial de contas e dos auditores.

- (ii) *O controlo previsto em regimes de direito público*

O controlo mais evidente é aquele que se encontra expressamente previsto no RJSPE e no EGP, que o Tribunal de Contas, seguido pelo Conselho de Finanças Públicas sumariam nos poderes de (i) definição de orientações e objetivos, (ii) celebração de contratos de gestão, (iii) apreciação e aprovação de planos de atividades e orçamentos e (iv) apreciação dos documentos de prestação de contas.

Na nossa leitura, o controlo que se retira dos regimes de direito administrativo é aquele que é exercido (i) pelo titular da função acionista e órgãos de apoio e (ii) pelos serviços inspetivos, como a Inspeção Geral de Finanças.

⁷²⁸ OECD (2020), *Transparency and Disclosure Practices of State-Owned Enterprises and their Owners*, p. 19.

⁷²⁹ Sobre o tema, Manuel Lopes Porto/ João Nuno Calvão da Silva, *Corporate...*, pp. 389 e ss.

Seguimos de perto, com adaptações, a leitura que é feita pelo Tribunal de Contas e pelo Conselho de Finanças Públicas, identificando normas habilitantes de exercício de competências de controlo de diversa natureza.

No entanto, afastamos as orientações dos ditos poderes de controlo, na medida em que as mesmas se integram em poderes próprios da superintendência, de orientação, não da tutela e controlo. As orientações serão outrossim *parâmetros* do controlo, mas não uma qualquer tipologia autónoma de controlo. Também assim, o contrato de gestão será um parâmetro do controlo por parte do titular da função acionista, não um meio.

No direito constituído, subsumir-se-ão no controlo exercido pelo titular da função acionista, a título de exemplo, (i) a sujeição a autorização prévia do acionista para a prática de determinados atos de cariz financeiro⁷³⁰ e (ii) a sujeição a autorização da alienação de participações sociais⁷³¹. Também em outros regimes jurídicos se identificam meios de controlo semelhantes, como a necessidade de autorização prévia do Primeiro-Ministro para alienação ou oneração de património imobiliário⁷³². Trata-se de normas que preveem um *controlo prévio e necessário*, dado que o gestor não pode praticar o ato sem a autorização, sob pena de invalidade.

O *controlo sucessivo* pelo titular da função acionista está também contemplado nas normas que estipulam os deveres de reporte do gestor público relativamente à sua atividade, inclusivamente trimestral. São as *obrigações de divulgação* gerais e os *deveres de reporte* ao titular da função acionista, definidos no RJSPE⁷³³.

Integram-se também nos poderes de *controlo*, mas exercidos por outras entidades da Administração, como os poderes exercidos pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças

⁷³⁰ *cf.* o n.º 5 do art.º 25.º do RJSPE. Ou seja, (i) a prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de existir qualquer tipo de participação do garante no capital social da entidade beneficiária e (ii) a celebração de atos ou negócios jurídicos dos quais 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.

⁷³¹ Art.º 11.º do RJSPE.

⁷³² V. o art.º 34.º do Decreto-Lei n.º 32/2024, de 10 de maio.

⁷³³ Como suprarreferido, as obrigações de divulgação estão previstas no art.º 44.º do RJSPE. E os deveres de reporte estão plasmados no n.º 2 do art.º 25.º e no art.º 45.º do RJSPE.

(DGTF)⁷³⁴, pela Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP (IGCP, E.P.E.)⁷³⁵ ou os poderes exercidos pela Inspeção-Geral de Finanças⁷³⁶.

Também a UTAM exerce funções no âmbito do controlo administrativo⁷³⁷, nomeadamente enquanto avaliador do cumprimento das orientações e objetivos de gestão e o desempenho anual do órgão de administração, remetendo os respetivos resultados à DGTF, a fim de serem integrados no processo de apreciação dos documentos anuais de prestação de contas.

Em regra, trata-se de um *controlo sucessivo*, mas também se prevê um *controlo preventivo* ao nível do endividamento: certas empresas públicas não financeiras do sector empresarial do Estado, que, 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 aplicáveis⁷³⁸.

Entendemos caracterizar-se como um controlo administrativo *sucessivo* o exercido pela Entidade para a Transparência (“órgão independente que funciona junto do Tribunal Constitucional”), quanto à declaração entregue pelo gestor público no prazo de 60 dias contado a partir da data de início do exercício das respetivas funções – a designada “declaração única de rendimentos, património, interesses, incompatibilidades e impedimentos”⁷³⁹.

Tal como se notou, a efetividade deste controlo apresenta fragilidades, na celebração de contratos de gestão ou na análise dos instrumentos de gestão pela UTAM e DGTF. O Tribunal de Contas tem sublinhado a insuficiência da informação existente, defendendo o Conselho de Finanças Públicas a essencialidade *uma única fonte que reúna informação*

⁷³⁴ Cfr. n.º 2 do art.º 28.º, n.º 4 do art.º 29.º, n.º 11 do art.º 39.º, todos do RJSPE. E ainda as atribuições da DGTF, no art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 156/2012, de 18 de julho. A DGTF tem procurado também intervir pedagogicamente, como é exemplo paradigmático o “Guia de Apoio à Atividade dos Gestores Públicos”, publicado no site institucional da DGTF em abril de 2024.

⁷³⁵ V. o art.º 28.º, n.º 5 do art.º 29.º, ambos do RJSPE. O IGCP tem nas suas atribuições principais precisamente o controlo do setor público empresarial (art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 200/2012, de 27 de agosto).

⁷³⁶ Cfr. n.º 2 do art.º 26.º, n.º 1 do art.º 52.º, n.º 2 e 3 do art.º 64.º, todos do RJSPE. No respetivo diploma orgânico, genericamente o n.º 1 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 96/2012, de 23 de abril.

⁷³⁷ Em especial, art.º 4.º do Decreto Regulamentar n.º 1/2014, de 10 de fevereiro.

⁷³⁸ V. n.º 4 do art.º 29.º do RJSPE.

⁷³⁹ Cfr. art.º 13.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho e artigos 2.º e 8.º da Lei Orgânica n.º 4/2019, de 13 de setembro.

*devidamente atualizada sobre todas as entidades detidas direta ou indiretamente pelo Estado e que seja publicamente disponível e acessível, contribuindo, assim, para uma maior transparência.*⁷⁴⁰.

3.11.3 Controlo pelos tribunais

No plano do controlo pelos tribunais, é destacável o controlo exercido pelo Tribunal de Contas, pela sujeição à fiscalização prévia do Tribunal de Contas quanto à legalidade e ao cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos⁷⁴¹, sem prejuízo das normas relativas à incidência, isenção e dispensa da fiscalização prévia que estão previstas na Lei n.º 98/97, de 26 de agosto. Neste âmbito, estamos perante um controlo iminentemente financeiro.

O Tribunal de Contas dispõe ainda de competência material quanto à efetivação de responsabilidades financeiras de quem gere e utiliza dinheiros públicos⁷⁴², como é o caso dos gestores públicos, sendo aliás aí que reside um dos principais “receios” dos titulares de cargos públicos, em razão dos montantes de reposição determinados pelo Tribunal, em diversos arestos, ao abrigo do regime da responsabilidade financeira reintegratória⁷⁴³.

Genericamente, podem os tribunais comuns ou administrativos⁷⁴⁴, consoante o caso, ser chamados a julgar litígios que têm na sua génese o apuramento da responsabilidade civil ou criminal do gestor público, por atos ou omissões no exercício de funções.

Na medida em que do exercício da função administrativa de controlo resultam atos que determinam a cessação de funções do gestor público, a legalidade da demissão do gestor

⁷⁴⁰ Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “Setor empresarial do Estado 2021-2022”, fevereiro de 2024, p. 19.

⁷⁴¹ Cfr. al. c) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas).

⁷⁴² V. a al. e) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

⁷⁴³ Cfr. art.º 58.º e ss. da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

⁷⁴⁴ A determinação da jurisdição é controvertida, tanto na doutrina, como na vasta jurisprudência. Mantém interesse, Miguel Assis Raimundo, *As empresas públicas...ou*, devidamente atualizado às normas processuais vigentes, Mário Aroso de Almeida, *Manual de processo administrativo*, Almedina, 2024, pp 171 e ss.

ou da dissolução será objeto de apreciação jurisdicional, mais controversa no caso da cessação de funções *por mera conveniência*⁷⁴⁵.

3.12 Efeitos do controlo: apontamento

Os efeitos do controlo exercido no plano administrativo deveriam, antes de mais, repercutir-se numa avaliação de desempenho, que tem previsão legal, sem que tenha visto a *lux do dia*. Precisamente em face das orientações, do contrato de gestão e das boas práticas de governo das sociedades, enquanto parâmetros do agir do gestor, caberia avaliar o gestor público, seja pelo Governo, seja no âmbito da empresa, consoante o concreto modelo societário⁷⁴⁶.

Os atos e omissões do gestor público são evidentemente passíveis de apuramento de responsabilidade⁷⁴⁷ e consequências:

- a. Num **plano administrativo**, pela restrição à autonomia de gestão *em função dos resultados apresentados, quer ao nível operacional, quer ao nível do equilíbrio económico e financeiro ou sempre que a avaliação do desempenho dos administradores e da qualidade da gestão se revele negativa*.⁷⁴⁸;
- b. Num **plano funcional**, pela decisão de cessação de funções (dissolução do órgão colegial ou demissão⁷⁴⁹);

⁷⁴⁵ A invocação da conveniência de serviço como fundamento de ato administrativo teve atenção por parte da jurisprudência, em especial na sequência do Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de agosto, tendo o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 266/87 decidido declarar inconstitucional o art.º 1.º do diploma, por considerar que o mesmo colidia com as exigências de fundamentação constitucionalmente previstas no art.º 268.º da Constituição, após a Revisão Constitucional de 1982 (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 266/87, de 8 de julho, relator Monteiro Diniz, disponível in www.tribunalconstitucional.pt). Essa vai sendo a perspetiva do STA, ou seja, de afastar a suficiência da invocação da conveniência de serviço para fundamentar um ato administrativo, nomeadamente porque a esse ato falta sempre a explicitação dos motivos que conduziram ao mesmo, inviabilizando que um destinatário normal descortine os elementos considerados para a exoneração (v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23-09-1997, proc. 040173, relator Fernandes Cadilha, disponível in www.dgsi.pt).

⁷⁴⁶ Cfr. artigos 6.º e 7.º do EGP.

⁷⁴⁷ Coutinho de Abreu, *Sobre os gestores...*, pp. 43-44.

⁷⁴⁸ V. n.º 4 do art.º 25.º do RJSPE.

⁷⁴⁹ Cfr. artigos 24.º e 25.º do EGP.

Sendo também civil, criminal e financeiramente responsáveis, como determinado pelo art.º 23.º do Estatuto do Gestor Público, ou seja, diversos graus ou camadas de responsabilidade.

c. Responsabilidade civil

Ao nível da responsabilidade civil, os graus de responsabilidade evidenciam precisamente o cruzamento do direito público e do direito privado, pela presença e concorrência de regimes de direito civil, das sociedades, de direito administrativo. Pelo menos os seguintes níveis de responsabilidade identificamos:

- i.* Responsabilidade obrigacional para com a sociedade, nos termos do art.º 72.º do Código das Sociedades Comerciais⁷⁵⁰;
- ii.* Responsabilidade civil ao abrigo da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (*cf.* o n.º 3 e o n.º 5 do art.º 1.º, consoante estejamos perante uma empresa sob forma de EPE ou sob forma de sociedade comercial) respetivamente.

Como defendemos, apesar de o n.º 3 não determinar os órgãos da Administração Pública abrangidos pela norma, deverá considerar-se que são os do Estado e demais pessoas coletivas públicas, atento o n.º 1 do art.º 1.º, aí se incluindo as empresas sob forma de EPE. Por seu turno, a responsabilidade do gestor público de empresa sob forma privada para efeitos da Lei n.º 67/2007 extrai-se do n.º 5, que equipara o gestor público da empresa sob forma privada ao gestor público de uma pessoa coletiva pública para aplicação do regime.

Esta responsabilidade do gestor público para efeitos da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro reconduz-se aos atos funcionais, que respeitem ao exercício das funções e por causa destas, nos termos do art.º 22.º da Constituição.

Sendo os danos provocados fora do quadro funcional, aplicar-se-á o regime de responsabilidade civil aquiliana do Código Civil⁷⁵¹.

d. Responsabilidade criminal

⁷⁵⁰ Por violação de deveres específicos constantes do CSC (*cf.* António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades...*, vol. I, pp. 887 e ss).

⁷⁵¹ Mário Aroso de Almeida, *Teoria...*, p. 653.

Neste plano criminal, os designados “*crimes contra o setor público*” (artigos 234.º e 235.º do Código Penal)⁷⁵².

O gestor público, que é titular de um alto cargo público, está abrangido pela equiparação a *funcionário* para efeitos da lei penal, conforme resulta do n.º 2 do art.º 386.º do Código Penal, com as legais consequências, relativamente a diversos tipos de crime⁷⁵³.

- e. **Responsabilidade financeira**, que se referiu acima por se tratar o gestor público de alguém a quem está cometida a gestão e utilização de dinheiros públicos⁷⁵⁴, concretamente os dois tipos de responsabilidade previstos na lei *ex vi* da al. *c*) do n.º 1 do art.º 214.º da Constituição, ou seja, a responsabilidade financeira sancionatória⁷⁵⁵ e a reintegratória⁷⁵⁶.

⁷⁵² Jorge Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal*, tomo II, Coimbra Editora, 1999, anotação aos artigos 234.º e 235.º do Código Penal.

⁷⁵³ O espírito da jurisprudência há muito que vai nesse sentido: como refere o Ac. do STJ de 18-04-1991, in BMJ 406-351, “*o conceito de funcionário público para efeitos penais previsto no CP é bastante amplo, procurando evitar lacunas, abrangendo qualquer pessoa que desempenhe funções em organismos de utilidade pública, ou nelas participe, sem curar da natureza do vínculo*”.

⁷⁵⁴ V. a al. *e*) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

⁷⁵⁵ Artigos 65.º a 68.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto. O Tribunal Constitucional já considerou tratar-se de um tipo autónomo de responsabilidade (*cf.* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 635/2011, proc. 548/10, relatora Ana Guerra Martins, disponível in www.tribunalconstitucional.pt).

⁷⁵⁶ *Cfr.* art.º 58.º e ss. da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- A. O processo de nacionalizações teve por efeito a nacionalização mais de duas centenas de empresas e a intervenção na gestão de muitas outras, o que resultou num crescimento exponencial do setor empresarial do Estado e no surgimento de um quadro jurídico regulador da matéria, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril. O diploma surge na fase subsequente à Revolução, em que, por razões ideológicas, sociais, económicas, vingaram as nacionalizações o alargamento do setor público e uma visão intervencionista do Estado no domínio económico, fase esta pautada pela hostilidade ao capitalismo privado. Estão aí subjacentes objetivos sociais, prestacionais e distributivos, mais tarde proclamados no texto constitucional de 1976. Foi inovadora na lei a criação da figura da empresa pública, com personalidade jurídica de direito público, sendo muito limitada hipótese de recurso a formas privadas de organização de empresas. Ainda que ao nível do direito ordenador, num fenómeno ainda tímido de fuga ao Direito Administrativo.

O quadro jurídico era rígido, enquadrava a atividade das empresas no âmbito do planeamento económico e impunha um apertado controlo, que se veio a revelar impróprio para a regulação da atividade empresarial, razão pela qual se foi optando por recorrer a figuras jurídicas que escapavam ao respetivo âmbito de aplicação. Numa linha compromissória entre o dirigismo centralizado e a autonomia gestionária, pautada por contradições, o legislador afirmava-se defensor de uma responsabilização dos gestores e até de alguma autonomia de gestão, com crítica preambular (proclamatória) expressa à ingerência da tutela na função gestionária.

Da aplicação do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril, extraem-se duas conclusões: as empresas ali enquadradas (i) estavam sujeitas aos poderes jurídico-administrativos de superintendência e tutela; (ii) estiveram, sob o ponto de vista gestonário, dependentes dos ciclos políticos e das políticas governamentais intervencionistas – com necessidade de reforços de capital, para cobertura de prejuízos ou investimentos. Por isso, tantas vezes se optou por sociedades de capitais públicos excluídas do âmbito de aplicação do diploma.

O Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril remetia para lei especial a regulação das normas estatutárias aplicáveis aos membros dos órgãos de administração das empresas públicas, pelo que veio a ser aprovado o Decreto-Lei n.º 831/76, de 25 de novembro, o qual estabelecia duas formas de vinculação: i) designação, enquanto ato administrativo ou ii) contrato. O contrato era celebrado pelos designados gestores públicos profissionais, cujo

vínculo se encontrava coberto por um contrato entre um determinado gestor e o IPE, impropriamente designado pelo legislador de contrato de prestação de serviços com a empresa. Mas como referia a doutrina da época, a tese contratualista gestor/empresa qualificada como de prestação de serviços, não encontrava substrato, face à ausência de qualquer intervenção real das empresas na escolha dos gestores, que era, de facto e de direito, determinada pelo Estado.

Surgiu mais tarde no nosso ordenamento o Decreto-Lei n.º 464/82, de 9 de dezembro, enquanto novo estatuto do gestor público, que integrava na categoria (i) os nomeados pelo Governo para os órgãos de gestão das empresas públicas ou (ii) os nomeados para os órgãos das empresas em que a lei ou os respetivos estatutos conferissem ao Estado essa faculdade. De todo o modo, estava expressamente excluído do âmbito subjetivo do diploma o vínculo de base eletiva, portanto os administradores eleitos pelo Estado, independentemente da percentagem de capital social detido pelo Estado, relativamente a sociedades de capitais públicos ou participadas.

Neste diploma de 1982, a nomeação do gestor público envolvia *a atribuição de um mandato para o exercício das funções pelo prazo constante dos estatutos da empresa*, remetendo subsidiariamente para o regime de direito civil do mandato, como era próprio dos tempos, numa visão ainda contratualista da relação jurídica dos gestores, ainda que com diferentes contornos face a 1976. O Estatuto de 1982 previa um ato de nomeação precedente – que podemos sem dificuldade considerar um ato administrativo – mas que não constituía a origem do vínculo. O contrato de mandato em causa apresenta características próprias de um mandato de direito administrativo.

- B.** O decurso do tempo e o curso das ideias levaram à mudança de paradigma, tanto mais que em matéria de empresas públicas se procurou escapar das malhas do regime que estabelecia as bases gerais do setor público, através das sociedades de capitais públicos e, no mesmo espírito, restringir a incidência do Estatuto de 1982, num fenómeno que na década de 80 do século XX foi mais amplo que a afamada fuga para o Direito Privado.

As décadas de 80 e 90 revelaram-se períodos férteis em ideias de racionalidade e eficiência económico-financeira do setor público, de uma nova visão para a administração do setor público, “pós-burocrática”, alicerçada em modelos de gestão inspirados no setor privado/empresarial, com alegada capacidade para transformar o modelo de governo da Administração e torná-la mais eficiente.

Em rigor, as necessidades de receita por parte do Estado, num contexto ideológico dominante defensor da retirada do Estado de diversas áreas de atuação tradicional, acompanhado da integração na então CEE, foram determinantes para muitas das opções jurídico-políticas daquele período.

Esse fenómeno repercutiu-se não apenas na opção pelo direito privado como direito preferencial na regulação de certas formas de atuação da Administração, mas numa privatização da Administração em termos mais amplos. Relativamente às empresas públicas, em regra justificada com argumentos como o fraco desempenho do setor público empresarial, a necessidade de injeções de capital público nas empresas do referido setor, mas igualmente pela influência de experiências de privatização noutros ordenamentos e ainda por incentivo da então CEE, na defesa do mercado europeu aberto e concorrencial.

De todo o modo, a constante necessidade de receita do Estado através das privatizações não pode ser descurada de entre as motivações principais: o caso português é revelador disso mesmo, uma vez que no período entre 1977 e 2003 o país se destacou como um dos que mais receitas obteve pelas privatizações, sem esquecer o mais recente período 2011-2015, para aliviar a pressão das contas públicas perante os credores internacionais.

No plano legislativo, a década de 80 ficou marcada, neste contexto, (i) pelas alterações à lei de delimitação de setores, no sentido de permitir o acesso à iniciativa de privada de setores relativamente aos quais incidia restrição de acesso; (ii) pela abertura de transformação das empresas públicas em sociedades anónimas; (iii) pelo regime de alienação de participações sociais públicas. Neste período, a revisão constitucional de 1989 constituiu um momento-chave, pela reorientação do regime económico, pela eliminação no art.º 2.º de que Portugal caminhava para o socialismo, pela eliminação da previsão da irreversibilidade das nacionalizações e a determinação da possibilidade de reprivatização de meios de produção nacionalizados, assim reduzindo o cariz planificado da economia. Rumou-se para a societarização das empresas públicas para a aprovação de uma lei-quadro das reprivatizações. Foi a “recentração económica”, para abertura ao mercado europeu, de que fala GOMES CANOTILHO.

No fundo, um passo atrás do Estado Administrativo na sua configuração como Estado Social, que atingiu um nível de responsabilidade administrativa muito ampla, à qual foi revelando dificuldades de resposta. O momento foi de recuo do Direito Administrativo em matéria de setor público empresarial, quer no plano *de facto* pela utilização de formas

jurídicas à margem do âmbito subjetivo do diploma de bases das empresas públicas de 1976, mas também no plano *de direito*, pelo recorte estreito do âmbito subjetivo das normas estatutárias aplicáveis aos gestores públicos em 1982. O que significou o paradoxal exercício da função administrativa por atores/gestores distanciados – por decreto – daquela.

Mas é preciso não esquecer que, para lá de quaisquer concepções políticas defensoras da “destadualização”, o Estado Social foi igualmente confrontado com choques no plano económico, que forçaram a sua reconfiguração. Referimo-nos à integração europeia, à abertura das economias nacionais ao mercado único europeu ou ainda à abertura ao resto do Mundo, com uma economia global muito competitiva, em que os respetivos atores tanto são hoje a China, como uma multinacional dotada de influência superior a muitos Estados.

A redução da intervenção do Estado a favor dos privados, mas também de contestação ao Direito Administrativo surtiu efeitos do lado da Administração e dos administrados. Mas as fugas (i) para as formas jurídicas de direito privado ou (ii) para a regulação jurídica pelo direito privado devem ser controladas, tendo em vista a salvaguarda do interesse público e a proteção jurídica dos administrados e dos direitos fundamentais.

No plano da organização não pode descurar-se que primordialmente está sempre o interesse público e o dever de proteção dos direitos fundamentais, não devendo as formas organizativas de direito privado constituir um meio para a Administração – num contrassenso com a sua missão – escapar às vinculações próprias de um Estado de Direito. Mesmo na falta de imposição legal de uma forma jurídica organizatória, como sucede para as empresas públicas sob forma societária, a opção pela forma de direito privado deverá atender à conveniência dessa opção para a prossecução das atribuições públicas. A privatização do capital social de uma empresa pública ou a concessão a privados de serviços públicos deve ser ajuizada no sentido de o interesse público não ficar aniquilado ou sequestrado por interesses privados, que mais tarde venha justificar o retorno à esfera pública.

No plano dos administrados, a adoção do direito privado acarreta o risco de uma fuga às vinculações, pela Administração, através da remissão para regimes jurídicos puramente de direito privado, concretizadas em instrumentos jurídicos distanciados das garantias próprias do direito administrativo.

- C. Por isso, ganhou espaço a aceitação da existência de entidades administrativas privadas, isto é, de entidades que ainda integram a Administração Pública, mas com as vestes do direito privado em matéria de personalidade jurídica. Tem também a doutrina e a jurisprudência apontado a articulação conjugada do Direito Público e do Direito Privado, no chamado Direito Privado da Administração, tendo em vista equilibrar o recurso ao Direito Privado com as vinculações de Direito Público inultrapassáveis no âmbito do agir administrativo. Por exemplo através da definição de limites à autonomia jurídico-negocial da Administração, mediante vinculações de direito público.

No caso das empresas, o retorno do direito administrativo levou a doutrina alemã a defender o direito societário administrativo, enquanto simbiose entre o direito das sociedades e o direito administrativo, necessária na governação das sociedades em mão pública, o que no caso português se identifica, entre outros, no Regime do setor público empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro (como a propósito do anterior Regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro).

Com efeito, o direito societário administrativo encontrou no regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas de 1999, já revogado, uma expressão relevante. O diploma surgiu como necessário perante a desadequação do regime de 1976 que, pese embora ainda estivesse em vigor, tinha aplicação a um número muito reduzido de empresas, logo dificultando o acompanhamento, controlo e fiscalização das sociedades com capitais públicos por parte do Estado.

A noção de empresa pública foi alargada, passando a contemplar as sociedades comerciais nas quais o Estado ou entidades públicas estaduais exercessem influência dominante, aproximando-se aí da noção adotada pelo direito da união europeia. Mas integrando também no conceito as pessoas coletivas públicas de natureza empresarial (ditas entidades públicas empresariais – E.P.E.), enquanto categoria residual. As restantes empresas com participação permanente do Estado ou de quaisquer outras entidades públicas estaduais, de carácter administrativo ou empresarial, por forma direta ou indireta, integravam também o setor empresarial do Estado, ainda que excluídas da categoria legal de empresas públicas. Foi um diploma de “compromisso”, equilibrando a adoção do direito privado com as necessárias vinculações jurídico-públicas.

No decurso da vigência do Regime jurídico do setor empresarial do Estado e das empresas públicas de 1999, foi aprovado um novo quadro normativo regulador da atividade dos gestores públicos (Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março). O diploma procurou (i) ampliar o âmbito subjetivo para contemplar os gestores de todas as empresas públicas (incluindo sob forma societária); (ii) redefinir os termos da relação entre o Estado e entidades públicas e as empresas públicas; (iii) alterar as regras de designação, avaliação de desempenho e cessação de funções; (iv) aproximar o gestor ao administrador de empresas privadas pese embora. Trata-se de um regime próprio do direito societário administrativo.

O Regime jurídico do setor empresarial do Estado e das empresas públicas de 1999 veio a ser revogado, no contexto da intervenção da *Troika* em Portugal e dos compromissos assumidos nos memorandos de entendimento com os credores. Surgiu o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, com o propósito de, quanto à noção de empresa pública: (i) cingir às sociedades de responsabilidade limitada; (ii) ampliar a noção de influência dominante, passando a incluir as situações de direitos especiais ou participações qualificadas; (iii) densificar a matéria da detenção da maioria dos direitos de votos quanto ao respetivo cômputo; (iv) reforçar os poderes do Ministro das Finanças em matéria de exercício da função acionista. Trata-se do regime ainda vigente, que contempla dois tipos de empresas públicas, a saber as E.P.E. e as sociedades comerciais de responsabilidade limitada, com personalidade jurídica distinta. As E.P.E., são pessoas coletivas de direito público, sujeitas ao direito privado como regulador da sua atividade, que podemos considerar serem as sucessoras da figura jurídica de empresa pública criada pelo Decreto-Lei n.º 260/76. As EPE apresentam características próprias dos institutos públicos, com uma vocação de prestação de serviço público e à margem da ambiência concorrencial característica do mundo empresarial. As empresas públicas sob forma societária, são sociedades comerciais de responsabilidade limitada, assim pessoas coletivas de direito privado.

- D.** Encaramos as empresas sob forma privada como administração indireta privada e valorando o exercício da função administrativa, seja através do direito público, seja através do direito privado, para a subsunção a cânones jurídico-públicos. Em grande medida, esta perspectiva é a acolhida pelo legislador. O enfoque não está na personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, mas sim no exercício de poderes de autoridade ou na

sujeição a princípios e regras de direito administrativo, numa visão que valoriza a atuação e não tanto os sujeitos.

É ainda o Estatuto do Gestor Público de 2007 que vigora. Mas para lá da noção legal ali adotada, concebemos uma leitura mais ampla, a de um gestor público em sentido material, que é o administrador ou gestor designado pelo Estado ou por entidade pública para uma empresa pública, uma empresa participada ou uma entidade com substrato empresarial, seja ao nível nacional, regional, metropolitano ou local.

Na conceção que defendemos, ínsita à noção de gestor público está a natureza da entidade para a qual se é designado para exercer funções. É gestor público aquele que exerce funções em entidades com forma ou substrato organizacional empresarial. Nas restantes situações, seja de eventual aplicabilidade de regras estatutárias dos gestores públicos, seja de prática de atos de gestão, os titulares não se subsumem à categoria de gestor público; ainda que pratiquem atos típicos de gestão pública ou sejam abrangidos por regras próprias dos gestores públicos. A adoção do EGP para regular o exercício de funções gestionárias públicas não tem por efeito que aqueles que exercem funções gestionárias se tornam gestores públicos.

Portanto defendemos uma noção de gestor público em sentido material que conjuga o exercício de função de administrador ou gestor com o tipo de atividade desenvolvida pela entidade sob gestão, a qual deverá sempre ter substrato empresarial. Não forçosamente ma empresa pública, como é o caso das empresas participadas.

- E.** Na lógica do regime dual de agir empresarial do Estado definimos a formação do vínculo do gestor público através de atos jurídicos próprios do Direito Privado (a eleição ou designação) ou do Direito Administrativo (a nomeação). No caso das empresas sob forma societária, a formação do vínculo opera, em regra, através de um ato de designação sob forma eletiva, em si mesmo suficiente para constituir a situação jurídica de administração. nas empresas sob forma pública, o ato de designação será, em princípio, uma nomeação, pelo Conselho de Ministros, subsumível na noção de ato administrativo.

A fonte do vínculo do gestor público não reside num contrato e, como avança a doutrina comercialista, entre a empresa e o administrador não se identifica uma relação jurídica de natureza contratual. A visão contratual tem origens históricas remotas, provenientes de França, de Itália, que se repercutiram no nosso direito; o Código Comercial de 1833, a Lei

de 22 de junho de 1867 (reguladora das sociedades anónimas) ou ainda o Código Comercial de 1888 aludiam precisamente ao mandato, mas tal não tem coincidência com a situação jurídica dos administradores de empresas de hoje.

A relação ou situação jurídica entre o gestor público e a empresa, não deve por seu turno confundir-se com a relação jurídica entre o gestor público e o Estado, que é também complexa e a também não se subsume nos cânones próprios do mandato, tanto no processo de formação, como também, por exemplo, na repercussão dos efeitos jurídicos da atuação do gestor público – que não se destinam ao Estado, mas à empresa com a qual o gestor público tem o vínculo funcional.

- F. A ideia de contratos-programa ganhou relevo em França, na década de 60 do século XX, enquanto esquema de contratualização entre o Estado e as empresas públicas, no quadro do planeamento económico. Em Portugal, o texto originário da Constituição de 1976 referia-se, no respetivo n.º 1 do artigo 92.º aos contratos-programa, sob inspiração do modelo francês, mas como instrumentos de planificação gizados no contexto do advento da democracia e da visão económica ali proeminente. Nas bases gerais das empresas públicas de 1976 o legislador apelava à necessidade de contratos-programa para fixação dos objetivos gestionários, o que foi seguido no preâmbulo do Estatuto do gestor público de 1982 que expressamente proclamava a conveniência de celebração de contratos de gestão, no contexto da idealização de uma gestão pautada por objetivos e resultados e na esteira de uma Administração que a partir dos anos 80 tende à atuação jurídico-administrativa sob forma de contrato. No entanto, somente no EGP de 2007 vem especificamente regulado o contrato de gestão.

O contrato de gestão é acordo através do qual são fixados os objetivos para a gestão de uma determinada empresa pública, fundados nas orientações para o setor público empresarial, para um setor de atividade deste setor ou para uma empresa em particular. Trata-se de um contrato administrativo, conformador de uma relação jurídico-administrativa, entre os gestores públicos, os titulares da função acionista e a tutela, marcado pela posição de supremacia da Administração face aos gestores, sujeito a normas de Direito Administrativo. No plano da formação do vínculo, o contrato de gestão surge como um elemento propício à defesa de uma visão contratualista do vínculo do gestor público, na medida em que a lei comina com a nulidade o ato de nomeação na falta do contrato de gestão. Apesar de certa visão nesse sentido, considera-se que o vínculo do

gestor público se forma em momento anterior, através de um dos atos previstos para desencadear o início de funções do gestor público, em regra uma eleição ou uma nomeação.

G. A identificação da separação das funções do Estado é tantas vezes ténue e desafiante, pelo que a relação do Estado com as suas empresas propicia o cruzamento de atos próprios da função administrativa com atos próprios da função política, desde logo o próprio Programa do Governo e a visão aí traçada para o setor público empresarial. Mas por imposição constitucional, é de superintendência e tutela, próprias da função administrativa, que falamos nesta relação, sobre uma administração estadual indireta sob orientação do Governo, pública ou privada. Naturalmente que concedemos que ínsita à superintendência está a prática de atos de *indirizço político* e que ao nível da orientação pelo Governo e do exercício de funções de alta Administração o político e o administrativo se cruzam em permanência. Mas os poderes exercidos pelo Estado relativamente às empresas públicas – aí se incluindo a designação de titulares de órgãos – inserem-se na função administrativa. Independentemente de se praticarem atos ao abrigo do direito público ou do direito privado.

H. Um gestor público encontra-se adstrito a um quadro normativo amplo, que vai desde o Direito Internacional, o Direito da União Europeia à Constituição. No quadro jurídico-constitucional vigente, parece inequívoco que as entidades do setor público empresarial e os seus titulares, mesmo integrando a administração indireta privada, estão vinculados aos direitos fundamentais e à aplicação do direito privado conformado por aqueles. Esta vinculação aos direitos fundamentais releva na ponderação necessária aquando do exercício de determinados poderes públicos, mesmo para empresas sob forma societária. A atuação do gestor público, face por exemplo a um simples gestor de uma empresa puramente privada, tem como especificidade o dever de coadunar a ação gestonária com princípios constitucionais orientadores da atividade administrativa.

No plano infraconstitucional, tanto do Regime do Setor Público Empresarial, como do Estatuto do Gestor Público podemos extrair certas vinculações condicionantes da atividade gestonária, que podemos distinguir entre: (a) deveres do gestor no governo da empresa; (b) deveres do gestor perante o titular da função acionista e (c) deveres do gestor perante os trabalhadores e perante terceiros.

I. A vinculação ao Direito Administrativo justifica uma referência autónoma. Neste ramo do direito encaixam regras próprias da organização e regras próprias da ação administrativa,

que cumprem as ditas funções próprias do direito administrativo, mesmo que numa leitura mais fina do tema.

No caso dos regimes de direito administrativo que regulam a atividade empresarial do Estado, encontramos precisamente a expressão das funções do direito administrativo. Por um lado, no plano de organização do setor empresarial, dos tipos de empresas existentes e a estrutura de governo – seja no plano do Estado, seja no plano interno, aqui sob influência ou com remissão para o direito privado. Em segundo lugar, identificam-se normas atributivas de competência, que regulam o agir administrativo, tanto do titular da designada função acionista, como dos titulares dos órgãos das empresas públicas e sua relação. Finalmente, regras-limite, ou de condicionamento do agir dos órgãos da Administração.

Neste âmbito, a vocação das regras de direito administrativo é a de garantir a defesa do interesse público, com recurso a regimes de direito público, numa ambiência empresarial de direito privado. É certo que a privatização foi um fenómeno marcante na diminuição da presença administrativa, mas daí resultou a necessidade de o Direito Administrativo criar regimes específicos que regulem, por um lado, a relação do Estado com as empresas e, por outro, o estatuto jurídico de quem administra essas empresas – os gestores públicos.

O Direito Administrativo nesta sede tem como objetivo primordial enquadrar organicamente as empresas públicas, regular os termos do exercício dos poderes administrativos de superintendência e de tutela, os poderes das próprias empresas (maxime quando lhes são atribuídos poderes de autoridade) e de condicionar a *actio* dos gestores públicos.

Os termos da aplicação do direito privado são *ex ante* definidos por instrumentos de direito público, como é o caso do Regime jurídico do setor público empresarial ou do Estatuto do Gestor Público. Em sede de regulação da atividade empresarial, é o direito privado, designadamente o direito das sociedades, que se encontra dogmaticamente estruturado para regular a vida da empresa, não se vislumbrando utilidade na conceção de regras de direito público para regular essas mesmas situações jurídicas. O direito privado não constitui, por natureza, um perigo para a tutela do interesse público no âmbito da atividade das empresas públicas, contendo regimes e normas reguladores da atuação dos gestores, bem como reguladores do controlo da atividade gestonária e de salvaguarda do “bom governo”.

Na linha do Direito da União Europeia, afasta-se a aplicação de regimes meramente em função da personalidade jurídica. A personalidade jurídica de direito público ou de direito privado não justifica a aplicação distinta do direito público ou do direito privado. E nesta ponderação, a ausência de atividade em mercado concorrencial também não colhe como critério razoável para afastar a adoção do direito privado, que em última análise podia culminar numa proliferação de lacunas. Ou seja, a circunstância de uma empresa pública não atuar em mercado concorrencial não serve como critério para conceder automaticamente numa preferência pelo direito administrativo, se o direito privado melhor se adequar à prossecução do interesse público e assegurar o respeito pelo quadro jurídico de direito público vinculante.

O caminho passa conciliar e articular a vertente orgânica – traduzida na integração na Administração – com a vertente material, da atividade desenvolvida propriamente dita, administração pública em sentido material e Administração Pública em sentido orgânico, prática de atos próprios da função administrativa e integração na Administração Pública.

- J. O gestor público depara-se com diversos regimes de direito público, diretamente aplicáveis às empresas públicas, que deve aplicar enquanto gestor. É o caso do Código do Procedimento Administrativo, do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, do Código dos Contratos Públicos, da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos ou do Regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

Não é a personalidade jurídica de direito público que vai determinar a aplicação de regimes de direito administrativo como o CPA ou o regime da responsabilidade civil do Estado, mas a habilitação que foi conferida para o exercício da competência. Se essa habilitação se subsumir num poder de autoridade próprio do direito administrativo ou numa norma de direito administrativo, terá aplicação o regime de direito público. Mas a determinação da sujeição a estes regimes é casuística e pode derivar de atuações variadas, pois a lei não tipifica por exemplo os modos de lesar, que podem traduzir-se em atos, omissões, operações materiais ou atuações informais.

No caso do procedimento administrativo, a aplicação das regras relativas aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa só se verifica no exercício de poderes de autoridade ou ao abrigo de norma de direito administrativo, numa relação de especialidade. Fora deste âmbito que o CPA definiu, certa doutrina defende a

suscetibilidade de aplicação às empresas públicas dos princípios gerais da atividade administrativa e o dever de respeito pelos direitos fundamentais, no quadro da sua gestão privada, por via de uma aplicação do n.º 3 do art.º 2.º do CPA que estenda o conceito de Administração Pública, o que não se acompanha. A conformação da atuação ao respeito pelos direitos fundamentais resultará da Constituição, dado que independentemente da forma jurídica as empresas públicas sujeitam-se ao regime de direitos fundamentais, com as contingências próprias da vinculação à legalidade. Donde, a aplicação dos princípios será primariamente por via da vinculação do gestor público à Constituição.

Fora do plano do exercício de poderes de autoridade e de atuação ao abrigo do direito administrativo, é controversa a sujeição ao regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, pelas empresas públicas sob forma privada, por violação dos princípios da atividade administrativa. A aplicabilidade desses princípios no plano da atividade privada é mais diminuta nas empresas sob forma privada, em especial se estivermos num contexto de mercado concorrencial, e deriva da Constituição, surgindo como parâmetros da atuação das empresas e seus titulares, mas daí a retirar-se a possibilidade de aplicação da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, vai um longo caminho. Particularmente quanto ao gestor público, a suscetibilidade de serem responsabilizados ao abrigo da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro deriva de duas normas, a saber o n.º 3 e o n.º 5 do art.º 1.º, consoante estejamos perante uma empresa sob forma de EPE ou sob forma de sociedade comercial, respetivamente. A forma de provimento do gestor público – nomeação, comissão de serviço, mobilidade ou cooptação – não configuram o elemento relevante para determinar a aplicabilidade da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. A tónica está na produção de danos no exercício de atos próprios da função administrativa, na qualidade de gestor público.

Independentemente da forma jurídica, a empresa pública não escapa à qualificação como organismo de direito público e, portanto, à incidência da Parte II do Código dos Contratos Públicos. Genericamente alinhado com o direito europeu, o CCP blindou aqui qualquer fuga para o direito privado, até pela desconsideração à natureza jurídica das entidades. A empresa pública, mesmo sob forma de S.A., tipicamente está sujeita ao regime enquanto organismo de direito público, até pela leitura que a jurisprudência europeia vem fazendo do critério da satisfação de necessidades de interesse geral, mas também do critério da atuação fora da atividade sem carácter industrial ou comercial, fora do mercado concorrencial. Neste último caso, cabe demonstrar que a empresa assume os riscos e perdas como qualquer agente económico, o que como se vem constatando no nosso setor público empresarial, à

partida não sucede, até pela essencialidade da missão desempenhada, que força o acionista público a assumir injeções de capital, para garantia de solvabilidade e de continuação da realização das incumbências concretamente atribuída – ao nível da saúde, dos transportes ou de gestão de águas, para dar alguns exemplos.

A LADA – Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto presume que toda a atividade das empresas públicas constitui, em última análise atividade administrativa, independentemente do objeto social, da tarefa concretamente desenvolvida, a título principal ou acessório. Ou seja, no caso das empresas públicas, cujo direito ordenador é o direito privado (por habilitação conferida pelo Direito Administrativo) o regime de acesso à informação administrativa aplica-se, de modo indiferenciado, a toda a atividade da empresa.

- K.** As normas estatutárias do EGP remetem para o Código das Sociedades Comerciais, enquanto direito subsidiário aplicável ao gestor público. É natural que assim seja: o direito das sociedades comerciais tem por objeto a regulação das sociedades, as normas e princípios atinentes a esse ramo. Os deveres fundamentais de gerir e representar e os deveres de cuidado e lealdade ou os deveres fundamentais dos administradores das sociedades aplicam-se globalmente ao gestor público.
- L.** O processo de designação dos gestores das empresas públicas só pode ser assegurado na órbita do Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública. No que ao procedimento de designação concerne, o atual modelo português constituiu um bom avanço, no sentido de uma potencial elevação dos critérios de escolha dos titulares. Seja qual forma a forma jurídica da empresa (EPE ou SA), para além da legalidade, a designação pelo Governo – por nomeação ou via representantes em assembleia-geral – está conformada pelos princípios da prossecução do interesse público, da imparcialidade. Na linha da OCDE e do direito das sociedades o atual regime é suscetível de revisão, pela introdução de um processo profissionalizado de seleção; mas não da competência nomeação, que tem de permanecer na esfera do titular da função acionista.
- M.** As orientações serão uma forma de exercício da superintendência e um parâmetro para o controlo da atividade do gestor público, sob a égide da tutela. A diferença da intervenção governamental nas empresas sob forma pública ou sob forma privada reside primacialmente nos meios adotados para a intervenção. No caso das empresas sob forma pública, exerce os poderes através dos meios de direito administrativo, enquanto sobre as sociedades comerciais o concretiza enquanto acionista. A lei densificou a superintendência

e tutela em fórmulas comuns a qualquer tipo de empresa pública, que se traduzem em poderes de orientação e em mecanismos de controlo, próprios respetivamente da superintendência e da tutela.

- N.** A autonomia reconduz-se à capacidade de a entidade pública gozar de autodeterminação para a satisfação dos fins, radicando na lei os termos e margem de autonomia para a Administração fazer escolhas. No caso das pessoas coletivas públicas, essa autonomia reconduz-se à capacidade de direito público, traduzida nas atribuições e competências definidas por lei, sem prejuízo da capacidade própria do direito privado.

A sujeição do gestor público a orientações, sejam estratégicas, setoriais ou à própria empresa que afeta a autonomia, que terá de se adequar ao que o órgão competente oriente, que é o Governo. O cruzamento entre as orientações e a autonomia é um ponto crítico e de equilíbrio complexo, no fundo delinear os limites do “momento político” face ao “momento gestor”, mesmo nas empresas sob forma privada, em que o acionista público tem uma posição diferente da de um acionista privado, com poderes e prerrogativas específicos, conferidos por normas de direito público. O (des)equilíbrio entre a orientação e a autonomia, não se ultrapassa pela natureza jurídica das empresas públicas, sobretudo se regimes de direito administrativo definirem meios especiais de intervenção do Estado e restrições à autonomia de gestão dos gestores.

O paradigma típico da agência caracterizado pelos cultores do direito das sociedades não deve ser encarado nos mesmos moldes nas empresas públicas, dado que os poderes de direito de que dispõe o Estado diminuem substancialmente o risco de perda de controlo enquanto sócios face à administração. Mas concede-se na suscetibilidade de fenómenos próprios de agência pela escolha de titulares com diminuta competência técnica e sujeitos a influência ou orientação política na atividade gestora.

- O.** O gestor público está sujeito a orientações do Governo, goza de certa autonomia de gestão, mas está abrangido por um controlo amplo, exercido pela Assembleia da República relativamente ao Governo e a Administração, pelo Governo e entidades administrativas de apoio relativamente à administração indireta e ainda pelos tribunais, no quadro da função jurisdicional.

A tutela, enquanto conjunto de poderes legais de controlo e fiscalização, sem cariz orientador, para garantir o cumprimento da legalidade ou mérito, tem no caso das empresas

públicas como destinatários os gestores públicos que as administram. Face ao princípio da unidade de Administração, a tutela é um poder comum às empresas sob forma pública ou sob forma privada, justificando-se os poderes próprios da tutela, mesmo relativamente a sociedades comerciais, para salvaguarda do interesse público. São os poderes de controlo ínsitos ao que a lei veio a designar de função acionista, relativamente às empresas cujo capital social ou estatutário detém, concretizam a tutela. O exercício e exteriorização desses poderes poderá ser distinto, em razão da natureza jurídica da entidade tutelada, através de atos de direito privado/das sociedades ou de direito administrativo, portanto uma via interna ou uma via administrativa.

O exercício dos poderes de tutela pode sofrer limitação em razão da natureza jurídica da entidade tutelada, por exemplo no caso das empresas que atuem em mercado concorrencial, para salvaguarda da concorrência, do segredo ou, no caso das empresas de capitais mistos, pela necessária proteção da posição jurídica dos acionistas privados e até da titularidade de direitos fundamentais perante o Estado.

O controlo pode categorizar-se sob diversas formas: (i) em razão da competência; (ii) em razão do objeto; (iii) em razão do parâmetro e meios de controlo. O controlo pode também ser preventivo ou sucessivo.

No nível do direito positivo, identificam-se diversos meios de controlo do gestor público, de que poderá surgir fundamento para assacar responsabilidade, por atos e omissões do gestor público, através de regimes de responsabilidade civil de direito público ou de direito privado concretamente aplicáveis. São (i) o controlo próprio do acionista relativamente à administração, nos termos gerais do direito das sociedades; (ii) o controlo previsto em regimes de direito público; (iii) o controlo pelos tribunais.

V. BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Coutinho de, *As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*, in Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, vol. LVII, tomo I, 2014;
- ABREU, Jorge Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, Almedina, 8.ª ed., 2024;
- ABREU, Jorge Coutinho de, *Sobre os gestores públicos*, in Direito das Sociedades em Revista, outubro de 2011, ano 3, vol. 6, Almedina;
- ALBUQUERQUE, Martim de, *História das instituições – relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 25, 1984;
- ALBUQUERQUE, Pedro de/ PEREIRA, Maria de Lurdes, *As "Golden Shares" do Estado português em empresas privatizadas: limites à sua admissibilidade e exercício*, Coimbra Editora, 2006;
- ALBUQUERQUE, Pedro de/ SOUSA, João Serras de, *Pessoa coletiva – dogmática geral e CSR, corporate purpose e ESG*, Almedina, 2024;
- ALESSE, Roberto, *La dirigenza dello Stato tra politica e amministrazione*, Giappichelli Editora, 2006;
- ALEXANDRINO, José de Melo, *Lições de Direito Constitucional*, vol. II, AAFDL, 3.ª ed., 2018;
- ALEXANDRINO, José de Melo, *Lições de Direito Constitucional*, vol. I, AAFDL, 3.ª ed., 2017;
- ALFONSO, Luciano Parejo, *El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis de las prestaciones y los servicios públicos*, in Revista de Administración Pública, n.º 153, Septiembre-Diciembre 2000;
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito Económico*, 2.ª parte, AAFDL editora, 1979;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de processo administrativo*, Almedina, 2024;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria geral do Direito Administrativo*, Almedina, 8.ª edição, 2021;
- ALMEIDA, Mário Aroso de/ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 5.ª edição, 2021;
- ALVES, Pedro Delgado, *O âmbito subjetivo de aplicação da Lei de acesso aos documentos administrativos*, in T. Freitas/ Pedro Delgado Alves [org.], *O acesso à informação administrativa*, Almedina, 2021;

AMARAL, Diogo Freitas do, *As modernas empresas públicas portuguesas*, Lisboa, 1971 (conferência proferida em 28 de novembro de 1971);

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 2016;

AMARAL, Diogo Freitas do, *Discurso proferido na sessão de encerramento do IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, subordinado ao tema “Os caminhos da privatização da Administração Pública, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, *Stvdia Ivridica*, 60, Coimbra Editora, 2001;

AMARAL, Diogo Freitas do, *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. LEX, 1991;

AMORIM, João Pacheco de, *Âmbito da aplicação do Código do Procedimento Administrativo*, in “O novo Código do Procedimento Administrativo”, Centro de Estudos Judiciários, *e-book*;

AMORIM, João Pacheco de, *Sobre os conceitos de ato administrativo e ato administrativo impugnável no CPA e no CPTA*, in Carla Amado Gomes/ Ana Neves/ Tiago Serrão (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, AAFDL, 3.^a edição, 2016;

ANDRADE, José Robin de, *O regime da revogação e da anulação administrativa no projeto do novo Código do Procedimento Administrativo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 100, Julho/Agosto de 2013;

ANDRADE, José Vieira de, *A imparcialidade da administração como princípio constitucional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIX, Coimbra;

ANDRADE, José Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2019;

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – introdução e teoria geral*, Almedina, 13.^a edição, 2005;

AURIA, Gaetano d', *I controlli*, in Sabino Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, quinta edizione;

AYALA, Bernardo Diniz, *Monismo(s) ou dualismo(s) em Direito Administrativo (?), gestão pública, gestão privada e controlo jurisdicional da actividade administrativa*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lex editora, Lisboa, 2002;

AZEVEDO, Bernardo, *Organismo de direito público – Uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: CEDIPRE, 2010;

BALSEMÃO, Francisco Pinto, *Memórias*, Porto Editora, setembro de 2021;

BARRETO, António/ ROCHA VIEIRA, Vasco, *O 25 de novembro e a democratização portuguesa*, Gradiva, 2016;

BARRETO, José *As nacionalizações e a oposição ao Estado Novo*, *Análise Social*, nº 151-152 (2000);

BASTOS, F. B. (2019). *Judicial review of composite administrative procedures in the Single Supervisory Mechanism: Berlusconi*. *Common Market Law Review*, 56(5), 1355-1378. <https://doi.org/10.54648/cola2019105>;

BASTOS, F. B., *An Administrative Crack in the EU’s Rule of Law: Composite Decision-making and Nonjusticiable National Law*. *European Constitutional Law Review*. 2020;16(1):63-90. doi:10.1017/S1574019620000073;

BATTINI, Stefano, *Il personale*, in Sabino Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo, Giuffrè Editore, quinta edizione;

BORTOLOTTI, Bernardo, *Privatization in Europe: a brief historical sketch*, Privatization barometer newsletter, july 2004;

BRITO, Miguel Nogueira de, *Lições de introdução à teoria da Constituição*, AAFDL, 2.^a ed., 2017;

BRITO, Miguel Nogueira de, *O político e o normativo: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.^a secção) de 9.1.2010, p. 885/10*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 90, novembro/dezembro de 2011;

CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado*, Coimbra Editora, 2011;

CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, 6.^a ed., Coimbra Editora, 1972;

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 5.^a reimpressão da 10.^a edição, 1991;

- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 10.^a edição, 1984;
- CALDEIRA, Marco, *Atos políticos, direitos fundamentais e Constituição*, AAFDL, 2014;
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4.^a edição, 2014, vol. I;
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4.^a edição, 2014, vol. II;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, 7.^a ed., 2003;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O administrado e as suas máscaras*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. I, Almedina, 2010;
- CARREIRA, António, *As companhias pombalinas de Grão-Pará e Maranhão e Pernambuco e Paraíba*, Editorial Presença, 1982;
- CASSESE, Sabino, *Il Diritto Amministrativo i suo principi*, in *Corso di Diritto Amministrativo, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, quinta edizione, 2015;
- CASSESE, Sabino, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, 2016;
- CAUPERS, João, *Atos políticos – contributo para a sua delimitação*, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 98, março/abril de 2013;
- CAUPERS, João, *Sobre o conceito de documento administrativo*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 75, 2009;
- COIMBRA, José Duarte, *Constituição, impugnações administrativas e acesso à justiça administrativa: três apontamentos*, in Pedro Sánchez/Luís Alves, *A Constituição e a Administração Pública – problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do Direito Administrativo português*, AAFDL, 2018;
- COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, *Concessões de serviços públicos (sua natureza jurídica)*, Coimbra Editora, 2.^a edição, 1928;

COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, França e Arménio editores, 1915;

CORDEIRO, António Menezes, *Direito da Economia*, vol. I, AAFDL, 1994;

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, Almedina, 5.^a ed., 2022;

CORDEIRO, António Menezes, *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2000;

CORDEIRO, António Menezes, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2006, Ano 66 - Vol. II - Set. 2006

CORREIA, Carlos Pinto, *O novo regime do sector empresarial do Estado e o Direito Comunitário*, in Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000;

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *As Relações de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, in Direito da Saúde e Bioética, ed. AAFDL, 1996;

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *O Direito Administrativo atual: traços identitários*, in Escritos de Direito Público, vol. I, Almedina, 2019;

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Os contratos económicos perante a Constituição*, in Nos dez anos da Constituição, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986;

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Transversalidade estrutural e unidade funcional da Administração*, in Carla Amado Gomes e outros (coord.), O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição brasileira de 1988 – um diálogo luso-brasileiro, edição Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, ebook;

CORREIA, José Manuel Sérvulo/ MARQUES, Francisco Paes, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, 2.^a edição, Almedina, 2021;

CORREIA, Luís Brito, *Os administradores das sociedades anónimas*, Almedina, 1993;

COSTA, Vasco Freitas da, *Da designação dos administradores das empresas públicas*, in A designação dos administradores, Almedina, 2015;

COUTINHO, Juliana Ferraz, *O público e o privado na organização administrativa – da relevância do sujeito à especialidade da função*, Almedina, 2018;

DIAS, Jorge Figueiredo, (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal*, tomo II, Coimbra Editora, 1999;

DRUCKER, Peter, *Management for results*, Routledge, 1999 (reimp. da ed. de 1955);

DUARTE, António Pinto, *Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais*, in Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000;

DUARTE, Rui Pinto, *Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Católica Law Review, vol. II, n.º 2, maio de 2018;

EGÍDIO, Mariana Melo, *As bases constitucionais do Contencioso Administrativo: a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a legislação processual administrativa*, in Comentários à legislação processual administrativa, AAFDL, 4.ª edição, vol. I;

EHLERS, Dirk, *Verwaltungsrecht. Begriff des Verwaltungsrechts*, in Dirk Ehlers/Hermann Pünder, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, edição De Gruyter, 2016;

ENTERRÍA, García de/ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Thomson Reuters, 17.ª edição, 2015;

ESTEBAN, Miguel Alfonso, *El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas – Entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo*, Ediciones Cinca, 2023;

ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, 1996;

ETTNER, Diana, *O exercício obrigatório do direito de regresso*, in Carla Amado Gomes/Miguel Assis Raimundo [coord.], *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, ICJP, 2013, *e-book*;

FARINHO, Domingos Soares *O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca*, in Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, AAFDL, 3.ª edição, 2016;

FARINHO, Domingos Soares, *Fundações e interesse público*, Direito administrativo fundacional – enquadramento dogmático, Almedina, 2014;

FARINHO, Domingos Soares, *Todas as IPSS são entidades adjudicantes?: Contributo para uma interpretação constitucionalmente conforme do critério do controlo de gestão face ao Estatuto das IPSS: comentário ao Acórdão do TCA do Sul, de 10 de outubro de 2019, P.º n.º 836/19.BELSB*, Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n. 25 (Jan. 2021);

FERNANDES, Débora Melo, *Reflexões sobre a delimitação da capacidade jurídica das empresas públicas: o princípio da especialidade*, Revista da Ordem dos Advogados, dez. de 2020;

FERREIRA, Bruno, *Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário)*, Revista de Direito das Sociedades, 2009;

FERREIRA, Eduardo Paz, *Aspectos gerais do novo regime do sector empresarial do Estado*, in Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000;

FERREIRA, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, AAFDL, 2001;

FERREIRA, Eduardo Paz/ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / FERRO, Miguel, *O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013*, in Revista de Direito das Sociedades, V, 2013;

FERREIRA, José Medeiros, *Ensaio Histórico sobre a Revolução do 25 de Abril: o período pré-constitucional*. Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1983;

FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia estatutária das empresas públicas e descentralização administrativa*, Almedina, 2005;

FRADA, Manuel Carneiro da, *O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores*, in Direito das Sociedades em Revista, ano 4, vol. 8, outubro 2012;

FRANCHINI, Claudio/VESPERINI, Giulio, *L'Organizzazione*, in Sabino Cassese, *Corso di Diritto Amministrativo, I, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, quinta edizione;

FRANCO, António Luciano Sousa, *A revisão da Constituição económica*, in Revista da Ordem dos Advogados, 1982;

FRANCO, António Luciano Sousa, *Noções de Direito da Economia*, 1.º volume, AAFDL, 1982/1983

FREITAS, Lourenço Vilhena de, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. VII, Almedina, 2017;

GARCIA, Maria da Glória, *Da justiça administrativa em Portugal*, Univ. Católica Editora, 1.ª edição, 1994;

GERN, Alfons, *Analogie im Verwaltungsrecht*, DÖV 1985;

GOMES, Carla Amado, *A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, in Carla Amado Gomes, *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, 2010;

GOMES, José Ferreira, *O sentido dos deveres de cuidado (art. 64.º CSC): «Once more unto the breach, my friends, once more»*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 76:1-4 (2016)

GOMES, Nuno Sá, *Nacionalizações e privatizações*, Centro de Estudos Fiscais, Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, 1988;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 5.ª edição, reimpressão, 2021;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “new public governance”*, in *O Governo da Administração Pública*, Almedina, 2013;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, 2005;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Funções e valores do Direito Administrativo*, in *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Almedina, 2017;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 2020;

GONÇALVES, Pedro Costa, *O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, março/abril de 2010;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Regime jurídico das empresas municipais*, Almedina, 2007;

- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Compreensões e pré-compreensões sobre o primado na aplicação do direito da União: breves notas jurídico-constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012, Vol. III;
- GRAES, Isabel, *O poder e a Justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014.
- GUEDES, Marques Armando, *A concessão*, Coimbra Editora, 1954
- HESPANHA, António Manuel, *História das instituições – épocas medieval e moderna*, Almedina, 1982;
- HOMEM, António Pedro Barbas, *O espírito das instituições – um estudo de história do Estado*, Almedina, 2006;
- IRELLI, Vincenzo Cerulli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2011;
- IRELLI, Vincenzo Cerulli, *Società pubbliche e organizzazione pubbliche in forma privatistica*, in Vincenzo Cerulli Irelli/ Mario Libertini [coordenação], *Iniziativa Economica Pubblica e società partecipate*, EGEA Ed., 2019;
- JELLINEK, Georg, *Die Funktionen des Staates*, in *Allgemeine Staatslehre*. Springer Berlin, Heidelberg, 1929;
- KISSINGER, Henry, *Da China*, Quetzal Editores, setembro de 2011.
- KONZAK, Olaf, *Analogie im Verwaltungsrecht*, NVWZ 1997;
- LANE, Jan-Erik, *New public management: an introduction*, Routledge edit., 2000
- LEITÃO, Alexandra, *Contratos interadministrativos*, Almedina, 2011;
- LÉRIAS, António Gervásio, *Evolução do sector empresarial do Estado*, in *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado* (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, 2000;
- LINO, Duarte Schmidt/ LOMBA, Pedro, *Democratizar o governo das empresas públicas: o problema do duplo grau de agência*, in *O Governo das organizações – a vocação universal do corporate governance*, Almedina, 2011;

LOPES, Pedro Moniz, *Normas de competência de tutela administrativa*, in Carla Amado Gomes/ Ana Fernanda Neves/ Tiago Serrão, *Organização administrativa: novos atores, novos modelos*, vol. II, AAFDL, 2018;

LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra, 2010;

LUCAS, José Miguel, *Deveres dos gestores públicos – orientação para a qualidade, especialmente em tempos de crise*, in Paulo Câmara (coord.), *Administração e governação das sociedades*, Almedina, 2020;

MAÇÃS, Fernanda, *O controlo jurisdicional das autoridades administrativas independentes*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 58, Julho/Agosto 2006;

MARCOS, Rui Figueiredo, *As companhias pombalinas – contributo para a história das sociedades por ações em Portugal*, Almedina, 1997;

MARCOS, Rui Figueiredo, *História da Administração Pública*, Almedina, 2016;

MARINHO, António Luís/ CARNEIRO, Mário, *1975 - O Ano que Terminou em Novembro*, Círculo Leitores, 2015;

MARQUES, Francisco Paes, *As empresas públicas*, in Carla Amado Gomes/ Ana Fernanda Neves/ Tiago Serrão (coord.), *Organização administrativa: novos actores, novos modelos*, vol. I, AAFDL, 2018;

MARQUES, Nuno Miguel, “Casa tomada”? (da competência jurisdicional sobre litígios relativos a acidentes rodoviários ocorridos em concessões rodoviárias), in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 79 - Vol. I/II - Jan./Jun. 2019;

MARTÍN, Encarnación Montoya, *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Marcial Pons, 2006;

MARTINS, Patrícia Fragoso, *Administrações Públicas Nacionais e Direito da União Europeia – Questões e Jurisprudência Essenciais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018;

MATA, Maria Eugénia, *Sociedades anónimas: regulação e economia*, in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XLI, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1998;

MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vols. I e II, Duncker & Humblot, 1924 (reimpresso em 2004);

METZGER, Gillian E., *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*, Columbia Law Review, vol. 110, 2010;

MIRANDA, João, *O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2010;

MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, 3.^a edição, 2006;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 4.^a ed., Coimbra editora, Coimbra, 2010;

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, *Constituição portuguesa anotada*, tomo II, anotação ao art.º 89.º, Coimbra Editora, 2006;

MONGE, Cláudia, *Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados*, in Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde, Jornadas de Reflexão, e-book Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coord. Carla Amado Gomes/ Miguel Assis Raimundo/ Cláudia Monge, 2014;

MONIZ, Ana Raquel, *A Discricionariedade Administrativa: Reflexões a Partir da Pluridimensionalidade da Função Administrativa*, in: *O Direito*, n.º III, ano 144.º, 2012;

MONTANER, Luis Coscuella/ BENÍTEZ, Mariano López, *Derecho Público Económico*, Iustel editora, 4.^a ed., 2011;

MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional – lei e sistema normativo*, tomo I, Almedina, 2022;

MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional*, tomo I, Almedina, 2022;

MORAIS, Carlos Blanco de, *O sistema político*, Almedina, 2015;

MORAIS, Luís Silva, *As relações entre o Estado e as empresas públicas*, in Estudos sobre o novo regime do setor empresarial do Estado, Almedina, 2000;

- MOREIRA, Adriano, *A circunstância do Estado exíguo*, Diário de Bordo, 2.^a edição, 2011;
- MOREIRA, Vital, *Nova gestão pública e direito administrativo*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 342, n.º 3978;
- NAPOLITANO, Giulio, *Pubblico e privato nel Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, 2003;
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Manual de governo das sociedades*, Almedina, 2023;
- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, *Direito de voto nas sociedades cotadas: da admissibilidade de categorias de ações com direito de voto plural às L-shares*, in Revista de Direito das Sociedades, Ano VII (2015), Número 2;
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1984;
- OTERO, Paulo, *A dimensão política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre política e administração*, in Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. IV, Coimbra Editora, 2012;
- OTERO, Paulo, *Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública*, in Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo, Coimbra Editora, 2001;
- OTERO, Paulo, *Direito Administrativo – relatório de uma disciplina apresentado no concurso para Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, RFDUL, suplemento, Coimbra Editora, 2001;
- OTERO, Paulo, *Direito do procedimento administrativo*, vol. I, Almedina, 2016;
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003;
- OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, reimp. da edição de 2013, Almedina, 2014;
- OTERO, Paulo, *Os limites à analogia em Direito Administrativo*, in Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas, coord. Filipa Lemos Caldas, AAFDL, 2016;

OTERO, Paulo, *Revolução liberal e codificação administrativa, A separação de poderes e as garantias dos administrados*, in Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lex edições jurídicas, s.d.;

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

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Cuarta edición, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Abéce, S.A., 2002;

PATRÍCIO, Simões, *Bases gerais das empresas públicas (Dec.-Lei n.º 260/76 anotado e atualizado até Julho de 1987)*, AAFDL, 3.ª edição, 1991;

PETRY, Stefan, *Mandatory Worker Representation on the Board and Its Effect on Shareholder Wealth*, in *Financial Management*, Vol. 47, No. 1 (SPRING 2018);

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 62, Nº. 1, 1, 2021;

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Apontamentos de História das Relações Internacionais*, AAFDL, 2017;

PINTO, Jaime Nogueira / CALVÃO, Guilherme Alpoim, *O 11 de Março – Peças de um processo*, Lisboa, Futuro Presente, 1995.

PORTO, Manuel Lopes / CALVÃO DA SILVA, João Nuno, *Corporate governance nas empresas públicas*, *Temas de Integração*, n.º 27 e n.º 28, 2009;

RAIMUNDO, Miguel Assis, *A efectivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, 2010;

RAIMUNDO, Miguel Assis, *Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas – Ac. do STA de 30.05.2012, P. 263/12*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 98, março/abril 2013;

RAIMUNDO, Miguel Assis, *Âmbito de aplicação* (anotação ao art.º 1.º), in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão [coord.], *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, AAFDL, 3.ª edição, 2022;

RAIMUNDO, Miguel Assis, *As empresas públicas nos tribunais administrativos, contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, 2007;

RAIMUNDO, Miguel Assis, *Direito dos contratos públicos*, vol. I, AAFDL, 2022;

RAMOS, Rui (coord.)/ SOUSA, Bernardo Vasconcelos e / MONTEIRO, Nuno Gonçalo, *História de Portugal, A revolução de 25 de abril e o PREC (1974-1976)*, Esfera dos Livros, 1.^a edição, 2009;

REIS, Nuno Trigo dos, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, in *Cadernos o Direito: temas de direito comercial*, 2009;

RHODES, *The new governance: governing without Government*, *Political Studies* (1996), XLIV;

RICHTER JR., Mario Stella, *I controlli*, in Carlo Ibba (coord.), *La società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 426, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019;

RIDOLFI, Melissa, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Revista Italiana di Public Management*, vol. 2, n.º 1, 2019;

RIVERO, Jean *Direito Administrativo*, Almedina, 1981;

RODRIGUES, Nuno Cunha, *“Golden-Shares” – as empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, *Coimbra Editora*, 2004;

RODRIGUES, Nuno Cunha, *Breves notas em torno do Estatuto do Gestor Público: a caminho do new public management*, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor Sousa Franco*, Coimbra Editora, 2006;

RUIVO, Francisco Bairrão, *Spínola e a revolução, do 25 de abril ao 11 de março de 1975*, Bertrand Editora, 2015;

RUIZ, Encarnación García, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, 2006;

SALAMON, Lester M., *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*, 28 *Fordham Urb. L.J.* 1611 (2001);

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, vol. I, AAFDL, 2020;

- SARDINHA, Carlos, *História do Direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica.*”, in: *Direito e Justiça* (vol. Especial – 2015): Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo Lobo Xavier, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015;
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship*, *German Law Journal*, vol. 9, Issue 11: Special issue - *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2008;
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2.^a edição, 2006;
- SILVA, Artur Santos/ VITORINO, António/ ALVES, Carlos Francisco/ CUNHA, Jorge Arriaga da/ MONTEIRO, Manuel Alves, *Livro branco sobre corporate governance*, Instituto Português de Corporate Governance, 2006;
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, *História do Direito Português, fontes de direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 6.^a edição, 2016;
- SILVA, Paula Costa e, *O administrador independente*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI;
- SILVA, Vasco Pereira da, *Do Princípio da Legalidade à Juridicidade. O Sentido Atual das Fontes de Direito Público*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017;
- SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995;
- SOARES, Rogério Ehrardt, in *Direito Administrativo (lições, 1980)*, edição Associação Académica da Universidade Lusíada, 1992;
- SOUSA, Marcelo Rebelo de / GALVÃO, Sofia, *Introdução ao estudo de Direito*, Lex, 2000;
- STORR, Stefan, *Der Staat als Unternehmer, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts*, *Jus Publicum* 78, Mohr Siebeck, 2001;
- TASSONE, Antonio Romano, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, n.º. 1, 2011;

- TELES, Miguel Galvão, *Constituições dos Estados e eficácia interna do Direito da União e das Comunidades europeias – em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, vol. II, Coimbra Editora, 2006;
- TERRINHA, Luís Heleno, *O Direito Administrativo na Sociedade. Função, prestação e reflexão do sistema jurídico-administrativo*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017;
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *L'ancien régime et la révolution*, Michel Lévy Frères Éditeurs, Paris, 3ème ed., 1857;
- TONINELLI, Pierangelo, *From private to public to private again: a long term perspective on nationalization*, *Análise Social*, vol. XLIII (4.º), 2008;
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do Direito Civil*, Almedina, 2007, 4.ª ed.;
- VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico – a ordem económica portuguesa*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 1998;
- VAZ, Manuel Afonso, *Formas organizativas do sector empresarial do Estado (a experiência portuguesa)*, in *Os caminhos da privatização da Administração pública, IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 2001;
- VITORINO, António, *O controlo parlamentar dos actos de governo*, obra coletiva, Baptista Coelho (org) in Portugal. O Sistema Político e Constitucional, Lisboa, 1989
- WALLE, Steven Van de / HAMMERSCHMID, Gerhard, *The Impact of the New Public Management: Challenges For Coordination and Cohesion in European Public Sectors*, *Halduskultuur – Administrative Culture* 12 (2), 2011;
- WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo*, Almedina, 1977, trad. Maria Glória Ferreira Pinto;
- WOLFF, Hans J. / Stober, Rolf, *Direito Administrativo*, vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, 11.ª ed. 2006;
- WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand, *Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 10, NR. 1, 7-79, Paris.

VI. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 14/84, proc. 24/83, de 8 de Fevereiro de 1984, relator Vital Moreira, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/2004, proferido no proc. 92/03, de 13 de Abril de 2004, relator Artur Maurício, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 620/2007, proc. 1130/2007, de 20 de Dezembro de 2007, relator Carlos Fernandes Cadilha, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2010, proc. 398/10, de 25 de Novembro de 2010, relator Vítor Gomes, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 496/2010, proc. 964/09, de 15 de Dezembro de 2010, relator Vítor Gomes, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2012, proc. 20/12, de 28 de março de 2012, relator João Cura Mariano, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 395/2012, proc. 569/12, de 22 de agosto de 2012 plenário, relator João Cura Mariano, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 793/2013, proc. 1171/13, plenário, de 21 de novembro de 2013, relator Pedro Machete, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 117/2015, proc. n.º 686/12, de 12 fevereiro de 2015, relator Lino Ribeiro, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 538/2015, proc. 177/15, plenário, de 20 de outubro de 2015, relator João Pedro Caupers, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 376/2016, proc. n.º 1094/2015, de 8 de junho de 2016, relator Carlos Fernandes Cadilha, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 32/2017, proc. n.º 935/16, de 1 de fevereiro de 2017, plenário, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 267/2017, proc. n.º 466/16, de 31 de maio de 2017, relator Pedro Machete, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 785/2017, proc. 795/2016, de 21 de novembro de 2017, plenário, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 157/2018, proc. 76/2017, de 20 de março de 2018, relator Joana Costa, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 157/2018, proc. n.º 76/2017, de 20 de março de 2018, relator Joana Fernandes Costa, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, proc. 828/2019, de 19 de abril de 2022, relator Afonso Patrão, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 266/87, de 8 de julho, relator Monteiro Diniz, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 635/2011, proc. 548/10, relatora Ana Guerra Martins, disponível *in* www.tribunalconstitucional.pt.

Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-07-1987, proc. 0744699, relator José Domingues, disponível *in* www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-10-2012, proc. 950/10.6TBFAF-A.G1.S1, relator Garcia Calejo, disponível *in* www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08-10-2015, proc. 1085/14.8TBCTB-A.C1.S1, relator Maria Clara Sottomayor, disponível *in* www.dgsi.pt;

Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 06-10-2005, proc. 01256/02, relator Angelina Domingues, disponível *in* www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30-09-2009, proc. 0493/09, relator Costa Reis, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30-09-2009, proc. 0453/09, relator Fernanda Xavier, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 06-01-2010, proc. 0965/09, relator Costa Reis, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, uniformizador de jurisprudência, proferido no proc. n.º 01113/09, de 20-05-2010, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21-09-2010, proc. 0562/10, relator António Madureira, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09-06-2011, proc. 0762/09, relator Adérito Santos, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16-01-2014, proc. 0445/13, relator São Pedro, ambos disponíveis in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção), de 28-01-2016, proc. 0510/15, relator Madeira dos Santos, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Pleno da Secção de Contencioso Administrativo, de 07-07-2016, proc. 0510/15, relator Maria Benedita Urbano, disponível in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, de 17-11-2016, proc. 01357/15, relatora Maria do Céu Neves, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Pleno da Secção de Contencioso Administrativo, de 15-11-2012, proc. 0621/10, relator São Pedro, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 1.ª Secção do Contencioso Administrativo, de 23.02.2012, proc. 0621/10, relator António Madureira, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23-09-1997, proc. 040173, relator Fernandes Cadilha, disponível in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21-04-2022, proc. 0713/21.3BELSB, relatora Maria do Céu Neves, disponível in www.dgsi.pt.

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-05-2017, proc. 1519/14.1TTLSB.L1-4, relator Albertina Pereira, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-09-2018, proc. 3312/17.0T8LSB.L1-1, relator Maria Adelaide Domingos, disponível in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-02-2012, proc. 2005/10.4TVLSB.L1-8, relatora Catarina Manso, disponível in www.dgsi.pt.

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-06-2023, proc. 5399/22.5T8CBR.C1, relator João Moreira do Carmo, disponível in www.dgsi.pt;

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24-02-2016, proc. 12672/15, relator Catarina Jarmela;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15-02-2018, proc. 1872/17.5 BELSB, relator Nuno Coutinho;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 10-10-2019, proc. 836/19.9BELSB, relator Alda Nunes, disponível in www.dgsi.pt;

Jurisprudência do Tribunal de Conflitos

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 07-05-2015, conflito n.º 010/15, relator Ana Paula Portela, disponível *in* www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09-07-2015, conflito n.º 021/15, relator Ana Paula Boularot, disponível *in* www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 21-04-2016, conflito n.º 06/2016, relator Madeira dos Santos, disponível *in* www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 11-07-2017, conflito 027/16, relator Ana Paula Boularot, disponível *in* www.dgsi.pt;

Jurisprudência do Tribunal de Contas

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 11/2012, de 3 de julho, disponível *in* www.tcontas.pt;

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 3/2018, de 20 de março, par. 22, disponível *in* www.tcontas.pt;

Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República

Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º PGRP00003280, de 25 de junho de 2015, disponível *in* www.dgsi.pt.

Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 15/2020, de 15-04-2021, disponível *in* <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgt>).

Pareceres da Comissão Constitucional

Parecer da Comissão Constitucional n.º 31/80, de 31 de outubro de 1980, disponível em [cc volume 14.pdf \(tribunalconstitucional.pt\)](#)

Parecer da Comissão Constitucional n.º 42/84, de 25 de julho de 1984.

Jurisprudência europeia

Acórdão do TJUE, de 15 de janeiro de 1998 (Mannesmann/Strohal, C-44/96), disponível em www.curia.europa.eu ;

Acórdão do TJUE de 10 de novembro de 1998 (Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/ BFI Holding BV, C-360/96), disponível em www.curia.europa.eu;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2000 (The Queen/ H. M. Treasury ex parte: The University of Cambridge, C-380/98), disponível em www.curia.europa.eu;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2003, Comissão das Comunidades Europeias/Reino de Espanha, C-283/00, disponível em www.curia.europa.eu;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de fevereiro de 2003 (Adolf Truley GmbH/ Bestattung Wien GmbH, C-373/00), disponível em www.curia.europa.eu;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro de 2007 (Bayerischer Rundfunk e outros/GEWA, C-337/06), disponível em www.curia.europa.eu;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de outubro de 2010, Elaine Farrell c. Alan Whitty, proc. C-413/15, disponível in <https://eur-lex.europa.eu/>;

Acórdão TJUE de 3 de fevereiro de 2021 (Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), Consorzio Ge.Se.Av. S.c.arl contra De Vellis Servizi Globali Srl, processos apensos C-155/19 e C-156/19), disponível em www.curia.europa.eu;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 1974, Yvonne van Duyn e Home Office, proc. 41/74, disponível in <https://eur-lex.europa.eu/>.

VII. OUTRAS FONTES

Dicionário da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, vol. II, Verbo Editora, 2001;

Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 4/2022, Setor empresarial do Estado 2019-2020, maio de 2022;

Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 02/2023, “*Setor empresarial do Estado*”, fevereiro de 2023;

Conselho de Finanças Públicas, Relatório n.º 03/2023, “Setor empresarial do Estado 2021-2022”, fevereiro de 2024;

Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica, entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional versão traduzida pelo Banco de Portugal;

Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality e Memorandum of Economic and Financial Policies;

Ministério das Finanças, *Livro Branco sobre o Sector Empresarial do Estado*, Lisboa, 1998;

Relatório Preliminar do 11 de Março. Lisboa, Movimento das Forças Armadas, 1975;

OECD (2018), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Edição 2015, OECD Publishing, Paris;

OECD (2020), *Organising the State Ownership Function*, 2020;

OECD (2020), *Transparency and Disclosure Practices of State-Owned Enterprises and their Owners*, 2020;

OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*;

Projeto de Código de Governo das Sociedades, elaborado pelo IPCG, ed. 2018 (revista em 2023);

Relatório UTAO n.º 4/2024, *Condições dos mercados, dívida pública e dívida externa: março de 2024*,
Coleção: Acompanhamento da dívida pública e do financiamento da economia 9 de abril de
2024.

VIII. ÍNDICE

I.	Introdução	13
II.	Metodologia e sequência.....	15
III.	O gestor público	17
3.1	Ponto prévio: delimitação do período histórico sob análise.....	17
3.2	O gestor público no advento de um setor público empresarial: evolução histórica de estatuto jurídico	20
3.2.1	Quadro de referência histórico-jurídica	20
3.2.2	O gestor público: de 1976 a 1982.....	24
3.3	O caminho privatizador	29
3.4	Administração e administrados na corrente privatizadora	32
3.5	O direito societário administrativo dos gestores públicos	38
3.5.1	Raízes no direito positivo	38
3.5.2	O regime estatutário dos gestores públicos	45
3.5.2.1	Generalidades	46
3.5.2.2	Âmbito subjetivo das normas estatutárias.....	47
3.5.2.3	O gestor público em sentido material.....	52
3.5.3	O vínculo do gestor público.....	57
3.5.3.1	Ponto de partida de <i>jure constituto</i>	58
3.5.3.2	Particularidades do ato de nomeação pelo Governo.....	62
3.5.3.3	O contrato de gestão e o vínculo do gestor público.....	63
3.5.3.4	Função política e vínculo do gestor público	68
3.5.3.5	O gestor de empresa pública: particularidades	74
A.	A empresa e o gestor público.....	74
B.	O Estado e o gestor público.....	75
3.6	Conclusão preliminar.....	77
3.7	Eixo de vinculação do gestor público	80
3.7.1	Direito Internacional	80
3.7.2	Direito da União Europeia	82
3.7.3	A Constituição.....	86
3.7.4	O Regime do setor público empresarial e o Estatuto do Gestor Público.....	94
3.7.5	Em especial, o Direito Administrativo	103

3.7.5.1	Recorte da análise	103
3.7.5.2	A função do Direito Administrativo.....	104
3.7.5.3	Vinculação e natureza da empresa	107
3.7.5.4	As ponderações legislativas	114
	A. O procedimento administrativo.....	115
	B. A responsabilidade civil extracontratual	119
	C. A contratação pública.....	126
	D. O acesso à informação administrativa	137
3.8	Sumário: o eixo de vinculação jurídico-público.....	142
3.9	Nótula remissiva: os deveres dos administradores no direito das sociedades.....	145
3.10	O Estado e o gestor público.....	148
3.10.1	O processo de designação	149
	3.10.1.1 Generalidades	149
	3.10.1.2 Soft law: as recomendações da OCDE	150
	3.10.1.3 O processo de designação em Portugal.....	153
	3.10.1.4 Análise crítica	156
	3.10.1.5 Reflexão e contributo à luz dos princípios	158
	3.10.1.6 Uma hipótese de revisão de modelo e regime de designação	160
	3.10.1.7 A representatividade dos trabalhadores	164
	3.10.1.8 A designação e o contrato de gestão.....	166
3.10.2	Orientações e autonomia.....	168
	3.10.2.1 As orientações: generalidades	168
	3.10.2.2 Pressupostos para a definição de orientações.....	171
	3.10.2.3 Autonomia de gestão	174
	A. Questão prévia: autonomia e capacidade	174
	B. O regime de autonomia.....	175
3.10.3	Vicissitudes.....	180
3.10.4	A contratualização nos movimentos de bom governo.....	185
3.11	Do controlo da atividade do gestor público.....	187
	3.11.1 Controlo pela Assembleia da República	187
	3.11.2 Controlo pelo Governo e Administração.....	190
	3.11.2.1 O controlo e a tutela	190
	3.11.2.2 Os meios de controlo.....	193
3.11.3	Controlo pelos tribunais	197

3.12	Efeitos do controlo: apontamento.....	198
IV.	Considerações finais.....	201
V.	Bibliografia.....	216
VI.	Jurisprudência.....	232
VII.	Outras fontes.....	238