As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)

Autor(es): Abreu, Jorge Manuel Coutinho de

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39802>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_1

Accessed : 26-Apr-2023 15:04:54

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo I

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

AS NOVÍSSIMAS EMPRESAS PÚBLICAS (SEGUNDO O DL 133/2013)

“E esta perda [de soberania dos estados-membros da UE] tem sido agravada pela alienação do *setor empresarial do estado*, que priva os estados nacionais de receitas não provenientes de impostos e de qualquer possibilidade de atuação direta enquanto empresário com presença relevante em setores estratégicos, com fortes efeitos de irradiação em outras áreas da economia”.

A.J. Avelãs NUNES, “O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua”, BCE, LVI (2013), p. 41.

1. Introdução

Durante os quase 24 anos de vigência do DL 260/76, de 8 de abril (várias vezes alterado), o conceito de empresa pública (estadual) no direito português (de origem interna) abrangia somente entidades de natureza institucional (não abrangia entes de natureza societária)¹.

¹ V.J. M. COUTINHO DE ABREU, *Definição de empresa pública*, separata do vol. XXXIV do Suplemento ao BFD, 1990, pp. 95, ss., *Da empresaria-*

Com o DL 558/99, de 17 de dezembro (também alterado várias vezes), que estabelecia “o regime do sector empresarial do Estado, incluindo as bases gerais do estatuto das empresas públicas do Estado” (RSEE), aquele conceito passou a compreender duas espécies empresariais: certas sociedades (dominadas pelo Estado e/ou outras entidades públicas estaduais), por um lado, e as “entidades públicas empresariais” (EPE, sucessoras das velhas EP), por outro ².

O terceiro e atual marco legislativo na matéria — o DL 133/2013, de 3 de outubro, que estabelece “os princípios e regras aplicáveis ao sector público empresarial, incluindo as bases gerais do estatuto das empresas públicas” (RSPE, art. 1.º, 1) — mantém a dicotomia e, adiante-se já, acrescenta controlo público sobre as EP.

“Para efeitos do disposto no” RSPE, “o sector público empresarial abrange o sector empresarial do Estado e o sector empresarial local” (dos municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas) — art. 2.º, 1. Não abrange, portanto, o setor empresarial regional (das regiões autónomas), relativamente ao qual o RSPE tem natureza subsidiária (art. 4.º) ³. Também o setor empresarial local dispõe de legislação especial (L 50/2012, de 31 de agosto — RAEL); o RSPE é aplicável

lidade (*As empresas no direito*), Almedina, Coimbra, 1996 (reimpr. 1999), pp. 117, ss.

² V. J. M. COUTINHO DE ABREU, “Sobre as novas empresas públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)” BFD, vol. comemorativo, 2003, pp. 555, ss.

³ As regiões autónomas dos Açores e da Madeira adotaram (tardamente) regimes próprios para os respetivos setores empresariais pelo DLR 7/2008/A, de 24 de Março, e pelo DLR 13/2010/M, de 5 de Agosto, respetivamente.

outrossim subsidiariamente (art. 4.º), com exceção, em especial, do cap.V (arts. 62.º-67.º), diretamente aplicável.

Por sua vez, diz o n.º 2 do art. 2.º, “o sector empresarial do Estado integra as empresas públicas e as empresas participadas”. As empresas públicas (EP) do setor empresarial do Estado (SEE) são delimitadas no art. 5.º⁴. As empresas participadas, definidas no art. 7.º, porque não são dominadas pelo Estado e/ou outras entidades públicas estaduais, não se integram verdadeiramente no SEE; as participações daquelas entidades nas empresas (privadas, normalmente) é que se integram no SEE — cfr. o art. 8.º, 2.

Entretanto, o RSPE é ainda aplicável às “organizações empresariais” que, não sendo EP propriamente ditas, sejam “criadas, constituídas, ou detidas por qualquer entidade administrativa ou empresarial pública” que sobre elas exerça “uma influência dominante” (art. 3.º).

2. Noção de empresa(s) pública(s) (estaduais)

O RSPE não oferece uma noção unitária de empresa pública. Apresenta antes duas noções, uma de EP societárias, outra de EPE (arts. 5.º e 56.º).

2.1. Empresas públicas societárias

Segundo o n.º 1 do art. 5.º, “são empresas públicas as organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas⁵ possam

⁴ V. *infra*, n.º 2.

⁵ Nestas entidades públicas (estaduais) deve ver-se não apenas pessoas coletivas de direito público (p. ex., institutos públicos), mas também pessoas coletivas de direito privado como as sociedades de capitais públi-

exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante, nos termos do presente decreto-lei”.

A qualificadora *influência dominante* das entidades públicas nas sociedades existe, diz depois ao art. 9.º, 1, quando aquelas: a) tenham uma participação social correspondente a mais de metade do capital⁶; b) ou “disponham da maioria dos direitos de voto”⁷; c) ou “tenham a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização”⁸; d) ou “disponham de participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar

cos ou de economia mista que mereçam a qualificação de empresas públicas.

⁶ Vai suposto, parece (v. logo a alínea seguinte), que à participação social maioritária corresponde a maioria dos votos.

⁷ Esta maioria é aqui autonomizada por ela ser possível sem correspondente participação social maioritária (pense-se nos direitos especiais de voto, nas limitações de voto, nas ações sem voto...). Para efeitos de imputação (indireta) de direitos de voto, v. o n.º 2 (com cinco alíneas) do art. 9.º (está deslocada a referência, na al. a), aos direitos de voto detidos ou exercidos por terceiro *em nome(...) do titular da participação social...*).

⁸ É formulação (mimética de formulação comunitário-europeia) que vai sendo recorrente entre nós, mas com inconvenientes (também) no contexto no RSPE: (1) não é fácil descortinar hipóteses de um sócio (minoritário) ter o poder de destituir administradores e — menos ainda — fiscalizadores (a destituição de membros dos órgãos de fiscalização deve ser fundada em justa causa); (2) o poder de designar a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização depende normalmente do poder de voto maioritário em eleições, coberto pelas alíneas a) e/ou b), e a hipótese de aquele poder assentar em direito especial estará absorvida pelo previsto na al. d); (3) não faz sentido afirmar que a possibilidade (tao só) de designar ou destituir a maioria dos membros de alguns órgãos de fiscalização (conselho fiscal, fiscal único, ROC) permite o exercício de “influência dominante” em (na administração ou gestão de) uma sociedade; pode fazer algum sentido relativamente ao conselho geral e de supervisão (quando lhe compita designar e destituir os administradores) e à comissão de auditoria (quando os seus membros sejam maioritários no conselho de administração) — mas v. (2).

de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa”⁹.

Será interessante notar que as sociedades qualificadas como empresas públicas pelas als. *b*), *c*) ou *d*) do n.º 1 do art. 9.º não se integram, parece, no setor público de propriedade dos meios de produção tal como delimitado pela CRP — o art. 82.º, 2, exige que a “*propriedade e gestão*” pertençam ao Estado ou a outras entidades públicas¹⁰. Apesar de, para efeitos do RSPE, se integrarem no “sector empresarial do Estado”(art. 2.º, 2), compreendido no “sector público empresarial”...

Mas, por outro aldo, pode suceder, nos domínios da banca, um ente público possuir a maioria ou a totalidade das ações de uma sociedade e esta não ser qualificada de empresa pública. Assim é nos casos em que, no quadro da L 63-A/2008, de 24 de novembro¹¹ — *recapitalização* de instituições de crédito por investimento público —, o Estado fique a deter a maioria das ações de uma sociedade bancária privada¹². Assim é também quando o Banco de Portugal aplique a uma instituição de crédito a medida de “*resolução*” que se traduz na transferência, parcial ou total, da atividade dessa instituição para um “banco de transição” (RGIC, art. 145.º-C, 1, *b*): este

⁹ Não é fácil descortinar a possibilidade de esta influência determinante assentar em participações “qualificadas” minoritárias e sem poder de voto maioritário...

¹⁰ A propriedade de uma empresa societária exigirá a propriedade da totalidade ou da maioria das participações sociais (hipótese da al. *a*) do n.º 1 do art. 9.º do RSPE).

¹¹ Alterada já oito vezes (!), por último pela L 1/2014, de 16 de janeiro.

¹² V. J. M. COUTINHO DE ABREU, “Financiamento público de bancos privados”, em *II Congresso de direito da insolvência* (coord. de Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 118-119. V. tb. o nono parágrafo do preâmbulo do RSPE.

banco, constituído por deliberação do Banco de Portugal, que também nomeia os membros dos órgãos de administração e de fiscalização e superintende na gestão (art. 145.º-G, 5, 11), tem como único acionista o “Fundo de Resolução”, que é pessoa coletiva de direito público (arts. 145.º-G, 3, 153.º-B, 1). Coisas e loisas do capitalismo financeiro...

Regressando ao n.º 1 do art. 5.º do RSPE: as EP são organizações “constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial”¹³.

As sociedades de “responsabilidade limitada” são as *sociedades por quotas* e as *sociedades anónimas*¹⁴. Nas sociedades em comandita há também sócios de “responsabilidade limitada” (os comanditários). Todavia, tendo em vista os poderes dos sócios comanditados, mesmo que minoritários (v. p. ex. os arts. 470.º, 1, 471.º, 1, 472.º, 2, e 473.º, 1, do CSC), não parece que estas sociedades entrem no campo de aplicação do art. 5.º, 1, do RSPE.

Ora, as sociedades-empresas públicas não têm de ser “constituídas nos termos da lei comercial”, que (quase) só conhece atos constituintes de natureza negocial privada. Têm sido (e podem continuar a ser) constituídas sociedades de capitais públicos por *decreto-lei*. O próprio RSPE o reconhece no art. 35.º, 1: a extinção de empresas públicas societárias é feita nos termos do CSC, ressalvando-se os casos em que elas “tenham sido constituídas por decreto-lei, podendo, nestes casos, aplicar-se a mesma forma para efeitos de extinção”. Aliás, as sociedades anónimas unipessoais de capitais públicos

¹³ V. tb. o art. 13.º, 1, a).

¹⁴ São assim designadas tradicionalmente. Mas não com inteiro rigor: também estas sociedades, como as dos demais tipos, respondem com todo o seu património (ilimitadamente) pelas obrigações respetivas. Aquela expressão visa significar que os sócios, em regra, respondem tão só para com a sociedade pela realização das entradas, não respondendo perante os credores sociais.

(estaduais) continuam a ter de ser constituídas por decreto-lei derogador da disciplina legal-societária geral ¹⁵.

2.2. Entidades públicas empresariais ¹⁶

Atendendo em especial ao art. 56.º do RSPE, diremos a que as EPE são *peças coletivas de direito público com denominação parcialmente taxativo-exclusiva criadas pelo Estado que formam e/ou exploram organizações de meios produtivos de bens para a troca, de modo a satisfazerem interesses público-estaduais*.

As EPE são, pois, pessoas jurídicas com as correspondentes “capacidade jurídica” (limitada pelo objeto: art. 58.º, 2) e “autonomia administrativa [entendível em sentido amplo, como capacidade para gerir e praticar atos jurídicos], financeira [com receitas próprias e direito de delas dispor segundo orçamento próprio] e patrimonial” [com património privativo, mobilizável só (e em princípio só ele) para o cumprimento das respetivas obrigações]: art. 58.º, 1. E pessoas jurídicas “de direito público” (o que durante muito tempo foi controvertido ¹⁷ fica agora claro pelos dizeres do art. 56.º) ¹⁸.

¹⁵ O CSC só permite a constituição de sociedade anónima unipessoal por outra sociedade (art. 488.º, 1). Curiosamente, o art. 4.º, 1, do DLR 7/2008/A (setor público empresarial dos Açores) e o art. 19.º, 2, do RAEL já autorizam a constituição de sociedades anónimas unipessoais (de capitais públicos) por negócio jurídico privado.

¹⁶ A expressão “entidades públicas empresariais” parece ter sido importada de Espanha [sobre as “entidades públicas empresariais”, v., p. ex., A. PÉREZ MORENO / E. MONTÓYA MARTÍN, “Formas organizativas del sector empresarial del Estado”, in AA.VV., *Os caminhos da privatização da administração pública* (IV Colóquio luso espanhol de direito administrativo), U. C./Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 81, ss.].

¹⁷ Sobre a questão na vigência do DL 260/76, v. COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, pp. 183, ss.

¹⁸ Tal como havia ficado com o art. 23.º, 1, do RSEE.

A criação de EPE é feita por “decreto-lei” (art. 57.º, 1) ¹⁹. O capital inicial (“capital estatutário”) — dinheiro e/ou outros bens patrimoniais, inclusive empresas (em sentido objetivo) — é atribuído pelo Estado para responder às necessidades permanentes da empresa e pode ser aumentado ou reduzido nos termos previstos nos estatutos (art. 59.º, 1 e 2).

A denominação destas pessoas coletivas deve integrar a expressão “entidade pública empresarial” ou as iniciais “E.P.E.” (art. 57.º, 2) ^{20 21}.

2.3. Dialética empresa-sujeito/empresa-objeto

As sociedades (sujeitos ou pessoas jurídicas) dominadas pelo Estado e / ou outras entidades públicas estaduais e as EPE (pessoas jurídicas) são “*empresas públicas*”. Por conseguinte, estas empresas aparecem primariamente em *sentido subjetivo*, como sujeitos jurídicos. Mas estes fenómenos empresariais não se reduzem à dimensão subjetiva. *Por norma, eles são simultaneamente* instrumentos objetivos de sujeitos, são organizações de meios produtivos, *empresas em sentido objetivo*.

Porém, as duas apontadas dimensões das empresas públicas *não têm de coexistir sempre, nem implicam necessariamente a mesma área patrimonial, nem são incidíveis*. Com efeito, pode suceder (e sucede frequentemente) que seja constituída uma

¹⁹ Assim mandava também o art. 24.º, 1, do RSEE. Apesar de o n.º 2 do art. 4.º do DL 260/76 exigir simplesmente um “decreto”, propugnei a solução do “decreto-lei” (v. *últ. ob. cit.*, pp. 98, ss.).

²⁰ Sobre a pertinência desta referência na noção de EPE, v. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, pp. 120.

²¹ Os hospitais EPE (quatro dezenas) são regulados especialmente pelo DL 233/2005, de 29 de dezembro (alterado várias vezes; o DL 244/2012, de 9 de novembro, republicou-o), aplicando-se subsidiariamente o RSPE (art. 70.º).

sociedade ou uma EPE (sujeitos) sem que exista ainda o respetivo substrato empresarial, sem empresas em sentido objetivo. Por outro lado, o património das empresas públicas-sujeitos não tem de esgotar-se no património ligado às respetivas empresas-objetos: pode haver bens fazendo parte do acervo patrimonial dos sujeitos mas não afetados às empresas-objeto (destas não sendo elementos, portanto). Por sua vez, pode a empresa-objeto ser separada da empresa-sujeito, porque, *v. g.*, aquela é vendida, locada ou a sua exploração é concedida a terceiro, e pode a empresa-sujeito sobreviver à sua empresa-objeto ou, ao invés, extinguir-se antes dela²².

3. Estruturas orgânicas

3.1. Órgãos de administração e de fiscalização²³

3.1.1. Toda a empresa pública tem de ter um *órgão de administração*, que gere as atividades compreendidas no respetivo objeto e representa a empresa, e um *órgão de fiscalização*, a quem compete, principalmente, vigiar pela observância da lei e dos estatutos (por parte dos gestores, nomeadamente).

As empresas públicas que sejam sociedades pluripessoais têm também um órgão deliberativo-interno, vulgarmente designado *assembleia geral*. No entanto, as leis pertinentes (mormente o RSPE e o EGP — Estatuto dos gestores públicos: DL 71/2007, de 27 de março, alterado e republicado pelo DL 8/2012, de 18 de janeiro) continuam a referir-se à assembleia geral indiscriminadamente, a propósito das empresas

²² Cfr. *últ. ob. cit.*, pp. 118-119, 216-217.

²³ Este é um dos pontos que o RSPE melhorou. Eram grandes a complexidade e prolixidade presentes no RSEE, depois de alterado pelo DL 300/2007, de 23 de agosto — v. apreciação crítica em J. M. COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *DSR* 6 (2011), pp. 26, ss.

públicas societárias, incluindo portanto as unipessoais — assim continuando a dar azo à “paródia de assembleia”. As EPE, sem substrato pessoal ou associativo, não têm, naturalmente, assembleia geral. Apesar do n.º 3 do art. 60.º do RSPE (que repete o art. 27.º, 3, do RSEE): “Os estatutos podem prever a existência de outros órgãos, deliberativos ou consultivos, definindo as respetivas competências”²⁴.

3.1.2. A estruturação orgânica da administração e da fiscalização das empresas públicas societárias é, no essencial, a prevista no CSC para as sociedades anónimas e as sociedades por quotas (art. 31.º, 3, do RSPE). E a estruturação prevista naquele Código para as sociedades anónimas é aplicável às EPE (art. 60.º, 1, do RSPE).

Em geral, são anónimas as sociedades-empresas públicas²⁵. Por conseguinte, cada uma destas EP, bem como cada EPE, tem de adotar (estatutariamente) um de três sistemas orgânicos (cfr. o art. 278.º do CSC): o *tradicional* (basicamente, conselho de administração/conselho fiscal ou fiscal único), o *de tipo germânico ou dualístico* (conselho de administração executivo/conselho geral e de supervisão)²⁶, ou o

²⁴ Vai daí, e dada a sedução da silhueta societária, os estatutos de algumas EPE lá prescrevem a “assembleia geral”... V. exemplos em J. M. COUTINHO DE ABREU, “Sociedade anónima, a sedutora (Hospitais, S.A., Portugal, S.A.)”, em IDET, *Miscelâneas* n.º 1, Almedina, Coimbra, 2003, p. 29, n. 20.

²⁵ Atualmente, parece que todas as sociedades empresas públicas com participação direta do Estado são anónimas. A estrutura orgânica das EP sociedades por quotas é simples: gerência (com um ou mais membros: art. 252.º, 1, do CSC) e conselho fiscal ou fiscal único (art. 33.º, 1, do RSPE).

²⁶ Nestes dois sistemas, em vez de conselho de administração, é possível o administrador único quando o capital social não exceda €200000

monístico (conselho de administração, compreendendo comissão de auditoria)²⁷.

Quando o órgão de administração seja plural, é composto, no mínimo, por três membros (art. 31.º, 2, do RSPE)²⁸.

Por sua vez, o conselho geral e de supervisão (sistema de tipo dualístico) não tem número mínimo fixo de membros, tem é de ser superior ao número dos administradores (art. 434.º, 1, do CSC); a comissão de auditoria tem de ter, vimos há pouco, pelo menos três membros; nas demais empresas públicas, ou há um fiscal único, ou há um conselho fiscal com, no máximo, três membros (art. 33.º, 1 e 2, do RSPE).

Assinalável, em matéria de competência (não propriamente de fiscalização) do órgão fiscalizador, é o disposto no n.º 4 do art. 33.º do RSPE: “Sem prejuízo do disposto sobre a matéria nos respetivos estatutos, o conselho de administração das empresas públicas obtém parecer prévio favorável do conselho fiscal para a realização de operações de financiamento ou para a celebração de atos ou negócios jurídicos dos quais resultem obrigações para a empresa superiores a 5% do ativo líquido, salvo nos casos em que os mesmos tenham sido aprovados nos planos de atividades e orçamento.”²⁹.

— arts. 390.º, 2, e 424.º, 2, do CSC. Esta possibilidade vale também para as EP: art. 31.º, 2, do RSPE.

²⁷ Acerca da terminologia, v. p. ex. o meu artigo “Sobre os gestores públicos” cit., p. 26, n. 4.

²⁸ Mas se o sistema orgânico adotado for o de tipo monístico, o mínimo passa a quatro (têm de ser três, pelo menos, os administradores simultaneamente membros da comissão de auditoria — art. 423.º-B, 2, do CSC).

²⁹ Apesar da letra do preceito, ele será aplicável nos casos em que haja só um administrador e em que, em vez do conselho fiscal, haja fiscal único, conselho geral e de supervisão, ou comissão de auditoria.

3.2. Gestores públicos, os titulares do órgão de administração

Os membros do órgão de administração de empresa pública, que hão de ser pessoas humanas ou singulares, têm o estatuto de gestores públicos³⁰.

Nos termos do art. 13.º, 1, do EGP, os gestores públicos são designados por *nomeação* ou por *eleição*.

A nomeação, pensada somente, parece, para as EPE, é feita mediante resolução do Conselho de Ministros, sob proposta dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pelo respetivo setor de atividade (art. 13.º, 2)³¹.

A eleição (de gestores públicos de EP societárias) é feita “nos termos da lei comercial” (art. 13.º, 6, do EGP). Basicamente, portanto, por deliberação dos sócios (cfr. CSC, arts. 252.º, 2, 391.º, 1, 392.º, 1, 425.º, 1). Mas ainda por proposta do ministro das finanças (cfr. RSPE, arts. 37.º, 2, 38.º, 1, c), 2, 39.º, 1).

Não há diferença substancial entre a “nomeação” e a “eleição”. Os gestores públicos são designados pelo poder político. E nas empresas públicas societárias unipessoais não é curial dizer-se que o sócio único “elege” os gestores públicos; ainda que em “assembleia geral”, ele decide nomeá-los — a eleição

³⁰ Cfr. os arts. 21.º do RSPE e 1.º e 3.º do EGP. Acerca do estatuto de gestor público, v. COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos” cit. e, com notas de atualização, “Memorando da «troika» e setor público empresarial”, em IDET, *O memorando da “troika” e as empresas*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 187, ss.

³¹ Não parece que a proposta seja (agora) conjunta. Tendo em vista o RSPE, arts. 37.º, 2, 38.º, 1, c), e 2, 39.º, 1 e 5, compete ao ministro das finanças fazer a proposta; o ministro responsável pelo setor de atividade em que a EP se integra apresenta àquele uma proposta (parcial). Também aqui se vê o “financiarismo” que perpassa todo o RSPE.

pressupõe a existência (ou a possibilidade) de propostas e votos alternativos.

O (sobre)peso “financeirista” na designação dos gestores públicos (por “nomeação” ou por “eleição”) é evidente em outros preceitos do RSPE. O “conselho de administração das empresas públicas integra sempre um elemento designado ou proposto pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, que deve aprovar expressamente qualquer matéria cujo impacto financeiro na empresa pública seja superior a 1% do ativo líquido” (n.º 4 do art. 31.º). Se este gestor não aprovar algum desses atos, o assunto será submetido a “deliberação da assembleia geral ou, não existindo este órgão, a despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do respetivo sector de atividade” (n.º 5 do art. 31.º). Depois, prescreve o n.º 3 do art. 32.º: “A DGTF [Direção Geral do Tesouro e Finanças] deve estar representada [sic] no órgão de administração das empresas públicas, através de um ou mais membros não executivos (...)”.

Entretanto, a CRP (arts. 54.º, 5, f), 89.º) atribui aos trabalhadores das empresas públicas o direito de elegerem um ou mais deles para o órgão de administração das mesmas, “nos termos da lei”. Estranhamente, o art. 423.º, 1, f), do Código do Trabalho reafirma o direito apenas para as EPE, não para as empresas públicas societárias. No país faz de conta, nem o EGP, nem o RSPE dizem algo sobre o assunto...

4. Pontos do regime jurídico (em quadro geral)

4.1. Constituição, alterações estatutárias e estruturais, extinção

A *constituição* de EP societárias segundo processos constituintes das sociedades privadas “depende sempre de autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das

finanças e do respetivo sector de atividade”, antecedida de parecer (não vinculativo) da Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial (UT)³², sob pena de nulidade dos atos e de responsabilidades várias: RSPE, arts. 10.º, 1, 2, 12.º, 1, 2³³. As EPE são constituídas, vimos já, por decreto-lei (logo, também com autorização governamental), sendo ainda obrigatório o parecer prévio da UT: art. 57.º, 1, 3. Acrescente-se que a constituição de EP societárias por decreto-lei exigirá também o referido parecer prévio.

“A *alteração dos estatutos* de empresas públicas é realizada através de decreto-lei ou nos termos do Código das Sociedades Comerciais, consoante se trate de entidade pública empresarial ou sociedade comercial, devendo os projetos de alteração ser devidamente fundamentados e aprovados pelo titular da função acionista” (art. 36.º)³⁴.

As *modificações estruturais* (transformação, fusão, cisão) processam-se por meio de “decreto-lei ou nos termos do Código das Sociedades Comerciais, consoante se trate de entidade pública empresarial ou sociedade comercial” (art. 34.º, 1).

E a *extinção* é feita por “decreto-lei ou nos termos do Código das Sociedades Comerciais, consoante se trate de entidade pública empresarial ou sociedade comercial, ressal-

³² Esta entidade administrativa, diretamente dependente do ministro das finanças, foi criada pelo RSPE — v. os arts. 1.º, 3, 68.º, 69.º V. tb. o Decreto Regulamentar 1/2014, de 10 de fevereiro.

³³ A constituição de EP societárias pode ser “superveniente”, pela via da aquisição por empresas públicas de participações sociais de controlo em sociedades (privadas) já existentes. Ora, a aquisição de participações sociais (de controlo ou não), bem como a alienação, estão igualmente sujeitas a autorização ministerial e parecer prévio da UT (arts. 11.º, 12.º).

³⁴ A “função acionista” cabe, em regra, ao Ministro das Finanças — art. 37.º, 2, 3 (é exagerado o “exclusivamente” do n.º 1 do art. 39.º).

vando-se os casos em que estas últimas tenham sido constituídas por decreto-lei, podendo, nestes casos, aplicar-se a mesma forma para efeitos de extinção” (art. 35.º, 1). É de assinalar que *as EPE, ao invés das EP societárias, não estão sujeitas ao processo de insolvência* (salvo na medida do determinado pelo decreto-lei de extinção): art. 35.º, 2³⁵.

4.2. Direito aplicável ao funcionamento “externo”

Nas relações com outrem que não o Estado, as empresas públicas (societárias ou não) são regidas, no essencial, pelo *direito privado geral* (RSPE, art. 14.º, 1) e pelo direito (público ou não) *aplicável às entidades empresariais privadas*.

Assim, por exemplo, estão sujeitas à tributação direta e indireta, nos termos gerais (art. 14.º, 4), e às regras da concorrência (art. 15.º); o regime laboral assenta nas leis gerais do contrato individual de trabalho e da contratação coletiva (art. 17.º)³⁶.

4.3. Superintendência, tutela e (outras) constrições estaduais (governamentais)

Porque são públicas, dominadas (direta ou indiretamente) por entidades públicas e visando (só ou também) finalidades públicas, é natural que as EP sejam, em maior ou menor medida, guiadas e controladas por essas entidades.

As EP (sociedades e EPE) devem, pelos seus órgãos de administração, observar as “*orientações estratégicas*”, as medidas ou diretrizes definidas por resolução do conselho de ministros para “o equilíbrio económico e financeiro do sector empre-

³⁵ V. tb. o art. 2.º, 2, a), do CIRE.

³⁶ Mas v. os arts. 18.º-20.º

sarial do Estado” (RSPE, art. 24.º, 1), e as “*orientações sectoriais*” emitidas com base naquelas pelos ministros das finanças e dos sectores respetivos (art. 24.º, 2, e, algo confusos, arts. 37.º–39.º).

Relativamente a cada empresa, esquematicamente, as coisas passar-se-ão assim (cfr. o art. 39.º): o ministro do setor define objetivos e emite orientações (n.º 4); a DGTF remete essas orientações e objetivos à empresa para que esta elabore propostas de planos de atividades e orçamento para o exercício seguinte (n.º 6); estas propostas são analisadas pela UT, que produz relatório dirigido ao ministro das finanças (n.ºs 7 e 8); este relatório, depois de aprovado pelo ministro das finanças, “acompanha as propostas de plano de atividades e orçamento, que não produzem quaisquer efeitos até à respetiva aprovação pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector de atividade” (n.º 9).

Aprovados os planos de atividade e orçamento respeitadores das orientações estratégicas e setoriais, “os titulares da função acionista — diz o art. 30.º, 2 — abstêm-se de interferir na atividade prosseguida pelo órgão de administração das empresas”. Mas não é bem assim. Nos termos do n.º 5 do art. 25.º (ironicamente epigrafado “autonomia de gestão”³⁷), “carecem sempre da autorização prévia do titular da função acionista” a “prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de existir qualquer tipo de participação do garante no capital social da entidade beneficiária” (al. a)).

Acrescente-se, no rol das *limitações à autonomia de gestão*, o “princípio da *unidade de tesouraria*” (art. 28.º: em regra, as EP

³⁷ Propriamente quanto a esta, diz o n.º 1 que, no quadro definido pelas orientações estratégicas e setoriais, “os titulares dos órgãos de administração das empresas públicas gozam de autonomia na definição dos métodos, modelos e práticas de gestão concretamente aplicáveis ao desenvolvimento da respetiva atividade”.

não financeiras mantêm as suas disponibilidades e aplicações junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública — IGCP, EPE) e as regras sobre *endividamento* constantes do art. 29.º: *v. g.*, as EP não financeiras integradas no setor das administrações públicas nos termos do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais ficam em geral impedidas de se financiarem junto de instituições de crédito (n.ºs 1 e 2); as não integradas naquele setor mas 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, E.P.E., quanto às condições financeiras aplicáveis” (n.º 3).

Em um outro plano, registe-se o “*controlo financeiro*” das EP a cargo do Tribunal de Contas e da Inspeção Geral das Finanças (art. 26.º) e os vários *deveres de informação* (ao público e/ou ao governo) a que elas estão sujeitas — *v. arts.* 25.º, 2, 3, 44.º-46.º, 47.º, 1, 53.º, 54.º

Nota-se, pois, uma teia complexa e burocratizada de orientações e controlos públicos, fortemente limitadora da autonomia de gestão das EP (dos gestores públicos).

Entre a autonomia e a heteronomia na gestão das EP vários graus são concebíveis. Parece razoável defender que, estando aqui em causa a gestão de recursos públicos e a satisfação de interesses coletivos, a autonomia própria (ou tradicional) do privado há de ser limitada por imperativos do público. As EP não devem ser simplesmente entregues ao jogo do mercado e/ou ao arbítrio dos gestores públicos. E o (empresarial) “grupo Estado” reclama orientação e coordenação ³⁸. Con-

³⁸ Para efeitos do direito societário, não se estabelecem “relações de grupo” (propriamente ditas) entre o Estado ou as EPE, de um lado, e as sociedades por eles participadas, do outro (*v. o art.* 481.º, 1, do CSC). Mas

tudo, o legislador (-governo) do RSPE exagerou na dose “para a contenção de despesa e para o equilíbrio das contas públicas” (preâmbulo).

Não obstante, este apertar do torniquete às EP *não lhes retira o caráter “empresarial”* (de “empresas” públicas)³⁹. Por um lado, porque a marca da empresarialidade nas EP é grandemente conformável pelo legislador. Por outro lado, porque são muito díspares os níveis da autonomia de gestão na (prototípica) empresarialidade privada: são muito diferentes a autonomia de gestão da pessoa singular proprietária e exploradora de uma empresa, a dos gerentes de sociedade por quotas, que devem respeitar as deliberações dos sócios em matérias de gestão (cfr. o art. 259.º do CSC), a dos administradores de sociedade anónima comum (cfr. os arts. 373.º e 405.º, 1), ou a dos administradores de sociedade dependente em relação de grupo com gestão centralizada (cfr. o art. 503.º)...

são possíveis, evidentemente, as relações de grupo entre as sociedades-empresas públicas (desnecessários, portanto, os n.ºs 2 e 3 do art. 13.º do RSPE). Entretanto, e a título excecional, o DL 209/2000, de 2 de setembro, que criou a (empresa pública) Parpública — Participações Públicas (SGPS), S.A., manda aplicar, no art. 4.º, 2, às relações entre o Estado e esta sociedade normas do CSC específicas das relações de grupo: arts. 501.º (responsabilidade para com os credores da sociedade dominada), 502.º (responsabilidade por perdas da sociedade dominada) e 503.º (direito de dar instruções à dominada)...

³⁹ Em sentido oposto (falha a base essencial do caráter empresarial: a autonomia de gestão), v. E. PAZ FERREIRA/A. PERESTRELO DE OLIVEIRA/M. SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013”, *RDS*, 2013 (3), pp. 478, 485 (acompanho em grande medida, porém, a crítica dos AA. às limitações impostas pelo RSPE às EP).

Perguntar-se-á: não é paradoxal um governo (-legislador do RSPE) com retórica e prática privatizadoras ⁴⁰ publicizar (-governamentalizar) tanto as EP (de que não pode ou não quer desfazer-se)? Só aparentemente. Privatizar certas EP e publicizar-limitar a gestão das outras EP é, aquém do mais, sintoma da precompreensão (pré-juízo, pré-conceito) e desconfiança daquele para com as empresas públicas.

4.4. EP sociedades *versus* EPE

No RSEE, não eram muito nítidas as diferenças (substanciais) entre as EP societárias e as EPE. Pese embora a possibilidade de estas sofrerem intervenção do Estado mais intensa por via da “tutela económica e financeira”. Hoje (no RSPE), as diferenças são ainda menos nítidas.

Há diferenças nos procedimentos de constituição e de alterações estatutárias e estruturais (*supra*, n.º 4.1.). Mas, essencialmente, na “forma”; substancialmente, exige-se em qualquer caso autorização ministerial ou governamental.

O mesmo se diga a respeito dos procedimentos de “eleição” (sociedades) e de “nomeação” (EPE) dos gestores públicos (n.º 3.2.).

Nas relações externas, o direito aplicável é o mesmo (n.º 4.2.).

Nas relações “verticais” com o Estado, o regime jurídico é idêntico também (n.º 4.3.).

Talvez a diferença mais significativa esteja nos modos de extinção — em particular, na não sujeição das EPE às regras gerais da insolvência (n.º 4.1.).

⁴⁰ Indo além da “troika” (v. COUTINHO DE ABREU, “Memorando...”, p. 190).

Também na prática da criação de empresas públicas não se descobre facilmente o ou os critérios que têm determinado a escolha entre sociedade e EPE ⁴¹. Embora haja alguns conjuntos homogêneos: na “cultura” (EPE), na “requalificação urbana” (S.A.), na “saúde” (hospitais EPE, agora)...

5. Empresas públicas e fim lucrativo

As empresas públicas têm necessariamente fins lucrativos? Têm de ser constituídas para o exercício de uma atividade económica em termos tais que dela devam resultar receitas que excedam os custos de produção? É o intuito lucrativo essencial para o(s) conceito(s) de empresa(s) pública(s)?

Não devemos partir de apriorístico-conceitualísticas e genéricas ideias de empresa (possibilitadoras de raciocínios deste tipo, bastante divulgados entre nós: todas as empresas têm fins lucrativos; as empresas públicas, como o próprio nome diz, são empresas; logo, as empresas públicas têm fins lucrativos). A resposta à questão passa necessariamente pela análise dos dados positivo-normativos atinentes às empresas públicas.

O RSPE não impõe em lado algum o escopo lucrativo. Algumas ideias gerais podem nele ser colhidas: (1) a “viabilidade económica e financeira” das EP deve ser tida em vista aquando da sua criação (art. 10.º, 2), ou da transformação, fusão ou cisão de EP deficitárias (art. 34.º, 2) — esta viabilidade basta-se com uma gestão dirigida a alcançar o equilíbrio entre custos e receitas da produção (não impedindo, porém, o lucro); (2) a atividade das (ou de boa parte das) EP encarregadas da prestação de serviço público ou serviço de interesse geral (económico ou não) é remunerada (também) por dotações do orçamento do Estado, indemnizações compensatórias ou outros subsídios

⁴¹ V. no *site* da DGTF as “participações do Estado”.

(arts. 48.º, 2, 3, 55.º, d)) — o que exclui o fim lucrativo e mesmo o fim de equilíbrio entre custos e receitas “próprias”; (3) as “orientações estratégicas” do governo para as EP visam “o equilíbrio económico e financeiro do sector empresarial do Estado” (art. 24.º, 1) — desejavelmente, este equilíbrio resultará da compensação dos défices de exploração (necessários ou esperados, ou não) de algumas EP pelos lucros das outras.

Vejamos um pouco mais, relanceando ora para as sociedades-EP, ora para as EPE. As *sociedades* têm, em regra, escopo lucrativo, visam obter lucros para atribuí-los ao(s) sócio(s) ⁴². Nada impõe que o escopo lucrativo seja ou possa ser postergado pelas empresas públicas-*sociedades de economia mista* (os sócios não-públicos não são, enquanto tais, mecenas...) ⁴³. Nem mesmo quando tais empresas tenham de exercer atividades financeiramente deficitárias (cfr. o RSPE, arts. 48.º, 55.º); nestes casos, as “indenizações compensatórias” não devem repor simplesmente o equilíbrio custos-receitas, havendo que não impedir a remuneração do capital privado investido ⁴⁴.

Não tem de ser idêntico o panorama relativo às empresas públicas societárias com *capitais inteiramente públicos*. Quando constituídas nos termos do CSC, elas têm (“por definição”) fim lucrativo; contudo, quando sejam encarregadas da gestão de serviços públicos ou de interesse geral, os interesses públi-

⁴² V. o meu *Curso de direito comercial*, vol. II — *Das sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011 (reimpr. 2013, 2014) n.º 2. 4. do cap. I.

⁴³ Recorde-se também o art. 14.º, 1, do RSPE.

⁴⁴ Aliás, o DL 167/2008, de 26 de agosto (para que remete o n.º 3 do art. 48.º do RSPE), diz no art. 6.º, 1, c), que o cálculo da indemnização compensatória deve ter em consideração “um lucro razoável correspondente à remuneração do capital investido na atividade de prestação de serviço de interesse geral, líquido das contribuições do Estado, se as houver, que leve em consideração o grau de risco inerente à prestação pela empresa do serviço de interesse geral” (v. tb. os n.ºs 6 e 7 deste artigo).

cos podem determinar uma sistemática atuação sem finalidades lucrativas⁴⁵. Por sua vez, quando as empresas públicas societárias de capitais exclusivamente públicos sejam constituídas por decreto-lei, pode o ato constituinte, derrogando a genérica noção legal de sociedade (v. também a 2.^a parte do n.º 1 do art. 14.º do RSPE), estabelecer logo de modo explícito ou implícito a exclusão do intuito lucrativo⁴⁶.

De outra banda, as *EPE* não são marcadas pela sua lei geral (o RSPE) com a nota caracterizadora do escopo lucrativo (ao invés do que sucede com a lei geral das sociedades). Todavia, também não estão, em geral, impedidas de tentar alcançar lucros. Porém, em especial, algumas encarregadas de serviços de interesse geral não têm finalidade lucrativa. Isto mesmo é confirmado por diversos decretos-lei que criam ou reorganizam entidades públicas empresariais⁴⁷.

Em suma, *nem todas as empresas públicas, societárias ou não, têm (ou têm de ter) escopo lucrativo; este escopo não é elemento essencial do conceito ou (melhor) dos conceitos de empresa(s) pública(s)*⁴⁸.

⁴⁵ Mesmo que as indemnizações compensatórias proporcionem lucro (objetivo), o destino deste não será a atribuição ao Estado-sócio (que não dá com uma mão para receber o dado com a outra...).

⁴⁶ E, mais ou menos contestavelmente, o legislador tem feito uso desta possibilidade — v. exemplos no meu artigo “Privatização de empresas...”, pp. 64, ss.

⁴⁷ Entre os mais recentes, v. o DL 208/2012, de 7 de setembro, que aprovou os estatutos das EPE Cinemateca Portuguesa-Museu do Cinema, Companhia Nacional de Bailado, Teatro Nacional D. Maria II, Teatro Nacional de São Carlos, e Teatro Nacional de São João. Nos estatutos de cada uma destas EPE há um preceito prevendo, entre as “receitas”, as “comparticipações, dotações, subsídios e compensações financeiras do Estado ou de outras entidades públicas”.

⁴⁸ Defendi conclusões semelhantes antes da vigência do RSEE (cfr., quanto às EP antecessoras das EPE, *Definição...*, pp. 138, ss., e *Da empresarialidade...*, pp. 121, ss., e, em relação às sociedades de capitais

Note-se, para finalizar, que a grande maioria das EP (S.A.) lucrativas foi já privatizada. Vão sobrando EP financiadas pelo orçamento estadual. Para que não esmoreça a lusitana campanha anti-EP (as empresas públicas são ineficientes, dão prejuízos em vez de lucros, etc., etc.)...

Resumo: O que são as empresas públicas, quais as estruturas orgânicas que podem adotar, qual o regime jurídico aplicável — tudo tendo em vista o recente estatuto legal geral das empresas públicas —, eis algumas das questões tratadas neste texto.

Palavras-chave: empresas públicas, entidades públicas empresariais, gestão autónoma e heterónoma, órgão das empresas

The newest state-owned companies (Decree-Law 133/2013)

Abstract: These are some of the questions dealt with in this paper: what are state-owned enterprises? Which organic structures may they adopt? What is the applicable legal framework? All of this in light of the recently enacted general statute on state-owned enterprises.

Keywords: state-owned enterprises; state-owned entities; autonomous and heteronomous management; enterprise organs.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

públicos e de economia mista, pp. 153, ss. desta segunda obra) e depois (cfr., por último, *Curso de direito comercial*, vol. I, 9.^a ed., 2013, pp. 265, ss.).