

REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES



ANO V (2013) — NÚMERO 3
DIRETOR: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

GOVERNO DAS SOCIEDADES

Sofia Leite Borges, *Mulheres em cargos de administração: algumas notas sobre a proposta de Directiva COM (2012) 614 final relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas*

DOCTRINA

Eduardo Paz Ferreira/Ana Perestrelo de Oliveira/Miguel Sousa Ferro,
O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013

António Menezes Cordeiro, *O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de "situação económica difícil"*

Madalena Perestrelo de Oliveira, *Instrumentos financeiros com fins de garantia e exercício de direitos sociais*

A. Barreto Menezes Cordeiro, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte I: Introdução*
— *Direito Estado-unidense — Direito inglês*

Hugo Rosa Ferreira, *Negação e repressão da usura no crédito bancário: análise de soluções em teoria e na prática*

RECENSÃO

NOTA BIBLIOGRÁFICA

LEGISLAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA


ALMEDINA

DOCTRINA

O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013

PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA

PROF.ª DOUTORA ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

DR. MIGUEL SOUSA FERRO

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Súmula da evolução do setor público empresarial na 3.ª República. III. O Decreto-Lei n.º 133/2013. IV. Algumas reflexões: 1. O D.L. 133/2013 no quadro de um movimento reformista mais amplo; 2. O processo de redução da autonomia local e regional; 3. Ainda há autonomia de gestão nas empresas públicas? V. Balanço.

I. Introdução

O Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro (adiante “D.L. 133/2013” ou D.L.), veio estabelecer um novo regime geral do setor público empresarial (SPE). Para trás fica uma já longa história de reformas do enquadramento jurídico da atividade pública organizada sob a forma empresarial.

No seu conjunto, esta história reflete a permeabilidade das normas à evolução dos contextos político-económicos, evidenciando a ausência de uma corrente ideológica constante unidirecional e a fragilidade das opções tomadas numa determinada conjuntura.

O presente artigo centrar-se-á nos aspetos do regime do SPE que foram alterados pelo D.L. 133/2013, refletindo sobre o sentido e impacto destas alterações no quadro macroeconómico atual.

II. Súmula da evolução do setor público empresarial na 3.ª República

Ainda que a conceção do enquadramento e finalidades do setor público empresarial tenha evoluído significativamente com as várias reformas da

Constituição económica portuguesa, desde o início que a existência deste setor decorre do próprio texto da Lei Fundamental¹.

Num primeiro momento, o regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril (adiante “D.L. 260/76”), assentava, naturalmente, na conceção política da organização da atividade do Estado que fora acolhida na versão original da Constituição. As empresas públicas (EPs) eram entendidas como uma componente essencial ao processo de “transição para o socialismo”, verdadeiros instrumentos de “construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e de uma economia socialista”².

Como seria de esperar, esta conceção originária foi acompanhada da criação de um sistema de forte controlo governamental sobre a gestão dessas empresas. Os Capítulos III e IV do D.L. 260/76 estabeleciam um regime no qual cabia ao Governo, não apenas a definição dos objetivos e do enquadramento geral da atividade das EPs, mas ainda poderes compreensíveis apenas na ótica da instrumentalização das EPs em relação ao planeamento económico nacional, passando por uma tutela extremamente ampla que incluía, nomeadamente, o “poder de dar diretivas e instruções genéricas aos administradores das empresas públicas, no âmbito da política geral de desenvolvimento do setor”³.

Prevía-se ainda uma longa lista de actos das EPs que estavam dependentes de autorização do Governo (sem prejuízo do acréscimo de outros actos nos respetivos Estatutos), onde se incluía, designadamente, a “política de fixação dos preços de venda ou, quanto às empresas que explorem serviços públicos, a fixação das suas tarifas” e o “estatuto do pessoal, em particular no que respeita à fixação de remunerações”⁴.

As revisões deste diploma trouxeram sucessivas atenuações do nível de intervenção do Estado na gestão das empresas públicas.

Assim, o Decreto-Lei n.º 29/84, de 20 de janeiro (adiante “D.L. 29/84”), teve por objetivo, *inter alia*, “conferir maior autonomia à gestão reduzindo os actos sujeitos a intervenção da tutela”⁵. Com efeito, a título de exemplo, eliminou-se o poder de emitir diretivas e instruções genéricas, passando-se a prever a “definição dos objectivos básicos a prosseguir pela empresa”. No entanto, em sentido inverso, manteve-se uma longa lista de actos sujeitos a autorização governamental, incluindo os acima referidos e acrescentando novos, adicionando-se ainda a pos-

¹ Cf., e.g.: artigos 165.º(1)(u), 227.º(1)(o) e 293.º(1)(b) da CRP. Neste sentido, veja-se: PAZ FERREIRA, E., *Direito da Economia*, AAFDL, 2001, 215 ss.

² D.L. 260/76, preâmbulo e artigo 1.º(1).

³ D.L. 260/76, artigo 13.º(1)(a).

⁴ D.L. 260/76, artigo 13.º(2)(f) e (g), (4) e (5).

⁵ D.L. 29/84, preâmbulo.

sibilidade de, “em circunstâncias excepcionais, (...) a empresa [poder] ser sujeita a um regime especial de gestão, pelo prazo e nas demais condições fixadas em resolução do Conselho de Ministros”⁶.

Por seu turno, a Lei n.º 16/90, de 20 de julho, veio eliminar a necessidade de autorização governamental (resultante da reforma de 1984) da “aquisição e venda de bens de valor superior a 50.000 contos”.

Como outrora se escreveu, é surpreendente que este regime tenha sobrevivido durante tanto tempo (até 1999) às mutações do direito económico português, apesar de se ter tornado clara a sua inadequação a assegurar um quadro jurídico conveniente ao funcionamento das empresas do Estado. Esta longevidade explica-se, por um lado, pelas relativas agilizações, mas sobretudo pela progressiva transformação das empresas públicas em sociedades de capitais públicos que deixavam de estar sujeitas a este regime⁷. Por outras palavras, a rigidez do D.L. 260/76 era tornada mais tolerável pelo reduzido número de entidades a ele subordinadas⁸.

Em 1999, na sequência de um amplo esforço de reflexão⁹, ao abrigo da autorização constante da Lei n.º 47/99, de 16 de junho, o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro (adiante “D.L. 558/99”), que substituiu o D.L. 260/76, procedendo a uma profunda reforma da regulação do setor empresarial do Estado.

Este novo diploma afastou-se radicalmente da filosofia anterior, desenvolvendo-se em três sentidos fundamentais: (i) ampliação do conceito de empresa pública; (ii) aplicação do direito privado como regime regra; e (iii) criação de melhores condições para o exercício da função acionista do Estado.

Quanto ao primeiro ponto, tratou-se, essencialmente, de uma adaptação do regime nacional às exigências decorrentes do direito da União Europeia, em especial da Diretiva relativa à transparência das relações financeiras entre o Estado e as empresas públicas¹⁰. A sua consequência foi a forte expansão do âmbito subjetivo do regime.

⁶ D.L. 260/76, artigo 13.º, tal como revisto pelo D.L. 29/84.

⁷ PAZ FERREIRA, *Direito da Economia* cit., 248-250. Recorde-se que o D.L. 260/76 não se aplicava às sociedades de capitais públicos nem às sociedades de economia mista controladas pelo Estado – cf. artigo 48.º – sendo ainda as instituições bancárias, parabancárias e seguradoras, ainda que sob a forma de empresas públicas, reguladas, em primeira linha, por legislação própria.

⁸ À data da sua revogação, subsistiam apenas 18 EPs e, ainda assim, algumas delas no domínio local ou regional.

⁹ Cf., e.g.: MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Livro Branco sobre o Sector Empresarial do Estado*, Lisboa, 1998.

¹⁰ Diretiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas (JO L 195/35, de 29/07/1980), entretanto sucedida pela Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (JO L 318/17, de 17/11/2006).

Quanto ao segundo ponto, o diploma consagrou “o direito privado como o direito aplicável por excelência a toda a atividade empresarial, seja ela pública ou privada”¹¹, e impôs um regime fiscal e laboral idêntico ao de qualquer entidade privada¹².

Quanto ao terceiro ponto, ao mesmo tempo que se promoveu a qualidade da gestão, ancorando-a a princípios de competência, idoneidade e independência técnica¹³, introduziu-se um regime que pretendia encontrar um compromisso entre o anterior sistema de tutela e o puro funcionamento de harmonia com as regras do direito societário¹⁴. Este compromisso – pendendo claramente para o segundo polo – expressou-se, designadamente, na introdução da figura das orientações estratégicas¹⁵, através das quais o Governo podia definir (normalmente, para cada mandato dos conselhos de administração) objetivos e metas quantificadas, deixando aos gestores a escolha dos melhores métodos para os alcançar. O acompanhamento da gestão era facilitado pela previsão de um conjunto de deveres especiais de informação¹⁶, extravasando o quadro normal de obrigações estabelecido no Código das Sociedades Comerciais.

Quanto às Entidades Públicas Empresariais (figura mais próxima do anterior conceito de empresa pública), o regime de tutela não se afastou tanto do que vigorava até então. Os poderes de tutela incluíam a “homologação de preços ou tarifas a praticar por empresas que explorem serviços de interesse económico geral ou exerçam a respetiva atividade em regime de exclusivo, salvo quando a sua definição competir a outras entidades independentes”, e mantinha-se a possibilidade de imposição excecional de um regime especial de gestão¹⁷.

No que respeita ao controlo financeiro – simultaneamente, um controlo de legalidade, economia, eficiência e eficácia da gestão –, este regime, por si, não inovou significativamente, mantendo-se em vigor as normas já constantes de outros diplomas. A Inspeção Geral de Finanças manteve o seu papel central¹⁸, acompanhada pelo Tribunal de Contas quanto ao controlo externo (excluída a fiscalização prévia)¹⁹.

¹¹ D.L. 558/99, preâmbulo. Veja-se, e.g., os artigos 7.º(1), 23.º, 27.º e 28.º do D.L. 558/99.

¹² Cf., e.g.: D.L. 558/99, artigos 7.º(2) e (3) e 16.º.

¹³ D.L. 558/99, artigo 15.º(2) e (3).

¹⁴ Cf. D.L. 558/99, *maxime* artigos 10.º a 13.º.

¹⁵ D.L. 558/99, artigo 11.º.

¹⁶ D.L. 558/99, artigo 13.º.

¹⁷ Cf. D.L. 558/99, artigos 29.º a 32.º.

¹⁸ Cf.: Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 363-A/98, de 19 de novembro.

¹⁹ Cf.: Lei n.º 14/96, de 20 de abril, e Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

O D.L. 558/99 veio a ser revisto três vezes, antes da sua revogação²⁰. A principal revisão, em 2007, partiu, nomeadamente, da necessidade de adaptar o regime ao novo estatuto do gestor público (ao qual passaram a estar sujeitos os administradores das EPs)²¹ e às alterações do Código das Sociedades Comerciais. De acordo com o preâmbulo do diploma, pretendia-se ainda “assegurar a efetiva definição de orientações de gestão para o setor empresarial do Estado, realçando o papel que lhe cabe na dinamização da actividade económica e na satisfação de necessidades públicas ou com interesse público e tendo igualmente em vista uma gestão mais racional, eficaz e transparente”. Neste sentido, previam-se três níveis de orientações: globais para todo o SEE²²; gerais para um setor de atividade; e específicas para cada empresa (tipicamente coincidentes com o exercício da função acionista).

Num momento em que a dimensão da crise financeira que se assomava podia ainda não ser evidente, optou-se por se reforçar os mecanismos de controlo financeiro e os deveres especiais de informação, numa lógica de contenção da despesa pública e de promoção de gestão rigorosa²³. Frisou-se, assim, a importância da sustentabilidade das EPs, acrescentou-se a necessidade de informação sobre planos de investimento e respetivas fontes de financiamento, bem como a obrigatoriedade de autorização governamental (EPEs) ou pela A.G. (EPs) de endividamento que excedesse, em termos acumulados, 30% do capital.

Já no meio da tempestade financeira, a Lei n.º 55-A/2010 veio reforçar drasticamente os poderes de controlo da despesa, introduzindo a possibilidade de o Governo fixar, excecionalmente, com carácter temporário, normas relativas às remunerações dos titulares de órgãos sociais e dos trabalhadores de empresas de todo o SPE, independentemente do seu vínculo contratual ou da natureza da relação jurídica de emprego, bem como de normas relativas a contratos de aquisição de serviços²⁴. Significativamente, adicionou-se um novo artigo relativo ao regime remuneratório, que submeteu os titulares dos órgãos de administração/gestão e os

²⁰ Cf.: Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de agosto; Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro; e Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

²¹ Cf.: Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, revisto pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 8/2012, de 18 de janeiro.

²² Cf.: Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 22 de abril.

²³ Ver ainda os princípios de bom governo das empresas do setor empresarial do Estado, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2007, de 28 de março, bem como: Lei n.º 20/2011, de 20 de maio (que criou o registo nacional dos serviços do Estado de todo o setor público administrativo, que inclui as EPs do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias); Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril (*maxime* artigos 3.º(1), 13.º, 63.º e 172.º; e Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de março, *maxime* artigos 8.º(2)(g) e 33.º(2).

²⁴ D.L. 558/99, tal como revisto pela Lei n.º 55-A/2010, artigo 7.º(2) e (3).

trabalhadores das EPs ao mesmo regime que os trabalhadores em funções públicas, quanto a subsídio de refeição, ajudas de custo e transporte e trabalho suplementar e noturno (alargando imperativamente a estes trabalhadores, exceto na área da saúde, as restrições orçamentais impostas na função pública)²⁵.

É ainda crucial sublinhar que se ampliou, apenas para os efeitos destas normas, o âmbito deste diploma, para passar a abranger também o setor empresarial local e das regiões autónomas²⁶. Aliás, também a Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2011, de 4 de janeiro, definiu medidas para a redução remuneratória nas EPs estaduais, locais e das Regiões Autónomas.

Recorde-se que, até então, o setor empresarial local se regia por um diploma próprio, sendo o regime do SEE aplicável apenas subsidiariamente. Com efeito, em 1998, a Assembleia da República aprovou a Lei n.º 58/98, de 18 de agosto, estabelecendo um regime próprio para as empresas públicas locais que seguia de perto a lógica do D.L. 260/76.

A Lei n.º 58/98 veio a ser substituída pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, que aproximou o regime dos princípios adotados no D.L. 558/99. Consagrava-se, de modo reforçado, a importância da garantia da viabilidade económico-financeira e da racionalidade económica das empresas públicas locais²⁷. À parte da sujeição das EPs locais ao controlo financeiro (com âmbito idêntico ao do regime do SEE) da Inspeção-Geral de Finanças, bem como de fiscalização pelo Tribunal de Contas²⁸, e do dever de notificação de certas decisões ao Governo²⁹, este diploma atribuía uma larga margem de autonomia às autarquias locais e suas associações na criação e gestão de empresas públicas, salvaguardando-se o impacto destas nos limites de endividamento dos municípios³⁰.

Este regime do setor empresarial local foi revisto três vezes³¹. Apenas a terceira revisão assume relevância para os propósitos da presente discussão. Em 2011, a Assembleia da República impôs limitações extremamente significativas à autonomia patrimonial das autarquias, suspendendo a possibilidade de extensão do setor empresarial local (por criação de novas EPs ou por aquisição direta ou indireta de participações sociais, sob pena de nulidade) e impondo deveres de informação detalhada e periódica à Direção-Geral das Autarquias Locais (sob pena, em regra, de retenção automática de 10% do duodécimo das transferências correntes

²⁵ D.L. 558/99, tal como revisto pela Lei n.º 55-A/2010, artigo 39.-A.

²⁶ Cf. D.L. 558/99, tal como revisto pela Lei n.º 55-A/2010, artigo 5.º.

²⁷ Lei n.º 53-F/2006, artigos 7.º e 9.º.

²⁸ Lei n.º 53-F/2006, artigo 26.º.

²⁹ Cf., e.g.: Lei n.º 53-F/2006, artigo 8.º(2).

³⁰ Lei n.º 53-F/2006, artigo 32.º.

³¹ Cf.: Lei n.º 67-A/2007, de 31 de dezembro; Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro; e Lei n.º 55/2011, de 15 de novembro.

do FG, ou de 20% em caso de reincidência, a serem libertadas após prestação das informações). Proibiu-se ainda, de modo mais alargado, o exercício simultâneo de funções nas câmaras municipais e de funções remuneradas, a qualquer título, em EPs locais³².

Finalmente, a Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, veio revogar e substituir estes diplomas, introduzindo um novo regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais. O novo regime reforçou a ideia de justificação da prossecução de missões das autarquias através duma organização empresarial³³ e os mecanismos de informação de medidas relevantes ao Governo (designadamente, à Direção-Geral das Autarquias Locais)³⁴.

No âmbito da figura dos “serviços municipalizados”, verifica-se uma significativa limitação da autonomia das autarquias locais, regulando-se diretamente múltiplos aspetos do modo como estas podem prosseguir, sob a forma empresarial, as suas missões em domínios de especial relevo³⁵. Na verdade, os serviços municipalizados não são empresas públicas, como são tipicamente entendidas. Integram-se na estrutura organizacional dos municípios, não são pessoas de direito privado e não se distinguem verdadeiramente daqueles, tendo o mesmo regime, por exemplo, de contabilidade e contração de empréstimos. Poderá entender-se que é pouco decisiva a margem que resta para o que se apresenta como sendo uma gestão “sob forma empresarial”.

Quanto às “empresas locais”, o novo regime sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Contas a constituição e participação em empresas locais, independentemente do valor em causa, cabendo àquele aferir a viabilidade económico-financeira e a racionalidade económica do projeto antes de emitir o seu visto³⁶. Limita-se o número de membros do órgão de gestão/administração que podem ser remunerados (e proíbe-se a remuneração dos membros da assembleia geral)³⁷. Reforça-se o domínio de intervenção do fiscal único e os deveres de informação³⁸. As preocupações suscitadas pelo regime europeu dos auxílios de Estado levaram à

³² Sobre o regime anteriormente vigente, cf.: Parecer n.º 69/2008 da Procuradoria Geral da República, de 28 de maio de 2009.

³³ Cf., e.g., Lei 50/2012, artigo 6.º(1).

³⁴ Cf., e.g., Lei 50/2012, artigos 8.º(4), 18.º(3) e 22.º(2) (quanto à decisão de criação/extinção de serviços municipalizados e de empresas locais).

³⁵ Nos termos da Lei 50/2012, artigo 10.º(1), os serviços municipalizados podem ter por objeto: abastecimento público de água, saneamento de águas residuais urbanas, gestão de resíduos urbanos e limpeza pública, transporte de passageiros e distribuição de energia elétrica em baixa tensão.

³⁶ Cf. Lei 50/2012, artigo 23.º. Ver ainda os artigos 31.º e 32.º.

³⁷ Cf. Lei 50/2012, artigo 25.º(3), (4) e (8).

³⁸ Cf. Lei 50/2012, artigos 25.º(6) e (7), 42.º e 44.º.

apuração da proibição de subsídios das autarquias a investimentos das suas EPs³⁹. Evitando-se a proliferação de participações indiretas, impõe-se uma proibição de constituição ou aquisição de participações em sociedades e outras pessoas coletivas pelas empresas públicas locais⁴⁰.

Quanto ao setor empresarial das regiões autónomas, este só veio a ser regulado por diplomas próprios, tanto na Região Autónoma dos Açores⁴¹ como na Região Autónoma da Madeira⁴², após a publicação do D.L. 300/2007. Estes regimes regionais seguiram, estrutural e substancialmente, o regime do SEE, procedendo às necessárias adaptações para focar o controlo e a fiscalização no âmbito regional. Ambos os regimes sofreram alterações em 2010/2011 para alargar às EPs as alterações remuneratórias impostas aos trabalhadores da função pública regional, no contexto da crise.

III. O Decreto-Lei n.º 133/2013

O D.L. 133/2013 foi adotado ao abrigo da autorização parlamentar concedida pela Lei n.º 18/2013, de 18 de fevereiro. Esta lei definiu, desde logo, que o novo diploma se debruçaria sobre o setor público empresarial, incluindo o setor empresarial local⁴³. Acrescentou-se que, “sem prejuízo do princípio da autonomia regional”, os princípios gerais que viessem a ser definidos no diploma do Governo seriam aplicáveis ao setor empresarial regional⁴⁴.

Entre os objetivos visados pela concessão desta autorização legislativa, que condicionam o modo da sua implementação, cremos ser importante destacar: o reforço das “condições de eficiência e eficácia, operacional e financeira” das entidades do SPE; a criação de mecanismos que contribuam para o controlo do endividamento do setor público, incluindo o reforço da monitorização; e o assegurar

³⁹ Cf. Lei 50/2012, artigos 36.º e 41.º(3). Proíbe-se também o apoio no sentido inverso – artigo 41.º(2).

⁴⁰ Cf. Lei 50/2012, artigos 38.º e 68.º.

⁴¹ Cf.: Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A, de 24 de março (adiante “D.L.R. 7/2008/A”), revisto pelo Decreto Legislativo Regional n.º 17/2009/A, de 14 de outubro, e pelo Decreto Legislativo Regional n.º 7/2011/A, de 22 de março.

⁴² Cf.: Decreto Legislativo Regional n.º 13/2010/M, de 5 de agosto (adiante “D.L.R. 13/2010/M”), revisto pelo Decreto Legislativo Regional n.º 2/2011/M, de 10 de janeiro. Ver ainda: Decreto Legislativo Regional n.º 13/2007/M, de 17 de abril (adiante “D.L.R. 13/2007/M”).

⁴³ Lei 18/2013, artigo 1.º(1) e (2).

⁴⁴ Lei 18/2013, artigo 1.º(3).

de “condições de sustentabilidade do setor público empresarial de modo a garantir a prestação do serviço público em condições adequadas”⁴⁵.

Como resulta do que precede, a primeira modificação a realçar (sem pretensão de exaustividade), no regime introduzido pelo D.L. 133/2013, é a do seu âmbito. De acordo com os artigos 1.º e 2.º, este regime passa a aplicar-se, não apenas ao SEE, mas também ao setor empresarial local, designados, conjuntamente, setor público empresarial⁴⁶. Mas este âmbito tem de ser interpretado em conjunto com o que decorre do artigo 4.º, que nos obriga a fazer algumas precisões.

Com efeito, o setor empresarial local continua a reger-se por legislação especial. Note-se que só se revogou o D.L. 558/99⁴⁷. A Lei 50/2012 permanece em vigor, em tudo o que não for derogado pelo D.L. 133/2013. Especificamente, as normas da Lei 50/2012 são afastadas apenas na medida em que regulem as matérias agora reguladas no Capítulo V do D.L. 133/2013 (incluindo as restantes normas do diploma para as quais se remete no artigo 67.º).

Quanto ao setor empresarial das Regiões Autónomas, este continua a reger-se por legislação especial (acima identificada). O D.L. 133/2013 só se aplica a este setor subsidiariamente.

Poderão suscitar-se dúvidas quanto à inclusão das EPs das Regiões Autónomas no âmbito do artigo 14.º(2)(c) e (3), que confere às autoridades centrais a faculdade de fixarem, excecional e temporariamente, normas relativas à remuneração dos titulares dos órgãos sociais e dos trabalhadores e aos contratos de aquisição de serviços celebrados, *inter alia*, por “entidades dos setores empresariais local e regional”. Não cremos, porém, que seja razoável essa interpretação, por dois motivos principais. Em primeiro lugar, como vimos, o âmbito do diploma, no seu conjunto, exclui o setor empresarial das Regiões Autónomas, única e exclusivamente com a exceção do Capítulo V, exceção essa na qual esta norma não se enquadra (neste sentido vai também o texto do preâmbulo do diploma). Em segundo lugar, trata-se da reprodução da norma anteriormente constante do artigo 7.º (2) e (3) do D.L. 558/99, tal como revisto pela Lei 55-A/2010, sendo que a expressão “regional”, no D.L. 558/99, se referia, como é sabido, não às Regiões Autónomas, mas às hipotéticas empresas que viessem a ser criadas pelas regiões administrativas do continente que nunca chegaram a ver a luz do dia.

Em segundo lugar, são “densificados” (na expressão do preâmbulo) os conceitos de “empresa pública” e de “influência dominante”⁴⁸. Mas pouco se acrescenta ou altera, afinal, em relação ao regime precedente. Nos termos do

⁴⁵ Lei 18/2013, artigos 2.º e 3.º.

⁴⁶ D.L. 133/2013, artigos 1.º(1) e 2.º(1).

⁴⁷ Cf. D.L. 133/2013, artigo 74.º.

⁴⁸ Cf. D.L. 133/2013, artigos 3.º, 5.º(1) e 9.º.

anterior artigo 3.º, “consideram-se empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização”. A nova noção de empresa pública continua a ser construída sobre o conceito central de “influência dominante”, apresentando, contudo, algumas diferenças, pouco significativas:

- (i) a restrição às sociedades de responsabilidade limitada (sociedades por quotas, anónimas, e quando muito sociedades em comandita, na posição de sócio comanditado)
- (ii) a inclusão, na noção de influência dominante, de uma nova situação na alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º: dispor de “participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada”. A previsão em causa tem a vantagem de tornar claro que não são só os casos legalmente previstos que são passíveis de dar origem a uma “influência dominante”, o que não sucedia; ainda assim, estranha-se que a lei determine que existe “influência dominante” quando é possível “influenciar de forma determinante” a sociedade, para mais quando “participação qualificada” não tem um sentido predefinido ou *a se*.
- (iii) Concretiza-se os casos de titularidade indirecta ou de imputação de votos no artigo 9.º(2), mas em termos que pouco acrescentam em relação ao *status quo ante*; mesmo sem expressa previsão, a qualificação dos casos agora legalmente consagrados não ofereceria dúvidas, numa leitura sistemática do ordenamento jurídico.

Em terceiro lugar, continua-se o processo de restrição da liberdade de endividamento das empresas públicas (não financeiras), reforçando-se os poderes de controlo pela Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública (IGCP)⁴⁹.

Em quarto lugar, alteram-se os termos do exercício da função acionista no SEE⁵⁰.

Por último, cria-se a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial, uma nova entidade que se junta às três entidades

⁴⁹ Cf., *maxime*, D.L. 133/2013, artigo 29.º. Quanto ao setor empresarial local, ver o artigo 65.º.

⁵⁰ Cf. D.L. 133/2013, artigos 37.º *et ss.* e 62.º

públicas que já exerciam competências de fiscalização, com o propósito anunciado de conferir aos titulares da função acionista um mais eficaz apoio técnico especializado⁵¹.

Esta Unidade Técnica:

- a) emite, obrigatoriamente, parecer prévio à autorização da constituição de uma nova EP, da aquisição ou alienação de participações sociais por EPs e dos atos de transformação, fusão ou cisão de EPs, no âmbito do SEE;
- b) aprecia e elabora relatórios sobre propostas de planos de atividades, verificando a sua conformidade e compatibilidade face ao equilíbrio das contas públicas e da execução orçamental das verbas afetas a cada ministério;
- c) promove as operações necessárias à avaliação anual do grau de cumprimento das orientações e obrigações das EPs do SEE;
- d) centraliza informações e acompanha o desempenho financeiro das EPs do setor empresarial local, informando a IGF sempre que detete desconformidades;
- e) divulga, publicamente (no seu sítio na Internet), os seus pareceres, bem como múltiplos actos, decisões e outras informações relativas a EPs do SEE e do setor empresarial local.

IV. Algumas reflexões

1. O D.L. 133/2013 no quadro de um movimento reformista mais amplo

Começamos por afastar um potencial ponto de controvérsia. É certo que o D.L. 133/2013 dá cumprimento (como nos recorda o seu preâmbulo) a obrigações decorrentes do Memorando de Entendimento celebrado com a *troika*. Mas não permitamos que este pormenor constitua um fator de distração na nossa análise. A realidade é que, como parece ter sido a regra nas reformas a que o Estado português se vinculou face aos seus financiadores internacionais, temos razões para crer que a grande maioria (pelo menos) das reformas em causa foram sugeridas pelo próprio Estado. Debrucemo-nos sobre elas, portanto, com o olhar de quem analisa reformas consideradas importantes pelas autoridades nacionais, e não apenas impostas por entidades externas ao Estado.

Isto dito, seria errado analisar o D.L. 133/2013 isoladamente. Trata-se, na realidade, de um elemento num conjunto de revisões do quadro legislativo aplicável ao setor público empresarial que têm vindo a ser adotadas, sobretudo, desde 2011,

⁵¹ Cf. D.L. 133/2013, preâmbulo e, *inter alia*, artigos 1.º(3), 10.º(1), 11.º(4), 34.º(3), 39.º(7) a (10), 63.º(2), 64.º, 66.º, 68.º e 69.º.

como já acima referimos. É este movimento reformista, na sua globalidade, que convém ponderar.

Temos assistido, neste domínio, a duas tendências em sentido aparentemente inverso. Por um lado, “menos Estado”: continua o processo de redução do âmbito do setor público empresarial, com a privatização de mais empresas ou de alguns dos seus ramos de atividade. Por outro lado, “mais Estado”: tem-se reforçado o dirigismo e intervenção das autoridades públicas na gestão das EPs que restam.

No entanto, talvez não exista uma verdadeira contradição entre as duas tendências. Poderá entender-se que a primeira nasce mais da necessidade de obtenção de fontes de receita extraordinária para o Estado, para fazer face ao défice no curto prazo, do que de qualquer convicção enraizada sobre a melhor opção de organização da prossecução das atividades económicas em causa. E a segunda nasce.

Nesta ótica, ambas tendências são “filhas” da crise. O que não pode deixar de suscitar questões quanto à utilidade e sapiência destas inversões de política do Estado, a médio-longo prazo.

2. O processo de redução da autonomia local e regional

Outro aspeto essencial do novo regime é a redução da autonomia das autarquias locais, cujas empresas passam a estar sujeitas a um apertado regime de vigilância e, nalguns casos, de autorização estatal. Só por ironia se poderá concordar com a afirmação do preâmbulo deste diploma de que o novo regime “não prejudica a autonomia constitucional reconhecida às autarquias locais e aos municípios, que continuam a ser os únicos responsáveis pelo exercício e condução da atividade empresarial local”.

A existência de um setor empresarial autárquico (de autarquias locais e associações de municípios) e de um setor empresarial das regiões autónomas e a sua autonomia (consequência do fenómeno de descentralização financeira) são garantidas pela Constituição⁵².

Desde logo, nos termos do artigo 6.º(1) da CRP: “O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”.

Quanto às Regiões Autónomas, a Constituição garante-lhes o poder de “superintender nos serviços, institutos públicos e empresas públicas (...) que exerçam a sua atividade exclusiva ou predominantemente na região, e noutros casos em que o interesse regional o justifique”⁵³, bem como de “administrar e dispor do seu

⁵² Neste sentido, ver, e.g.: PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, cit., 283 et ss.

⁵³ Cf. CRP, artigo 227.º(1)(o).

património”⁵⁴. E as autarquias locais têm a sua autonomia patrimonial consagrada no artigo 238.º(1) da CRP.

Não terão as recentes reformas ido longe demais na interferência do poder central sobre os direitos e atribuições das Regiões Autónomas e, sobretudo, das autarquias locais?

Não se trata, note-se, de questionar se o Tribunal Constitucional poderia considerar as normas em causa violadoras da Constituição. O historial das decisões do TC neste domínio deixa pouca margem para dúvidas quanto ao sentido provável da decisão.

Recorde-se, a título de exemplo, a posição tomada pelo TC quanto ao artigo 17.º da Lei-Quadro das Privatizações. Nos termos desta norma, as empresas públicas nacionalizadas – mesmo as circunscritas a uma Região Autónoma – só poderiam ser alienadas por decisão do Governo da República. Em sede de fiscalização prévia, o Tribunal Constitucional, depois de recusar um primeiro esboço de acórdão em sentido inverso (preparado pelo conselheiro António Vitorino) e com uma grande divisão de opiniões, decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma, em essência, porque a autonomia regional seria suficientemente salvaguardada pelo facto de a iniciativa da reprivatização ser reservada aos governos regionais e por estes terem de dar um parecer favorável (apesar de não poderem decidir por si só nem de obrigar o Governo a reprivatizar uma empresa pública regional)⁵⁵. Este e outros acórdãos têm conduzido à identificação dum redimensionamento dos poderes económicos e financeiros das Regiões Autónomas portuguesas pela jurisprudência constitucional⁵⁶.

Isto dito, não podemos deixar de expressar a nossa convicção de que há nítidos problemas de constitucionalidade das soluções atualmente consagradas na legislação sobre os setores empresariais infranacionais e que, mesmo numa lógica de contraposição de interesses conflitantes, não nos parece evidente que aquelas soluções passem no teste da proporcionalidade, especificamente na sua dimensão da proporcionalidade *stricto sensu*.

Como se poderá entender, como se alega no preâmbulo do D.L. 133/2013, que não sai prejudicada “a autonomia constitucional reconhecida às autarquias locais e aos municípios, que continuam a ser os únicos responsáveis pelo exercício e condução da atividade empresarial local”?

⁵⁴ Cf. CRP, artigo 227.º(1)(h).

⁵⁵ Cf. Acórdão do TC n.º 71/90.

⁵⁶ Como se defendeu, e.g., em PAZ FERREIRA, E., “O redimensionamento dos poderes económicos e financeiros das Regiões Autónomas pela jurisprudência constitucional”, in MIRANDA, J., PEREIRA DA SILVA, J. (org.), *Estudos de Direito Regional*, Lisboa, Lex, 1997.

3. *Ainda há autonomia de gestão nas empresas públicas?*

As alterações introduzidas no regime jurídico agora aprovado levantam a questão de fundo, que há muito se encontrava latente, de saber até que ponto verdadeiramente a “empresa pública” ainda conserva a base essencial do seu carácter empresarial: a autonomia de gestão.

Desde há vários anos, por razões diversas, tem vindo a verificar-se um fenómeno de redução desta autonomia, que o presente decreto-lei veio agravar. Sob o pretexto de razões legítimas relacionadas com o controlo dos gastos públicos, caminha-se frequentemente para soluções que praticamente aniquilam a empresa pública enquanto tal e a assimilam a um comum organismo do Estado.

Foi o que sucedeu, de forma especialmente notável, com o controlo financeiro exercido pelo Tribunal de Contas (TC) e com as alterações legislativas ocorridas há já vários anos que sujeitaram entidades empresariais à forma de controlo mais radicalmente contraditória com a sua natureza, que é a fiscalização preventiva. Visava-se, é certo, evitar que situações de falsa empresarialização facultassem a fuga aos poderes de controlo prévio do TC⁵⁷, mas a verdade é que se estendeu indiscriminadamente a exigência de visto prévio a todas as empresas públicas sem distinção e sem qualquer aferição quanto ao seu modo de atuação. Podemos dizer, por isso, que esta foi a primeira grande manifestação de uma alargada desconfiança em relação às empresas públicas, que conduziu à limitação da autonomia da gestão ao ponto de introduzir um mecanismo de controlo que não é, de todo, compatível com a forma típica de atuação empresarial. Para respeitar a autonomia da empresa pública, o controlo financeiro exercido pelo TC teria, como é claro, de se limitar à fiscalização concomitante e sucessiva⁵⁸.

⁵⁷ A própria letra da lei é clara a esse respeito: em geral, apenas as entidades elencadas no n.º 1 do artigo 2.º estão sujeitas a esta modalidade de fiscalização; excepcionalmente, porém, isso acontecerá quanto a entidades contidas no n.º 2 do artigo 2.º (*maxime*, quanto às empresas públicas): quando estas tenham sido criadas para desempenhar “funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtração de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas”.

⁵⁸ Repare-se que a não sujeição a visto nunca representaria uma redução do controlo da utilização dos dinheiros públicos pelas entidades em causa, já que a sujeição das empresas públicas ao controlo do Tribunal de Contas está, naturalmente, acima de quaisquer dúvidas, nas modalidades de fiscalização concomitante e sucessiva. De outra forma não poderia, como é evidente, ser. Definido atualmente pela Constituição da República Portuguesa como “o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei manda submeter-lhe” (artigo 214.º), o Tribunal de Contas tem, como é sabido, a seu cargo a tarefa fundamental de assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos. A importância da sua missão nem carece ser sublinhada: ela explica, de resto, o progressivo reforço dos respetivos poderes, levado a

De facto, a Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto veio dar uma nova redação à Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (LOPTC – Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto) determinando que, “competem, em especial, ao Tribunal de Contas fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza (...) das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas” [artigo 5.º(2) c)].

Como dissemos, pretendeu-se – e bem – atingir todas as entidades que utilizem dinheiros públicos, independentemente da sua natureza, dando resposta ao fenómeno de fuga para o direito privado. Assim se evitava que o recurso a formas jurídico-privadas de organização se traduzisse, afinal, numa fuga dos dinheiros públicos ao controlo do Tribunal. Por isso, sempre defendemos que a lei teria necessariamente de ser interpretada no sentido de não prejudicar o funcionamento das verdadeiras empresas públicas, apenas se aplicando a sujeição ao visto às entidades falsamente empresariais. Quer dizer: bem diferentemente de uma mudança de perspetiva do TC quanto ao papel que deve desempenhar, a nova lei tratava apenas de combater o recurso a empresas públicas com o objetivo de defraudar o controlo exercido pelo Tribunal de Contas⁵⁹. Não foi essa a interpretação seguida pelo Tribunal.

Ainda assim, o facto de base permanece: a sujeição a visto prévio dos atos e contratos das empresas públicas é sistematicamente incoerente com a natureza e características da gestão das empresas públicas. Desde logo porque o visto prévio constitui, consabidamente, entrave a uma atuação ágil, célere e flexível, mesmo após as alterações tendentes a tornar mais ligeiro o seu funcionamento.

cabo pelas sucessivas revisões constitucionais. Simplesmente, a sujeição a esse controlo financeiro não ocorre – ou não deveria ocorrer – em bloco ou *in totum*. Ou seja, o facto de determinada entidade estar sujeita ao âmbito de jurisdição do Tribunal não significa que todas as modalidades de fiscalização legalmente previstas lhe sejam aplicáveis, sobretudo tendo em atenção as características específicas das formas de controlo em causa – pensando especialmente no visto prévio – e a potencial incompatibilidade ou difícil compatibilização com as características próprias da entidade individualmente considerada.

⁵⁹ O artigo 5.º, n.º 1, al. c), 2.ª parte, da LOPTC pretendia atingir apenas aquelas empresas públicas que, prosseguindo embora o interesse público e realizando funções que incumbem ao Estado, não desempenham afinal tarefas empresarializáveis, *i.e.*, empresas cujo objeto social não traduz uma atividade suscetível de ser prosseguida em moldes empresariais. Em causa estão, sobretudo, aquelas empresas criadas para a simples *gestão administrativa*. Em tais hipóteses, houve uma indevida busca de um modelo organizativo, devendo desconsiderar-se esse modelo e atingir a verdadeira natureza da atividade em causa, sendo, então, de exigir o visto prévio.

Perdem-se, assim, boa parte das vantagens resultantes da opção por um regime jurídico e financeiro de natureza essencialmente privada. Por outro lado, o visto do Tribunal de Contas, tal como está, ainda hoje, desenhado na lei, apresenta-se como um instrumento típico do Direito financeiro que visa apurar não só da legalidade, mas também a existência de cabimento orçamental da despesa pública. Este corresponde a um dos pressupostos legais de efetivação da despesa pública, nos termos da Lei de Enquadramento Orçamental, visando assegurar o princípio da tipicidade orçamental, na sua dupla vertente – qualitativa e quantitativa. Ora, o orçamento das entidades sujeitas a um regime de contabilidade privada tem uma plasticidade sem paralelo no orçamento do Estado, fator que torna este tipo de controlo praticamente impossível. Nestes termos, a exclusão das empresas públicas do âmbito da fiscalização prévia apresentar-se-ia como consequência necessária das características próprias do visto prévio e da natureza das mesmas. Pelo contrário, a extensão pelo Tribunal da sua fiscalização às empresas públicas constitui, afinal, a antecipação de um movimento mais geral de limitação das características empresariais das empresas públicas, através do progressivo desaparecimento da sua autonomia.

Apesar das repetidas declarações do D.L. 133/2013 sobre a salvaguarda da autonomia destas empresas (*v.g.*, artigos 25.º, 30.º) – tão repetidas que bem mostram a intenção de contrabalançar as extraordinárias limitações que lhe são impostas –, a verdade é que são muitos os fatores que tornam a pergunta acima formulada no mínimo pertinente.

Desde logo, a exigência de autorizações governamentais para a aquisição e alienação de participações sociais (artigo 11.º), que, surpreendentemente, nem sequer é excluída para as SGPS, apesar de o ser nas situações de dação em cumprimento, doação, renúncia e abandono, nos termos do n.º 2. Um pouco *a latere*, diga-se que pelo menos a primeira situação não pode deixar de suscitar dúvidas: qual a razão – pergunta-se – de a aquisição de uma participação por *datio pro soluto* não estar sujeita a autorização quando é certo que a “substituição” do cumprimento de uma dívida (tipicamente pecuniária) pela transmissão de uma participação social, correspondendo à substituição de meios líquidos por meios menos líquidos, não levanta problemas substancialmente diversos dos inerentes a uma normal aquisição por compra e venda por exemplo? Não é significativamente diferente a empresa adquirir participações gastando dinheiro de que já tem a disponibilidade ou deixando de receber dinheiro a que tem direito. Tão necessários são os estudos demonstrativos da viabilidade da operação pretendida numa hipótese como noutra, pelo que nos parece criticável a ressalva.

Por outro lado, a SGPS não é formalmente excluída do âmbito da exigência de autorização. É verdade que tudo levaria a crer ser legítimo interpretar-se restritivamente o artigo 11.º, excluindo dessa obrigatoriedade a SGPS, em

virtude da sua natureza. Estranhamente, porém, a verdade é que a não previsão da restrição poderá ter uma outra justificação. É que dispõe o artigo 13.º, n.º 3 que “nas sociedades em relação de grupo, a sociedade dominante pode assumir a forma de sociedade gestora de participações sociais”. Certamente que se esta regra não existisse nenhuma dúvida levantaria, quanto a nós, a possibilidade de a empresa pública se configurar com essa forma jurídica, tendo em conta as noções de empresa pública e de influência dominante constantes dos artigos 5.º e 9.º. Depois, estranha-se a restrição introduzida: aparentemente apenas poderia assumir a forma de SGPS a sociedade totalmente dominante ou diretora numa relação de grupo (chamada por lei “sociedade dominante”, em termos suscetíveis de gerar confusão com as relações de domínio). Ou seja, só poderá a empresa pública assumir a forma de SGPS se detiver 100% do capital social de uma sociedade (ou se tiver celebrado contrato de subordinação), nos termos dos artigos 488.º e ss. do Código das Sociedades Comerciais (CSC): não pode, ao contrário do que é normal nas SGPS, deter participações não totalitárias. Tal facto torna justificável que não se exclua do universo da exigência de autorização as alienações de participações feitas pelas SGPS: é que, à luz do que se disse, esta assume-se como modelo organizativo mais do que propriamente como entidade especializada na gestão de participações sociais, caso em que seria imperativo considerar estas sociedades excluídas da obrigatoriedade de obtenção de autorização. Tendo em conta o disposto no artigo 13.º, n.º 3, está em causa a alienação de participação de 100% no capital de outra sociedade, excluindo-se outras situações à partida admissíveis de acordo com o Regime Jurídico das SGPS. Dúvidas suscitará, sim, a restrição da SGPS aos casos de relações de grupo, com exclusão, em especial, das relações de domínio.

Esta é apenas uma das múltiplas áreas em que o D.L. prevê a exigência de autorização governamental para atos que tipicamente se inseririam na normal gestão societária. Outras situações de exigência de autorização são dignas de nota como por exemplo as previstas no artigo 25.º, n.º 5, em que se exige que o Ministro das Finanças em articulação com o ministro responsável pelo setor (artigo 37.º) autorize as seguintes operações: “a) prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de existir qualquer tipo de participação do garante no capital da entidade beneficiária; b) celebração de todo e qualquer ato ou negócio jurídico do qual resultem para a empresa responsabilidades financeiras efetivas ou contingentes que ultrapassem o orçamento anual, ou que não decorram do plano de investimentos aprovado pelo titular da função acionista”. Bem se vê que nos aproximamos de uma forma de tutela do Ministro das Finanças, a exercer através de autorizações prévias, que torna legítimo perguntar o que sobra da tão proclamada autonomia das empresas públicas.

Mais pertinente ainda se torna a pergunta quando somos confrontados com os limites ao endividamento e procedimentos previstos nos artigos 27.º e 29.º. Não estamos sequer a discutir aqui a legitimidade e conveniência destas limitações pois – qualquer que seja a conclusão que se tenha a esse respeito – um facto é indiscutível: das regras em causa resultam profundíssimas limitações à liberdade de atuação empresarial, que tornam levemente irónica a regra do artigo 30.º, n.º 2, da qual consta que “os titulares da função acionista abstêm-se de interferir na atividade prosseguida pelo órgão de administração das empresas”. Na verdade, mais intervenção só seria possível se o membro do Governo responsável pela área das finanças – titular da função acionista – assumisse diretamente as funções de administrador da empresa pública.

Já estamos, naturalmente, muito para além das normais orientações conferidas pelo Estado ao administrador, as quais, mais do que um poder, constituem um dever: naturalmente que o Estado pode e deve garantir o controlo do exercício dos poderes inerentes às participações que detém e do exercício dos poderes pelos administradores. Mas a verdade é que mesmo estas orientações conferidas ao administrador não deixam de ser já, elas próprias, uma atenuação da normal liberdade de gestão empresarial, pelo menos no caso das sociedades anónimas, em que vigora um princípio de independência da administração. Com efeito, da conjugação dos artigos 405.º e 409.º do CSC resulta que os acionistas estão impedidos de dar quaisquer instruções à administração. Tal não é, todavia, especialmente digno de nota, não só porque as orientações estratégicas gerais e sectoriais, apesar de vinculativas, não revestem necessariamente as características típicas das instruções, mas também porque é sabido que os acionistas controladores das comuns sociedades anónimas emitem, na prática, tais instruções. Além do mais, é indiscutível a importância de existirem tais orientações estratégicas para as empresas públicas, que certamente não hão de equivaler a concretas ordens ou instruções, apesar da sua vinculatividade para os administradores, nos termos do artigo 24.º, n.º 4, do D.L. e do Estatuto do Gestor Público.

Relevante é, sim, sobretudo, o conjunto muito significativo de concretos limites e proibições de atuação e exigências de autorizações para a prática de atos que deveriam ser atos de comum gestão societária.

Mas, além disso, é bem surpreendente a regra do artigo 25.º, n.º 4, do D.L., que determina que “a autonomia de gestão reconhecida aos titulares dos órgãos de administração das empresas públicas, no exercício das respetivas funções, pode ser restringida em função dos resultados apresentados, quer ao nível operacional, quer ao nível do equilíbrio económico e financeiro, ou sempre que a avaliação do desempenho dos administradores ou da qualidade da gestão, a efetuar pelos órgãos competentes, se revele negativa”. A regra causa, na realidade, dificuldades. Por um lado, dela resulta um alargamento sem limites predeterminados das

intervenções ministeriais na empresa, aumentando as preocupações com a respetiva autonomia; por outro, não se compreende qual o objetivo desta redução da autonomia dos gestores. Em princípio, perante resultados inferiores aos esperados, das duas uma: ou a empresa (e, portanto, o seu sócio dominante) entendem que o administrador é responsável por esses maus resultados, e este será destituído, ou isso não acontece e ele continua normalmente em funções. A manutenção em funções de um administrador com a autonomia ainda mais reduzida do que as limitações já genericamente vigentes (e até a um ponto que a lei não determina) é, no mínimo, uma situação estranha e, com elevada probabilidade, contrária aos interesses da empresa. Na verdade, se o administrador não tem responsabilidade na situação, não há que restringir a sua autonomia; se tem responsabilidade, não há também que restringir a sua autonomia mas antes substituí-lo no exercício do cargo. *Tertium non datur*.

Num outro plano, é muito significativo – e merece ser devidamente sublinhado – o facto de a função acionista incumbir “exclusivamente” ao Ministro das Finanças, nos termos dos artigos 37.º e 39.º, sem prejuízo da articulação sectorial⁶⁰. Pode ler-se no preâmbulo do D.L. que “desta forma, os ministérios sectorialmente responsáveis procedem à definição da política sectorial a prosseguir, com base na qual as empresas públicas desenvolvem a sua atividade operacional, emitem as orientações específicas de cariz sectorial aplicáveis a cada empresa (...)”. Com base nestes parâmetros, as empresas preparam propostas de planos de atividades e orçamento, os quais não produzem efeitos até que seja obtida a respetiva aprovação (...)” “(...) Pretende-se, por esta via, implementar um sistema que contribua ativamente para a contenção de despesa e para o equilíbrio das contas públicas (...)”. Tal é bem demonstrativo de que as empresas públicas passaram a ser exclusivamente vistas como potencial fonte de despesas mais do que como oportunidade para o melhor desenvolvimento das tarefas públicas. Se assim não fosse, no mínimo, a função acionista caberia ao membro do governo responsável pelo setor económico em causa, em articulação com o membro do governo responsável pelas finanças, e não o contrário. Trata-se de aspeto significativo quer em termos práticos, quer simbólicos. A égide do Ministro das Finanças sobre entidades teoricamente dotadas de autonomia de gestão torna-se muito especialmente visível. A autonomia

⁶⁰ De resto, o artigo 37.º, n.º 2 e o artigo 39.º, n.º 1 são afinal desnecessariamente repetitivos: o artigo 37.º, n.º 2 diz que “a função acionista é exercida pelo titular da participação social (...), e cabe, nas empresas públicas do setor empresarial do Estado, ao membro do Governo responsável pela área das finanças, em articulação com o membro do Governo responsável pelo respetivo setor de atividade”. O artigo 39.º, n.º 1, dispõe que “a função acionista nas empresas públicas do setor empresarial do Estado é exercida exclusivamente pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, com faculdade de delegação, sem prejuízo da devida articulação com o membro do Governo responsável pelo respetivo setor de actividade”.

financeira é comprimida e praticamente todas as mais relevantes competências nesta área são transferidas para o governo.

Na mesma linha de progressiva integração das empresas públicas no próprio Estado e perda da respetiva autonomia inclui-se a regra do artigo 28.º, que consagra o princípio da unidade de tesouraria. Embora não seja novidade a sujeição das empresas públicas a este regime (que se verifica desde 2010), o facto não deixa de merecer destaque. Já dissemos que o presente D.L. é culminar de um processo de crescente desfavor em relação às empresas públicas, que teve também como momento significativo a integração da tesouraria das empresas públicas na tesouraria do Estado. Hoje, determina o artigo 28.º que “as empresas públicas não financeiras do sector empresarial do Estado, no quadro da respetiva gestão financeira, mantêm as suas disponibilidades e aplicações junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública – IGCP (IGCP, E.P.E.), nos termos do regime jurídico aplicável à tesouraria do Estado”.

A generalizada aplicação da regra da unidade de tesouraria a entidade dotada de receitas próprias acaba por se traduzir na imposição da utilização dos serviços do tesouro (hoje, do IGCP), enquanto serviços equiparados aos da atividade bancária, em prejuízo o respetivo regime de autonomia orçamental. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, do Regime de Tesouraria do Estado (RTE), a atividade da tesouraria deste compreende “a movimentação de fundos públicos, quer em execução do Orçamento do Estado, quer através de operações específicas do Tesouro (OET)”. Ou seja, o RTE está pensado, sobretudo, para a execução do Orçamento do Estado, na vertente da organização, acompanhamento e controlo da cobrança das receitas através de serviços públicos com funções de caixa e de entidades colaboradoras na cobrança (rede de cobranças do Estado). Os serviços integrados do Estado constituem, por isso, o seu campo natural de utilização. A sua aplicação às empresas públicas suscita naturais dificuldades.

O n.º 3 do artigo 28.º admite, é certo, que o disposto no n.º 1 seja excecionado “em casos devidamente fundamentados, mediante autorização do titular da função acionista, sendo nesse caso obrigatória a prestação de informação, à DGTF [Direção-Geral do Tesouro e Finanças], pelas empresas públicas não financeiras, sobre os montantes e as entidades em que se encontrem aplicadas as disponibilidades de tesouraria e aplicações financeiras”.

Sem prejuízo desta possível exceção, a sujeição generalizada das receitas das empresas públicas à regra da unidade de tesouraria leva a um inevitável comprometimento de importantes dimensões da sua autonomia: (i) a *autonomia patrimonial e reditícia*, correspondente ao poder de ter património próprio/receitas próprias e tomar decisões relativas à afetação desse património/receitas; (ii) a *autonomia orçamental*, que se traduz no poder de ter orçamento próprio, gerindo as correspondentes despesas e receitas; (iii) *autonomia de tesouraria*, que implica o poder de

gerir autonomamente os recursos monetários próprios provenientes da cobrança das respetivas receitas. Assim, ao pretender realizar o princípio da unidade de tesouraria, sacrifica-se em importante medida a autonomia financeira da empresa pública, a qual constitui, como bem se sabe, o verdadeiro ponto de Arquimedes de toda a autonomia da empresa pública, pois condiciona as demais dimensões da atuação empresarial.

Em face do quadro legal descrito, as empresas são cada vez menos “empresas” mesmo quando revestem a forma de sociedades comerciais: em especial, os constrangimentos financeiros determinam uma absoluta publicização da respetiva atividade, com constantes exigências de autorizações e controlos ministeriais, que retiram a agilidade que determinou a sua criação e regulação legal. Retiram, em última análise, o caráter empresarial.

V. Balanço

A longa e atribulada história do setor público empresarial português acaba de entrar numa nova fase, com a adoção do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro. É um novo capítulo nascido, não de um intuito de desburocratização ou de um propósito de intervencionismo económico, mas de uma missão de contenção da despesa pública, materializada num reforço da supervisão estatal que poderá dar vários passos atrás para dar um em frente.

Como tantas outras reformas legislativas recentes, também esta parte dum compromisso assumido perante a troika mas insere-se num movimento de compressão do papel das empresas públicas que é bem anterior a ele.

O novo regime do setor público empresarial, que entrou em vigor a 2 de dezembro de 2013, é um filho do seu tempo. Aparentemente, quando o cinto aperta, as autonomias (também) sofrem.

Em geral, sai prejudicada a independência de gestão das empresas, que deveria permitir resultados mais eficientes do que aqueles que resultariam duma prossecução direta da mesma atividade pelo aparelho do Estado.

Mas é também diminuída a autonomia das autarquias locais, cujas empresas passam a estar sujeitas a um apertado regime de vigilância e, nalguns casos, de autorização estatal.

Mantém-se a possibilidade “excecional” de impor medidas “temporárias” relativas às remunerações dos titulares de órgãos sociais, trabalhadores e prestadores de serviços das empresas públicas. Introduzida já no contexto da crise, esta ingerência estatal na gestão das empresas é agora alargada às empresas das autarquias locais.

Introduzem-se novas restrições.

O que serão as empresas públicas (estatais) nos anos vindouros? Entidades sujeitas a orientações ministeriais relativas a objetivos operacionais, equilíbrio económico e financeiro, entre outras matérias. Entidades cujos orçamentos e planos de atividades têm de ser autorizados pelo Governo, que podem ver a sua autonomia de gestão “restringida” quando aquele decida que algo está a correr mal, sem liberdade de endividamento ou de prestação de garantias. Entidades sujeitas não apenas ao controlo do Tribunal de Contas, da Inspeção-Geral de Finanças e da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública, mas também de uma nova Unidade Técnica, quarta cabeça dum Cérbero que guarda as portas dum inferno financeiro e orçamental.

Procura-se aumentar a transparência, o que é ótimo. E ninguém duvida que é necessário impedir que o setor público empresarial ponha em causa os esforços de contenção orçamental e de redução do endividamento do Estado. Mas é nos momentos em que o mar se revolta que mais se põe à prova a fé no rumo em que navegamos. Ou acreditamos no modelo empresarial do setor privado como modo mais eficiente de prosseguir certas funções do Estado, ou preferimos um modelo de gestão governamental direta. Talvez a balança se tenha inclinado demasiado para este lado, o tempo o dirá.

Lisboa, 12 de janeiro de 2014.

COMISSÃO DE REDAÇÃO:

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

DIOGO COSTA GONÇALVES

FRANCISCO MENDES CORREIA

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

O ano de 2012 decorreu sob o signo da execução do memorando da “Troika”: um acordo assinado, em 2011, pelo Governo português, com os representantes do Fundo Monetário Internacional, do Banco Central Europeu e da Comissão Europeia, como condição para, do exterior, o País receber sucessivos empréstimos destinados a evitar uma quebra nacional.

A execução não foi feliz. As medidas de retração da despesa do Estado, dobradas por um aumento muito grave dos impostos, conduziram a uma recessão geral da economia. O desemprego sofreu um incremento sem precedentes, sucedendo-se, em paralelo, as insolvências: de empresas e de particulares. A conjuntura internacional, com situações recessivas generalizadas, no Sul da Europa e com uma estagnação no próprio Norte, veio complicar a já frágil conjuntura nacional. Todavia, avançaram algumas reformas de fundo, com incidência no campo societário.

A RDS, mantendo embora o seu cerne no Direito das sociedades, vai alargar o seu âmbito a problemas conexos: de modo a, na situação existente, acompanhar as perspetivas dos seus leitores.

ISBN 978-005-03-1105-9



9 780050 311059

ISSN 1647-1105

ISBN 978-005-03-1105-9

PVP € 20