



ULICA ERCÍLIO LOPES BRAVANTE

SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO ANGOLANO

ANÁLISE E PERSPECTIVAS

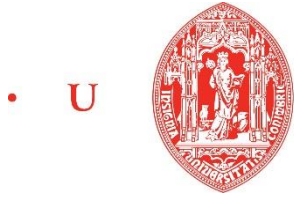
Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito
Empresarial

Orientador: Professor Doutor Ricardo Alberto Santos Costa

Dezembro/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO ANGOLANO:
ANÁLISE E PERSPECTIVAS**

(Angolan State Business Sector: analysis and perspectives)

ULICA ERCÍLIO LOPES BRAVANTE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2º. Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em
Direito Empresarial

Orientador: Professor Doutor Ricardo Alberto Santos Costa

Coimbra/2016

AGRADECIMENTOS

Por imperativo de consciência e servindo-me do potencial expressivo inerente às palavras, aqui cristализo os meus sinceros agradecimentos.

Especialmente à Minha Querida Mãe, Fátima Maria Lopes Bravante (*Matriarca dos Bravante...*), pela incansável dedicação entusiasmante e esforço árduo, por partilhar minhas angústias, pelo apoio em toda jornada, por tudo... A ela dedico este trabalho!

Ao meu Orientador, Senhor Professor Doutor Ricardo Alberto Santos Costa, que através do seu incondicional apoio proporcionou tudo isto.

Aos meus irmãos (José Tomé, Graciano, Edmar, Miraldina e Enoque), tios (as) e cunhado (as), que apesar da distância, sempre me acompanharam.

Ao Doutor Albino Sinjecumbi, onde quer que esteja, por ter impulsionado este projecto que, hoje, começa a dar os seus frutos.

Aos irmãos que Coimbra me deu: António do Nascimento, Osvaldo Cambundo, Doroteia Jelelmbi, Cleuza Chicoa, Josias Niuka, Elzo Mariano, Eudaldy Kachingui, Cipriano Dassala, Gabriel Mbilingui, Garcia Chilundamo, Adalberto Loneque, Barnabé Chimbiambiulo, Gorki Salvador (... e às/aos demais).

Ao Emanuel Camilo Franco e Adriana de Nazaré Jaime, que ao de longe, sempre me souberam confortar e receber, da melhor forma, no regresso para casa.

E a todos outros, que por uma forma ou por outra, diálogo e convívio constantes ou inconstantes, tanto a memória como o coração, jamais esquecem!

A todos vocês,

OBRIGADO!

ABREVIATURAS

A. – Autor

AAVV – Autores vários

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

Cf – Conferir

CRA – Constituição da República de Angola

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-lei

EGP – Estatuto do Gestor Público

LOPTC – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas

LSC – Lei das Sociedades Comerciais

p. – página

pp. – páginas

RJSEP – Regime Jurídico do Sector Empresarial Público

v. – *Vide*

v.g. – *Verbi gratia*

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	5
Plano de Exposição	6
I. CAPÍTULO	8
A Intervenção Empresarial do Estado	8
1.1. O Estado e os seus Fins	8
1.2. A Intervenção Económica do Estado e o Princípio da Subsidiariedade	12
1.3. Intervenção Económico-Empresarial	17
1.3.1. <i>A Natureza Empresarial de uma Actividade Económica</i>	19
1.4. O Direito Privado como Instrumento da Actividade Empresarial	32
II. CAPÍTULO	41
O Sector Empresarial do Estado Angolano	41
2.1. A evolução do Sector Empresarial Público Angolano	41
2.2. Âmbito do Sector Empresarial do Estado	46
2.2.1. A Empresa Pública	47
a) <i>Conceito de empresa pública no direito angolano</i>	50
b) <i>Criação e Extinção</i>	54
c) <i>Personalidade e capacidade</i>	55
d) <i>Autonomia patrimonial e financeira</i>	57
e) <i>Direito Aplicável</i>	58
f) <i>Órgãos das empresas públicas</i>	61
2.2.2. As Empresas com Domínio Público	62
2.2.3. As Participações Públicas Minoritárias	68
2.3. Critérios Orientadores da Aplicabilidade das Formas Empresariais	71
III. CAPÍTULO	76

Performance das Empresas Integradas no SEP.....	76
3.1. A (in)eficácia da Gestão das Empresas Públicas	76
3.2. O Controlo Estatal do Sector Empresarial Público	81
3.3. Os gestores públicos: sua relevância no âmbito da gestão empresarial	90
3.3.1. Modalidades de designação	92
3.3.2. (In)compatibilidades e impedimentos	100
3.3.3. A remuneração como factor motivacional	104
3.4. O Lucro e a sua Especificidade no Sector Empresarial do Estado	106
3.4.1. <i>O Lucro como Elemento da Forma Societária</i>	110
3.4.2. <i>Compatibilização entre o Interesse Social e o Interesse Público</i>	116
CONCLUSÃO	121
BIBLIOGRAFIA	125

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como temática a actividade do sector empresarial do Estado Angolano. O trabalho pauta-se nos aspectos estruturais e funcionais da actuação económico-empresarial do Estado, tendo como anteparo o regime jurídico aprovado pela Lei de Bases n.º 11/13, de 3 de Setembro (RJSEP).

O actual regime do Sector Empresarial Público encontra-se edificado sob duas grandes realidades, a empresa pública e a empresa com domínio público.

A empresa pública é aqui concebida nos termos da tradicional, enquanto entidade criada pelo Estado, de natureza publica institucional, onde o capital estatutário é integralmente detido pelo Estado e/ou outras entidades públicas.

Já a empresa com domínio pública considera-se as sociedades comerciais criadas ao abrigo da Lei das Sociedades Comerciais, em que o Estado directamente, ou através de outras entidades públicas, exerça isolada ou conjuntamente uma influência dominante em virtude de algumas circunstâncias previstas.

Tendo em conta esta particular feição do SEP, põe-se o problema de saber qual será o critério decisivo, aplicável à escolha da Administração Pública, na escolha de uma ou outra forma jurídica, para constituir as suas empresas.

Temos como escopo, a análise jurídico-empresarial das empresas integradas no SEP. Entretanto, os desígnios jurídico-administrativos que permeiam o tema são indissociáveis, havendo a necessidade de navegar pela ceara interdisciplinar dessas menções. Logo, adoptaremos uma abordagem combinada de direito público e privado para análise dos modelos jurídicos adoptados.

Não passam despercebidos os problemas intrínsecos a esse sector, sendo imperioso reconhecer as suas distorções, a falta de compromisso com os resultados, os riscos de corrupção e o baixo desempenho financeiro. Torna-se então imprescindível a adopção de política de fiscalização mais efectivas. Pois, toda actividade de gestão exige, para sua eficácia, um sistema de controlo, podendo mesmo considerar-se indissociáveis os sistemas de gestão e de controlo.

As modernas sociedades, no espaço de economia global, necessitam de empresas eficientes e eficazes com objectivo final de criação de valor. O alcance destas finalidades pressupõe a existência de uma regulação que contribua decisivamente para que se atinga aqueles fins e que introduza uma gestão transparente.

Nesta perspectiva, o novo Regime Jurídico do Sector Empresarial Público (RJSEP) demonstra a sua preocupação ao estabelecer regras com vista a resolver, senão minimizar as distorções no seio do SEP. A sua grande pretensão assenta no estabelecimento de uma política de viabilidade económico-financeira semelhante a da iniciativa privada, tendencialmente pautada na auto-sustentabilidade.

Neste sentido, as empresas integradas no Sector Empresarial Público devem se justificar na busca dos padrões de eficiência alcançados pelas empresas privadas, todavia sem perder de vista a missão pública a qual estão subjugadas.

Não queremos com isto negar a eventual relação conflituosa entre a finalidade lucrativa e a missão pública das empresas estatais. Todavia, é necessário atingir um equilíbrio, encontrando uma condição ideal para que esses dois objectivos (muitas vezes) díspares possam coexistir. Pois, em alguns casos, não é razoável a total aniquilação do interesse económico, em prol da preservação do interesse público em causa, e muito menos a maximização dos lucros em sacrifício da missão pública. Por isso, no equilíbrio destas duas relatas, esta a solução dos problemas inerentes àquele conflito.

Plano de Exposição

Atendendo à diversidade de factores e problemáticas que este tema suscita, optamos por dividir o trabalho que agora se apresenta, em três capítulos distintos, muito embora tenhamos presente a ideia de sempre evidenciar os pontos de ligação que, na nossa perspectiva, impunham a procura de um tratamento jurídico susceptível de contribuir para uma aproximação mais unitária e sistematizada a aplicar ao fenómeno empresarial público.

Assim, no primeiro capítulo, desenvolveremos brevemente o enquadramento geral da questão, elegendo como base a problemática das diferentes funções e fins que o Estado tem vindo a assumir ao longo dos tempos, para sublinharmos essencialmente a importância de manter um modelo estadual que se diz em crise: o modelo do Estado de bem-estar.

Deste modo, conjugando as características deste modelo que consideramos consagrado na nossa Lei Fundamental, partimos para a problemática da iniciativa económica pública. Esta, sobretudo focada como um mecanismo de concretização do bem-estar a que nos referíamos, razão pela qual acabamos por defender a necessidade de manter um determinado âmbito de actividades públicas de prestação como forma de conservar o modelo de bem-estar a que brevemente aludimos.

No segundo capítulo trataremos do Sector Empresarial Público com um todo, sob a óptica predominantemente funcional. Trataremos essencialmente do regime da empresa pública e reflectir sobre o novo conceito de empresa com domínio público. Por também se encontrarem reguladas pelo RJSEP, ainda será objecto de apreciação desse capítulo, as participações detidas pelo Estado e/ou outras entidades públicas, em sociedades comerciais inseridas no sector privado.

No terceiro capítulo analisaremos o desempenho das empresas estatais, no que diz respeito ao controlo, gestão e a persecução da finalidade lucrativa, bem como a sua especificidade no âmbito do SEP.

Por fim, concluiremos o trabalho esperando na expectativa de termos sido capazes de oferecer um contributo minimamente útil para a compreensão do Sector Empresarial do Estado Angolano, mormente sobre as duas figuras que conformam esse regime e o respectivo tratamento jurídico dos seus aspectos societários, contudo, sem perder de vista as normas de direito administrativo aplicadas.

I. CAPÍTULO

A Intervenção Empresarial do Estado

1.1. O Estado e os seus Fins

Antes de qualquer desenvolvimento, cumpre-se delimitar desde já que não é nossa pretensão, efectuar uma análise de ciência política sobre as diferentes funções e fins que o Estado tem vindo a assumir ao longo do tempo. É tão só nosso intuito tecer uma breve análise evolutiva do Estado e, conseqüentemente, levantar concisas ponderações sobre os ajustamentos ocorridos no âmbito da administração pública, frente às modificações sociais e suas novas necessidades.

Visto que não se pretende analisar minuciosamente a questão histórica do Estado, mesmo porque esse não é o propósito do nosso trabalho, seleccionámos apenas aqueles que entendemos serem os modelos de organização administrativa mais representativos da evolução operada nos Estados até aos nossos dias¹. Para traçarmos a linha evolutiva aspirada, elaboraremos uma ligeira análise sobre o modelo de poder político absoluto, liberal, social e por fim, sobre o Estado colaborativo.

O Estado Absoluto encontra-se vinculado à segunda etapa do Estado moderno, que corresponde ao período apurado entre meados do século XVII e o final do século XVIII. Organização estadual fortemente marcada pela centralização do poder real, ascensão da burguesia, vincado pela razão do Estado, e balizado na incerteza do direito e extensão máxima do poder discricionário.

Verificava-se naquela época uma centralização e um poder absoluto nas mãos do rei. Se, por um lado, garante-se a preeminência e supremacia do poder real, por outro, não poder ser desconsiderado a efectiva e directa interferência estatal nos domínios cultural e

¹ Para uma análise mais desenvolvida sobre a evolução do Estado e o surgimento a Administração Pública, veja-se DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2006, p. 55 e ss.

assistencial. Neste contexto vislumbrava-se uma ampliação da Administração Pública num modelo de total centralismo e estatização de poderes públicos².

O poder absoluto do rei, que ditava o rumo da economia, da justiça e da política, foi gerando grande insatisfação popular, que vinha enfrentando sérios problemas sociais. Essa onda de descontentamento acabou por promover a reacção e revolta da sociedade.

O grande marco reivindicativo que se deu contra o *status quo* existente foi em 1784 com a Revolução Francesa, e com ela, o triunfo dos ideais da liberdade individual contra o autoritarismo do Estado Absolutista. Sob as idealizações de liberdade, igualdade e fraternidade, assume-se uma nova forma de Estado, alicerçado no Princípio da Separação de Poderes, e da clara afirmação do Princípio da Legalidade, o qual vem transformar a actividade administrativa.

O então absolutismo monárquico dá lugar a soberania popular, surgindo as primeiras Constituições escritas, os partidos políticos e o sistema de governo representativo. Reforça-se também as garantias dos homens (que passam agora a ser cidadãos e já não súbditos) enquanto portadores de direitos inalienáveis pelo simples facto de o serem. Eleva-se a dignidade suprema da pessoa humana, que é evidenciada através das inúmeras declarações de direitos que nesta época grassaram um pouco por todo o lado.

O intervencionismo, que caracterizou o Estado Absoluto, é substituído pela nova regra abstencionista promovida pelo Estado Liberal. Sob o prisma do *laissez faire, laissez passer*, o que anteriormente era definido como um Estado de polícia, passa a dar lugar ao conhecido Estado mínimo, com menor interferência do Estado sobre a sociedade, o Estado essencialmente empenhado em garantir a ordem e a segurança, relegando quase por completo qualquer tipo de política social³. Assim, assistia-se a preponderância dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos sociais – os quais vêm a afirmar-se com Estado Social -, pois que, os direitos fundamenais dos cidadãos eram neste contexto perspectivados como direitos de defesa em face do Estado.

No início do século XIX, o Estado Liberal sofre algumas mudanças significativas. As transformações sociais, económicas e culturais, que se agudizaram sobretudo entre as duas Grandes Guerras, promoveram o triunfo das correntes ideológicas de matriz socialista

² Neste sentido DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., p. 69.

³ Cf. *Ult. A.*, cit., pp. 79-80.

e marxista. Surge assim um Estado-Administração em que esta passa a desempenhar uma função claramente prestadora⁴.

É neste contexto que surge o designado Estado Administrador ou Estado Social, isto é, aquele com função essencialmente prestadora. O Estado avoca responsabilidades, transformando-se em garantidor dos direitos económicos, sociais e culturais. Assiste-se a uma extensão das tarefas e atribuições, conseqüentemente modificando-se a sua relação com os cidadãos. O dever do Estado de respeitar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, adquire uma dimensão positiva de efectivamente garantir o bem-estar social e económico. É através desta dimensão de carácter activo do Estado, que passa a ser conhecido como Estado do Bem-Estar ou Estado Providência⁵.

Se o Estado Liberal se prendia exclusivamente à supervisão dos acontecimentos sociais, e cumpria a sua finalidade administrativa intervindo pontual e esporadicamente, no Estado Social já assim não funcionava. A actuação do Estado passou a ser mais ampla, intensa e efectiva, directamente implicada com a satisfação dos interesses sociais, sendo garantidos padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e de seguridade social a todos os cidadãos.

Com o Estado Social, as obrigações agora assumidas têm carácter constitucional, o que torna perceptível a importância dessa absorção de incumbências. Torna-se necessário recorrer a novos modelos de organização e de actuação mais flexível e dinâmico, tendo em conta o crescimento da máquina administrativa promovida pela amplitude e a diversidade das novas áreas de actuação do Estado.

A variedade e a importância das áreas em que o Estado era chamado a actuar determinou a necessidade de se criar esquemas de parcerias entre a Administração e a sociedade civil. O Estado já não conseguia sozinho tornar exequível essa sua actuação intervencionista. Observa-se assim a ineficiência dos serviços prestados, as burocracias excessivas impostas sobre os programas sociais, frente aos procedimentos impostos pela crescente complexidade da máquina administrativa, o aumento das despesas suportadas pelos cidadãos, a falta de imparcialidade do Estado, as crises fiscais provocadas pela

⁴ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...* cit., pp. 81 e ss.

⁵ Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 75.

dificuldade cada vez maior de harmonizar os gastos públicos com o crescimento da economia capitalista; situações que promoveram a insatisfação popular.

São estas adversidades que têm sido apontadas como estando na origem da crise do modelo “*Welfare State*”. Na tentativa de solucionar o problema e reencontrar eficiência, eficácia e racionalização, busca-se uma reforma do Estado, aplicando-se uma nova gestão pública.

Foi assim que a Grã-Bretanha, na década de 70, foi precursora na aplicação dessa nova gestão pública. Tal transformação ficou conhecida como *New Public Management*. Na medida em que, a Administração busca então reformular os processos desajustados, originando um quadro legal inovador, dotado de serviços de mecanismos próprios e seguindo modelos praticados pelo sector privado. Esta nova gestão pública vai em busca de orientações nos mecanismos e ferramentas oriundas da gestão empresarial. Para tal, foram propostas várias alterações a serem realizadas na Administração Pública, dentre elas, e a título principal, as privatizações de actividades estatais de natureza económica⁶.

Surge um novo modelo de gestão, marcado pela forma organizativa do direito privado, juntamente com actuação administrativa. Nasce então o Estado Regulador⁷, caracterizado pela onda de privatizações e liberalizações da economia, e pela diminuição da actuação do Estado na actividade económica. As empresas públicas remanescentes vão se transformando paulatinamente em competidores com as empresas privadas.

É neste quadro de concorrência instaurada entre as empresas públicas e a iniciativa privada que se torna necessário uma separação clara entre as funções de propriedade do Estado e outras funções estatais que possam influenciar as condições das

⁶ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da UC, 2010, p. 47. “A privatização tornou-se um conceito polissémico, albergando diferentes realidades, que vão desde a simples privatização formal ou organizatória (quando as actividades continuam na esfera da AP, apenas passando a ser desenvolvidas por entidades com forma empresarial que operam segundo as regras do direito privado, permanecendo o respectivo capital integralmente público), passando por esquemas de privatização funcional (que assenta quer nas tradicionais concessões de tarefas administrativas a entidades privadas, quer no fenómeno mais recente de atribuições de poderes públicos a entidades privadas), e culminando com a privatização material propriamente dita, quando as actividades são efectivamente remetidas para o direito privado ou, como achamos preferível, para a Sociedade.

⁷ Também apelidado de Estado Pós-Social, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 46 e ss.

empresas de propriedade estatal, particularmente no que diz respeito a regulamentação do mercado⁸.

Neste contexto, a Directriz n.º 1 da OCDE estabelece que a estrutura reguladora e legal das empresas de propriedade do Estado deve assegurar um nível de igualdade no mercado competitivo com as empresas do sector privado, evitando distorções de mercado. A estrutura deve estar alicerçada e ser totalmente compatível com os Princípios de Governança Corporativa da OCDE.

A este propósito, é necessário que por meio de leis ou regulamentações sejam definidas, as obrigações e responsabilidades exigidas às empresas públicas em torno de serviços públicos, garantindo a transparência na cobertura de seus custos (v. Directriz n.º I C da OCDE). Nessa perspectiva, o sector empresarial público deve buscar inspiração nos padrões seguidos pela iniciativa privada, no tanque às preocupações com uma gestão eficiente e auto-sustentável.

Tendo em conta esta nova conformação, porventura possamos nos referir a um Estado Colaborativo, no qual a actuação da Administração Pública, contemplando a sua actividade empresarial (sem nos olvidarmos dos serviços públicos), possa coexistir com a iniciativa privada. Para além de suprir as falhas estruturais de mercado e actuar de forma subsidiária em relação a iniciativa privada, a actuação empresarial da administração pública, pode se fazer valer de uma concorrência regulatória, orientando a actuação privada, em prol do consumidor e da sociedade em geral.

1.2. A Intervenção Económica do Estado e o Princípio da Subsidiariedade

Como agente, a intervenção do Estado na esfera económica tem como fundamento a satisfação das necessidades da comunidade, sendo a instituição de um sector empresarial o *modus* de realização do princípio constitucional de bem-estar, enquanto elemento imprescindível do conceito de Estado Democrático de Direito fundado na dignidade de pessoa humana, conforme resulta da Constituição da Republica de Angola de 2010⁹.

⁸ Cf. n.º I, A das Directrizes da OCDE sobre a governação corporativa para empresas de controlo Estatal.

⁹ Cf. Artigo 21.º d), artigo 89.º a) e 90.º, da CRA, aprovada pela Assembleia Constituinte de 21 de Janeiro de 2010 e, na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 111/2010, de 30 de Janeiro, ao 3 de Fevereiro de 2010.

Assumindo o Estado uma função de produtor de bens e prestador de serviços, a prossecução do bem-estar representa uma das suas principais tarefas, suscetível de ser analisada sob diferentes perspectivas¹⁰, entretecida por um conjunto de necessidades da pessoa e da comunidade que, pelas suas características, o Estado está adstrito a satisfazer. Naturalmente, deste princípio decorre um “dever de agir”¹¹, tendo em conta as necessidades da comunidade, visando o desenvolvimento da qualidade de vida da pessoa e a qualidade de vida no país, servindo-se do critério das necessidades circunstancialmente interpelantes de um dado momento – curto, médio e longo prazo –, especificidades locais, regionais e a conjuntura de todo o país.

A existência de meios de produção do Estado no contexto de uma economia de múltiplos sectores – público, privado e cooperativo¹² – levanta alguns problemas quanto a questão da iniciativa pública e, bem assim, os limites que informam tal iniciativa. Para este efeito, partindo da delimitação do conceito de bem-estar social poderemos determinar o grau de intervenção económica do Estado¹³. Esta intervenção pode consubstanciar-se numa intervenção *necessária* concebendo o Estado como encarregue da prossecução de actividades prestadoras em termos económicos, sociais e culturais ou, diversamente, fundamentar a excepcionalidade da intervenção pública directa, baseada numa ideia de *subsidiariedade*¹⁴.

¹⁰ V. PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 13 e seg., fazendo um recorte do Estado social de Direito, estabelece três perspectivas do princípio de bem-estar: uma material, imaterial e temporal.

¹¹ Cf. SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 39.

¹² Cf. artigo 92.º, n.º 1 da CRA.

¹³ Cf. SOUSA FRANCO e GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 219, para quem “intervenção económica do Estado é todo o comportamento do deste (ou de outras entidades públicas equiparáveis) cuja função e finalidade consiste na modificação concreta do comportamento de outros agentes ou sujeitos ou das condições concretas da actividade económica. Não se limita à ordenação abstracta de regras ou instituições jurídicas que orientam, enquadram ou condicionam o desenvolver da actividade económica (*ordenação económica*). Nem se traduz nos comportamentos em que o próprio Estado (ou entidade equiparada) desenvolve uma actividade económica própria, dispondo de bens raros susceptíveis de aplicações alternativas para satisfazer necessidades (próprias do aparelho estadual ou da sociedade) que lhe cumpre satisfazer (*actividade financeira*)”.

¹⁴ No âmbito do ordenamento português, considerando que o Estado deve pautar-se nas suas relações com a sociedade civil de harmonia com o princípio da subsidiariedade dado que os princípios da igualdade e *in dubio pro libertate* não permitem extrair outra solução interpretativa, v. PAULO OTERO, in *Vinculação e liberdade...*, ob., cit., p. 37.

Tal como sintetiza PAULO OTERO¹⁵, *“tudo está em saber se uma intervenção do Estado na produção de bens e na prestação de serviços se auto justifica num princípio geral de legitimação da acção dos poderes públicos ou, bem, diferentemente, a actividade directa do Estado no sector económico como um seu agente apenas dever ter lugar supletivo, visando suprir casos de inércia ou desinteresse da sociedade civil”*.

Reconhecendo a existência de um princípio da subsidiariedade da intervenção económica do Estado, salienta JOÃO PACHECO DE AMORIM, sem prejuízo das normas e princípios constitucionalmente consagrados, a Administração não tem o monopólio no que concerne a realização dos interesses gerais. Pelo contrário, o Estado Liberal e, bem assim, o Estado Social *“ (...) assenta numa economia de mercado, satisfação das necessidades ou interesses colectivos que não hajam sido publicizados pela lei (ainda que sejam publicizáveis) está confiada, em regra, à iniciativa privada, devendo os poderes públicos, não existindo uma particular justificação, evitar interferir directamente no mercado, através, designadamente, do desenvolvimento de actividades industriais e comerciais submetidas ao direito privado e em concorrência com os agentes”*¹⁶.

Neste vertente, uma vez que a Constituição consagra expressamente direito-liberdade de iniciativa empresarial enquanto dimensão do direito à livre iniciativa económica (artigo 38.º da CRA) que, enquanto direito, liberdade e garantia apenas poderá ser restringido nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Implicaria dizer que, existindo esses direitos e interesses constitucionalmente protegidos, o Estado deverá abster-se de intervir economicamente no mercado uma vez que tal intervenção, quando desprovida de fundamento, poderá ser considerada inconstitucional por conflitar com o direito de iniciativa económica privada, não obstante conhecer-se a ampla margem de conformação que a Constituição concedeu ao legislador no âmbito deste direito-liberdade¹⁷.

¹⁵ *In Ob.*, cit., p. 23.

¹⁶ *In As Empresas Públicas no Direito Português – em especial, as empresas municipais*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 102.

¹⁷ Numa perspectiva financeira-fiscal, v. CASALTA NABAIS, *O Princípio do Estado Fiscal*, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrals, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 376-377. Segundo o Professor, *“ (...) a acção económica do Estado, numa economia de disposição privada dos meios de produção, dos bens e serviços, é, por natureza, subsidiária ou supletiva, o que naturalmente implica ou pressupõe, em termos do sistema económico-social (global), que o suporte financeiro daquele*

Não obstante as *supra* referidas premissas, demos conta da existência de uma terceira via tendente a harmonizar estas duas formas antagónicas de se conceber a intervenção do Estado na economia. Esta via baseia-se numa compreensão menos rígida e arcaica do princípio da subsidiariedade, entendemos que o mesmo não possa continuar a ser concebido no sentido de uma prioridade da actividade privada e na consideração de que toda organização económica e social, incluindo a estadual, tem de limitar-se a servir o desenvolvimento da personalidade e dignidade individuais, descurando, assim, que a dignidade da pessoa humana decorre (igualmente) do bem-estar social, colectivo ou geral¹⁸. Pugnamos por uma compreensão “*dinâmica*”, na medida em que pressuponha o seu enquadramento nos fundamentos do Estado Liberal-Social e de economia de mercado, de acordo com esta o Estado deverá intervir perante a detecção de falhas de mercado, externalidades, monopólios naturais, razões de redistribuição de rendas, etc.¹⁹.

Deste modo, somos de opinião que se deverá afirmar a tendencial existência de um Princípio da subsidiariedade, por mor do qual a actuação empresarial do Estado se reconduza, como primeiro alvo, às áreas dos sectores básicos, essenciais, e também àqueles que se afigurem estratégicos, confiando os demais ao funcionamento do mercado e à iniciativa económica privada, sendo por isso neste âmbito considerada a iniciativa pública como subsidiária. Assim, entendemos que no tocante às áreas referentes aos serviços *supra* mencionados, afirmar-se-á um Princípio de Natural Intervenção Pública, a qual não tem de modo algum de se considerar exclusiva, mas atendendo designadamente a importância destes sectores mencionados, concluímos que o Estado estará habilitado a actuar nesse campo de forma primária e ao abrigo da cláusula constitucional de bem-estar, emergindo (igualmente) um Princípio da Complementaridade entre a iniciativa económica pública e a

não decorra da sua actuação económica positivamente assumida como agente económico, mas do seu poder tributário ou impositivo”. V. ainda CASALTA NABAIS, O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Coimbra: Almedina, 1998, p. 205 e passim.

¹⁸ Neste sentido v. NUNO DA CUNHA RODRIGUES, “*Golden Shares*” – *As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 34 e seg.; Com semelhante argumentação, embora rejeite o princípio da subsidiariedade, v. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2000, p. 173.

¹⁹ A este propósito v. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2001, p. 36 “*Os casos de incapacidade de mercado geram pois situações em que, normalmente, é apenas a intervenção de entidades públicas – das quais tomaremos o Estado como protótipo – que permite realizar o bem-estar social, em termos que todos achem desejáveis*”.

privada²⁰, mas já não um princípio que imponha uma intervenção subsidiária às entidades públicas, pois que trata-se de sectores naturalmente integrados na actuação pública para concretizar o bem-estar da colectividade.

Parece-nos pois que no campo em que se constate que o mercado e a sua lógica funcionam suficientemente bem, que se poderá advogar a existência de um Princípio de Subsidiariedade da Intervenção Económica Estadual, na medida em que, nesse cenário, caberá ao Estado desempenhar um papel secundário, residual, destinado essencialmente a cobrir ou suprir as falhas de mercado (se eventualmente existirem), relativamente a determinado bem, serviço ou sector. No entanto, é preciso ter presente que esta subsidiariedade deve ser compreendida em articulação com o próprio funcionamento do mercado. Pois a lógica de mercado e os ganhos daí obtidos pressupõe a existência de concorrência. Porém, nem sempre se pode contar com a presença deste elemento, sobretudo se tivermos em atenção as actividades de serviço público.

É neste contexto onde podemos sustentar que dos preceitos constitucionais resulta para o legislador uma faculdade relativamente à edificação de um sector público (v. art. 92.º, n.º 1 da CRA), sendo que para tal, do normativo da lei de delimitação dos sectores da actividade económica decorre a neutralidade no que respeita às formas de organização empresariais do Estado²¹. Entretanto, este poder de intervenção económica não é concebido em termos absolutos ou desprovido de qualquer limite – que de algum modo entraria em conflito com a liberdade das entidades privadas –, mas subordinada à prossecução do interesse público²² e aos princípios da constitucionalidade e da legalidade²³.

²⁰ Cf. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 73.

²¹ Cf. o art. 4.º da Lei 5/02, de 16 de Abril, segundo o qual “o sector público da economia abrange as actividades económicas prosseguidas pelo Estado e por outras entidades públicas, independentemente da forma empresarial ou societária que apresentem”. Para uma leitura na realidade jurídica portuguesa, v. no sentido da neutralidade das formas de organização empresarial do Estado, NUNO DA CUNHA RODRIGUES, “Golden Shares”..., ob., cit., pp. 44-54; Convinha recordar, no entanto a posição de PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade...*, ob., cit., pp. 199 e seg., para quem a Constituição Portuguesa contém implícita a preferência por modelo de organização empresarial do Estado em moldes privados.

²² Na esteira de ALEBRTO ALONSO UREBA, *La Empresa Publica – Aspectos Jurídico-Constitucionales y de Derecho Economico*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1985, p. 138, e ENCARNACION MONTOYA MARTIN, *Las Empresas Públicas Sometidas al Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 66, pode se afirmar que o interesse público/geral constitui o *leitmotiv* que justifica a essência da Administração num Estado social e democrático de Direito, encontrando-se esta indissociavelmente supraordenada pelo interesse público; ou na expressão de GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República*

Pode, então, concluir-se que a iniciativa económica pública – que abarca a intervenção empresarial do Estado –, na realização do interesse publico/geral, não se configura como direito ou liberdade das entidades públicas, mas assume a natureza de poder-funcional, competência ou dever-função²⁴. Deste modo, o interesse público constitui o fundamento da iniciativa económica pública, ele funciona também como limite, pois que, como conclui PAULO OTERO, é inválida a criação de uma empresa pública sem que a actividade que lhe está subjacente seja de interesse público, *ou sem que tenha em vista prosseguir finalidade públicas nem se integre nos fins ou atribuições da entidade instituidora*²⁵.

Assim não podemos deixar de afirmar que esta será, segundo nos parece, uma boa forma de equacionar os imperativos de uma economia de mercado que necessita de agilidade, competitividade e concorrência, com a garantia constitucional de uma economia que também é mista, e neste sentido comprometida na realização do bem esatr e justiça social confiados aos poderes públicos

1.3. Intervenção Económico-Empresarial

Portuguesa Anotada, Vol. II, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 794-795, “o interesse público é um momento teleológico necessário de qualquer actividade administrativa”, ou seja, os entes administrativos, mesmo no sob alçada de poderes discricionários, não podem prosseguir uma qualquer finalidade, mas apenas àquela considera pela lei ou pela Constituição, que será sempre uma finalidade de interesse público.

²³ Entendemos que os meios e as formas de exercício da iniciativa económica pública devem obedecer a uma tipicidade legal, enquanto mecanismos de intervenção nos termos do artigo 165.º, nº 1, alínea b), da CRA. Para este efeito, assinala PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade...*, ob., cit., p. 205, “(...) a intervenção empresarial do Estado tem sempre que se fundar no princípio da legalidade, sendo a lei o fundamento habilitador directo de criação ex novo de uma empresa ou da simples participação do Estado no capital de uma empresa já constituída, isto sem prejuízo de cada decisão em concreto se poder fazer através de acto praticado no exercício da função administrativa ou, em alternativa, resultar destes actos públicos uma permissão de utilização de mecanismos de Direito Privado”.

²⁴ Cf. CABRAL DE MONCADA, *Direito...*, ob., cit., p. 174, PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade...*, ob., cit., p. 125, SOUSA FRANCO e GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, ob., cit., p.207, SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, 1.º vol., Lisboa: AAFDL, 1991, pp. 23-24, ENCARNACION MONTOYA MARTIN, *Las Empresas Públicas...*, ob., cit., pp. 52 e 61, ALEBRTO ALONSO UREBA, *La Empresa Publica...*, ob., cit., p. 138.

²⁵ In *Vinculação e Liberdade...*, p. 124-129, onde o autor reafirma que “o interesse público representa o fundamento, o limite e o critério da iniciativa e actuação económica pública e, por conseguinte, da intervenção empresarial do Estado”. Concluindo no mesmo sentido, v. ENCARNACION MONTOYA MARTIN, *Las Empresas Públicas...*, ob., cit., pp. 64 e 68, ALEBRTO ALONSO UREBA, *La Empresa Publica...*, ob., cit., p. 137-138, ANTONIO TRANCOSO REIGADA, *Privatización, Empresa Publica y Constitución*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 161, JAIME RODRIGUEZ-ARANA, *La Privatización de la Empresa Publica*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, pp. 53 e 42, e PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, vol. III, Berna: Editions Staempfli & Cie SA, 1992, p. 144.

Como ficou demonstrado ao longo do presente trabalho, nos títulos precedentes, a intervenção económica pública e bem-estar são, desde o advento do Estado Social de Direito, realidades indissociáveis. Para além disto, e não obstante seja recorrente a qualificação deste modelo de Estado com sendo um Estado de Bem-Estar, vimos (igualmente) constatar que este encontra-se actualmente mergulhado em crise, que tem vindo a ameaçar a sua extinção. A assunção de uma tal realidade é acima de tudo entrar em linha e conta não com o problema de saber se o Estado deve ou não cumprir as suas funções de bem-estar²⁶, mas sim e sobretudo, até que ponto está preparado para assumir os respectivos custos. Dai que, quando se pretende reflectir sobre a actividade prestadora do Estado em geral (e do seu sector empresarial em especial) a relação entre bem-estar e intervenção económica não pode jamais sair de perspectiva.

Nos deparamos, assim, com uma elevada dependência entre o desenvolvimento económico e a faculdade de promover e concretizar o bem-estar das populações, que coloca dificuldades e desafios que obrigam a repensar as formas de actuação pública.

Visto que o Estado encontra-se constitucionalmente comprometido com a já aqui referida cláusula de bem-estar, impõe-se sobretudo o problema de saber qual a melhor forma de prestar. Neste sentido, procurando por possíveis soluções, e acima de tudo eficazes, emergiu na esfera estatal a possibilidade de actuar como um operador de mercado, e assim deu asas ao exercício da iniciativa pública. Ao contrário do que se possa pensar, esta iniciativa não tem necessariamente de ser unicamente identificada com a sua actuação empresarial – embora, para o efeito, seja a mais relevante. Pelo contrário, esta última apresenta-se como uma parte específica que se pode encontrar quando se começa a analisar a primeira.

Dai que, para que se compreenda a importância do sector empresarial do Estado é essencial atender à distinção que é possível fazer entre a actividade económica por um lado, e actividade empresarial por outro. De entre as várias formas de actuação pública em que se traduz o exercício da iniciativa económica amplamente considerada, a actividade

²⁶ Trata-se portanto, mais do que um problema económico, de um verdadeiro problema político e também por isso, essencialmente jurídico, na óptica do papel desempenhado pela consagração constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais. Nesta perspectiva, a opção não passa pelo desmantelamento do *welfare State*, mas sim pela sua reformulação. A este propósito e nesse sentido, GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO, *El Estado de Bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, 1ª Edição, Madrid: Editorial Fundamentos, 2004, p. 21.

empresarial é dotada de algumas especificidades que permitem distingui-la destas. Iremos, então, proceder à distinção a que acabamos de aludir para que nos possibilite expor com maior clareza as questões em análise.

1.3.1. *A Natureza Empresarial de uma Actividade Económica*

Determinar qual o alcance daquilo que se deva entender por “actividade económica” não é, de todo, uma tarefa isenta de dificuldades. No entanto, é essencial que o foco incida não exclusivamente na importância técnico-jurídica do conceito, como também as implicações que derivam da qualificação de uma actividade económica que, além disso, é também uma actividade de natureza empresarial.

Por um lado, no âmbito das actividades económicas é usual distinguir-se três sectores: o primário, composto pela agricultura, pesca, caça, pecuária e silvicultura; o secundário, pela indústria, esta podendo ser compreendida enquanto actividade transformadora; e o terciário, integrado pelas actividades latamente aferidas ao comércio e aos serviços. Por outro lado, se nos focarmos para a intervenção económica pública, poderemos constatar que o Estado, ao longo do tempo, tem vindo a fazer sentir a sua presença, em maior ou menor medida, em todos estes grupos de actividades. A forma como o tem vindo a fazer, no entanto, e não obstante ao facto de nos últimos tempos se ancorar exponencialmente na utilização da figura da sociedade anónima, nem sempre foi assim tão linear. Isto porque, no contexto da busca de formas jurídicas aplicáveis à actuação económica pública, se constatou que nem todas as actividades económicas assumiam necessariamente carácter empresarial, sendo por isso pertinente indagar se desta aplicação sistemática da sociedade comercial, entendida esta como uma forma específica de organização da empresa²⁷, a actividades que poderão não assumir essa dita natureza empresarial.

²⁷ É usual referir-se ao relacionamento entre a empresa e a sociedade comercial como sendo a primeira matéria, e a segunda forma, embora não esteja isento de críticas. Neste sentido, COUTINHO DE ABREU considera que é mais rigoroso ver cada um dos conceitos como dois fenómenos distintos, na medida em que a cada um correspondem conteúdos próprios, por isso será mais exacto considerar que (...) *a sociedade é, em alguma medida, organização da empresa – mas não só: é organização que transcende a empresa*”, in *In, Da Empresarialidade: As empresas no direito*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 216 e ss..

Em primeira instância, importa indagar sobre qual será então o entendimento a dar ao conceito de actividade económica de natureza empresarial(?), e se haverá alguma especificidade neste ultima(?).

Este foi o caminho trilhado por COUTINHO DE ABREU²⁸, quando discorrendo sobre a definição de empresa pública, mas igualmente da própria noção de empresa. De modo análogo, deparamo-nos agora com a questão de saber, de entre as várias actividades económicas, quais serão aquelas que revelam um carácter ou natureza empresariais, e que, deste modo, podem dar azo à criação de verdadeiras empresas, isto sem que se desvirtue tanto este conceito de base, como a própria forma jurídica que se lhe venha a aplicar.

Avancemos então para uma reflexão sobre esta questão da natureza empresarial de uma dada actividade económica exercida pelo Estado. Quais são, afinal, os índices qualificativos, os critérios ou os elementos através dos quais podemos aferir da natureza empresarial de uma dada actividade?

A resposta a esta questão pressupõe que se pergunte desde logo se é (ou não) possível dissociar e autonomizar o conceito jurídico de empresa, da definição do que seja efectivamente a “natureza empresarial” de uma determinada actividade económica. Deste modo, na análise que se segue, iremos averiguar se é possível e sobretudo juridicamente útil, autonomizar o conceito de natureza empresarial, designadamente para determinar a viabilidade da aplicação a figura da empresa a toda e qualquer actividade económica.

Cuidemos, então:

A título primário, sendo verdade que toda a empresa prossegue uma actividade económica, inverso nem sempre sucede, visto que, nem toda a actividade económica se revela apta de ser exercida ou prosseguida através de uma empresa. Assim, um dos critérios identificativos de uma actividade económica que revele também a natureza empresarial será exatamente o facto de existir uma estrutura organizada de factores através da qual essa actividade seja efectivamente prosseguida de forma estável. Nesta medida, inócua se torna qualquer conclusão que poderemos chegar a propósito da natureza empresarial de uma actividade económica sem abordamos directa (sumaria que seja) a figura da empresa, em particular, e dado o objectivo da nossa investigação, a pública. Para efeitos da análise que se seguirá, se apresenta de capital importância o conceito de empresa

²⁸ *In Definição de Empresa Pública, Coimbra, 1990, pp. 38 e ss..*

em sentido objectivo, por forma a assentar a análise do carácter empresarial de uma dada actividade económica em alicerces suficientemente resistentes a polissemia que circunda a realidade “empresa”. No seguimento de COUTINHO DE ABREU, poderemos então considerar que empresa em sentido objectivo vem a ser, “(...) a unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade de produção para a troca”²⁹.

Assim a actividade económica só revelará verdadeira natureza empresarial se assentar na estrutura específica que é a empresa, e ser regida através de uma forma de actuação também ela específica, instigada de uma mecânica própria, a que corresponde àquilo que se designa por “critérios de actuação empresarial”. Estes critérios são balizados por alguns parâmetros, que ajudam a perceber a diferença que separa a actividade económica daquela outra que, além de o ser, é também empresarial. Critérios (este) que são: produção/distribuição de bens e/ou serviços; satisfação de necessidades de necessidades humanas colação desses bens no mercado, contra um preço; existência de um risco específico no exercício da actividade; objectivo de obtenção de um ganho.

A análise que se segue será restrita aos três últimos critérios, tendo em conta que os dois primeiros se apresentam insuficientes, pois que, toda a actividade económica (exercida em termos empresariais ou não) pressupõe a produção de bens ou serviços, sendo, os mesmos, destinados à satisfação das mais diversas necessidades humanas.

Testemos então a verificação destes índices:

- a) *Para se considere de natureza empresarial, a actividade em causa, deve ter por objectivo colocar os bens ou serviços produzidos ou distribuídos, no mercado e de forma onerosa?*

Admitindo que este seja um elemento que permitirá qualificar a actividade em causa como tendo a natureza empresarial, a onerosidade referida resultará da aplicação de um preço ao bem ou serviço, preço esse que deverá ser fixado tendo como base o custo da produção, sendo certo que não deverá ser, por

²⁹ In, *Da Empresarialidade: As empresas no direito*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999, p. 304. Veja-se também, a propósito do conceito de empresa, OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Comercial*, vol. I, Lisboa, 1989/99, pp. 137 e ss., criticando porém a concepção de empresa em sentido objectivo, avançada por COUTINHO DE ABREU, a pp. 150.

regra, inferior a esse custo³⁰. Assim, toda e qualquer actividade económica, levada a cabo através de uma estrutura de factores organizados, cujo produto seja lançado no mercado contra um preço, evidenciará já algum índice de empresarialidade.

b) *A actividade em causa implica a assunção de um risco decorrente do seu exercício ou exploração?*

Desde cedo que a doutrina fez o uso deste parâmetro na procura de uma definição do conceito de empresário³¹. Não obstante se apresentar discutível a eventual existência de empresa sem empresário, estamos certo de que, em princípio, a interligação entre os dois conceitos é muito estreita, sendo este o sujeito daquela, razão pela qual, este índice “risco” desempenha uma função, quanto a nós essencial, para qualificar a natureza de uma actividade como sendo empresarial³². De salientar que, a assunção do risco quando o sujeito que exerce ou explora, directa ou indirectamente, uma determinada actividade económica seja o Estado, impõe algumas interrogações no que tange ao seu preenchimento. Diga-se, o Estado, mas propriamente as suas empresas (independentemente da forma adoptada), não suporta o risco da exploração da actividade nos mesmos termos que sucede com os particulares. Enquanto estes têm de conformar a sua exploração tendo em atenção as flutuações da economia e ao impacto financeiro que devido àquelas se reflecte na sua actividade (património), vendo-se por isso obrigados a adoptar uma gestão necessariamente prudente e avisada, pelo contrário, algumas das empresas do Estado, orientam a sua actividade quase à margem de critérios de risco, dado que, lidam com actividades exercidas a fundo perdido, no sentido em que, de uma forma ou de outra, deficitariamente

³⁰ A fixação do preço devera cobrir, no mínimo, os custos de produção sob pena de colocar em causa a própria viabilidade da empresa, que ao proceder de modo diverso acabará por ficar deficitária, comprometendo assim as suas hipóteses de sustentabilidade e manutenção no activo. Ressalva-se as empresas públicas, em especial, as de serviço público, no âmbito das quais a fixação de um preço inferior ao do custo de produção surge justificada pelo facto de não ser possível cobrar ao utente do serviço o verdadeiro preço do custo do mesmo. Deste modo, por aqui se começa a vislumbrar a tão questionada compatibilidade entre a forma e o conceito de empresa, e o de serviço público. A propósito do problema e efectuando a ressalva apontada nesta nota, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, ob., cit., p. 148.

³¹ Veja-se COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, ob., cit., p. 114.

³² Questionando se o risco é um decisivo critério da empresarialidade, v. COUTINHO DE ABREU, *in Definição...*, ob., cit., p. 69, nota 155.

ou não, a sua actividade continua a ser exercida, não estando desde logo sujeitas ao regime de insolvências³³.

Acresce ainda, a circunstância de as empresas do Estado, dado ser ele a entidade titular, têm maior facilidade em fazer face às situações economicamente difíceis, seja através de injeções de capital por aquele efectuadas com vista ao aumento do capital daquelas, através das mais diversas modalidades, entre elas, ajudas financeiras, indemnizações compensatórias, ou ate mesmo na atribuição de crédito. Deste modo, na qualificação de uma actividade como tendo natureza empresarial impõe-se uma leitura do parâmetro risco diversa, consoante a qualidade pública ou privada do sujeito que a exerce, pois, como se viu, preenchem-se de forma muito diferente. Em todo o caso, ainda que diversa seja a forma de preenchimento do elemento risco, consideramos qua sua existência é essencial para a qualificação de uma actividade como tendo a natureza empresarial³⁴.

c) *Com o exercício da actividade económica, pretende-se obter algum tipo de ganho?*

Antes de avançarmos qualquer resposta a esta questão, impõe-se a explicitação daquilo que entendemos por ganho. Com a presente colocação, pretendemos trazer ao exercício critico-reflexivo os contributos dos vários autores que se interrogaram a propósito de saber se as empresas teriam, necessariamente, para serem de facto e de direito, fim lucrativo³⁵. A noção de fim lucrativo conhece

³³ Apresenta-se delicado o problema de saber se as empresas estatais constituídas sob a forma de sociedade comercial estão ou não sujeitas ao regime da insolvência. Pese embora em termos formais se impor como natural uma resposta positiva, em termos materiais poderão subsistir dúvidas e dificuldades, isto porque, por um lado, não existem critérios pré-estabelecido que devem nortear a escolha por uma EP ou uma sociedade – cuja atuação de ambas, na maioria dos casos, em tudo é semelhante – acresce o facto de que, quando aplicadas aos serviços públicos de interesse geral, o instituto da insolvência poderá com grande margem contender com o Princípio da Continuidade que caracteriza esse mesmo serviço...

³⁴ Neste sentido, chamando à colação a concorrência existente no sector ou actividade em causa, como factor determinante na ponderação da intensidade do risco, v. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração...*, ob., cit., p. 150, nota 216.

³⁵ Entendimento que (aparentemente) terá sido, de algum modo, superado, tal como refere COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, ob., cit., pp. 138 – 146, ai apresentando uma vasta bibliografia a esse propósito. Todavia, como se verá, o intuito lucrativo como finalidade da actividade empresarial (logo daa empresa) é, em regra, co-natural à mesma, daí consideramos que se não é essencial, será, no mínimo, tendencial para o preenchimento do conceito, sendo que já nos afigura essencial para efeitos de escolha da forma jurídica aplicável à empresa em questão.

diferentes significações. Partido da ideia de poupança de despesa, defendida por PINTO FURTADO³⁶, até à noção segundo a qual o conceito de lucro deverá implicar um acréscimo patrimonial ou pecuniário resultante da actividade exercida, após dedução dos respectivos custos, também aqui são várias as *nuances* e colorações que o conceito adquire. Mais uma vez, a este propósito, é indispensável a consulta da obra de COUTINHO DE ABREU³⁷, onde se reflecte longamente sobre o problema de saber se o intuito lucrativo é essencial ou não ao conceito de empresa. O Autor citado, acaba por concluir que não o é. No entanto, apesar de relacionados, o problema que nos ocupa é saber se tal elemento pode servir como índice qualificativo da natureza empresarial de determinada actividade económica, natureza empresarial aqui entendida como o elemento de ligação entre a actividade económica em sentido amplo, e aquela que exercida através da empresa em sentido objectivo, que pressupõe a assunção de verdadeiros riscos presentes em todo o processo produtivo, e que por isso desenvolvida com a vista à obtenção de um determinado e específico resultado. Nota-se que não se trata de um paradoxo, já que é perfeitamente possível considerarmos a existência de uma empresa em sentido objectivo, para a qual não seja essencial (para efeito de preenchimento conceitual) o elemento lucrativo, sem que essa mesma empresa desenvolva uma actividade económica em termos empresariais *próprio sensu*, na medida em que funcionará como uma mera técnica de produção de bem ou serviço. Pense-se por exemplo, as empresas que se dedicam à produção de um bem ou serviço essencial, podem funcionar como meras estruturas técnicas de produção, sem que no entanto assegurem a cobertura dos seus custos com o resultado da actividade exercida³⁸. A assunção deste entendimento, porém, acarreta consigo a consideração da existência de uma dupla vertente quando se analisa a natureza empresarial de uma determinada actividade económica: por um lado o seu aspecto de actividade empresarial em sentido amplo, por outro no eu sentido restrito. Deste feita, consideramos que para aferir da natureza empresarial de uma actividade

³⁶ In *Curso de Direito Comercial*, 4.^a edição, Coimbra: Almedina, 2001, p. 140

³⁷ A questão é referida em diferentes momentos da obra, mas é sobretudo focada nas pp. 138 – 146, da *Definição...*, cit.

³⁸ ANA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 575 e ss..

económica é necessário atender não apenas à forma como ela é desenvolvida, mas também à finalidade com que é desenvolvida. Assim, estes índices de empresarialidade que aqui anunciamos, preencher-se-ão de modo distinto no caso de estarmos perante uma actividade empresarial em sentido estrito. Neste caso, o objectivo de alcançar um ganho com a actividade desenvolvida através da empresa é um elemento relevante para aferir da natureza empresarial da actividade económica desempenhada.

Assim, e especificamente a propósito do próprio conceito de empresa, COUTINHO DE ABREU levantava a questão de saber como distinguir a empresa da não-empresa, se se admitisse a aplicação da figura a toda e qualquer actividade económica, especificamente àquelas que se sabe serem sempre deficitárias, na medida em que os custos de produção não são, não serão, nem se espera que venham a ser, cobertos com o preço ao qual o bem ou serviço é lançado no mercado. Destarte, ressalvando os casos muito excepcionais que determinam o funcionamento de empresas em permanente défice (designadamente por prestarem serviços públicos), entendia o Autor que *A actividade – globalmente considerada – a exercer pelas EPs não pode ser por essência (necessariamente, por natureza – ontológica ou outra –, estruturalmente) deficitária*³⁹. Em seguida, ilustrava esta afirmação com alguns exemplos de organizações produtivas estaduais que tinham por objectivo satisfazer necessidades passivas, fazendo referência para o efeito a actividade de defesa do território, e outras que apesar de satisfazerem também necessidades activas, não o fazem porém contra o pagamento de um preço. Exemplificando com o ensino básico, o Autor concluía que estas actividades não poderiam ser prestadas através de empresas, desde logo porque “(...) a possibilidade de tais organizações serem criadas como (ou transformadas em) «empresas públicas» significaria, em ultima análise, a completa desfiguração ou descaracterização da realidade empresarial. Toda e qualquer organização produtiva do Estado poderia ser EP: qual então o critério, o sinal distintivo da

³⁹ *In Definição...*, ob., cit., p. 148.

empresa; substancial e objectivamente, como se distinguiria ela da não-empresa?...”⁴⁰.

Partindo desta interrogação, persiste então a pertinência da questão que nos propusemos analisar: como distinguir, dentro do campo das actividades económicas, as de natureza empresarial, das que não possuam? Como entender o significado de “natureza empresarial” de uma actividade económica?

Aqui chegados, acreditamos que é pois precisamente neste ponto específico *supra* mencionado, da distinção entre empresa e não-empresa, que podemos encontrar um elemento relevante para responder a referida questão, edificando para o efeito parâmetros que se assumam como “índices” que permitam aferir da natureza empresarial de uma dada actividade. Entendemos que esses “índices de empresarialidade” serão, no mínimo, três, os quais deverão estar preenchidos para que se considere que uma actividade económica assume natureza empresarial, a saber:

1º) assentar numa estrutura organizada e estável entendida como empresa em sentido objectivo;

2º) implicar a assunção de riscos a suportar pelo sujeito titular da mesma, durante o processo;

3º) lançar o produto resultante do processo produtivo, no mercado, a um preço que cubra, no mínimo, os custos da sua produção.

Assim, a natureza empresarial de uma actividade económica pressupõe a confluência de três elementos que denominamos de “índice de empresarialidade”, a empresa em sentido objectivo, risco e mercado. O primeiro, preencher-se-á, como se viu, com a observância do princípio da racionalidade económica⁴¹ entendido no sentido da auto-sustentabilidade da estrutura de modos a garantir o processo (re)produtivo; o segundo e o terceiro, implicarão a existência de um ambiente de mercado, sujeitos às regras de concorrência, ressalva-se porém os casos especiais como os que envolvem a prestação de serviços públicos ou de interesse geral. São pois estes, três elementos que, encontrando-se

⁴⁰ Ob., e loc. Cit., na nota anterior

⁴¹ A esse propósito, para efeitos de concretização da sua importância no âmbito empresarial, veja-se, por todos, COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, ob., cit., pp. 153 e ss., bem como a bibliografia aí indicada.

reunidos, nos conferem base fulcral bastante para qualificar uma determinada actividade económica no sentido de a considerarmos empresarial.

Como se viu, nos índices apontados não incluímos o objectivo ou finalidade lucrativa como elemento da natureza empresarial de uma qualquer actividade económica, mas é todavia importante reconhecer-lhe o seu verdadeiro peso na matéria em questão. Pois que, efectivamente, quando se fala em “empresa” e em “actividade empresarial”, constitui parte integrante do significado comum atribuído a estes conceitos, essa mesma finalidade lucrativa. Deste modo, e para elucidar a questão sem obnubilar a importância relativa de cada um dos factores, importa fazer um retorno a nossa sub-distinção, dentro da actividade empresarial: por um lado a actividade empresarial considerada de forma ampla, na qual a empresa actuará para garantir a sua auto-sustentabilidade, assim enfrentando o mercado, delineando opções de gestão que lhe permitam controlar os riscos a suportar com vista a garantir o específico objectivo de preservação da estrutura; por outro, a actividade empresarial no seu sentido estrito, no âmbito da qual a empresa terá o desiderato não apenas de assegurar a sua auto-sustentabilidade, mas igualmente promover a obtenção de um resultado positivo que premeie os riscos assumidos e a concorrência enfrentada, razão pela qual esse resultado tenderá, por via de regra, a ser superior (e não apenas a cobrir) os custos de produção.

No entanto, é necessário ter em atenção que a articulação destes “índices de empresarialidade” será feita consoante se considere estarmos perante uma actividade de natureza empresarial em sentido amplo ou, pelo contrário, em sentido estrito. A este propósito o significado a atribuir a essa “natureza empresarial”, dissemos que a mesma será aferida não apenas pela forma aplicada, mas também pela finalidade que através dessa forma e pretende prosseguir. Neste sentido, enquanto no primeiro grupo de situações poderemos considerar que releva o critério da forma ou da estrutura, no sentido de se bastarem, no essencial, com a existência de empresa em sentido objectivo, colocando os bens produzidos no mercado com vista a garantirem a sua auto-sustentabilidade; já no caso a actividade empresarial em sentido estrito, relevará o critério da finalidade sobre o da forma ou estrutura. Ou seja, neste caso, para além da existência de empresa em sentido objectivo, assumem especial relevância os factores de risco por um lado, e concorrência por outro, razão pela qual, aqui, a finalidade a alcançar será não exclusivamente a de

garantia da auto-sustentabilidade da estrutura, mas também a criação de um diferencial positivo que exceda a mera cobertura dos custos de produção.

Dado que a actuação desenvolvida é sempre pautada pelo princípio da racionalidade económica, em ambos os casos a actividade continua a ser considerada como empresarial. A diferença residirá já ao nível da intensidade com que este princípio é aplicado, influenciando assim os resultados obtidos com a actividade desenvolvida. Deste modo, enquanto no primeiro caso, na actividade empresarial em sentido amplo, para que esteja preenchido o princípio da racionalidade económica basta que a empresa afecte os recursos ao seu dispor de forma a garantir a sua auto-sustentabilidade e (re)produção do processo produtivo⁴²; já no segundo caso, procura-se a obtenção daquele resultado positivo, porque aqui o princípio da racionalidade económica determinará, atenta a finalidade pretendida, que se procure uma produção que além de eficaz, seja eficiente, isto é, possa ser produzida com mínimo de afectação de recursos, para obtenção do máximo resultado possível⁴³. Sendo precisamente esta última dimensão que generalizadamente se aponta como característica da actual actuação empresarial⁴⁴, daí o especial relevo que, nesta sede, lhe é dada.

Centrando-nos então na distinção da actividade económica, daquela que apresenta natureza empresarial, diremos que o intuito lucrativo apresenta nesta última um papel importante, na medida em que acaba por ser a consequência de se actuar num mercado sujeito a riscos decorrentes do seu próprio funcionamento e flutuações, bem como da concorrência entre os vários operadores. Deste modo, o intuito lucrativo é relevante para aferir da natureza empresarial em sentido estrito de uma actividade económica. Isto porque por um lado já se constatou que tal intuito não é essencial para o preenchimento do conceito em sentido amplo, mas também, por outro, porque esta é uma finalidade que

⁴² Preenchida *in casu*, com base na noção de Princípio da Economia de Meios que consiste numa das dimensões através da qual se pode concretizar a observância do princípio da racionalidade económica. Assim, COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, ob., cit., p. 153.

⁴³ Neste caso, o princípio da racionalidade económica encontra a sua plena realização, na medida em que destemo se preenchem as suas duas vertentes: não apenas a que determina a observância do princípio da economia de meios, mas igualmente aquela que atende ao princípio do máximo resultado.

⁴⁴ Apesar de que, se possa considerar que esta ideia generalizada é resultante da “(...) típica empresa privada capitalista”, como ressalva COUTINHO DE ABREU *In Definição...*, ob., cit., p. 155, especificamente, nota n.º 373. No entanto, parece-nos hoje relativamente seguro afirmar que se esta ideia se generalizou, tal resulta por outro lado, do facto de o caminho adoptado no âmbito de uma economia de mercado como aquela em que nos movimentamos hoje, estar mais próximo das ideias do capitalismo (ainda que, felizmente, não feroz), do que dos do marxismo.

orienta uma boa parte do vasto universo empresarial, todo ele dedicado à exploração e prossecução de actividades económicas, sem que no entanto todas elas tenham esta mesma finalidade. Ainda que efectuadas as devidas ressalvas, parece-nos assim inegável que o intuito lucrativo é o resultado pretendido, o prémio, o estímulo natural que preside ao desenvolvimento da actividade empresarial, entendida esta como algo que transcende a necessidade de garantir a continuidade do processo produtivo.

Deste modo, a utilidade desta distinção que separa, no seio da actividade empresarial, um plano amplo e um plano restrito como forma de tornar mais evidente a sua especificidade relativamente à actividade económica, reside essencialmente em reconhecer e atribuir a devida importância a um elemento que, de uma ou outra forma sempre acompanhou a caracterização que dela se tem vindo a fazer, desde o ponto de vista económico, ao social e até ao jurídico. Assim, afirmar esta natureza empresarial das actividades económicas, preenchendo-a deste modo, permite também não só contribuir para uma distinção que, como se vê é nebulosa e difícil, mas, em simultâneo, permite uma melhor selecção das actividades que deverão ou não dar lugar à criação de verdadeiras empresas, e em concreto, que forma deverá revestir essa empresa, passando então a fazer-se a distinção para tal efeito entre actividades económicas com natureza empresarial, e actividades económicas sem natureza empresarial, reservando a sua aplicação para as primeiras, deixando de fora as segundas, tudo isto quando o prestador de tais actividades seja o Estado, que possui diversas opções ao nível da forma organizativa a aplicar na sua actividade de prestação.

Sendo certo que, esta aproximação à realidade económico-empresarial actual, torna-se hoje tanto mais relevante quando se constata que o no campo das opções organizativas a implementar no âmbito da Administração Pública como confrontados com um fenómeno de “escolha a *la carte*”, em muito propiciado pelo actual RJSEP, bem como por muitas das convicções que se vão generalizando a propósito das virtudes evidenciadas pela aplicabilidade do direito privado e das formas que lhe são típicas. Não sendo traçadas esta distinção entre as diversas actividades que podem adequadamente ser prestadas em moldes empresariais daquelas outras que não o podem (ou melhor, não devem), arriscamos a perder toda a noção de fronteira conceptual e dogmática, porquanto já se constatou já muito que “*a empresarialidade exige especificidades organizatórias e de funcionamento*

não transplantáveis para as organizações não empresariais”⁴⁵. Ademais, subdividir as actividades económicas que revelem natureza empresarial nestes dois planos, não apresenta inconvenientes para efeitos de caracterização da actuação empresarial como específica no âmbito da iniciativa económica, na medida em que, em ambos os planos apontados, procurar-se-á implementar no seu funcionamento princípios de gestão específicos, propiciadores do aproveitamento óptimo dos diversos factores. Esta optimização dos factores de produção poderá, verificar-se de forma diversa, tendo em atenção as duas categorias (ampla e restrita) em que dividimos a actividade económica empresarial: na primeira categoria alcançar-se-á eficácia e eficiência se a estrutura garantir não apenas a produção do bem ou serviço, mas também a sua auto-sustentabilidade; na segunda, essa eficácia e eficiência serão alcançadas se para além de se garantir a produção do bem ou serviço, e a auto-sustentabilidade da estrutura, se promover também a obtenção de resultados positivos decorrentes da actividade exercida. Só deste modo se compreende que, pese embora o intuito lucrativo não ser essencial para o preenchimento do conceito de empresa ou de actividade empresarial, seja ainda usual e natural que com aquelas realidades seja identificado, pelo que, atendendo a este facto, chegaremos facilmente a conclusão de que o espírito e a lógica empresarial buscam, naturalmente, a obtenção deste referido lucro. Será este específico fim, que orientará e fundamentará, na generalidade dos casos, esses específicos critérios de gestão, agora tão propalados como soluções mágicas para os problemas da ineficiência e improdutividade das estruturas da Administração Pública⁴⁶.

Admitir uma tal classificação, permite-nos perceber que a figura da empresa, particularmente quando é aplicada pelo Estado às (já mencionadas) actividades de serviço público, apenas o será adequadamente se, no mínimo, com a sua actuação poder cobrir os custos da sua produção⁴⁷. Caso tal não suceda, nem se espere, razoavelmente, que venha a

⁴⁵ Cf. COUTINHO DE ABREU, *In Definição...*, ob., cit., p. 154.

⁴⁶ V. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *Ob.*, cit., p. 159.

⁴⁷ Para o efeito, referimos agora um exemplo avançado por COUTINHO DE ABREU, mas que continua a manter toda a actualidade e pertinência, designadamente se pensarmos o movimento empresarializador que varreu a prestação pública de cuidados de saúde em Portugal. O Autor utilizava para o efeito o artigo 7.º n.º 1 do DL 19/88 de 21 de Janeiro, revogado pela Lei 27/2002, de 08 de Novembro, aplicável aos Hospitais inseridos no Serviço Nacional de Saúde. O citado artigo referia que os hospitais deveriam ser organizados e administrados “*em termos de gestão empresarial*”. A este efeito dizia então o referido Autor: *Mas os hospitais do SNS («universal, geral e gratuito») (...) não são empresas! Não são equiparáveis às EPs nem, muito menos, às empresas privadas. Não é sua finalidade conseguir receitas que cubram as despesas nem, muito menos, alcançar lucros. Não há qualquer fixação de preços em função dos custos. Quaisquer que*

sucedem, será acaso mais adequado colocar a hipótese de tal actividade ser preferencialmente desenvolvida através de outras figuras igualmente aptas para desenvolver actividades de prestação⁴⁸. Assim, tornar-se-á, mais fácil de fazer corresponder a forma aplicada ao exercício das várias actividades, à respectiva substância das mesmas, concomitantemente a figura técnico-jurídica da empresa se torna mais exigente, mais adequada, diminuindo-se então, de algum modo, a sua assinalada polissemia, bem como os inconvenientes que daí resultam. Contrariamente, se admitirmos a utilização dos conceitos de “actividade empresarial” e “empresa” numa acepção tão ampla como a da existência de uma estrutura de factores humanos e materiais com os quais se desenvolve uma actividade económica de forma organizada, implicaria, em última instância, considera que todos os serviços da administração pública (prestadora) se deveriam considerar como empresas. E se uma tal conclusão se pode apresentar como viável, do ponto de vista da economia, da sociologia, ou mesmo para área das ciências da administração, já em termos de ciência jurídica a sua utilidade é muito relativa⁴⁹.

A construção jurídico-científica não se basta nem se compadece com “modas”, apesar de não dispensar a permanente atenção às diversas solicitações que a realidade lhe coloca. Neste sentido, o jurista tem então de ser especialmente cuidadoso e levar em linha de conta as particularidades da área sobre a qual reflecte. Daí decorre a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre a substância e a forma, sendo necessário que se proceda a um ponderado juízo de adequação que tenha em conta os índices específicos, tanto da realidade substancial, como da realidade formal. Decorrendo desse modo, à conclusão da ilegitimidade que resulta da aplicação de estruturas, formas e critérios empresariais a actividades que não manifestam os “índices de empresarialidade” que tais mecanismos pressupõem.

tenham de ser os custos, os hospitais têm sempre de funcionar. Para quê, pois, falar de «gestão empresarial?»”, in Definição..., ob., cit., p. 154.

⁴⁸ Criando para efeito, por exemplo, os institutos públicos. Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, que considera ilegítima a criação de uma empresa pública quando se sabe “(...) de antemão que está destinada, «condenada» a actuar permanentemente em défice, in Definição..., ob., cit., pp. 150-151.

⁴⁹ Daí a razão e porque da distinção entre empresa e estabelecimento, para dizer que, se o exercício de toda a actividade económica pressupõe uma estrutura organizada de diversos meios funcionalizados à produção do bem ou serviço, tal significará que estaremos perante um estabelecimento, o que será diferente de estarmos perante uma empresa. Deste modo, torna-se possível afirmar que, se toda a empresa pressupõe, ou assenta, como base objectiva, num estabelecimento, havendo aqui uma identidade entre este conceito e o de empresa em sentido objectivo, já pelo contrário, nem todo o estabelecimento pressuporá necessariamente a existência de uma empresa.

Assim, resulta patente o imperativo segundo o qual a forma deve corresponder à substância. De tal modo que, ao proceder à qualificação de uma actividade como tendo natureza empresarial – o que pressuporá que a mesma se exerça através da estrutura empresa – caberá a Ciência Jurídica delimitar os conceitos, fazendo-os corresponder às realidades que se destinam, o que vai implicar que a correspondência entre a forma e a substância seja uma tarefa irrenunciável ao eterno *dever* em que aquela consiste, sendo certo que, à estabilidade conceptual corresponderá também a estabilidade e a segurança que se pretende reine em todo o ordenamento jurídico⁵⁰.

1.4. O Direito Privado como Instrumento da Actividade Empresarial

No âmbito da actuação económica do Estado são frequentemente chamados à colação meios de direito público e de direito privado, de modo que impossibilita a aplicação dos mesmos em moldes quimicamente puros. Sem embargo da importância dos meios públicos, aliás, muito presentes no que concerne a intervenção estadual, podemos afirmar que actuação em moldes privados tem acompanhado o crescimento das suas tarefas de intervenção económica.

Nas últimas décadas vimos a assistir a uma crescente procura por parte da administração pública de formas jurídico-privadas de actuação. Deste feita, temos vindo a presenciar ao nascimento de pessoas jurídicas de direito privados – *maxime* sociedades comerciais –, criadas por órgãos da administração pública e que têm por escopo de actuação competências que, em primeira linha, pertencem aos diferentes órgãos da administração pública, como o Estado.

No entender de certa doutrina, o fenómeno da crescente remissão para o direito privado por parte das entidades públicas tem especial razão de ser nos nossos dias, sendo

⁵⁰ Para este efeito, afigura-se útil invocar as palavras de LARENZ, quando dizia que “ *O problema que subsequentemente se põe na formação de conceitos “desarraigados”, isto é, “abstractos” é o de saber quais as propriedades dos objectos a “classificar” que devem ser considerados como “essenciais” par o respectivo conceito; e portanto acolhidos na definição como “notas”, e quais as que podem ser omitidas como “indiferentes”, isto é, desprovidas de interesse. A escolha dos elementos que hão-de integrar o conceito é determinada fundamentalmente – como já RICKERT notou, servindo-se até da ciência para o mostrar – pelo fim que, precisamente através dessa classificação, em cada caso seja prosseguido pela ciência considerada, ou pela lei se se tratar de um conceito utilizado por esta”, in Metodologia da Ciência e do Direito, tradução portuguesa da 2ª edição alemã, Lisboa, 1978, p. 508, apud COUTINHO DE ABREU, Definição..., ob., cit., p. 133, nota 319.*

aduzidos, sistematicamente, um conjunto de argumentos que espelham as vantagens desta utilização.

Desde logo, os autores⁵¹ aduzem que a razão decisiva prende-se com a maior eficiência proporcionada pela utilização dos meios de direito privado, nomeadamente os contratuais, do ponto de vista do exercício das actividades económicas produtivas a que se dedica nos nossos dias o Estado, nomeadamente quando actua através de empresas públicas. Sendo que para este desiderato, o Estado para além de utilizar o direito privado também procede a transferência para entidades privadas a gestão dos serviços que tem a seu cargo, tratando-se especialmente de actividades que possam ser levadas a cabo em termos empresariais. Acresce a isto outras razões, tais como, maior facilidade na criação e extinção de instituições; favorecimento da descentralização e autonomia, possibilitando a criação de âmbitos de responsabilidade próprios e autónomos, dada a menor influência partidária; libertação de regras de direito público; adopção de processos de decisão e actuação mais flexíveis, desburocratizados, rápidos, transparentes e eficientes, sujeitos às regras de mercado e de concorrência, maior possibilidade de obter resultados mais rentáveis, através da redução de custos administrativos; maior flexibilidade de cooperação com outras entidades privadas ou públicas.

Contudo, a mesma doutrina apresenta alguns inconvenientes, considerando que o perigo da utilização de formas jurídico-privadas consiste sobretudo na possibilidade de “a administração, através de uma «fuga para o direito privado», libertar das suas vinculações jurídico-públicas, tendo em atenção, igualmente, ao risco de maior arbitrariedade que esta utilização comporta por parte das autoridades administrativas⁵² .

Por nossa conta, entendemos que massivo recurso ao direito privado encontra relacionado, desde logo, pelo facto de que o exercício da actividade empresarial privada ter como “motor de arranque”, que a sustenta e a impulsiona, a procura de obtenção de lucro. Parece-nos por demais evidente que é esse objectivo específico, condenado ou aplaudido (sendo indiferente para o que aqui importa tratar), que impulsiona ainda hoje a actuação da maioria dos sujeitos privados que estejam predispostos a exercer uma actividade económica de manifestado pendor empresarial em sentido estrito – enquanto actividade

⁵¹ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado...*, cit., pp. 59-66.

⁵² Cf. *Ult. A.*, cit., p. 68.

perspectiva na obtenção do máximo lucro. Foi precisamente por isto que se generalizou a convicção de que a actuação privada era capaz de gerar com mais facilidade resultados positivos no que tange quer a sua eficácia, quer a sua eficiência. Logo, diante as dificuldades sentidas pelo sector público, o Estado, na sua função de prestador, vai a procura de soluções e inspirações no *modus operandi* que, de modo geral, se pode encontrar nas actuações privadas. Constatase, pois, que estas generalizadas convicções e mimetismos residem concretamente na circunstância de não se proceder uma análise devida as especificidades do público em face do privado, por um lado, e, por outro, de não se ter em conta que eficácia e eficiência são conceitos distintos, não estando forçosamente na dependência de uma simples forma jurídica ou económica aplicada à prestação deste ou daquele bem ou serviço. Logo, se a actuação privada é reputadamente mais proveitosa e eficaz, a questão está em saber não apenas de que forma tal sucede, mas desde logo porque é que sucede. Conforme atesta SOFIA TOMÉ D'ALTE⁵³ “*ter isto presente permitiria então não confundir o inconfundível: o facto de a diferente natureza dos sujeitos e o do seu modo de actuação não poder ser transponível, sem mais, para uma realidade que é bastante diferente, não bastando por isso imitar o privado, tornando-se pelo contrário essencial revitalizar o público*”.

Do exposto não decorre qualquer pretensão em afirmar a absoluta inviabilidade no que diz respeito a aplicação de “processos de privatização” ao *modus operandi* público como forma de o tornar mais eficaz e eficiente. Antes, pelo contrário, pretendemos, apenas e só, questionar conceitos que parecem dar-se como adquiridos quando se tenta atingir soluções para o problema, mais concretamente quando se recorre massivamente a várias injustificadas privatizações formais, fazendo o uso do rotineiro do mesmo argumento, sem todavia demonstrar com dados suficientemente concretos.

Deste feita, se apresenta de particular importância tecer algumas considerações sobre a possibilidade de ou não de recorrer a tais mecanismos, sendo de capital importância indagar se essa deve ser considerada como uma possibilidade adequada ou não, e se sim, quais as suas consequências práticas, designadamente, do ponto vista jurídico. Em todo caso, e independentemente da conclusão que se venha a chegar a

⁵³ Cf. *A nova configuração...*, cit., p. 168.

propósito do exercício reflexivo de adequação a tecer sobre a matéria, um desfecho impõe-se: os conceitos e estruturas serão alvos de transformações assinaláveis.

No presente estudo, enquadrado no âmbito do Sector Empresarial Público, a questão da “fuga para o direito privado”, colocar-se-á não tanto pela aplicação subsidiária ou principal do direito privado, mas sobretudo no que tange ao recurso a pessoas colectivas de personalidade jurídica privada, nomeadamente sociedades comerciais integradas no sector empresarial, isto é, enquanto umas das formas de manifestação da intervenção económica/empresarial do Estado.

a) O tendencial “valor acrescentado” das Formas de Direito Privado

Tendo em conta os problemas de eficiência associados às formas institucionais de empresa pública, se tem vindo a assistir a uma atribuição de um exagerado mas efectivo “valor acrescentado” às formas jurídicas de direito privado para efeitos de solucionar boa parte dos problemas de ineficiência da Administração Pública, na sua configuração ampla.

Cumprе advertir que, com o presente título não se pretende advogar uma qualquer inibição do recurso a formas de direito privado por parte da Administração. Antes, diversamente, o que se visa é simplesmente a relativizar o recurso massivo a essas formas, particularmente a societária, indagando, por se mostrar oportuno, se não existem outras formas igualmente capazes de conceder respostas afirmativas para o problema detectado.

Foram estas as rédeas tomadas por alguma doutrina, especificamente quando ponderava a aplicabilidade da figura jurídica da fundação por parte dos entes públicos. Neste sentido, URBANO VALERO AGUNDEZ⁵⁴ nos falava das fundações como uma realidade que tem sido claramente deixada ao esquecimento, pese embora apresentar uma feição bastante adequada quando aplicada por entes públicos, designadamente para substituir as *holdings* societárias. A assinalável vantagem desta solução avançada é, desde logo, a proximidade do fim teleológico da figura com a base legitimadora da actuação dos poderes públicos, isto é, parte da aferição do necessário fim de interesse social a prosseguir

⁵⁴ *La Fundación como Forma Jurídica para Empresas del Sector Público, in La Empresa Pública, Studia Albornotiana, Publicaciones del real Colegio de España en Bolonia, 1970, pp. 285 ss.* O Autor trata com especial profundidade o problema da fundação-empresa aplicada às empresas nacionalizadas. Já nas pag. 304 e 305, o Autor avança alguns argumentos em prol da aplicação da fundação-empresa a toda e qualquer empresa de sector público, seja ela nacionalizada ou não.

pela fundação, com a prossecução do interesse público que norteia todas as actuações das entidades públicas em geral. Atesta-se ainda que, segundo o Autor, esta será a forma mais indicada “(...) *en los casos en los que no se da participación de una pluralidade de sujetos – públicos o privados o solamente públicos – en la empresa pública, en los cuales la forma societária queda reducida a una pura ficción (...)*”⁵⁵. Recentemente esta proposta foi posta em debate, designadamente pela Doutrina espanhola, que lançava mão desta figura de modos a sugerir como uma das formas jurídicas a aplicar a actividade pública na gestão de serviços públicos⁵⁶, sem embargo de a sua utilização também não se encontrar isenta de críticas, na medida em que a mesma utilização consubstancia um outro instrumento para promover a *fuga para o direito privado* por parte das entidades públicas.

Se tivermos em consideração a prossecução daquelas actividades que sejam assumidamente deficitárias mas que, não obstante, têm de continuar a ser prestados, independentemente do custo envolvido, efectivamente, parece-nos que o fim teleológico de outras figuras que não societárias se poderão mostrar como mais adequadas e compatíveis⁵⁷. Por isso, se por um lado é reconhecido que o Direito privado pode ser tido como um instrumento potenciador da eficácia e eficiência nas actividades de prestação de serviços (o que não pode ser tido como um dado em absoluto), o mesmo não implica que o recurso à formas societárias tem de ser convertida em uma “fatalidade”, como que se não existissem outras alternativas potencialmente mais adequadas. A título de exemplo, para além da fórmula fundacional acima referida, é também possível equacionar o recurso que às associações⁵⁸, mas igualmente às cooperativas, tal como sugere ERCARNACIÓN

⁵⁵ Cf. *Ob., cit.*, p. 310.

⁵⁶ A este propósito V. FRANCISCO SOSA WAGNER, *La Fundación en el Horizonte de las Formas de Gestión de los Servicios Públicos Locales*, in *El Derecho Administrativo en el Umbral del siglo XXI*, Vol. II, Valença, pag. 1905 ss..

⁵⁷ O mesmo não se dirá no que toca às actividades de natureza estritamente industrial ou comercial, pois impedia o controlo público, visto que é típico do substrato institucional privado a absoluta independência da pessoa jurídica fundacional relativamente ao seu fundador (instituidor). Como informa ALBERTO ALONSO UREBA, *Ob.*, cit. pp. 483-484, “esta independência da pessoa jurídica-fundação faz com que esta forma de empresa seja inadequada no diz respeito ao sector público, por não oferecer ao ente público instrumentos de intervenção e controlo em função das exigências circunstancialmente pertinentes para o interesse público”.

⁵⁸ Neste sentido, veja-se por exemplo COUTINHO DE ABREU, in *Da Empresarialidade...*, cit. pp. 164 e ss. A propósito da figura das associações em termos mais gerais, através de uma análise profunda do seu recorte, v. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 377 e ss., referindo-se a escassa utilização da figura para o desempenho de funções de prestação de serviços públicos. Contudo, esta raridade não implica a impossibilidade da mesma...

MONTOYA MARTÍN, não se olvidando do facto de que as cooperativas, no âmbito da ordem jurídica espanhola são havidas como sociedades comerciais⁵⁹.

Perante este cenário, não nos parece justificado o desenfreado e insistente recurso a uma única forma jurídica quando, como sê evidenciou, outras existem que potencialmente se apresentam mais adequadas. Assim, tal como veremos mais adianta, assiste-se a uma progressiva “transfiguração” de um conceito jurídico que tem e deve conservar as suas colorações próprias, designadamente para que se perceba a sua delimitação, tanto ao nível conceptual, como de regime, em face das demais pessoas colectivas consagradas na nossa ordem jurídica, na media em que consideramos que a figura da sociedade (comercial) é recortada tendo em atenção algumas características específicas que orientam e presidem à sua actuação normal enquanto subjectividade jurídica específica, e por isso permitem distingui-la com alguma nitidez de outras figuras jurídicas⁶⁰.

É importante ter presente que, por outro lado, o fenómeno de utilização de figuras jurídicas de direito privado, implica uma privatização dos modos de actuação pública e da própria organização administrativa. Desde modo, e porque este processo de privatização conhece limites⁶¹, o recurso a estas formas jurídico-privadas, não obstante poder ser encarado como exercício da liberdade de escolha que ao nível da organização da Administração Pública se lhe reconhece enquanto poder de auto-organização institucional, cumpre não esquecer que, face a multiplicidade de formas jurídicas, tanto públicas, como também privadas, e tendo em atenção que não é possível fazer equivaler à utilização destas ultimas qualquer garantia de eficácia ou eficiência inevitáveis ou acrescidas⁶², torna-se

⁵⁹ Cf. *Ob.*, cit., p. 343, onde, analisando o problema da forma jurídica a adoptar pela empresa pública no âmbito das Comunidades Autónomas, a Autora sugere a cooperativa como uma forma especialmente adequada, particularmente se a actividade a exercer for de serviço público. Também a propósito da utilização da figura da cooperativa como forma de materialização da iniciativa económica estadual, na ordem jurídica italiana, v. SANTE MARIA CESQUI, *Il Modello Cooperativo: Il Percorso Storico Giuridico*, in *Pubblica Amministrazione e Modelli Privatistici*, a cura di Giorgio Berti, Bologna: Mulino II, 1993, p. 171 e ss..

⁶⁰ No mesmo sentido, v. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *Ob.*, cit., p. 309.

⁶¹ Fazendo uma assimilação entre os limites a impor ao Princípio de Liberdade de Escolha das Formas Jurídicas e os limites da Privatização Formal da Administração Pública, v. PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., 237 e ss.; *Coordenadas Jurídicas para a Privatização da Administração Pública*, Separata de *Os Caminhos da privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Studia Iuridica* n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 53 e ss.

⁶² V. NUNO DA CUNHA RODRIGUES, *Golden Shares...*, cit., pp. 47-48, onde refere autores que sustentam este entendimento, particularmente DIOGO FREITAS DO AMARAL, como refere a autor na nota 99 dessa mesma página. Analisando com grande detalhe o conteúdo do princípio da Eficácia na atuação da

imprescindível ter em consideração que, além de se interpretar aquele Princípio de Liberdade sob olhar atento de um critério de adequação, cumpre-se também relativizar o valor acrescentado atribuído às formas organizativas de direito privado enquanto “fármaco” tendente a solucionar os problemas que actividade pública de prestação actualmente enfrenta.

Julgamos que a actual tendência de recorrer insistentemente a única forma jurídica, por conta exacerbado valor atribuído às mesmas, redundando de um “absolutismo jurídico-formal”, sem qualquer critério de objectividade e imparcialidade, que consideramos, a todos os títulos, de rejeitar.

b) Algumas implicações Práticas decorrentes da Utilização da Forma Societária

A empresarialização da Administração assenta também ela no sistemático recurso aos mecanismos e formas própria do direito privado, seja para o aplicar enquanto disciplina jurídica comum à actuação externa de algumas entidades de direito público, seja para constituir subjectividade jurídicas. Deste modo, e em ambos os casos referidos, aquilo que outrora iniciara como um movimento de fuga para o direito privada, recentemente acaba por dar origem a uma cada vez maior e mais intensa interpenetração entre os dois ramos de Direito, ficando ao “ar” a questão de saber se foi o público que se privatizou, ou pelo contrário, se terá sido o privado que se publicizou⁶³.

Resulta desta interpenetração uma relativização do Princípio do Respeito da Forma Jurídica Escolhida, pois que acaba por se constatar, não raras vezes, uma instrumentalização pelos poderes públicos destas figuras (*maxime* sociedade), de maneira que o tratamento jurídico que lhes são dispensados se torna incapaz de se abstrair do carácter público do sujeito que recorre a estas formas de direito privado, nem tão pouco do tipo de função, tarefa, ou objectivo que através dele se pretende alcançar⁶⁴.

Administração, no contexto da prestação de serviços públicos, e relativizando o direito privado para esse efeito, v. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *La Eficácia Administrativa y la Calidade Total de los Servicios Públicos*, in *El Derecho Administrativo en el Umbral...*, cit., Vol. II, pag. 1949 e ss..

⁶³ Veja-se, para o efeito, ELISENDA MALARET Y GARCIA, “El Derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; La Relevancia de los Principios Constitucionales” in *Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública*, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 14.

⁶⁴ Cf. SOFIA TOMÉ D’ALTE, *Ob.*, cit. p. 335.

Deste modo, é inegável que o recurso estadual à figura em causa, e a instrumentalização da mesma para actividades que poderiam perfeitamente ser asseguradas por formas jurídico-público, parece colocar hoje a questão de saber se por via disto deverá reformular conceito de sociedade, de modo a criar uma categoria que harmonize a configuração legal que ainda hoje lhe é dedicada. Fazendo uso das palavras de JOAQUIM GARRIGUEZ, que há muito colocou a questão no seguintes termos: “*Esta creciente insinuación del Estado en la vida de la sociedad por acciones plantea en el terreno del Derecho la cuestión de la subsistencia de la forma jurídica de la sociedad por acciones. Deben subsistir como tales sociedades anonimas esas sociedades desfiguradas por el radical conflicto entre el espíritu de lucro que caracteriza la sociedad mercantil privada y las finalidades jurídico-públicas que persigue su dirección?*”⁶⁵

Acompanhamos (em grande medida) a resposta do referido Autor, no sentido que apesar de ser inegável que a utilização estadual da figura da sociedade anónima implica desvios ao seu modelo clássico, debilitando alguns elementos essenciais do seu conceito, não seria ainda suficiente para conduzir à construção legislativa de uma nova figura de sociedade⁶⁶.

Assim, entendemos que a manutenção do conceito de sociedade, tal como delineado no Código Civil, é de todos os títulos desejável e vantajoso, razão pela qual as eventuais derrogações que pontualmente lhe possam vir a ser introduzida, além de não serem elas próprias muito necessárias, não assumem intensidade bastante para esse efeito. De qualquer modo, dito isto, não estamos impedidos porém de considerarmos as empresas com domínio público (sociedades de capitais públicos) como sociedades de tipo especial, apar daqueles que se encontram consagrados na ordem jurídica angolana, pois que, não obstante estarem submetidas à disciplina geral das sociedades, estão primeiramente submetidas a um regime específico que apenas é aplicável a elas. É pois este entendimento que adoptamos a propósito desta matéria e que tentaremos evidenciar abordando algumas matérias onde melhor se poderá perceber não apenas utilidade da manutenção do

⁶⁵ Cf. *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil*, Madrid: Editorial Tecnos, 1971, p. 52.

⁶⁶ Cf. *Ob.*, cit., pp. 54-55. Diversamente, veja-se SOFIA TOMÉ D’ALTE, *Ob.*, cit. p. 341, que responde afirmativamente a pergunta, aduzindo que este efectivo recurso estadual à forma societária acabou por determinar a alteração de alguns conceitos típicos, impondo-se paralelamente a necessidade de construir novas categorias conceptuais que permitam harmonizar a realidade, com a disciplina jurídica aplicável.

conceito, mas também os inconvenientes que decorrem da sua utilização de forma desadequada.

II. CAPÍTULO

O Sector Empresarial do Estado Angolano

2.1. A evolução do Sector Empresarial Público Angolano

Fruto das profundas políticas, económicas e sociais ocorridas em Angola, o SEP foi alvo de diversas e consideráveis alterações nas últimas décadas.

As empresas com capitais públicos já têm alguma história de existência, na ordem jurídico-económica de Angola. Podemos distinguir quatro fases neste processo, 1.^a fase de transição (de intervenção na gestão e no capital de empresas); a 2.^a fase da Lei n.º 3/76 (de nacionalizações e confiscos); a 3.^a fase de consolidação e gestão do S.E.E.; a 4.^a fase do redimensionamento⁶⁷.

A Lei Constitucional de 11 de Novembro de 1975 teve na consagração do princípio da coexistência de sectores o seu ápice, em termos daquilo que consideramos a Constituição Económica. Do ponto de vistas programático, às nacionalizações e confiscos de empresas ou partes do capital social de empresas foi resultado de um processo operado desde a fase de transição, passando pela da Independência, «*maxime*», ao abrigo da Lei n.º 3/76, de 3 de Março (Lei da Política Económica de Resistência, das nacionalizações e confiscos). Constituindo, a referida lei, o substrato da construção do vastíssimo sector público ou Sector Empresarial do Estado angolano, assim como foi a base em que assentou a transformação do modelo misto da Constituição Económica, da versão original da Constituição 1975 no modelo socialista ou de transição para o socialismo da C.E., pos-revisão de 1978⁶⁸.

⁶⁷ Neste sentido, v. JOSÉ MORAIS GUERRA, *Direito da Economia Angolana*, Vol. I, Lisboa: Escher Editora, 1994, p. 184. Fruto das alterações operadas na regulamentação do Sector Empresarial do Estado, podemos ainda falar de um 5.^a fase, de transformação do SEP como instrumento efectivo de desenvolvimento estratégico, conforme consta do Plano Nacional de Desenvolvimento 2013-2017. Disponível em <<http://www.isep.co.ao/home/planos-e-programas/plano-nacional-de-desenvolvimento-2013-2017.aspx>>

⁶⁸ V. JOSÉ MORAIS GUERRA, *Ob.*, *Cit.*, pp. 94-95

Com efeito já na fase de transição com o D.L. n.º 128/75⁶⁹ da intervenção, mormente em empresas participadas pelo Estado ou outras pessoas colectivas públicas e com a Lei Fundamental de 13 de Junho de 1975, aliado ao êxodo de empresários ou proprietários portugueses e angolanos de empresas sediadas em Angola, o Estado se viu na obrigação de intensificar a suas intervenções directas na economia, quer na gestão, no capital social ou na constituição «*ex novo*» de empresas públicas, de modo a dar forma às suas directrizes programáticas da transição, colmatando o vazio ou os desequilíbrios originados pelo referido êxodo.

Tendo em conta este contexto, de “massiva” intervenção, que após a independência são promulgadas quer a Lei n.º 3/76, de 3 de Março⁷⁰, que a chamada Lei da Política de Resistência travejada por duas directrizes programáticas, representadas pelos títulos I e II, por um lado, as «nacionalizações e confiscos de empresas e outros bens» (título I) e, por outro lado, «Unidades Económicas Estatais» (título II), quer ainda um conjunto de outras leis de intervenção na gestão ou confisco e nacionalizações de todo ou parte de patrimónios pertencentes a empresas dos mais variados sectores de actividades económicas, designadamente, agrário, mineiro, da indústria transformadora e bancária e predial urbana e habitacional. Sendo certo que, deste conjunto de leis umas são concretizações das normas e princípios da Lei n.º 3/76, outras configuram quer normas gerais e abstractas, bem como, actos administrativos que concretizam a aplicação da referida lei⁷¹.

Nos anos subsequentes a 1977 e 1978 prosseguiram de modo sistemático e progressivo os actos de nacionalização e de confisco de todo ou de parte do património de

⁶⁹ Trata-se de um diploma que veio consagrar o regime das “*Empresas Intervencionadas*”. Como escreve JOSÉ MORAIS GUERRA, *Ob., Cit.*, pp. 179 – 182, não estamos perante uma outra forma jurídica de empresas privadas, tão só, um «tipo» de situação jurídica característica destas empresas privadas (privadas «*stricto sensu*» e mistas) enquanto destinatários do regime de intervenção na gestão (e de intervenção financeira) que as converte, no fundo, em empresas controladas ou, em bom rigor, designadas por empresas intervencionadas. No direito português, no que diz respeito às empresas intervencionadas v. SIMÕES PATRÍCIO, *Curso de Direito Económico*, 2.ªed. revista, Lisboa: A.A.F.D.L., 1981-1982, p. 407, que faz referência ao D.L. n.º 660/74 e o D.L. n.º 422/76.

⁷⁰ Quer o preâmbulo quer o artigo 1.º, n.º 2, aludem ao regime de intervenção em empresas, ao abrigo do D.L. n.º 128/75, cuja nacionalização se considere determinar pelo Conselho da Revolução, sob proposta do Conselho de Ministro por razões de interesse nacional.

⁷¹ Cf. Lei n.º 8/76 (nacionaliza participações da CUCA, e Unitécnica e outras), a Lei n.º 17/76 (Siderurgia Nacional) são, entre outros, exemplos de aplicação de aplicação da Lei n.º 3/76. Como sublinha JOSÉ MORAIS GUERRA, *Ob., Cit.*, nota. 350 “É inumerável o conjunto das Leis, Decretos e despachos que ao longo da 2.ª metade da década de 70 e durante as décadas de 80 a 90 foram realizando confiscos, nacionalizações e intervenções/criação de novas «unidades económicas estatais» de âmbito nacional, regional e local ilustrativo quer das empresas ou sectores estratégicos quer das razões circunstanciais que relevaram no contexto.

empresas privadas⁷², bem assim a criação de novas unidades económicas estatais (U.E.E.); concomitantemente e mesmo antes da revisão da Lei n.º 3/76 «no que diz respeito á gestão das empresas estatais, de forma a substituir as... formas de direcção colectiva pela direcção pessoal», sendo promulgadas novas Bases Gerais das empresas estatais/U.E.E., consagradas pela Lei n.º 17/77, de 15 de Setembro (D.R. 1.ª série, n.º 238, de 7 de Outubro de 1977, entendida como a «base material e técnica do socialismo», (sic preâmbulo) e «célula base da economia planificada». No entanto, foi com a revisão da Lei Constitucional, operada em 7 de Janeiro de 1978, que se marcou a viragem do modelo misto original para uma Constituição Económica Socialista, ou de direcção central, expressamente assumido, entre outras normas, pelos arts. 2.º, 9.º, e 32.º que passaram a ter na sua letra a consagração dos princípios do socialismo democrático, este último, com expressão jus-económica na direcção central⁷³.

A Constituição Económica Socialista que se formou com a Revisão Constitucional de 1978 desenvolveu-se com todo o seu figurino supra descrito inalterado, com uma vigência que dura uma década: de Janeiro de 1978 à meados de 1988. A partir daqui a Constituição Económica registou uma evolução com alterações profundas ate chegar à negação do modelo socialista e o retorno a modelo misto em 1992.

É, porem, na fase de redimensionamento – *maxime* do Pacote Legislativo do Saneamento Económico e Financeiro (doravante S.E.F.) de 1988 e da última revisão constitucional de 1992/Lei n.º 23/92, que o conceito e âmbito do Sector Empresarial do Estado acaba por ganhar consagração legal de modo expresso⁷⁴. Do designado Pacto Legislativo destacam-se as seguintes Leis que posteriormente vieram a ser regulamentadas ao longo dos anos 1989 e seguintes:

- Lei n.º 10/88, de 2 de Julho – Lei das Actividades Económicas.

⁷² A título de exemplo, sob a forma de lei temos a Lei n.º 3/77 (D.R. n.º 57, I série, 10/3, de nacionalização da ANGOL e Decreto 52/76 (D.R. n.º 132, I série, 9/6/76), que havia criado a Sonangol e à qual é afectado o seu património da ANGOL nacionalizado; sob forma de decreto temos o Decreto n.º 107/88, de 24 de Agosto (D.R. I série, n.º 209, de 4 de Setembro de 1978) que nacionaliza todas as acções do capital social da companhia de cimentos Secil do Ultramar, S.A.R.L.

⁷³ V. DOMINGOS FRANCISCO, *Temas Essenciais do Direito da Economia Angolana*, Lobito: Escolar Editora, 2014, pp. 61-65.

⁷⁴ A expressão «Sector Empresarial do Estado» só é recebida pela Lei n.º 10/88, no seu artigo 23.º, ao postular a directriz programática do seu redimensionamento. Com efeito, o princípio da propriedade socialista sofre restrições representadas pela consagração do princípio do redimensionamento do Sector Empresarial do Estado tomado no sentido amplo, cf. DOMINGOS FRANCISCO, *Ob. Cit.*, pp. 67-69.

- Lei n.º 11/88, de 9 de Julho – Lei de Bases Gerais das Empresas Estatais.

A Lei 10/88 foi marcada por vedar à actividade privada em um número vastíssimo de sectores, comprimindo em muito o âmbito da iniciativa económica privada⁷⁵. A referida Lei 10/88 nos seus arts. 5.º (empresas do Estado) e 20.º «formas organizativas» e «actividade empresarial do Estado» nos conferia a primeira delimitação do que, «lato sensu», poderíamos designar por Sector Empresarial do Estado como compreendendo o que a lei designava amplamente por «formas organizativas» da actividade empresarial do Estado:

- a) As empresas estatais ou unidades económicas estatais, regidas pela Lei n.º 11/88⁷⁶;
- b) As empresas de capitais estatais, constituídas e regidas pela lei comercial (participadas pelo Estado);
- c) As empresas de economia mista controlada, constituídas nos termos da lei comercial e demais legislação jus-económica.

Num âmbito restrito, poderíamos apenas compreender no SEP, o que a lei designava por «Empresas do Estado» que integram, exclusivamente, as estruturas empresariais – quer sejam sob a forma de unidade económica estatal ou sociedades – cujo capital seja inteira e exclusivamente detido pelo Estado ou outras entidades públicas⁷⁷.

Ficariam assim excluídas deste âmbito restrito do Sector Empresarial do Estado (controversamente) apenas as empresas mistas controladas (51% pelo menos de participações públicas).

Entretanto, na sequência das alterações constitucionais iniciadas em 1991 e concluídas em 1992, o Estado conclui que ao vedar à actividade a um certo número de

⁷⁵ A título exemplificativo, os sectores eram, o bancário, os seguros, a distribuição de água, gás e electricidade para o consumo público, o saneamento, as comunicações no geral, os transportes, a indústria de base e fiscal (refinação de petróleo, siderurgia, cimento e tabaco), que sendo considerados como sectores básicos deveriam ser vedados a actividade privado, para este efeito v. OLINDA MARIA DOS SANTOS, *A Empresa Pública no direito angolano: principais aspectos do seu regime jurídico* (tese de mestrado em direito), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998, p. 15.

⁷⁶ Foi a Lei n.º 11/88 que alterou a própria designação de Unidade Económicas Estatais para Empresas Estatal, pese embora no exercício das suas actividades as empresas estatais tivessem de fazer sempre o uso da expressão unidade económica estatal ou abreviadamente (U.E.E.), após a sua denominação. Nos termos do seu artigo 1.º eram consideradas empresas Estatais «as unidades económicas propriedade do Estado, criadas através dos mecanismos previstos na presente lei, destinados à produção, distribuição de bens e à prestação de serviços, tendo em vista a construção das bases material e técnica do socialismo».

⁷⁷ V. JOSÉ MORAIS GUERRA, *Direito da Economia...*, cit., pp. 185-187.

áreas, acabava por fazer uma delimitação dos sectores de actividade económica que não se mostrava ajustada às grandes opções feitas, quanto ao desenvolvimento de uma economia de mercado e conseqüente diminuição da intervenção directa do Estado na economia. Foi assim que a Lei 10/88 em referência foi revogada pela Lei n.º 13/94, de 2 Setembro, que veio reformular a matéria respeitante a chamada reserva do Estado reduzindo consideravelmente o seu campo de aplicação e flexibilizando-a, pela adopção de conceitos e regimes de “reserva absoluta”, reserva de controlo” e “reserva relativa”.

De acordo com o art. 4.º da Lei 13/94, o sector público abrangia as actividades económicas prosseguidas pelo Estado e por outras entidades públicas. O cúmulo da propriedade e gestão era condição necessária, pois que poderia existir bens públicos geridos por empresas privadas e existir gestão pública nas empresas privadas, embora a título excepcional e com carácter transitório, sem que por isso, em qualquer dos casos devam esses bens ou empresas considerar-se integradas no sector público.

Foi também neste contexto que foi publicada a Lei n.º 9/95, de 15 de Setembro que veio revogar a Lei n.º 11/88⁷⁸. Esta Lei 9/95, embora mantendo, no geral, a estrutura e a sistematização da Lei 11/88 alterou, desde logo, a denominação da própria lei, acolhendo o conceito de «Empresas Públicas» ao invés de empresas estatais.

Esta nova terminologia não só estaria mais consentânea com a nova filosofia de economia de mercado, como também é a que figurava no texto constitucional que vigorava na altura.

Quanto à gestão das empresas, reguladas de forma rígida e uniforme na Lei n.º 11/88, a Lei 9/95 optou apenas por estabelecer as grandes linhas da orgânica das empresas, deixando-se para os estatutos, a aprovar para cada empresa, a definição concreta dos órgãos (excepto aqueles que fossem obrigatórios), sua composição, competência e regras de funcionamento, permitindo assim cada empresa encontrar o modelo organizativo mais adequado à sua especificidade.

A Lei 9/95 introduziu ainda um novo artigo que contemplava a matéria da responsabilidade civil, disciplinar e penal.

⁷⁸ A Lei n.º 9/95, de 15 de Setembro – Lei das Empresas Públicas – publicada no Diário da República n.º 37, I Série.

Com a aprovação da Constituição de 2010, entramos na última fase de redimensionamento do Sector Empresarial do Estado. Deste modo, tendo em conta a importância que o sector empresarial público representa para a economia nacional e a necessidade de se dotar o mesmo de uma legislação que, por um lado, reflecta as modernas concepções sobre as relações do Estado com as suas empresas e, por outro, que permita alcançar a eficiência na gestão destas empresas, foi aprovada a Lei 11/13, de 3 de Setembro, que estabelece, pela primeira vez, o Regime Jurídico do Sector Empresarial Público – embora careça (ate o momento) de regulamentação.

São estes, em termos sintéticos, os factos que marcam a evolução do daquilo que hoje a lei qualifica como sector empresarial Público, que constituirá objecto de estudos das páginas que se seguem.

2.2. Âmbito do Sector Empresarial do Estado

A actividade empresarial do Estado Angolano é hoje regulada pela Lei 11/2013, de 3 de Setembro de 2013 (doravante RJSEP). A actual legislação, com contornos mais abrangentes do que a sua antecessora, revogou a Lei n.º 9/95, de 15 de Setembro (Lei das Empresas Públicas).

O actual RJSEP prevê dois modelos jurídicos de organização das empresas integrantes do sector empresarial do Estado: as constituídas nos termos da lei comercial, isto é, sob a forma de direito privado; e as com natureza de pessoas colectivas de direito público, as denominadas como empresas públicas.

No epicentro do regime se encontra a *empresa pública*, pessoas colectivas de direito público de tipo institucional, que são concebidas como realidade diversa das sociedades comerciais de capitais públicos, onde nas quais o Estado ou outra entidade pública possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante, em virtude de circunstâncias tipificadas⁷⁹.

Com o novo regime ora instituído, para além da manutenção da empresa pública institucional, assiste-se (igualmente) à ascensão de empresas estatais de tipo societário, sob o conceito de *empresas com domínio público*. Surge portanto um novo conceito que urge

⁷⁹ Cfr. artigo 4.º do RJSEP

analisar, não só ao nível de regime jurídico que passa agora a vigorar, mas também e talvez sobretudo ao nível das consequências práticas que do mesmo possam resultar. Uma das mais evidentes é desde logo o facto de, com este regime, se assistir a um alargamento da regulamentação, dado que as empresas de base societária passam a ter um regime jurídico comum (em parte) com as empresas públicas de tipo institucional, naturalmente justificado por razões de interesse público.

Todas as empresas integrantes do sector empresarial público, quer sejam de tipo institucional ou societário, podem ser encarregadas da gestão de serviços públicos, designadamente através do controlo e com sujeição obrigatória a um regime jurídico pautado por princípios de direito público compensando o Governo os défices de exploração das mesmas actividades.

Em síntese, estabelece o novo regime, como formato-regra⁸⁰, o figurino da empresa pública, em sentido estrito, dotadas de “*capital estatutário*”, de fundo institucional. Ao lado desse esquema mantém, também, as empresas de societárias de “*mão pública*”, oriundo do direito privado, com o respectivo capital titulado em partes sociais⁸¹.

Hoje o Sector empresarial do Estado integra um universo de cerca de 68 Empresas, sendo 53 Públicas, 13 de Domínio Público e 1 referente a Participações Minoritárias do Estado⁸².

2.2.1. A Empresa Pública

A detenção do conceito de empresa pública carece de uma prévia aproximação do Direito Comparado, quer na dimensão terminológica quer na material do conceito em si. Não consistindo, porém, objecto deste trabalho o exaustivo tratamento desta questão,

⁸⁰ Por alguma ironia do destino, desde a aprovação deste novo RJSEP apenas assistimos à criação de empresas estatais sob a forma de sociedade comercial, o que denota a centralidade que, em termos de iniciativa empresarial pública, estas figuras têm vindo a alcançar.

⁸¹ Surgem, aqui, fenómenos de associação entre público e privado, pelo importará distinguir as sociedades de capitais exclusivamente público e das denominadas sociedades mistas, apenas objecto de detenção parcial. Apenas serão consideradas empresas com domínio público aquelas que forem objecto de detenção maioritária pelo Estado ou por outras entidades públicas estatais. Já ficarão de fora do SEP as sociedades meramente participadas, embora esta participação (minoritária) esteja integrada no sector empresarial do Estado.

⁸² Dados estatísticos, consultar <<http://www.isep.co.ao/home/sep/directorio-das-empresas-do-sep.aspx>>.

apenas faremos um brevíssimo panorama que nos ajude a situar quer a terminologia quer o conceito angolano de empresa pública.

Cumpra adiantar que, a empresa pública de direito angolano tem no direito comparado de países de economia de mercado – e mais estritamente e dentro destes, no dos países de círculo jurídico românico, tal como Portugal, França e Espanha – as suas diretas bases referenciais, tanto quando corresponde a uma estrutura que é propriedade exclusiva (ou maioritária) do Estado, dotada de personalidade jurídica e autonomia patrimonial, prosseguindo actividades económicas produtivas e sujeita a controlo e supervisão pública ou governamental.

Ainda em países de sistema jurídico de matriz anglo-saxónica a figura equivalente é representada pelas «public corporations», como empresas criadas pelo Estado, igualmente, dotadas de personalidade jurídica, autonomia patrimonial e sujeitas a um controlo governamental⁸³.

Neste mundo da economia de mercado, as Empresas públicas, com as características gerais apontadas, têm-se apresentado sob diversas espécies ou figuras afins, desde as empresas nacionalizadas, serviços públicos industriais e comerciais, sociedades concessionárias ou de capitais inteira ou maioritariamente públicos, às empresas públicas «stricto sensu». Estas espécies ou figuras estreitamente ligadas com a evolução das formas de intervenção directa, no fundo, são funções de extensões mais ou menos amplas do conceito de empresa pública, cuja expressão apenas se consagra, aliás, após a Segunda Grande Guerra, em França⁸⁴⁻⁸⁵.

⁸³ Para mais desenvolvimento desta matéria v. FERREIRA DE ALMEIDA, In *Direito Económico*, I, Lisboa: AAFDL, 1979, pp. 117 e ss.

⁸⁴ Cf. ANDRÉ DE LAUBADÉRE, *Direito Público Económico*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 46, «corrente hoje em dia» a expressão «empresa pública» não era empregada antes da Segunda Guerra Mundial e parece ter nascido em 1946 no recenseamento do sector público industrial que foi estabelecido por instruções do Ministro das Finanças, Robert Schuman... Deste modo a princípio falou-se da «empresas nacionalizadas»; pp. 463-465. Empresa Pública como organização empresarial de capitais públicos, vide Decreto-Lei Português n.º 48 007, de 26 de Outubro de 1967, que acolhe a expressão «empresa pública» e Decreto-Lei n.º 133/73, 28 de Março (que cria a Empresa Pública de Parques Industriais – E. P. P. I.).

⁸⁵ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Ob.*, Cit., Parte I. O Autor refere-se à tentativa francesa (que não foi além do projecto) de um estatuto elaborado em 1948, p. 123, nota 1. Nos P. A. L. O. P. em geral com as suas leis de bases gerais das empresas estatais ou públicas v.g. Cabo Verde e seu Decreto-Lei n.º 11/78, de 18 de Fevereiro; Guiné-Bissau e seu Decreto-Lei n.º 33/79, de 3 de Novembro; Angola e suas Leis n.º 3/76, 17/77, 11/88.

É deste modo que acabamos por ter conceitos amplos de empresas públicas, no Direito Comparado, tais como «organizações empresariais sob controlo público» ou mesmo no contexto da União Europeia como «toda a empresa sobre a qual os poderes públicos poder exercer, directa ou indirectamente, influência dominante, com base na propriedade, na participação financeira ou nas regras que a regem». Com efeito, lança-se a mão para um critério de participação pública maioritária no capital da empresa, independentemente da forma societária ou outra juridicamente assumida pela empresa. Naquelas noções amplas temos incluídos os estabelecimentos públicos do direito francês ou a «aziende autonome» e os «enti autonomi» italianos ou os serviços públicos e as «empresas órgão», com participação pública na gestão e, por fim, as «empresas públicas» em sentido mais restrito, e como tais definidas por próprias que as distinguem das outras formas jus-empresariais.

As noções ou conceitos mais restritos de Empresa pública acabaram por ter o seu aparecimento apenas circunscrita a determinadas ordem jurídicas. É disto exemplo original o caso de Portugal com o seu Decreto-Lei n.º 260/76 ao definir no seu artigo 1.º empresas públicas como «empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, para exploração de actividades de natureza económica e social, de acordo com o planeamento económico nacional, tendo em vista a constituição e desenvolvimento de uma sociedade democrática de economia socialista».

O referido D.L. n.º 260/76, de 8 de Abril, regulava o quadro legal das bases gerais do regime das empresas públicas, surgidas após Revolução de 25 de Abril de 1974, através das sistemáticas nacionalizações entretanto operadas. Pela primeira vez, surgia um regime geral e próprio das empresas públicas, distintos das demais empresas dos sectores privados e cooperativo. As empresas públicas são definidas segundo elementos essenciais, designadamente: a origem pública (criação), o capital (próprio), objecto (actividades económico-sociais), natureza orgânica (a de uma empresa), regime (de funcionamento e controle, sujeição ao Planeamento económico e à tutela, autonomia), e objectivos programáticos da constituição, personalidade e capacidade jurídica (outorgadas pelo art. 2.º), distintas do Estado, surgindo, assim, com uma nova personalidade face às empresa do sector privado e cooperativo. Com este conceito legal especificamente delimitado, todas as

demais figuras que atrás cabiam na noção ampla de empresas públicas tornam-se figuras próximas mas distintas⁸⁶.

No entanto, com a revogação do D.L. n.º 260/76, de 8 de Abril, pelo Decreto-Lei 558/99, de 17 de Dezembro, o legislador português acabou por adoptar a definição comunitária de empresa pública constante na Directiva 80/723/CEE de 25 de Junho de 1980, que constrói a conceito de empresa pública sob a égide de existência de uma situação de influência dominante – caminho seguido, como se verá, pelo nosso legislador na qualificação das empresas com domínio público.

a) Conceito de empresa pública no direito angolano

Doutrinalmente, a caracterização de *empresa pública* alcança-se, em primeira instância, na própria análise dos termos integrantes da sua designação. A existência de uma empresa e a adjectivação da mesma como pública, ou seja, o substrato da entidade em questão e um *substrato empresarial* (nos termos supra analisados⁸⁷) sujeitado a uma direcção e orientação *pública*. Ambos dos polos se nos apresentam problemáticos. De um lado, não falta quem em determinados casos negue à actividade comercial ou industrial da Administração alguns dos requisitos do conceito de empresário e, com isto, a sua consideração como tal e a conseguinte aplicação do seu *status*. De outro lado, logo se questionará que tipo de incidência *pública* se exigirá para a caracterização do conceito. Bastará a mera possibilidade de controlo da empresa pelos poderes públicos? Ou exigir-se-á uma ligação orgânico-institucional ao Estado, ou mesmo uma total titularidade pública do património empresarial? E, neste caso, qual a autonomia de tal entidade?

A definição de empresa estatal aparece pela primeira vez na Lei n.º 11/88, de 9 de Julho, enquanto «as unidades económicas propriedade do Estado, criadas através dos mecanismos previstos na presente lei, destinados à produção, distribuição de bens e à prestação de serviços, tendo em vista a construção das bases material e técnica do socialismo».

A lei 9/95, de 15 de Setembro, já com a denominação de empresa pública, introduziu alguns elementos àquela definição. Entendo, no seu art. 1.º, por empresa pública

⁸⁶ Cf. JOSÉ MORAIS GUERRA, *Direito da Economia...*, cit., pp. 189-190.

⁸⁷ V. I Capítulo.

“as unidades económicas criadas pelo Estado, através dos mecanismos estabelecidos na presente lei, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, destinadas à produção e distribuição de bens e à prestação de serviços, tendo em vista a prossecução dos interesses públicos e o desenvolvimento economia nacional”. Definição, esta, que já não se faz constar no novo regime jurídico do sector empresarial público.

Assim, nos termos do artigo 3.º, n.º 1 da RJSEP, as empresas públicas são aquelas que, por diploma legal, assim são expressamente qualificadas, sendo que o seu n.º 2 adianta dizendo que, o seu capital é integralmente detido pelo Estado. Como se pode notar, o legislador não apresenta uma definição de empresa pública⁸⁸.

No entanto, face dos pertinentes dados normativos (designadamente, os constantes na RJSEP), e porque ainda se mostra operativa, podemos partir da noção de empresa pública que já (a muito) avançada por algum sector da doutrina, em muito tributárias dos textos legais vigentes em diversos países, que definia as empresas públicas como «empresas criadas pelo Estado com capitais próprios destinados à formação de organizações de meios produtoras de bens para a troca (empresa em sentido objectivo), com denominação parcialmente taxativo-exclusiva e que, sob a superintendência e tutela estaduais, visam prosseguir (indirectamente ou directamente) finalidades públicas»⁸⁹. É deste conceito que iremos tecer algumas considerações.

Dado o seu substrato empresarial, a empresa pública é, antes de mais, marcada pela produção de bens destinados a troca, ou seja, é caracterizada pelo exercício de uma actividade de natureza económica. Neste sentido, decorre que a empresa é, antes de tudo, entendida como sendo um processo produtivo – a produção entendida em sentido amplo, de modo a abranger a produção não só de bens ou de serviços, mas de qualquer valor acrescentado em termos de circuito económico – destinado à troca sistemática e (*tendencialmente*) “vantajosa”. Sendo assim, a empresa pública deve ser necessariamente

⁸⁸ Terá o legislador seguido a o entendimento de que a melhor técnica legislativa evita inserir na lei definições que, tantas vezes não só apresentam-se deficientes, bem como, a curto prazo tendem a ser ultrapassadas pela evolução “científica”(?). Cf., por exemplo, SIMÕES PATRÍCIO, *Direito Económico*, cit., 579 ss. e AFONSO VAZ, *Direito Económico*, cit., 197 ss... quanto as dificuldades surgidas nas definições de empresa pública v. MARIA DA GLORIA DIAS GARCIA, *Direito da Economia/Empresas Públicas*, 1983, pp. 3 ss.

⁸⁹ Cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 262-263. Na esteira da definição exaustivamente analisada, na vigência do antigo regime português das empresas públicas, que constava do DL n.º 260/76, de 8 de Abril, em *Definição de Empresa Pública*, Coimbra, 1990, pp. 95 ss.

uma estrutura, isto é um complexo organizado de meios ou de factores com o mínimo de racionalidade e estabilidade que lhe garanta o mínimo de autonomia funcional (ou técnico-produtiva) e financeira (ou económico-redictícia) que lhe permitia emergir na intercomunicação das produções (ou no mercado, *lato sensu*: o mercado é o local ideal da intercomunicação produtiva) como um centro emissor e receptor *a se stante*. Em suma, tendo em consideração o substrato empresarial, as EPs podem exercer qualquer actividade comercial em sentido jurídico (abrangendo, portanto, o comercio em sentido económico, outras industrias, e serviços).

Cabe ressaltar que, a empresa objectivamente surge como um mecanismo, meio técnico-económico – e não uma pessoa –, que visa desfragilizar a produção, libertando-a da contingência da disponibilidade física, psicológica ou financeira do agente, só excepcionalmente lhe sendo atribuída esta qualificação – no caso da empresa pública, ou seja, as empresas públicas são também sujeitos cuja denominação (obrigatoriamente especificada nos respectivos estatutos) deverá sempre integrar a expressão “Empresa Pública” ou das iniciais “E.P.” (art. 40.º, n.º 3). Deste modo, o acto criador-estatutário da EP é determinante para qualificar certa organização de meios produtivos como *empresa pública*; o critério distintivo, identificador das empresas públicas é, em larga escala, um critério formal – com que o Governo reveste certo substrato⁹⁰.

Naturalmente, a incidência *pública* está amplamente relacionada com o controlo exercido pelo Estado que, por sua vez, deriva da natureza do capital investido na mesma. Neste sentido, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do RJSEP as empresas públicas são criadas com capitais próprios do Estado ou fornecidos por outras entidades públicas⁹¹. Os «capitais», que são fornecidos, ou só pelo Estado-pessoa colectiva pública, ou apenas por outras entidades públicas ou conjuntamente, devem aqui ser entendidos mais num sentido jurídico que económico – onde se encontram incluídos dinheiros e/ou outros bens patrimoniais (inclusivamente empresas)⁹²⁻⁹³.

⁹⁰ Cf. COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, cit., pp. 167-168.

⁹¹ Artigo 42.º, n.º 1 do RJSEP

⁹² Artigo 42.º, n.º 2 do RJSEP.

⁹³ V. COUTINHO DE ABREU, *ob., cit.*, p. 101. Sobre os diversos significados de “capital” para os economistas v. *Idem*, n.º 3 do cap. I.

Resta-nos saber quais serão, para este efeito, estas “outras entidades públicas”. Somente as tradicionais pessoas colectivas públicas? Também as EPs? Também as empresas com domínio público, e ainda as sociedades de economia mista (participadas)?

Tradicionalmente, as pessoas colectivas públicas são autarquias locais (caso estejam institucionalizadas) e institutos públicos. No entanto, actualmente em face a sistematização do regime jurídico do SEP não subsistem dúvidas de que as *empresas/sociedades públicas*, quer tenham personalidade de direito público ou privado, podem contribuir com capitais para a formação de EPs criadas pelo Estado, e com isto serem consideradas como “entidades públicas”. Isto porque, não raras vezes, é a própria lei que equipara ao Estado as empresas públicas (art. 524.º, da Lei das Sociedades Comerciais), e para além disto, a própria Lei de Bases do Sector Empresarial do Estado aponta para várias possibilidades desta natureza, nos casos de cisão-simples – quando se destaca parte do património de empresa pública para se constituir outra nova empresa da mesma natureza (art. 59.º, nas suas três alíneas).

Já no que diz respeito às empresas com domínio público – porque são sociedades –, há necessidade de se estabelecer uma diferenciação entre as sociedades em que o Estado aparece como o único sócio, ou associando apenas pessoas colectivas da administração central indirecta e os casos em que o estado apenas detém a maioria do capital. Nas situações de primeiro tipo, como bem assinala COUTINHO DE ABREU, levantando o “véu” da personalidade jurídica das sociedades revela-se apenas o Estado, logo e para este efeito, estaremos em presença de uma “entidade pública”. Já não será assim nos outros casos (por maioria de razão, quando a participação pública seja minoritária). Neste caso – onde se encontram igualmente interesses privados relacionados – trata-se de sociedades comerciais cuja capacidade compreende os direitos e as obrigações necessárias e conveniente à prossecução do seu fim – art. 6.º, n.º 1 da LSC. Na obtenção de lucros para repartir pelos sócios consiste este fim – art. 980.º do Cciv.. Visto que o fornecimento dos capitais “pelas entidades” não é um negócio oneroso e por se encontrar situado fora das liberalidades consideradas usuais (art. 6.º, n.º 2 LSC), estão estas sociedades, nos termos do artigo 6.º da LSC, incapacitadas para tal fornecimento⁹⁴.

⁹⁴ Cf. COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, cit., pp. 101-105. Admitindo que uma determinação estadual-autoritária deste fornecimento redundaria em expropriação ou nacionalização.

Sendo as empresas públicas pertencentes à “entidade pública” Estado e geridas pelo próprio Estado – embora de forma indirecta ou descentralizada –, caberá ao Estado, através do Governo, definir os objectivos básicos e autoriza ou aprova os actos de maior importância na vida das empresas. Estes objectivos encontram-se vinculados a realização do interesse público. Enquanto importantes instrumentos de política económica, as empresas públicas têm de ser coordenadas, harmonizadas entre si e com a demais realidade pertinente, têm de ser orientadas para que se cumpra o interesse público.

Esta particular feição das empresas públicas reivindica o estudo de certas características constitutivas de conceito da empresa pública de natureza institucional.

b) Criação e Extinção

As EPs são empresas *criadas pelo Estado*, embora apresente uma dualidade de origem. Do ponto de vista formal, entre nós, as empresas públicas são sempre criadas por Decreto Presidencial ou por Decreto Executivo conjunto do Ministro responsável pelo Sector Empresarial Público e do Ministro responsável pelo sector de actividade, por delegação do Titular do poder Executivo, consoante estejamos perante uma empresa de interesse estratégico ou empresas que não sejam (cf. art. 40.º). Cabendo a lei determinar quais os critérios para classificação da empresa pública, como sendo de interesse público estratégico⁹⁵.

De uma perspectiva material, não haverá dúvidas de que o acto de criação e extinção de uma empresa pública é um acto individual e concreto não incorporando qualquer regra de conduta para os particulares ou para a administração ou um critério de decisão para esta última ou para o juiz, antes pelo contrario, tal acto apresenta uma eficácia meramente consumptiva, esgotada com a respectiva aplicação. Significa isto que o acto de criação da empresa pública não é (materialmente) um acto legislativo, mas sim um acto administrativo pese embora praticado sob a forma de decreto.

Sucedem, porém, que nos termos do n.º 4 do artigo 40.º da Lei de Base “*os estatutos das empresas públicas são aprovados e publicados como anexo ao diploma que os cria.*”

⁹⁵ E assim faz o artigo 13.º do RJSEP, deixando claro que esta classificação não se esgota na diferenciação entre pequenas, médias e grandes empresas, ao contrário do anterior regime das empresas públicas.

Retira-se daqui que um tal decreto disciplinando um estatuto empresarial, para além do acto individual de criação da empresa, apresentará um carácter abstracto. Por conseguinte, nestes casos, estaremos então perante um regulamento – sob a forma de decreto regulamentar.

A extinção das empresas públicas pode ser entendida em dois sentidos: em sentido amplo, podendo visar a reorganização das actividades desta, mediante a sua transformação, cisão ou fusão com outras; ou destina-se a pôr termo a essa actividade, sendo então seguida da liquidação do respectivo património (extinção em sentido estrito). As modificações estruturais (transformação, fusão, cisão) processam-se mediante decreto-lei, que devem estar em consonância com o regime previsto na Lei de Delimitação de Sectores da Actividade Económica e na Lei-Quadro das Privatizações (cf. art. 56.º).

E a extinção em sentido estrito é efectuada (igualmente) por decreto-lei, cabendo a este diploma determinar a entidade que procederá a respectiva liquidação e o prazo para que esta seja concluída (cf. art. 60.º, n.º 1 e 2). Contudo, cabe ressaltar que à extinção não são aplicáveis as regras sobre dissolução e liquidação, nem os institutos de falência e insolvência (cf. art. 60.º, n.º 3).

c) Personalidade e capacidade

Nos termos do art. 7.º, n.º 1 “as empresas públicas e as empresas com domínio público⁹⁶ são pessoas colectivas dotadas de personalidade jurídica e com autonomia administrativa, financeira e patrimonial. A personalidade jurídica autónoma é assim condição indispensável para que a actividade empresarial possa ser configurada como a actividade principal da entidade e a partir daí construir em tal conformidade o respectivo regime jurídico. De facto, a personalidade jurídica independente garante a autonomia organizativa, financeira e de decisão próprias da condição de empresário, isto é, exigindo normalmente uma separação jurídico-organizatória entre a entidade encarregada da

⁹⁶ Não obstante considerarmos as empresas com domínio público como parte integrante da administração indirecta privada do Estado, não se percebe a referência às empresas com domínio, uma vez que estas “empresas” são sociedades comerciais e são reguladas em primeira instância pela Lei das Sociedades Comerciais, à mesma Lei caberá a conformação da personalidade jurídica destas empresas. Por isso impõem-se uma interpretação restritiva deste artigo, de modos a aplicar-se única e exclusivamente às empresas públicas.

actividade económica e a Administração ligada normalmente à outorga de personalidade jurídica autónoma a favor daquela.

Da qualificação das empresas públicas como sujeitos jurídicos (e não somente objectos) poderá extrair-se algumas consequências. Por um lado, pode ser criada uma EP-pessoa sem que haja ainda substrato empresarial (organização de factores produtivo) ou de o ter inacabado, não pronto a funcionar. Por outro lado, as empresas, enquanto instrumentos para o exercício de actividades de produção, exigem determinados meios produtivos organizados, pois bem, no caso das EPs, pode suceder existirem no seu património meios de produção (assim como bens) não afectados às respectivas empresas (em sentido objectivo), meios que não são elementos destas empresas (embora integrantes do património das pessoas colectivas-EPs).

No entanto, ressalta-se, estes fenómenos não legitimam a ablação do lado objectivo das EPs. Ao perfil subjectivo das EPs há, pois, que associar o perfil objectivo (sem nos olvidarmos do perfil institucional); não se deve curar unicamente dos problemas que incidem na organização pessoal, torna se igualmente necessário ter em conta as questões ligadas à organização objectiva ou real (incluindo os derivados dos possíveis negócios incidentes nas empresas). É esta visão global, complexa, pluridimensional da EP - empresa objecto-empresa sujeito – que devemos ter em consideração a quando da análise do regime jurídico do Sector empresarial do Estado.

Apesar da sua expressa qualificação legal como empresa pública, a verdade é que a natureza visivelmente mista do seu regime legal, em que se interceptam e interpenetram aspectos de direito público e de direito privado, tem levado a doutrina a discutir a qualificação/natureza jurídica como “pessoas colectivas de direito público” ou pessoas colectivas de direito privado.

No entanto, parece-nos que elas devem ser entendidas como pessoas colectivas públicas⁹⁷, tendo em consideração os seguintes aspectos: a sua criação e extinção é efectuada pelo Estado, mediante um acto de autoridade – não sendo para tal aplicáveis os institutos da falência ou insolvência (v. art. 60.º RJSEP); O Governo exerce tutela económica e financeira e superintende a sua actividade (v. arts. 43.º e 44.º RJSEP) e, por

⁹⁷ Neste sentido, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, cit., pp. 184-185.

último, porque revestem uma forma e uma organização institucional alheias ao direito privado.

A capacidade jurídica das empresas públicas não diverge da capacidade das pessoas colectivas prevista no Código Civil. Vigorando para elas o princípio da especialidade do n.º 1 do artigo 160.º, nos termos do qual não podem praticar actos contrários aos seus fins, medindo-se pois a capacidade, em concreto, pelo seu objecto *tal como este é definido nos respectivos estatutos*, nos termos do n.º 2 do artigo 7.º da Lei de Bases.

O objecto da empresa pública é sempre definido especificamente pela lei, nem se compreenderia de outra forma, na medida em que ele existe para o desempenho de uma função de interesse público. Este objecto funciona como um limite à sua competência, sendo nulos todos os actos e contratos praticados e celebrados pela empresa que transcendam ou contrariem o seu objecto. Por sua vez, para a prática de actos só indirectamente relacionados com o objecto da empresa torna-se necessária a autorização do Governo ou o parecer dos órgãos da empresa, consoante os casos, conforme definem por vezes os seus estatutos.

d) Autonomia patrimonial e financeira

A concessão de personalidade jurídico-pública traz consigo, como seus corolários, a autonomia de decisão próprias da condição de empresário, a representação através de órgãos próprios e a autonomia patrimonial e financeira.

Sendo a logica empresarial orientada para a produção de bens e serviços destinados a posterior transacção, deve a empresa dispor dos meios jurídicos necessários para poder orientar naquele sentido a sua actividade. É nesta perspectiva que se compreende que através dos órgãos próprios possa a empresa administrar, não tendo os organismos do Estado e outras entidades públicas o direito de interferir na sua gestão e no seu funcionamento, com a excepção das formas legais de controlo previstas na lei (cf. art. 20.º).

As empresas públicas gozam de autonomia financeira, na justa medida em que elas dispõem de um orçamento privativo, por elas elaborados e aprovado pelo executivo. Este orçamento não faz parte do orçamento do Estado nem sobre ele incide qualquer acto de

aprovação parlamentar. Por esta razão tem a empresa competência para cobrar as receitas provenientes da sua actividade ou que lhe sejam facultadas nos termos dos estatutos ou da lei, e para realizar as despesas inerentes à prossecução do seu objecto. Por força disto, pelas dívidas das empresas públicas responde apenas o respectivo património⁹⁸, excluindo os bens do domínio público sob administração da empresa, manifestando-se, assim, a autonomia patrimonial que eles gozam.

Para o efeito, a lei prevê alguns instrumentos de gestão das empresas públicas. Entre eles, contam os planos plurianuais e anuais, financeiros e de actividade e os orçamentos anuais de exploração e de investimentos, nos termos dos artigos 22.º e 23.º

Estes instrumentos de gestão são apreciados e aprovados preventivamente pelo Conselho de Administração da empresa. Esta aprovação não desencadeia a entrada em vigor, pois trata-se de um acto meramente preparatório da aprovação final que compete ao Governo, manifestando aqui os seus poderes de superintendência⁹⁹.

Independentemente da estratégia económica e financeira que se fazem constar nos aludidos instrumentos de gestão, as empresas públicas dispõem de competência para celebrar *contratos-programa* mediante os quais se concretizam os seus objectivos económico-financeiros e médio prazo, nos termos do artigo 28.º, n.º 1. De outro modo, significa dizer que a gestão previsional da empresa não teria de constar globalmente dos planos e orçamentos a aprovar pelo Executivo, pois que a par deles dispõe a empresa pública de competência para determinar autonomamente a sua política de investimentos através de instrumentos convencionais. Apesar das limitações impostas pelo dever de conciliar os objectivos da empresa com a coesão social e a luta contra a exclusão social (?), trata-se de uma clara manifestação de uma ideia de autonomia económica da empresa.

e) Direito Aplicável

Um ponto essencial do regime das empresas públicas é marcado pela problemática do Direito que, genericamente, lhes seja aplicável. O art. 8.º, n.º 1 estatui (de modo

⁹⁸ Em bom rigor, o Estado acaba funcionando como uma garante das dívidas destas entidades, que estão na sua orientação.

⁹⁹ V. art. 43.º do RJSEP, onde no seu n.º 4, determina a ineficácia jurídica dos actos sujeitos à aprovação ou autorização prévia.

indiscriminado) que “as empresas públicas e as empresas com domínio público¹⁰⁰ regem-se pela presente Lei, pelos diplomas que aprovam os respectivos estatutos e, no que não estiver especialmente regulado, pelo direito privado, salvo quando o fim não seja contrário ao interesse público, nos termos da probidade pública”.

O presente esquema de fontes requer algumas contemplações. Particularmente em aberto ficam dois pontos: a existência e o critério de hierarquia de fontes e o papel/natureza do direito privado, quando seja chamado para regular alguns aspectos das empresas públicas.

A letra do artigo 8.º, n.º 1 parece revelar uma hierarquia de fontes com seguinte sentido: bases gerais do sector empresarial público, estatutos da empresa pública considerada e, por fim, o direito privado. Com efeito, havendo um regime expresso com bases gerais, é de esperar que os estatutos singulares se lhes submetem, limitando-se a concretizar ou especificar certas linhas de desenvolvimento; por outro lado, as próprias bases gerais funcionam como especialidade face ao Direito comum – para o caso, o Direito privado – aplicando-se, pois, em termos prevalentes. Tudo isto funciona, contudo, apenas de modo tendencial.

Mas do que um qualquer critério hierarquizante o factor determinante para se proceder a articulação destas fontes será a natureza das relações que se estabelecem. Assim, nas situações jurídicas puramente internas relativas, a título de exemplo, a questões como a constituição, modificação e extinção das empresas públicas, à sua orgânica, à tutela e superintendência, à gestão ou aspectos similares, será aplicável a título principal o regime das Bases gerais ou o respectivo estatuto, o direito privado terá uma aplicação subsidiária. Já nas situações jurídicas externas, que têm, designadamente, que ver com relações entre empresas públicas e terceiros, a aplicação do direito privado será a título principal.

Quando estejamos, pois, perante o primeiro tipo de situações, há que esgotar as hipóteses de analogia ou a utilização de princípios gerais, no contexto das regras especiais

¹⁰⁰ Pois bem, se as empresas com domínio público adoptam a forma de sociedade comercial, o que supõe que as mesmas sejam reguladas (em boa parte) pela Lei das Sociedades Comerciais, apresente-se contraditório, em nosso entender, considerar a Lei de Base como regime aplicável à estas sociedades. Parece-nos mais acertado dizer-se que às empresas com domínio público, por se tratar de uma sociedade comercial, deve ser regulada pelo direito privado (*máxime*, direito comercial), salvo no que estiver especialmente regulado na Lei de Base – que pressupõe a existência do interesse público.

sobre a empresa pública – bases gerais e estatutos – antes de recorrer ao direito privado que tem aplicação subsidiária; quando, contrariamente, nos deparamos com o segundo tipo de situações, o direito privado é imediatamente aplicável, sempre que nenhuma norma o afaste¹⁰¹.

Quanto a questão de saber qual a natureza do direito privado aplicável às empresas públicas, a sua solução é feita depender, em parte, da natureza comerciante ou de não comerciante das empresas públicas¹⁰². Naturalmente, uma resposta a esta questão estará dependente da capacidade para a prática de actos de comércio.

Assim, nada existe no artigo 13.º do Ccom. que obsta as EPs de serem comerciantes. Visto que o n.º 3 do mesmo artigo concede a natureza de comerciante a sujeitos dotados de personalidade jurídica quando exerçam uma actividade mercantil. Logo, as empresas públicas são comerciantes quando o seu objecto consista no exercício de actividades jurídico-mercantis, quando através delas realizados sejam actos de interposição nas trocas¹⁰³.

Perante o quadro geral do nosso direito comercial, pode, num primeiro momento, admitir-se que, aos actos objectivamente comerciais praticados pelas empresas públicas (quer sejam comerciantes ou não) aplica-se o direito comercial, surgindo o direito civil a título meramente subsidiário. Esta aplicabilidade do direito comercial já fica prejudicada quanto aos actos subjectivamente comerciais, pois que são actos cuja comercialidade está dependente da qualidade de comerciante ou não da empresa pública que os pratica – acabando por ficar sob alçada das normas comuns de direito civil, no caso de se tratar de empresas públicas que não sejam comerciantes.

Entretanto, esta regra de aplicação do direito privado nas relações externas contempla excepções. Excepções provenientes do facto de existirem determinadas empresas públicas que exploram serviços de *interesse público*. Estas empresas podem precisar, e muitas vezes precisam, de combinar o recurso ao direito privado com a

¹⁰¹ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1986, pp. 280-281.

¹⁰² Para efeito de saber se as empresas públicas são comerciantes ou não veja-se, FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, cit., pp. 145, segundo o qual as empresas públicas não são comerciantes; e numa posição contradita por SIMÕES PATRÍCIO, *Curso de Direito Económico*, cit., pp. 634 ss.

¹⁰³ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, cit., pp. 198-200.

possibilidade de lançar a mão do direito público, sempre que necessário, porque têm a seu cargo altos interesses públicos cuja salvaguarda pode exigir a utilização do *jus imperii*.

Estes privilégios ou prerrogativas incluem a possibilidade de certas empresas públicas praticarem actos administrativos, celebrarem contratos administrativos, promoverem expropriações por utilidade pública, exercerem poderes de polícia, recrutarem pessoal no regime da função pública¹⁰⁴.

f) Órgãos das empresas públicas

As empresas públicas são dotadas de uma estrutura orgânica específica, embora não seja diversa o suficiente da estrutura organizatória das sociedades comerciais. À estes órgãos cabe a adequada realização daquilo que constitui o objecto social da empresa, devendo, para tal, serem adaptados à dimensão e especificidades de cada empresa (cf. art. 15.º).

As empresas públicas são dotadas, fundamentalmente, de um órgão de administração, que gere as actividades compreendidas no respectivo objecto e representa a empresa, e um órgão de fiscalização, a quem compete, essencialmente, vigiar pela observância da lei e dos estatutos – por parte dos gestores, nomeadamente - (cf. art. 45.º).

O órgão competente para gerir as actividades da empresa é o Conselho de Administração, cuja composição tem o limite máximo de até 11 (onze) administradores, tendo a seu cargo a prática de todos os actos que se reconduzem à prossecução do objecto da empresa. A lei enumera, exhaustiva e exemplificativamente, os actos que considera de gestão, neles incluindo como típicos de gestão a aprovação dos objectivos e políticas de gestão da empresa (cf. art. 47.º, n.º 1 *alínea a*)), aprovar os planos de actividades e financeiros anuais e plurianuais e os orçamentos anuais (cf. art. 47.º, n.º1 *alínea b*)), sendo estes, entre outros actos, constitutivos da chamada “alta direcção”. Compete (ainda) ao Conselho de Administração a prática de actos (materiais ou jurídicos) de execução ou desenvolvimento daquela “alta direcção”, quer de carácter *extraordinários*, quer os de

¹⁰⁴ V. o artigo 8.º, n.º 2 do RJSEP. Quando esteja em causa estas empresas que, materialmente, se aproximem de funções administrativas, todo o esquema das fontes pode ser afectado. Sendo que, a ocorrer esta situação, os estatutos que se das respectivas empresas terão de constar, no mínimo, de decreto - lei, conforme adverte MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, cit., p. 289.

“*gestão corrente*” ou técnico-operativos quotidianos¹⁰⁵. Sendo certo que a prática de determinados actos a lei faz depender da autorização do órgão governamental responsável pela tutela administrativa.

Contra os ventos do antigo regime, o novo regime das *Bases Gerias* deixou de considerar como obrigatória a existência do Conselho de Administração, contemplando um sistema orgânico diverso. Deste modo, tendo em conta que em “situações devidamente ponderadas” (?) pode existir, em substituição do Conselho de Administração, um Conselho de Coordenação e Orientação Estratégica em conjunto com uma Comissão Executiva, ambos compostos por 5 membros (cf. art. 48.º, n.º 1).

Decorre, pois, deste modelo a atribuição da administração da empresa em dois órgãos, ao Conselho de Coordenação estará reservada a definição das grandes linhas da actividades da empresa – “*a alta direcção*” –, na medida em que à Comissão Executiva estará encarregada da *gestão corrente* empresa, nesta se compreendendo todos os poderes de gestão necessários ou convenientes para o exercício da actividade da empresa, de acordo com os instrumentos de gestão aprovados (cf. art. 48.º, n.º 2 e 3).

As empresas públicas podem ser sujeitas a controlos vários, de maior ou menor intensidade, de carácter parcial ou geral, interno ou externo. O controlo interno da empresa pública é feito pelo Conselho Fiscal, composto por três membros ou apenas um, por determinação estatutária, *Fiscal Único*. (cf. art. 49.º, n.º 1 e 4). Ao Conselho fiscal competirá fiscalizar a gestão, examinar a contabilidade, emitir pareceres sobre os documentos de prestação de contas, designadamente o relatório de contas de exercício e, no geral, pronunciar-se sobre qualquer assunto de interesse para a empresa (cf. art. 50.º).

Por determinação legal (cf. art. 16.º, n.º 3) um dos membros do órgão de fiscalização das empresas públicas deve possuir experiência profissional ou formação superior no âmbito da contabilidade, fiscalidade, auditoria ou áreas conexas¹⁰⁶.

2.2.2. As Empresas com Domínio Público

¹⁰⁵ Conforme a distinção efectuada por COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 40-41.

¹⁰⁶ Igualmente aplicável ao Fiscal-Único, nos termos do artigo 16.º, n.º 4 do RJSEP

Nos termos do artigo 4.º da Lei de Base, as empresas com domínio público são sociedades comerciais criadas ao abrigo da Lei das Sociedades Comerciais, em que o Estado directamente, ou através de outras entidades públicas, exerce isolada ou conjuntamente uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:

- a) Detenção da totalidade ou 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 inspiração desta fórmula foi colhida no direito português, na decorrência da influência do Direito da União Europeia que aquele direito sofreu, através do Decreto-Lei 558/99, de 17 de Dezembro, que introduziu na ordem jurídica portuguesa um novo conceito de empresa pública¹⁰⁷.

Deste conceito de empresa com domínio público podemos descortinar dois critérios. Um critério (pouco rigoroso) de natureza formal – a empresa com domínio público é uma *sociedade comercial* criada ao abrigo da Lei das Sociedades Comerciais.

As sociedades comerciais são definidas no art. 1.º, n.º 2 da LSC como aquelas que, gozando de personalidade jurídica a partir da data do registo definitivo do acto constitutivo¹⁰⁸, tenham por objecto a prática de actos de comércio¹⁰⁹ e adoptem um dos

¹⁰⁷ Cf. MARTA MACHADO RIBEIRO, “As empresas públicas na Comunidade Económica Europeia”, *Revista de Direito e Economia*, Anos 90 a 93, pp. 439 ss; ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais”, in AA. VV (Org. Eduardo Paz Ferreira), *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 56 ss.

¹⁰⁸ Cf. art. 5.º, da LSC. Para COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II – Das sociedades, Coimbra: Almedina, 2014, p. 93, embora as sociedades passem a gozar de personalidade jurídica e existirem como pessoas jurídicas ou colectivas a partir da data do seu registo, a sociedade existe antes do registo, e tem subjectividade e pode actuar antes da sua efectivação. De modo diverso, MANUEL NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 23-25. O Autor afirma que a sociedade só existe a partir do registo definitivo, e antes disso poderá falar-se em uma “pré-sociedade”.

¹⁰⁹ O art. 2.º do Código Comercial angolano define os actos de comércio como “(...) todos aqueles que se achem especialmente regulados na presente lei e demais legislação complementar e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar”. Uma definição (em boa parte) semelhante a que vigora no Direito Português, de modos a serem integrados no conceito quer os actos objectivos de comércio e os actos subjectivos de comércio. Para uma conceitualização rigorosa v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I (introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos) p. 54, que define actos de comércio como “(...) factos jurídicos voluntários especialmente regulados em lei comercial e os que, realizados por comerciantes, respeitem as condições previstas no final do art. 2.º do CCom. português (de idêntico teor literal com o CCom. angolano).

seguintes tipos societários: sociedade em nome colectivo, sociedade por quotas, sociedade anónima, sociedade em comandita simples ou sociedade em comandita por acções (cf. o art. 2.º da LSC). Apesar de a lei não o dizer expressamente, as empresas com domínio público deverão ser organizadas como sociedade anónima ou sociedade por quotas, já que flui do texto normativo uma preferência pela constituição de sociedades de responsabilidade limitada.

O texto normativo refere apenas «sociedades comerciais criadas ao abrigo da Lei das Sociedades Comerciais». O que nos parece pouco rigoroso, conforme já referimos, pois que não é de excluir a hipótese de tais sociedades serem criadas de forma diversa das permitidas pela LSC, que (quase) só regula actos constituintes de natureza negocial privada. Uma empresa com domínio pode ser constituída, originariamente, por um decreto-lei (ou lei) – incluindo os casos de transformação de EPs em empresas com domínio público –, ou em resultado de um processo de nacionalização de participações sociais. Deste modo, aqui será aconselhável proceder a uma interpretação extensiva do preceito, tal como também sugere, no âmbito do ordenamento jurídico português, COUTINHO DE ABREU¹¹⁰.

Outro critério (igualmente) importante é de natureza substancial/funcional, assenta na influência dominante que o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer sobre a sua orientação ou gestão.

A influência de uma entidade pública pode ocorrer de dois modos distintos: directo ou indirecto. Através da influência dominante exercida directamente, é reservado ao socio de direito público o controle da sociedade. Já estaremos perante uma influência dominante indirecta quando uma entidade pública participante exerce um controle sobre uma empresa (primeira), que por sua vez exerce influência dominante sobre outra empresa (segunda). Neste caso, dizemos que a entidade pública participante detém influência dominante indirecta sobre a segunda empresa. Passamos, então, a explicitar os casos que servem para constatar a presença de uma influência dominante.

a) A influência dominante e o controle da sociedade

¹¹⁰ *In Curso...*, vol. I, cit., pp. 260-261.

Para serem consideradas empresas com domínio público Estado e/ou as entidades públicas devem obrigatoriamente exercer uma influência dominante sobre a sociedade comercial em questão. Nota-se que a essa influência dominante está associada ao controle da sociedade, pressuposto que nos permite estabelecer uma correspondência entre a participação detida pelo Estado e/ou entidade pública com a figura do sócio controlador.

A legislação angolana não apresenta uma definição expressa da figura dos sócios controladores. Deste modo, a sua conceitualização não pode deixar de considerar o quadro da moderna configuração societária, nas quais os sócios podem exercer uma *influência dominante* sobre a sociedade¹¹¹.

Neste sentido, a figura do sócio controlador não se esgota nas situações de detenção maioritária do capital social. Mostra-se, pois, de extrema importância identificar quais os sócios que, em termos concretos, podem exercer uma *influência dominante* relativamente ao governo da sociedade¹¹².

Contudo, convinha não nos olvidarmos de que a RJSEP, *expressis verbis*, identifica as circunstâncias em que essa influência dominante está presente ou é exercida. Com efeito, estaremos diante desta influência dominante quando a presença do Estado e/ou entidade pública na estrutura societária corresponder à “detenção da totalidade¹¹³ do capital ou da maioria do capital ou dos direitos de voto” (art. 4.º, alínea a), “ao direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização” (art. 4.º, alínea b).

Nas sociedades comerciais pluripessoais, via de regra, a influência dominante é exercida pela detenção da maioria do capital – o que supõe que à participação social

¹¹¹ Cf. JINLONG ZHAO / SI LV, “On fiduciary duties of controlling shareholders of targeted corporation”, in *Journal of politics and law*, Vol. 4.º, n.º 2, September/2011, p. 85.

¹¹² Cf. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores” in *Miscelâneas n.º 3 do IDET*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 50. O sócio controlador ou dominante é definido como “o sócio com a possibilidade de exercer *influência determinante* na vida societária”. Podemos constatar que a expressão utilizada “influência determinante”, utilizada pelos AAVV para o desenvolvimento do conceito de sócio controlador, apresenta identidade com a expressão “influência dominante” da RJSEP.

¹¹³ Dúvidas não existiram de que é despidendo falar-se em “totalidade dos direitos de voto” nas sociedades unipessoais de capitais públicos, sendo duvidoso que haja, nestas sociedades, o órgão assembleia geral. Para o efeito, v. COUTINHO DE ABREU, “As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)” in *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 57, Tomo: 1 (2014), pp. 53-54; Do mesmo Autor, aludindo a uma “dada sedução da silhueta societária”, por parte de alguns estatutos certas Entidades Públicas Empresárias portuguesas (equivalente às nossas empresas públicas), v. “Sociedade anónima, a sedutora (Hospital, S.A., Portugal, S.A.)”, in IDET, *Miscelâneas n.º 1*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 29, n. 20.

maioritária corresponde a maioria dos votos –, o que vai implicar por parte das entidades públicas participantes uma participação social superior a 50% (cinquenta por cento) do capital. Nestes casos, os sócios de direito público caracterizam-se como verdadeiro “*archetypal controlling shareholder*”¹¹⁴. Vale lembrar que se participação maioritária pode ser representada pela soma das participações detidas por várias destas entidades públicas. Nesse caso, v.g. as participações isoladas de várias entidades públicas em uma sociedade não garantem uma influência dominante, mas que pode resultar da conjugação destas participações.

Contudo, pode suceder que as entidades públicas, mesmo detendo menos de 50% do capital social da empresa, podem exercer uma influência dominante sobre a sociedade. Podemos então fazer referência aos mecanismos que permitem o controlo da sociedade (*control-enhancing mechanisms*) por um ou mais sócios, independentemente da detenção de maioria do capital social. Deste modo, esta influência dominante vai encontrar fundamento autonomamente na maioria de votos.

É o que poderia suceder v.g., em uma sociedade altamente dispersa, na qual a detenção de um determinado percentual do capital social (inferior a 50%) de modos a possibilitar que um accionista detenha a maioria dos votos em todas as deliberações sociais e, conseqüentemente o direito de designar a maioria dos administradores ou gerentes.

Outra possibilidade em uma empresa organizada como sociedade anónima, seria diante da fixação de tectos de votos. Assim, nos termos do art. 404º, n.º 2, b) da LSC, é possível que o contrato de sociedade estabeleça que não sejam contados votos acima de certo número, quando emitidos por um só accionista, em nome próprio ou também como representante de outro¹¹⁵. Equacionemos uma situação na qual uma sociedade fosse formada por quatro accionistas, individualmente cada accionista detém respectivamente, 60%, 20%, 15% e 5% das acções. Suponhamos que os accionistas detentores de 20% e 15% fossem duas entidades públicas, e que o estatuto social previsse que seriam contados os votos emitidos por cada accionista considerando-se como limite máximo de 20% do

¹¹⁴ Cf. IMAN ANABTAWI /LYNN STOUT, “Fiduciary duties for activist shareholders”, in *Stanford Law Review*, vol. 60, n.º 5, Março/2008, p. 1269.

¹¹⁵ Cf. RECALDE CASTELLS, *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Madrid: Civitas, 1996, p. 97, nota 169, a utilização de tectos de voto “puede permitir un fortalecimiento excesivo de los accionistas titulares de las más pequeñas cuotas de participación”, dando azo a resultados perversos através da instauração da *tiranía dos fracos* (“la tyrannie des faibles”, na expressão de COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY em *Droit des sociétés*, 17.ª éd., Paris: Litec, 2004, p. 172).

capital social. Da concentração das acções detidas pelas duas entidades públicas e observando o limite de votos de cada accionista, as entidades públicas passariam a deter a maioria (58.33%) dos direitos de votos, podendo deste modo designar a maioria dos administradores. Assim os sócios de direito público, embora detendo participação minoritária, passariam a exercer uma influência dominante sobre a sociedade, tratando-se por isso de uma empresa com domínio público¹¹⁶.

Conforme expressamente prevê a primeira parte o art. 4.º, b) da RJSEP, as entidades públicas participantes exercem uma influência dominante sobre as sociedades comerciais quanto têm o dinheiro de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão/administração ou de fiscalização

Não deixa de ser notória a semelhança existente com formulação que apresenta artigo 88.º, da LSC, que consagra a responsabilidade solidária daqueles sócios que, por força de disposição de contrato de sociedade, ou em virtude de acordos parassociais, tenham o direito de designar gerentes/administradores ou os membros do órgão de fiscalização sem que todos os sócios deliberem sobre essa designação.

Naturalmente esta influência dominante está igualmente ligada a possibilidade de livre destituição desses membros do órgão de gestão ou de administração, que (ate certo ponto) contribui para que eles actuem como verdadeira *longa manus* das entidades públicas participantes.

No entanto, no tocante a influência dominante do Estado, temos para nós que o critério adoptado na alínea b) do n.º1 do artigo 4.º para sustentar o conceito de empresa com domínio público se apresenta controverso. E que, nesse caso, o domínio público parece assentar, somente, no direito de nomear ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.

Em nosso entender, este direito, por si mesmo, não fornece uma garantia absoluta do Estado poder vir a influenciar a gestão da sociedade, na medida em que o poder de designar a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização está normalmente dependente do poder de voto maioritário em eleições, coberto pela alínea

¹¹⁶ O mesmo raciocínio serve para os casos das acções sem voto, cf. o art. 364.º da LSC. Entendendo (em alguns casos) que acções privilegiadas (*golden-shares*) podem fornecer bases para fundar esta influência dominante, embora ficando sob dependência de uma análise casuística v. NUNO DA CUNHA RODRIGUES, *Ob., cit.*, pp. 68-72.

a) e, porque não é fácil descortinar hipóteses de um sócio (minoritário) ter o poder de destituir administrador e – menos ainda – fiscalizadores (carece de justa causa a destituição dos membros do órgão de fiscalização, cf. artigo 404.º da LSC). É de todo esdrúxulo afirmar que a possibilidade (tão só) de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de fiscalização (conselho fiscal, fiscal único) permite o exercício de influência dominante em (na administração da sociedade) uma sociedade. Talvez essa previsão se justificasse diante uma empresa com domínio público organizada como sociedade anônima do tipo germânico¹¹⁷. Entretanto, essa hipótese não vem ao caso, já que a nossa legislação relativa as sociedade comerciais apenas acolhe o sistema clássico, ou seja, as sociedades anónimas não podem adoptar aquele tipo de organização.

2.2.3. As Participações Públicas Minoritárias

As participações públicas minoritárias reconduzem-se às situações em que o conjunto das participações detidas pelo Estado ou outras entidades públicas não origine qualquer situação de influência dominante, conforme ficou dito *supra*¹¹⁸.

O objecto das participações minoritárias são sociedades comerciais de capitais pertencentes maioritariamente a entidades privadas. Como explícita o art. 5.º, n.º 2 do RJSEP, a integração das empresas participadas no sector empresarial público aplica-se apenas à respectiva participação pública, no que diz respeito ao controlo e exercício do pelo Estado dos seus direitos de sócio, cujo conteúdo deve tomar em consideração os princípios decorrentes deste regime.

A detenção pelo Estado de participações minoritárias está vinculada à prossecução do interesse público, pelo que o objecto social da empresa participada deve reflectir o intrínseco *interesse público* que justifica e avaliza a participação social detida pelo Estado. Deriva do próprio princípio da prossecução do interesse público uma preferência pela detenção da participações sociais totalitárias/maioritárias públicas, sendo legítimo concluir

¹¹⁷ V. COUTINHO DE ABREU, “*As novíssimas empresas públicas*” ..., cit., p. 48, nota 8.

¹¹⁸ Cf. o art. 5.º, n.º 1 do RJSEP

que a detenção de uma participação social pública minoritária devesse ser, tendencialmente, excepcional¹¹⁹.

A título exemplificativo, adiantaremos algumas situações que legitimam a detenção de uma participação social pública minoritária independentemente do objecto social prosseguido pela empresa participada:

- a) A participação pública minoritária pode ter uma função de “testemunha” ou de simples “presença”¹²⁰, que permita ao Estado estar presente na gestão de tais empresas, exercendo uma fiscalização interna directa (v.g. em empresas criadas na sequência da outorga da concessão de serviço público)
- b) Como forma de regular o mercado (intervenção económica indirecta do Estado, v.g. visando a regulação do sector financeiro através da detenção de uma participação social privilegiada numa instituição de crédito com determinada dimensão no mercado, que condicione a actuação empresarial dessa instituição)¹²¹.
- c) Como um mecanismo que permita aceder a *know-how*, sedimentado e melhorado ao longo dos anos por entidades privadas (v.g. na área das novas tecnologias)¹²².
- d) Uma participação minoritária do Estado Pode (ainda) derivar da transformação de um crédito, resultante da concessão de um aval do Estado a uma sociedade anónima, em acções da mesma sociedade¹²³.

¹¹⁹ Neste sentido, ROGER TAGAND, *Le Regime Juridique de la societe d'Economie Mixte*. Paris: L.G.D.J., 1969; Igualmente PAUL OTERO, *Vinculação...*, cit., p. 208, considera que a transitoriedade de qualquer forma minoritária de participação pública determina, ainda segundo exigência de prossecução do interesse público, e sob pena de se assistir à sua violação por omissão, uma de duas soluções: a alienação da totalidade da participação minoritária ou a aquisição do valor de participações sociais que atribua ao Estado (ou outra entidade pública) uma posição maioritária.

Fazendo referência a um “*eunwirkungspflicht*”, ou seja, um dever jurídico de influência da Administração da Administração nas empresas públicas que permita imputar à Administração a responsabilidade pelos actos cometidos na gestão empresarial da entidade, v. G. PUTTNER *apud* ENCARNACION MONTOYA MARTIN, *Las empresas...*, cit., p. 101.

¹²⁰ A expressão de PAULO OTERO, *Vinculação...* cit., p. 208.

¹²¹ Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *Ob.*, cit., pp. 151-152.

¹²² ROGER TAGAND, *Le Regime Juridique de la societe...* cit., p. 7, informa que, nas sociedades de economia mista francesas, o Estado ou outras entidades públicas beneficiam da experiência e da iniciativa dos particulares na “*prática de negócios empresariais*”.

¹²³ Situação pouco comum, com a emergência das Leis uniforme. No entanto, sobre a concessão de avales do Estado, veja-se RAÚL VENTURA, “Aval do Estado” in *Revista da Banca*, n.º 4, Out.-Dez. 1987, pp. 67-96 e

Esta essencialidade imposta pelo interesse público se afigura necessária não apenas quando da aquisição, mas sim enquanto perdurar a participação estatal. Então, pergunta-se, o que aconteceria se o seu objecto social deixasse de atender a prescrição legal, ou seja, deixasse de prosseguir um fim de relevante interesse público, perdendo conexão com a respectiva atribuição da entidade público participante? A esta luz, é legítimo concluir que apenas caberia a entidade pública participante proceder a alienação – e aqui frisa-se, obrigatória – da sua participação. Ainda porque, a sua manutenção nos novos termos do objecto social, seria ferida de ilegalidade.

Podemos verificar que a RJSEP apenas faz referência a *perda da influência* – que tanto pode resultar da alienação total ou parcial da participação do Estado. O elemento literal nos leva a acreditar que a criação de uma sociedade comercial participada pressupõe a pré-existência de uma sociedade comercial parcial ou totalmente detida pelo Estado, na qual, em momento posterior, ocorra a perda da *influência dominante*¹²⁴. No entanto, não vislumbramos na norma qualquer referência no que diz respeito à aquisição de participações sociais ou à constituição de uma sociedade comercial participada.

Pese embora a lei nada diz sobre estas modalidades de criação de uma participação minoritária do Estado, entendemos que não existe razões para se impedir que o Estado (ou uma entidade pública) proceda a aquisição de participações sociais ou interceda na constituição de uma sociedade comercial participada.

Como vem pressuposto, é necessário que a actividade desenvolvida ou a desenvolver pela sociedade tenha especial conexão com o interesse público. É o mesmo interesse público que impõe o dever de constitui esta participação sobre uma sociedade de responsabilidade limitada e, conseqüentemente, as entradas só podem ser realizadas em dinheiro, sendo proibido, v.g. que a entrada fosse realizada através da transferência de um imóvel público (pois que, nesse caso, haveria outras questões de ordem administrativa, tais como a afectação do património público e a inalienabilidade do bem público).

Por último, pode suscitar-se o problema de saber quais os limites temporais a que a detenção de uma participação social pública minoritária se deve sujeitar.

EDUARDO PAZ FERREIRA, “O aval do Estado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 997-1030.

¹²⁴ Cf. artigo 69.º da RJSEP.

Como foi analisado previamente, o interesse público constitui o fundamento da intervenção empresarial do Estado, devendo a detenção de participações sociais públicas permitir prosseguir o interesse público, no quadro da estrutura empresarial em que se insere.

Este objectivo será prosseguido de forma superior quando o ente público-accionista dispõe de uma poder *efectivo* de decisão empresarial alcançado através de uma participação accionista maioritária. Daí concluir-se que a detenção de uma participação minoritária deverá ser, tendencialmente, excepcional.

Não equivale isto a dizer que todas as participações sociais públicas minoritárias devam ser transitórias. A *transitoriedade* pode ser associada à detenção de participações sociais minoritárias em empresas que actuem em mercados concorrenciais ou perante regimes especiais criados de forma casuística em determinadas empresas – *maxime* no caso de criação de acções privilegiadas (*golden-shares*) –, o que decorre do facto de serem gerados por leis-medida que possuem, elas próprias, carácter *transitório*.

Todavia, em determinadas empresas, especialmente naquelas que desenvolvem uma actividade de serviço público, v.g. no caso de empresas às quais foi atribuída a concessão de um determinado serviço público, a detenção de uma participação social pública, ainda que minoritária, poderá justificar o seu carácter permanente como forma de assegurar um controlo intra-societário relativamente ao desenvolvimento da actividade em causa.

Apesar de algumas limitações que impendem sobre as sociedades comerciais participadas, aquisição de participações pode se revelar muito importante para a administração, na medida em que permite uma intercomunicabilidade entre sectores estratégicos, visto que esta composição social pode, em termos práticos, se revelar uma verdadeira parceria público-privada de tipo institucional.

2.3. Critérios Orientadores da Aplicabilidade das Formas Empresariais

Demonstrado ficou que o novo regime do sector empresarial do Estado é pautado por duas realidades distintas, as empresas públicas e as empresas com domínio público (sociedades comerciais de capitais públicas), cabe perguntar quais serão os critérios orientadores da escolha pública entre esta ou aquela forma jurídica.

É um facto conhecido e notório que o Estado veio efectivamente, ao longo do tempo, a assumir diversas responsabilidades e funções no sentido de promover e concretizar o bem-estar da população. Nesta medida, atendendo à multiplicidade de tarefas e fins a que o Estado se propõe, os problemas que afectam o complexo organizacional que o sustentam adquirem crucial importância.

Foi com base nestas preocupações que se foi construindo o Princípio da Liberdade de Escolha das Formas Jurídicas. Segundo este, a Administração Pública, enquanto organização, terá o poder de, *motu próprio*, definir e alterar, a cada momento, a estrutura e modo de prestação de determinadas actividades que prossegue. Nessa faculdade se traduziria então o denominado poder de auto-organização das instituições, até certo ponto necessário e indispensável para a prossecução dos fins e objectivos visados por qualquer estrutura organizacional. Sendo certo que, este princípio estará sempre limitado por uma ideia de adequação, igualmente carente de fundamentação.

Para isto será útil referir a clássica distinção que opõe as duas categorias de empresas: por um lado as empresas “públicas” de mercado, totalmente sujeitas às regras da concorrência; por outro, as empresas de serviço público, que mais do que responder a exigências ou a falhas de mercado, cumprem uma função eminentemente social caracterizadora do Estado de bem-estar que se pretende construir. Utilidade desta distinção reside no facto de que o Estado e os entes públicos não prosseguem fins próprios, mas têm todos os seus poderes e medida de actuação funcionalizados à prossecução do interesse público aferido à ideia de interesse geral, ou bem comum, tal significará que, mesmo coligado por esse denominador comum, a actuação exercida terá necessariamente diferenças que deverão ser tidas em conta na hora de escolher a forma jurídica concretamente aplicável à actividade em causa. Daí que seja necessário, no confronto entre formas públicas e privadas, ter em atenção os seguintes factores¹²⁵:

- a) A necessidade de averiguar, em concreto, se a actuação do Estado enquanto prestador de bens e serviços se faz de modo isolado ou em parceria com outras entidades.
- b) Importante também aferir se a actividade exercida pelo Estado se faz em regime de verdadeira concorrência com outros operadores de mercado.

¹²⁵ Cf. SOFIA TOMÉ D’ALTE, *Ob.*, cit., pp. 324-325.

- c) Por último, a verificação do grau de compatibilidade e adequação existente entre os três factores acima referidos, com as diversas formas jurídicas potencialmente aplicáveis, acabando aqui por relevar um outro elemento que não é usualmente referido, mas que consideramos importante: o da rentabilidade ou não da actividade em causa.

Os factores acima referidos serão pois aqueles que consideramos uteis para construir critérios de orientação para a determinação da forma jurídica aplicável, de maneira que possamos encontrar subjacentes a escolha argumentos que nos permitam concluir que a mesma não é absolutamente aleatória.

Neste sentido, o recurso à forma jurídico-privada da sociedade, em regra, de tipo comercial, será justificada se: *(i) estivermos perante o exercício de uma actividade económica que se traduza na prática de actos de comércio; (ii) existir outros operadores de mercado em regime de concorrência, uma vez que este factor aumenta o risco da actividade desenvolvida, sendo que este acréscimo do risco aconselhe a que o mesmo seja repartido por várias entidades, de modo que permite também partilhar os respectivos custos*¹²⁶.

De salientar que, ao aludirmos o factor concorrência não estará em causa o facto de o recurso a força jurídico-privada por parte dos operadores públicos e privados facilitar o controlo das regras da concorrência, como é recorrente dizer¹²⁷, pois que as empresas públicas estão, tal como as empresas com domínio público, em princípio, plenamente sujeitas às regras de concorrência, como tal dispõe o artigo 10.º, n.º 1 e 2 do RJSEP (com ressalva do disposto no seu n.º 3), o que significa que serão instrumentos tão aptos quanto as sociedades públicas unipessoais a actuar num mercado concorrencial, não sendo por isso a utilização de forma pública obstáculo à implementação daquele controlo. Pelo contrário, o que está em causa (aqui) é a existência de concorrência, bem como tudo o que ela implica na forma como se orientam as actuações empresariais dos operadores de mercado, que estimulará e justificará o recurso à forma societária, sendo certo que, para tanto se deverá ter em mente o exercício da actividade em parceria com outras entidades,

¹²⁶ Tal será então o resultado normal a que tende o exercício desta actividade económica de mercado e em concorrência, no âmbito da qual se associaram duas ou mais subjectividades jurídicas com o objectivo de repartir os respectivos custos, riscos e proveitos, na medida da participação de cada um.

¹²⁷ Neste sentido, RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons, 1998.

privilegiando-se assim as sociedades de capitais públicos, mas não unipessoais, dando alias ligar de destaque, sempre que possível, às sociedades de capitais mistos¹²⁸.

A concluir este ponto, cumpre igualmente explicitar o porque da inclusão do elemento rentabilidade como factor relevante para efeitos de determinar a forma aplicável. Esta consideração é devida ao facto de entendermos que a estrutura societária se deve aplicar preferencialmente a actividades rentáveis, rentabilidade aqui entendida com o significado de se tratar de uma actividade desenvolvida com vista à obtenção de lucro. Este elemento terá a sua importância potencializada se estivermos na presença de sociedades mistas, na medida em que é absolutamente legítimo que se reconheça e tutele aquele que é o propósito normal a que tende a actuação empresarial privada.

Tendo isto presente, em todos os demais casos em que o Estado pretenda constituir uma empresa para a exploração de uma actividade económica, a título isolado, enfrentando concorrência de outros operadores de mercado, a forma mais adequada para esse efeito será, de acordo o nosso entendimento, não a sociedade, mas sim a empresa pública (EP). Ressaltando-se ainda, no tocante a esta última, a sua especial aptidão para ser aplicada a actividades de carácter económico, reconduzíveis à ideia de serviço público, mas que por razões de política social se vejam forçadas a operar deficitariamente. Ressalvando tudo o que atrás se afirmou a propósito do problema da auto-sustentabilidade da estrutura empresarial como condição para a qualificação de determinada organização enquanto empresa, cumpre referir aqui, que estas são todavia situações a encarar como verdadeiramente excepcionais, confirmando-se assim o que atrás se afirmou para efeito de afastar a aplicação da figura societária neste domínio¹²⁹.

¹²⁸ Implementando-se assim o Princípio da Democracia Participativa, convertendo os sujeitos privados em verdadeiros colaboradores do Estado, dando-se corpo “hipótese neo-corporativa” há muito avançada por BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, pp. 456 e ss. Defendendo também a posição privilegiada das sociedades mistas, veja-se PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob., cit., p. 235, ressaltando a p. 236 a conveniência de manter um controlo público sobre estas sociedades.

¹²⁹ O facto de não se tratarem de actividades rentáveis, normalmente não dão azo ao aparecimento das ditas empresas “públicas” de mercado, ou seja, em princípio o Estado mantém-se como prestador, de modo isolado, não porque o sector seja legalmente vedado à iniciativa privada, mas sim porque não é economicamente apelativo e por isso não atrai com facilidade o investimento privado. Tratam-se, em boa parte dos casos, de actividades que envolvem normalmente elevados custos ao nível da produção e de infra-estruturas, pelo que grande maioria das situações, a participação pública e privada faz-se não ao nível do capital investido, mas essencialmente ao nível da gestão, nomeadamente através dos contratos de concessão, os quais parecem assumir-se como instrumentos adequados para este tipo de hipóteses. Sobre este ponto, veja-se RIVERO ORTEGA, *Administraciones...*, ob., cit., p. 119.

Assim, em tese geral, pugnamos por uma regra de preferência a favor da aplicabilidade da forma jurídico-pública (EP) no exercício da actividade empresarial do Estado, devendo todavia recorrer-se à forma societária quando se considere a mesma como a mais adequada, sendo esta adequação resultará patente em diversas circunstâncias enunciadas e com base nas quais construímos os critérios que deverão presidir a esta opção jurídico-formal, os quais sintetizamos da seguinte forma¹³⁰:

- exercício de actividades de natureza, traduzíveis na pratica de actos de comércio, caso se pretenda constituir uma sociedade;
- exercício em mercado concorrencial;
- exercício em parceria com outras subjectividades jurídicas;
- exercício no âmbito de actividades economicamente apelativas porque normalmente rentáveis, orientando-se naturalmente a actividade exercida com vista à obtenção de lucro (ainda que este não tenha de ser maximizado).

¹³⁰ Cf. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *Ob.*, cit., pp. 333-334.

III. CAPÍTULO

Performance das Empresas Integradas no SEP

3.1. A (in)eficácia da Gestão das Empresas Públicas

A falta de competitividade é um dos principais problemas da gestão pública. Essa falta de competitividade, podendo perpassar toda a organização, de forma sistémica, é ainda mais preocupante quando tem o seu surgimento no topo da organização, que tem como dever – e aqui falamos de dever em sentido próprio – a prossecução de uma gestão eficiente e a criação de valor acrescentado na sua actividade. A eficiência é (aqui) concebida no sentido de que, as empresas públicas estão obrigadas a acomodar a sua gestão económica a um aproveitamento racional dos meios humanos e materiais de que dispõe, minimizando os custos de produção, de modo a poder responder na maior escala possível às necessidades que se dispõe satisfazer.

Nestes termos, a empresa (sociedade) pública apenas poderá responder com eficiência aos objectivos que dela esperamos se lhe for permitida actuar como tal, como verdadeira empresa. Caso contrário a empresa pública corre o risco de se tornar “uma casa sem dono”, uma empresa sem empresário, em que as decisões são resultantes de um confuso processo de múltipla interferência política de tal modo que diluía a responsabilidade. Assim, é de fundamental importância proceder ao levantamento e explicação de alguns vícios institucionais, que se retiram de uma e outra vez, de empresa a empresa, de país a país.

Do modo geral, podemos dizer que o problema da ineficiência de certas empresas (sociedades) públicas está intrinsecamente ligado às dificuldades relacionadas com a compreensão dos objectivos empresariais, nomeadamente o velho problema/dilema da prossecução do interesse público *versus* actuação de acordo as regras de mercado (leia-se maximização do lucro), problemas estes que são postos em relevo pela “teoria da agência”.

Nos termos desta teoria, quando representantes de diferentes grupos de interesses se envolvem num comportamento de cooperação pode existir um conflito de objectivos. Nesta relação, o agente é o individuo que é contratado para desenvolver uma actividade em representação do principal, para qual recebe um benefício. O principal beneficia dos esforços do agente, de modo que este trabalha eficientemente na prossecução dos objectivos daquele.

Contudo, como sublinha EISENHARDT¹³¹, o agente vê-se, diversas vezes, tentado a relegar os interesses do principal em favor dos seus próprios interesses, tornado, na sua perspectiva, a tarefa mais fácil, lucrativa e poderosa. Daí que, com FERNANDO ARÚJO¹³², seja legítimo perguntar “*o que é que os gestores têm a ganhar ou a perder com a diligência, ou falta dela (...) na promoção de interesse que não são inteiramente deles (...)*”.

Nas empresas (sociedades) públicas o problema ganha outra complexidade, já que segundo esta teoria, nestas empresas, o público (contribuintes) será o principal e os gestores das empresas serão os agentes. A verdade é que o público tem pouco (ou nenhum) poder organizado para influenciar a forma como a empresa é gerida, por se encontrar afastado desta¹³³. Por outro lado, os gestores públicos não interiorizam uma separação rigorosa entre o processo de gestão e as considerações políticas de quem os nomeia. Resultando disto, uma perturbação dos objectivos, tornando-os ambíguos e, por vezes, conflitantes, a autonomia de gestão é (factualmente) aniquilada, a rotatividade da liderança é elevada¹³⁴, a responsabilização pelos resultados empresariais é baixa, por

¹³¹ Cf. “Agency Theory: An Assessment and Review, in *The Academy of Management Review*, vol. 14, N.º 1 (Jan), 1989, pp. 60 ss..

¹³² In *Introdução à Economia*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 422. O Autor conclui que, face a este problema interessará aos comitentes (principal) estabelecer esquemas de incentivos que não dependam apenas da observação do resultados, dado o facto de a assimetria informativa que limita relativamente o comitente resultar, quase inevitavelmente, numa deficiência de avaliação de resultados. Conforme alerta NUNO CUNHA RODRIGUES, *Ob.*, cit., p. 374, nota 834, a solução nem sempre repousa unicamente na elevada remuneração do agente, mas antes no cruzamento deste com outros elementos – v. g. a monitorização da actividade de gestor público.

¹³³ Este afastamento é demonstrado por RAFAEL TERMES CÁRRERÓ *apud* RICARDO CRUZ FILIPE, in AA. VV., *Privatizações e Regulação: A experiência Portuguesa*, Lisboa: Ministério das Finanças, 1999, p. 199 (n.º 15), fazendo referência aos cidadãos como proprietários das empresas públicas, embora este título abstracto e indeterminado não lhes permite alienar ou utilizar para exercer o controlo da gestão.

¹³⁴ No entanto, é fácil de se constatar que, em Angola, ocorre o contrário, isto é, os gestores vêm a sua presença na empresa como relativamente dilatada e perene, o que diminui de algum modo o instituto da autopromoção no mercado através de bons resultados.

consequente, gera-se a tal “*cultura da empresa sem dono*” onde o valor dominante é, regra geral, a burocracia¹³⁵.

A teoria da agência demonstra que não é de todo irrelevante a facto de a propriedade ser totalmente pública ou totalmente privada – a propriedade pública têm especificidades que são, por natureza, diferentes da propriedade privada – sendo patente as seguintes diferenças na relação agente-principal¹³⁶:

a) No sector empresarial do Estado, o lucro não é o objectivo principal do proprietário, podendo outros interesses intrometer-se e enviesar os comportamentos dos agentes (gestores), que são frequentemente nomeados por critérios de ordem política e não de eficiência económica;

b) A circunstância de as empresas públicas não estarem cotadas em bolsa deixa de lado a hipótese de alguém as querer comprar, o que pode gerar *vícios* que conduzem a situações de ineficiência económica¹³⁷;

c) Não existe, nas empresas públicas, um equivalente directo quer ao mecanismo da insolvência, quer à necessidade de criarem *ratios* financeiros idênticos aos das empresas privadas.

¹³⁵ GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado, Crisis y reforma del sector público*, Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 180, citando ROBERT NOZICK vai mais longe, considerando a corrupção como uma inevitabilidade no seio da empresa pública. Escreve o seguinte: “*la corrupción es una muestra de lo que ocurre cuando el Estado detenta la mayoría de capital empresarial. A mayor poder (económico) estatal, mayor corrupción. Si un Gobierno es dueño de empresas, los gestores – políticos y funcionarios – pueden favorecer a unas compañías o particulares en detrimento de otros, facilitándoles información, dándoles los contratos de obras públicas; y en definitiva, haciendo favores a cambio de votos.*”

Mais do que mera inferência, de que o público é (por inerência) equivalente ao corrupto, o problema reside em saber se a separação entre o poder político e o poder económico é eficaz.

Noutra obra, GASPAR ARIÑO ORTIZ, “De La Empresa Pública a la Empresa con Participación Pública: Privatización o Reforma? Quizas Ambas Cosas, in *Revista de Administración Pública (RAP)*, n.º 138, Setembro-Dezembro, 1995, pp. 21-27, elenca oito dificuldades que se verificam nas empresas públicas, explicáveis, de forma directa e indirecta, pela teoria da agência: a) A diluição da responsabilidade; b) A frequente mobilidade dos directores da empresa; c) O culto pela imagem dos presidentes das empresas públicas d) A falta de incentivo que levem a uma eficiente gestão empresarial; e) Os baixos objectivos propostos ao órgão encarregue de proceder à gestão empresarial; f) A frequente manipulação das contas das empresas públicas; g) O poder dos sindicatos no interior da empresa públicas; e h) A frequente tendência para o expansionismo das empresas públicas que leva os empresários públicos a abraçarem actividades em que nunca deveriam entrar (por estarem fora do objecto social da empresa ou por não estar em causa o interesse público).

¹³⁶ V. RITA CAMPOS E CUNHA, in AA.VV., *Privatizações...*, cit., p. 181.

¹³⁷ Como nota FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à..., ob.*, cit., p. 428, “*a susceptibilidade de contestação, através do mercado, das posições de controlo das empresas constituiria por si mesmo um incentivo fortíssimo ao aumento da eficiência do controlo na promoção de objectivos gerias de eficiência, de maximização de lucros e de redução de custos de produção*”. Entretanto, adverte o mesmo Autor, que este mecanismo é (também ele) falível, *ibidem*, pp. 426-430.

Partindo destes pressupostos, significa que a contratação¹³⁸ (enquanto mecanismo de garantia de nivelamento desta relação) do gestor público (agente) constitui um momento-chave para quem tiver em vista níveis de eficiência adequados e a manutenção de níveis recíprocos satisfatórios na relação principal-agente. Estamos certos de que não existe método absolutamente seguro que obste aos problemas da escolha adversa do gestor público.

A escolha do gestor público ou do administrador de sociedades anónimas em que o Estado é accionista é determinada, frequentemente, por motivos de ordem política, nos antípodas dos fundamentos de uma gestão empresarial eficaz. Neste sentido, estes (gestores) tendem a secundarizar a finalidade do mandato de que são incumbidos, actuando segundo critérios de natureza política e não de harmonia com objectivos de gestão empresarial.

À escolha dos gestores devem presidir critérios objectivos, definidos em diploma legal, devendo a selecção ser justificada casuisticamente pela entidade com competência para nomear. Tal desiderato, actualmente, encontram-se aquém do esperado, pois que temos um estatuto do gestor público que (a muito) deixou de se adequar à complexidade do mundo empresarial e, até o momento, ainda não podemos contar com um quadro normativo que constitua um verdadeiro sistema remuneratório dos gestores públicos e dos demais corpos sociais das empresas e sociedades comerciais de capitais públicos, que possa prever equilibrados critérios de flexibilidade, permissivos ao recrutamento, no mercado, de gestores públicos profissionais – que ofereçam garantias de um desempenho idóneo¹³⁹.

Como dissemos, nenhum método elimina as dificuldades na escolha do gestor público.

¹³⁸ Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *Ob.*, cit., pp. 374-375, apesar de reconhecer a contratualização da relação principal-agente como mecanismo de contornar aquela assimetria de informação, ressalva que a mesma, de *per si*, não é uma panaceia para solucionar as contingências, aduzindo, para tal, o problema de oportunismo pré e pós contratual (risco moral – “*moral hazard*”).

¹³⁹ O Estatuto do Gestor Público estatui que para membros do conselho de administração das empresas estatais devem ser escolhidos de entre as pessoas de reconhecida formação, experiência e competência em razão da área em causa. Para além desta qualificação profissional, achamos imperioso que esta nomeação fosse precedida pela apresentação dos indigitados pelo Titular do Poder Executivo à uma comissão competente da Assembleia da República, fazendo-se acompanhar com o seu currículo e de uma justificação da respectiva escolha. De forma semelhante, esta proposta constava no projecto de lei-quadro das entidades reguladoras portuguesas, apresentada por VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇAS in *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 280.

O que podemos afirmar é que alguns dos tradicionais problemas (*v. g. influencia politica*), poderão ser amenizados quando a selecção é fundada em critérios objectivos, preferencialmente pré-estabelecidos na lei.

Pode, de resto, suceder que se verifique, na pendência do mandato do gestor público, que aquele não é cumprido integralmente. Aqui, recomenda-se que o principal tenha a *coragem* (senão, o dever) de destituir o agente. Pois que, o afastamento do gestor público quando os níveis previamente acordados não forem atingidos (por falta imputável ao gestor) transmitirá aos restantes gestores um sinal de firmeza do principal no controlo e acompanhamento da gestão.

Contudo não podemos nos esquecer de que as empresas públicas estão vinculadas à prossecução do interesse público e que este é fortemente modulado pelo *indirizzo* político conjuntural. É neste contexto que se compreende a possibilidade de o Governo tutelar e superintender a actividade das empresas públicas (*v. arts. 43.º e 44.º da RJSEP*).

Neste contexto, a questão será inevitavelmente de saber quais as soluções que permitem atenuar as dificuldades suscitadas pela relação principal-agente, para que a compensação paga pelo principal ao agente atinja um nível desejado.

Para este efeito, FERNADO ARAÚJO¹⁴⁰ destaca três: a “venda” da empresa ao comissário, o sistema de incentivos e o sistema de comando.

Qualquer das soluções, apresentando inegáveis vantagens, pode acarretar consigo dificuldades de aplicação no diz respeito aos gestores públicos.

Por um lado, a “venda” da empresa ao comissário pressupõe a privatização, sabendo-se que, em algumas circunstâncias, o Estado deve manter-se como detentor único de capital (estatutário) de empresas públicas (*v. g. no caso de empresas públicas que prossigam serviços públicos gerais*).

Por outro lado, a fixação de elevados salários aos gestores públicos não constitui uma panaceia para relação principal-agente. Poderá manter-se (em regra, mantém-se) a assimetria de informação. O agente quererá uma remuneração o maior possível com o menor esforço. O principal terá naturalmente uma preferência contrária – baixa

¹⁴⁰ In *Introdução à...*, ob., cit., pp. 423-425.

compensação elevado esforço (sendo que, neste caso, o agente procurará adequar o seu esforço ao valor da retribuição ou abaixo desta).

Sendo assim, pode defender-se que uma das formas de contornar os riscos de *politização* do agente será a contratação com mandatos mais prolongados do que daqueles que nomeiam (políticos), mandatos não renováveis ou renováveis apenas por uma vez, à semelhança dos órgãos do que a *praxis* tem vindo a demonstrar para os órgãos dirigentes das autoridades administrativas independentes¹⁴¹.

Por último, quanto ao sistema de comando – através da supervisão, fiscalização e realização de auditorias à conduta dos comissários -, há que referir que poderá ser deteriorado pelo “relacionamento” prolongado, perdendo-se o rigor e a objectividade da supervisão¹⁴².

Neste caso, o bem fundado receio sobre quem vigia os vigilantes poderá ser ultrapassado pela natureza democrática do governo, enquanto representante dos contribuintes (principal), e, na mesma medida, pelo escrutínio do voto.

O que, em síntese, pode dizer-se destas soluções é que não se inter-excluem. Todas são, em rigor, concretizáveis no desenvolvimento da relação agente-principal, sem prejudicarem a busca de novos caminhos. Logo, torna-se necessário fazer com que o gestor identifica-se com a empresa, nomeadamente através de sistemas de incentivos que motivem o agente a actuar no interesse do proprietário e da criação de mecanismos de fiscalização, internos ou externos, que possam despistar comportamentos de agentes em proveito próprio.

3.2. O Controlo Estatal do Sector Empresarial Público

Tendo analisado de forma esquemática a nova caracterização jurídica das empresas integradas no sector empresarial público, bem como a justificação de algumas

¹⁴¹ Poderá eventualmente argumentar-se, em sentido oposto, que a contratação a curto prazo será mais benéfica para o principal do que a contratação a longo prazo. Os ganhos produzidos pelo agente serão mais facilmente repercutidos na relação agente-principal do que em contratos em longo prazo, cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, “*Golden-Shares*”..., *Ob.*, cit., p. 383.

¹⁴² Em contrapartida, como nota FERNADO ARAÚJO, *Introdução à...*, ob., cit., p. 425, através do sistema de comando, poderão “*multiplicar-se as oportunidades de detecção do risco moral e a probabilidade de aprendizagem interactiva dos interesses, da conduta, das expectativas e das limitações de ambas as partes, facilitando a harmonização de posições e aumentando a eficiência dos incentivos*”.

opções fundamentais subjacentes a este regime, no que concerne ao seu âmbito e extensão, procuraremos apreender alguns elementos primaciais do sistema relacional entre o Estado e estas mesmas empresas, concretizada na *função de controlo estadual da gestão* das empresas integradas no SEP.

Esse sistema de relação é caracterizado pela dualidade, em função das duas categorias de empresas delineadas no RJSEP. Assim, o enquadramento do feixe complexo de relações entre estas empresas e o Estado apresenta um recorte jurídico diverso a propósito das *empresas públicas EP*, por um lado, e da categoria das empresas com domínio público (sociedades comerciais cuja gestão seja controlada pelo Estado, nos termos que já caracterizámos supra), por outro lado.

No primeiro caso, o nexó jurídico-económico de controlo público assenta na figura da superintendência (exercidas pelo Ministro responsável pelo Sector Empresarial Público e pelo Ministro responsável pelo sector de actividade de cada empresa, mediante delegação do Titular do Poder Executivo, de acordo com o previsto nos artigos 43.º e 44.º do RJSEP). Referente à segunda situação, estará em causa o que podemos denominar de *poder geral de controlo de gestão*, no qual se materializará o exercício da “função accionista do Estado”, conjugando procedimentos comuns de direito societário e um feixe de obrigações especiais, de natureza pública, a que as empresas ficam sujeitas (reguladas fundamentalmente nos arts. 29.º a 33.º do RJSEP).

a) A tutela e Superintendência

O primeiro tipo de enquadramento – referente às empresas públicas – apresenta, incompreensivelmente, inúmeras inovações relativamente à regulamentação do instituto da tutela estadual na Lei n.º 9/95 – tendo em conta que não houve qualquer alteração da figura das empresas públicas (institucional) anteriormente reguladas naquele diploma -, pelo que se justifica a sua análise.

Interessa destacar alguns aspectos desse regime de superintendência previsto nos artigos 43.º e 44 do RJSEP. Como é sabido, a figura em causa compreendem um conjunto de poderes e mecanismos de intervenção na actividade das empresas, de natureza marcadamente pública – “*poderes de controlo de direito público*” na expressão justa de

PAULO OTERO¹⁴³. A superintendência é caracterizada pelo “*poder conferido ao Estado, ou a outra pessoa colectiva de fins múltiplos, de definir os objectivos e guiar a actuação das pessoas colectivas de fins singulares colocadas por lei na sua dependência*”¹⁴⁴.

Os poderes inerentes à relação superintendência são substancialmente distintos dos poderes inerentes da relação de hierarquia. Só a conformação jurídica da primeira relação é compatível com a autonomia da entidade controlada e sendo analisadas sob a óptica de poderes de uma intervenção orientadora e fiscalizadora, mas não em poderes de direcção da entidade controlada.

Para além disso, é um poder mais amplo, mais intenso, do que a tutela administrativo. Pois que, esta tem exclusivamente a finalidade de controlar a actuação das entidades a ela sujeita, ao passo que a superintendência se destina a orientar a actividade das entidades a ela submetida. Se no primeiro caso, são as próprias entidades autónomas que definem os objectivos da sua actuação e vão executando-o por si próprias, embora sujeitas ao controle de uma entidade exterior; já no segundo, é a entidade exterior que define os objectivos e guia, nas suas linhas gerais, a actuação das entidades subordinadas, dispondo estas apenas de autonomia para encontrar as melhores formas de cumprir as orientações que lhes são previamente traçadas.

O conjunto de poderes de intervenção em que se traduz este regime da superintendência previsto no RJSEP resulta, em larga medida, da combinação dos poderes de natureza pública (*maxime* tutela) anteriormente previstos na Lei n.º 9/95 (*maxime* nos arts. 31.º e 32.º deste diploma), e a introdução de diversos elementos tendentes a possibilitar um acompanhamento efectivo da gestão das empresas públicas.

Sendo certo que, nos termos do artigo 44.º, n.º 1 do RJSEP, 1 “a superintendência do Executivo abrange o acompanhamento, orientação geral ou específica na gestão, controlo directo da legalidade dos actos dos órgãos de gestão, podendo *modifica-los, confirmá-los, ratifica-los ou revoga-los*”.

Numa primeira fase, estará em causa um conjunto de actos sujeitos a processo obrigatório de autorização ou aprovação governamental enunciados como tipologia taxativa, nas diversas alíneas do artigo 44.º, n.º 2, a título de exemplo, veja-se, aprovar os

¹⁴³ Cf., *Vinculação...*, ob., cit., p.

¹⁴⁴ Cf., DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 718.

planos estratégicos e de negócios, homologar relatórios de contas da empresa, aprovar os planos e orçamentos plurianuais e, no geral, controlar o funcionamento da empresa no sentido de verificar o respeito da legalidade e dos objectivos que as empresas estejam obrigadas a cumprir (44º, n.º 3).

Não podemos nos assegurar de que o processo de controlo foi alvo de aligeiramento ou de flexibilidade, na medida em que já na legislação anterior, particularmente, por conta da sua conformação mais aberta (que previa uma verdadeira cláusula geral), que contemplava igualmente poderes atípicos de intervenção de intervenção governamental, formalmente integrados no mecanismo juspublicístico da superintendência, desde que, no nosso entender, “estivessem expressamente referidos nos respectivos estatutos.

No entanto, parece-nos criticável a redacção do n.º 1 do supracitado artigo 44.º, visto que o nosso legislador adoptou o clássico entendimento da superintendência, esbatendo os limites que a distinguem da hierarquia. Pois que, tanto a *modificação*, como a *revogação* são categorias jurídicas nas quais estará sempre implicada uma substituição do Ministro pelo órgão de administração ou gestão da empresa que, a todos os níveis, incompatível com qualquer ideia de autonomia de gestão que se possa ter. Assim, em sede interpretativa, a melhor solução será a que reconheça à empresa liberdade absoluta de *gestão corrente*, no tocante as actividades *short-run*, atribuindo, porém, ao Governo poderes para a definição das grandes linhas de orientação da sua actividade, constantes ao menos parcialmente nos planos estratégicos.

Com efeito, os poderes de tutela e superintendência representam os limites *mínimos* e *máximos* de intervenção do governo, aquém e além dos quais, a interferência ministerial não é admissível, tanto quanto viole as normas e os princípios que regem o exercício destes poderes e da autonomia gestonária intimamente conexos e interactivos. Em bom rigor, quer a tutela/superintendência não são linear ou unilateralmente unidimensionais, ou seja, trata-se de princípios pluridimensionais interactivamente conexos, cujas fronteiras ou âmbitos de aplicação são reciprocamente tangenciais e subsidiários¹⁴⁵. Uma *primeira dimensão* é a da *legalidade* dado que, segundo a melhor

¹⁴⁵ Há pois limites entre si, uma *multímota* e *recíproca* limitação dos respectivos sentidos em oposição, conforme aponta JOSÉ MORAIS GUERRA, *Direito da Economia...*, cit., pp. 206-207.

doutrina, «os poderes inerentes a tutela/superintendência não se presumem¹⁴⁶». A *segunda dimensão*, de aferição dessas fronteiras gerais ou do «quadro geral» do exercício desses poderes, é-nos balizada pelos «instrumentos de regulamentação económica», quais sejam, as normas sobre preços e salários, a política de subvenções e incentivos, as taxas de juros e a política de crédito, critérios e taxas de amortização dos activos fixos e as directrizes quer do Plano Nacional que da política sectorial. A *terceira dimensão* releva, essencialmente, pela definição do conteúdo da tutela/superintendência supra transcrito, no que diz respeito a aprovação dos instrumentos previsionais de gestão, planos, orçamentos anuais e plurianuais ou de prestação de contas.

Uma *quarta dimensão* delimitadora dos poderes de tutela/superintendência (aliás estreitamente conexas com a primeira e o princípio da legalidade), prende-se com a relevância do *objecto estatutário* da empresa pública, com o qual o exercício dos poderes tutelares e de superintendência se devem conformar.

b) O poder de controlo de gestão

Conforme referimos supra, no quadro de um sistema verdadeiramente dual de enquadramento das relações entre o Estado e as empresas integradas no sector empresarial do Estado, o outro modo de organização dessas relações é o que respeita ao que caracterizámos como *poder de controlo de gestão*, tendo em atenção a categoria das empresas com domínio público, correspondente às sociedades comerciais controladas pelo Estado.

Este poder geral de controlo de gestão, plenamente autonomizado e diferenciado do conceito tradicional, de raiz administrativa, de tutela económica e financeira (bem como, por maioria de razão, da figura da superintendência), traduz, em nosso entender, *uma conjugação dos mecanismos normais de direito societário para o exercício para o exercício da função accionista com um feixe de direito especiais, de natureza pública, atribuídos ao Estado.*

É justamente esta segunda dimensão que confere características próprias, verdadeiramente “*sui generis*”, a esse instituto jurídico, que vimos denominando de *poder*

¹⁴⁶ Cf. MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1986, p. 230.

geral de controlo da gestão. Na falta deste conjunto de direitos especiais, fixados por normas especiais de direito económico¹⁴⁷ (que impõem soluções especiais na sua interação com o comum direito societário), todo o funcionamento das empresas com domínio público se reconduziria, afinal, à actuação de normas societárias e não se justificaria, de todo, qualquer pretensão legislativa de enquadramento desse tipo de empresas no estatuto jurídico geral (como o que é instituído através do RJSEP).

Podemos autonomizar nesse *feixe de direito especiais* – segundo e decisivo elemento integrante da figura do poder de controlo de gestão das empresas com domínio público, a par do elemento correspondente aos direitos, de índole jurídica privada, inerentes a posição de accionista – essencialmente *dois tipos de situações*.

Por um lado, estará em causa direitos especiais que se corporizam no poder de fixação de orientações estratégicas (referidas nos artigos 73.º e 74.º do RJSEP) e, numa segunda vertente, assinalam-se os *direitos especiais a informação, atribuídas ao Estado* (regulado fundamentalmente no art. 33.º do RJSEP, cuja epígrafe, “deveres especiais de informação”, que curiosamente não se encontra dirigida (igualmente) à posição activa do Estado, mas à perspectiva das empresas com domínio público).

Estes deveres são dotados de uma enorme importância, na medida que permite reportar ao Ministro responsável pelo SEP um bloco de informações que envolve, designadamente, projectos dos planos de actividade; projectos de orçamentos e de investimentos, documentos de prestação de contas e relatórios de execução orçamental. Ademais, com este controlo, procura-se prestar um acompanhamento efectivo no quadro da realização dos objectivos da empresa a curto, médio e longo prazo, e o controlo da sustentabilidade financeira da empresa.

No que concerne ao primeiro caso, a definição das orientações estratégicas, “relativas ao exercício da função accionista”, compete ao Titular do Poder

Executivo, (v. art. 73.º do RJSEP), sendo que, estas orientações definidas *a priori* reflectem-se na vida da própria empresa. Nas empresas com domínio público através das deliberações dos sócios – ou nas sociedades unipessoais de capitais públicos, através do seu órgão de gestão –, na preparação e aprovação dos planos de actividade e investimento,

¹⁴⁷ Isto posto, não se pretende reabrir a problemática em torno da caracterização e autonomização das normas de direito económico. Para abordagem numa perspectiva mais desenvolvida desta problemática, veja-se EDUARDO PAZ FERREIRA, “Sumários de Direito de Economia”, AAFDL, 1996, pp. 10 e ss.

como nos próprios contratos-programa que os gestores públicos devem levar a cabo (v. art. 28.º do RJSEP).

Paralelamente, é contemplado um poder geral de acompanhamento, com carácter permanente, da concretização das orientações, o qual pode, no limite, materializar-se em “recomendações” para a sua prossecução (v. arts. 29.º, 73.º do RJSEP). Trata-se, em bom rigor, de um poder de “fiscalização” sobre as grandes opções da gestão empresarial, alternativamente de carácter concomitante, ou “ex post”, cometido aos detentores do direito de iniciativa para a fixação das orientações estratégicas (podendo ser exercido pelo Instituto para o Sector Empresarial Público – ISEP).

Não obstante essa capacidade de conformação “pari passu” da gestão empresarial possa conhecer, potencialmente, um grau relativamente desenvolvido de concretização, através de actos-medida como as *recomendações*, essa concretização será sempre mitigada e conhecerá forçosamente uma diferença de grau fundamental relativamente à capacidade de conformação empresarial associada a qualquer forma de poder de superintendência - apesar de aqui estar igualmente vedada qualquer interferência à gestão corrente da empresa. Não se ignora, de qualquer modo, que a “praxis” destas relações poderá certamente originar situações limite, em que se mostre complicada a diferenciação entre actos orientadores da gestão corrente e actos envolvendo opções fundamentais de gestão empresarial¹⁴⁸.

E, com efeito, o poder de impor orientações estratégicas e gerais às empresas do Estado assemelha-se à faculdade prevista nos artigos 475.º e 491.º da LSC a favor das sociedades de domínio total ou em relação de subordinação. Nesses casos a sociedade dominante ou directora tem o direito de transmitir instruções vinculantes à administração da sociedade dominada ou subordinada. Sendo que, desde que os estatutos não disponham em contrário, essas instruções podem mesmo ser desvantajosas para a sociedade subordinada se assim servirem os interesses da sociedade dominante ou directora.

¹⁴⁸ Para este efeito, se mostra importante trazer a colação o exemplo avançado por LUÍS MORAIS, “As relações entre o Estado e as empresas públicas na sequência da aprovação do Decreto-lei n.º 558/99 de 17 de Dezembro”, in *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Almedina, 2000, p.116, nota 37, quando invocava “ a situação em que esteja em causa a alienação de um activo empresarial de média dimensão, a qual possa, ser configurado como acto de gestão corrente, mas que, em contrapartida, noutra valoração – ditada, por exemplo, por uma suposta importância especial desse activo para evolução, em particular, de certa esfera da empresa – possa ser tomada como situação a abarcar por um acto medida – recomendação – visto produzir repercussões importantes nas opções económicas da empresa.

Ambos os institutos (*instruções vinculativas e orientações estratégicas*) estão porem separados por importantes diferenças. Assim, a faculdade de dar instruções vinculativas apenas existe em situações em que há uma relação de fortíssima legitimação por parte da sociedade que emite as instruções, que justifica o *esbatimento* da personalidade jurídica da sociedade subordinada ou dominada ao mesmo tempo que, correspondentemente se aumenta a responsabilidade da sociedade directora ou dominante.

Ora, o instrumento previsto no RJSEP tem um equilíbrio distinto. O Estado pode sujeitar qualquer sociedade comercial qualificada como empresa com domínio público a orientações estratégicas, independentemente da dimensão e da intensidade da sua participação social.

Desta rápida comparação retira-se que o regime das orientações estratégicas, quando aplicado às empresas (com domínio público) de capitais mistos públicos e privados, gera uma situação de desequilíbrio a favor do Estado, não muito ajustada como solução de governo societário, na medida em que não contribui para a prevenção de conflitos de interesses estrutural entre accionistas minoritários e majoritários, mas antes, pelo contrário, o agrava¹⁴⁹.

O cumprimento das orientações é um dos deveres dos gestores públicos (v. art. 22.º, n.º 2 alínea *b*) do EGP. Sendo que a observância destas orientações será depois considerada na avaliação de desempenho dos gestores públicos, nos termos do referido estatuto e o respectivo incumprimento pode determinar a demissão do (s) gestor (es) em causa (v. 25.º, n.º 2).

Assim, se por um lado, consagra-se a autonomia das empresas estatais quanto à sua gestão em função da própria natureza da actividade (empresarial) desenvolvida, por outro exige-se subordinação da empresa naquilo que constitui os objectivos e políticas macroeconómicas e outras formas de legalidade. Do equilíbrio concreto que for alcançado entre a intervenção do Estado nestas empresas e a autonomia de gestão dependerá o bom funcionamento das mesmas.

¹⁴⁹ A OCDE, no Ponto II das *Recomendações da OCDE sobre Corporate Governance de Empresas de Controlo Estatal*, recomenda o tratamento equitativo dos accionistas: *O Estado e as empresas públicas devem reconhecer os direitos a todos os accionistas e, em conformidade com os Princípios de Corporate Governance da OCDE, assegurar o seu tratamento equitativo e acesso igual às informações societárias.*

c) O sistema de controlo

O legislador angolano optou por um controlo Governamental sobre as empresas públicas, aproximando-se da legislação portuguesa e inglesa, divergindo do sistema francês do controlo parlamentar sobre estas entidades. No entanto, este controlo Governamental não é exclusivo, pois, as empresas públicas estão (igualmente) sujeitas ao controlo jurisdicional do Tribunal de Contas. Nos termos da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas, previsto na Lei 13/10 de 9 de Julho, as empresas públicas e as sociedades de capitais maioritariamente públicos (empresas com domínio público) estão sujeitas à jurisdição e controlo do Tribunal nos termos do artigo 2.º, n.º 2 al. f) da LOFTC. O Tribunal de Contas tem como objectivo o controlo da legalidade da actividade financeira pública, representando uma forma de garantir a confiança e transparência, que se exige ao sector público empresarial, nomeadamente as empresas detidas pelo Estado.

Dir-se-á que a intervenção do Governo junto do sector empresarial do Estado, quer no domínio das orientações de acção ou das diversas formas de controlo da respectiva execução em termos de prossecução do interesse público e, muito em especial, ao nível das soluções concretas sobre a eficácia da gestão, isto é, a racionalidade/rentabilidade e a conveniência/utilidade/oportunidade das decisões empresariais aferidas em relação aos objectivos da política económica governamental, para além de expressar a posição superior do Governo no sistema administrativo, garante, como escreve PAULO OTERO, “a legitimação democrática da actuação empresarial e, por outro lado, uma possível instrumentalização de tais entidades aos fins do Estado e ao “indirizzo político” do Governo”¹⁵⁰.

Ora, é particularmente essa instrumentalização que nos parece mais problemática, visto que a intervenção do Governo neste sector, no quadro duma relação de agência em segundo grau, contribui para a sua legitimação democrática, pode também ocorrer (e frequentemente ocorre) uma tal instrumentalização da acção empresarial.

Desde logo, a intervenção governamental na orientação dos agentes/gestores públicos materializa-se num complexo de opções que estão previamente dependentes de escolhas políticas no quadro do primeiro grau, podendo inclusive induzir um comportamento do accionista de controlo politicamente motivado. Tirando proveito da

¹⁵⁰ *In Vinculação...*, cit., pp. 310-311.

relação de agência, não será de estranhar que membros do governo menos escrupulosos se possam servir destas empresas para conservar suas posições de poder, subvertendo também por essa via a relação de responsabilidade perante o *principal* democrático. De igual modo pode suceder que o desvio ético seja protagonizado pelo gestor e que o membro do governo competente para controlar e fiscalizar, desmotivado pela sua distância em relação aos interesses que tutela como agência de primeiro grau, omita o comportamento sancionatório que deveria adoptar como principal na relação de segundo grau¹⁵¹.

Como enfrentar estes fenómenos de *diluição da responsabilidade e da accountability*? Quanto a nós, a resposta deverá passar por soluções que possibilitem uma abertura pluralista, uma representatividade político-democrática e uma prática de responsabilização por outras *vozes e interesses* dentro do sistema político que, contribuam para impedir que as empresas sejam instrumentalizadas à fins oportunistas. Neste sentido, democratizar o governo das empresas públicas passa decididamente pelo reforço dos mecanismos de intervenção parlamentar.

Será uma solução adequada para atenuar os custos do duplo grau de agência aproximando os interesses dos cidadãos (através do parlamento) dos agentes de segundo grau e concretizando também, mais amplamente, o próprio imperativo constitucional de aproximar a Administração dos cidadãos.

3.3. Os gestores públicos: sua relevância no âmbito da gestão empresarial

Nos termos do artigo 36.º, n.º 1, da Lei do Bases do Empresarial do Estado, o estatuto dos membros dos órgãos de gestão das empresas públicas ou com domínio público é regulado específico. Caberá a este diploma regular, respectivamente, *a)* os requisitos de recrutamento; *b)* competência e processo para a nomeação dos titulares, renovação e cessação dos respectivos mandatos; *c)* natureza jurídica da relação estabelecida com as

¹⁵¹ Como eloquentemente enuncia a OCDE nas suas orientações: “*State Owned Enterprises face some distinct governance challenges. One is that SOEs may suffer just as much from undue hands-on and politically motivated ownership interference as from totally passive ou distant ownership by the state. There may also be a dilution of accountability (...). More fundamentally, corporate governance difficulties derive from the fact that the accountability for the performance of SOEs involves a complex chain of agentes (management board, ownership entities, ministries, the government), without clearly and easily identifiable, or remote, principals. To structure this complex web o of accountabilities in order to ensure efficient decisions and good corporate governance is a challenge*”.

respectivas empresas; *d*) componentes da remuneração e formas de as determinar¹⁵²; *e*) direitos e deveres; *f*) incompatibilidades (art. 36.º, n.º 2).

Pois bem, este Estatuto do Gestor Público consta do “vetusto”, mas (ainda) vigente Decreto n.º 16/89, de 13 de Maio.

Para efeitos do Estatuto do Gestor Público, considera-se gestor público os indivíduos que, em representação do Estado, desempenham funções de administradores ou directores em:

- a) Empresas estatais de grande, media ou pequena dimensão;
- b) Associações de empresas estatais
- c) Empresas propriedade de empresas estatais;
- d) Empresas com participação do Estado
- e) Empresas em que, por lei ou pelos respectivos estatutos, o Estado tenha a faculdade de nomear administradores

Da entrada em vigor do novo regime do sector empresarial do Estado (agora em estudo) resultou a revogação *tácita* de alguns preceitos do Estatuto do Gestor Público, pois que o regime jurídico subjacente a este é tributário do antigo (e já revogado) Regime das Bases Gerais das Empresas Estatais, que constava da Lei n.º 11/88, de 9 de Julho.

Daí que se apresenta necessário efectuar um enquadramento dos conceitos (de empresa) utilizados pelo EGP face ao novo regime do sector empresarial.

Como já tivemos oportunidade de frisar, consideravam-se empresas estatais (as referida nas três primeiras alíneas) as unidades económicas criadas pelo Estado, destinadas à produção de bens e serviços, isto é, as novas empresas públicas (de tipo institucional). Já as situações elencadas nas alíneas *d*) e *e*) podemos enquadrar o caso das sociedades com participação pública – participação que pode ser maioritário ou minoritário.

Assim, fazendo uma interpretação em conformidade com o novo Regime do Sector Empresarial do Estado, serão considerados gestores públicos quem seja designado para órgão de gestão ou administração das empresas abrangidas pelo referido regime (RJSEP), isto é, as empresas públicas e as empresas com domínio público.

¹⁵² Resta saber qual será a necessidade de o legislador ter estabelecido esta alínea, sendo certo que, no n.º 3 do mesmo artigo, remete para diploma específico (diverso deste, julgamos) a regulamentação do estatuto remuneratório destes membros.

A redacção do artigo 1.º faz referência apenas aos *indivíduos que desempenham funções de administradores ou directores*. Deste modo, não é tido como gestor público quem seja eleito (ou designado por outra forma) para a mesa da assembleia geral (no caso sociedades de capitais públicos), conselho fiscal ou outro qualquer órgão a que não caibam funções de gestão ou administração¹⁵³.

O enunciado normativo impõe que os gestores públicos sejam indivíduos, isto é, pessoas humanas com capacidade jurídica plena. Não podendo, para efeito, ser designadas pessoas colectivas para os órgãos de administração das empresas públicas¹⁵⁴.

Portanto, para efeito do EGP, é gestor público a pessoa humana membro do órgão de administração de empresa estadual (*maxime* empresas públicas e empresas com domínio público).

3.3.1. Modalidades de designação

Não obstante o EGP tratar, nos seus artigos 2.º, 3.º e 4.º, exclusivamente da designação por nomeação, o que (talvez) possa ser justificado com a inexistência (na altura) de regulamentação uniforme do regime do sector empresarial do estado, já que o anterior regime esgotava a sua regulamentação à figura da empresa pública – o que hoje já não se justifica – este não constitui a única forma de designação. Pois, tendo em conta a natureza das empresas integrantes do sector empresarial do Estado, podemos distinguir duas modalidades fundamentais de designação dos gestores públicos: *a designação por nomeação* e *a designação por eleição*. Esta distinção decorre da divisão do sector empresarial, acima explicitado, em empresas públicas e as empresas com domínio público (que são sociedades comerciais).

A designação dos administradores através de «nomeação» ocorre nas empresas públicas de tipo institucional. Repare-se que, nestes casos, sendo uma empresa pública não se encontra aberta ao capital privado. Nesta medida, é a própria entidade administrativa que detém a empresa (superintendendo-a e tutelando-a) quem, por acto do órgão executivo

¹⁵³ Neste sentido, na perspectiva do ordenamento jurídico português, veja-se COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, in *DSR*, volume 6, Ano III, 2011, pp. 29.

¹⁵⁴ A LSC (arts. 410.º, n.º 3 e 4) admite a designação de pessoas colectivas como administradoras de sociedades anónimas, no entanto estas pessoas colectivas deverão nomear pessoas singulares para exercer o cargo em nome próprio.

competente, escolhe e nomeia os membros do conselho de administração da empresa. Competência de deixou de ser do Conselho de Ministro, passando a ser do Titular do Poder Executivo, no caso das empresas públicas de interesse estratégico (cf. art. 46.º, n.º 2 do RJSEP). Já nas restantes, a nomeação tal como a exoneração cabe ao Ministro responsável pelo SEP, sob proposta do Ministro que tutela o sector da actividade exercida pela empresa por delegação do Titular do Poder Executivo (cf. art. 46.º, n.º 3 do RJSEP). Trata-se, em termos mais precisos, de um “acto administrativo de nomeação”, categorizado na Doutrina jurídica como um acto administrativo “carecido de colaboração” na medida em que a sua plena eficácia se encontra “sujeita a aceitação dos destinatários”¹⁵⁵.

De modo diverso se passam as coisas nas empresas com domínio público, que são constituídas como sociedades comerciais de responsabilidade limitada. Nestas, a designação dos gestores processa-se de acordo com os normais termos dos estatutos e da lei comercial privada (v. arts., 411.º, 412.º e 413.º da LSC). A situação típica será, realmente, a da designação dos gestores públicos através da indicação no contrato de sociedade ou «eleição», tomada em assembleia geral (assembleia constitutiva, v. art. 411.º, n.º 1 da LSC)¹⁵⁶, isto é, através da deliberação adoptada por este órgão.

Por seu turno, a designação por eleição corresponde a um acto jurídico *puramente privado*, que se materializa através da deliberação adoptada em assembleia geral da sociedade comercial. De salientar que, a designação (de uma minoria) dos administradores poderá advir da apresentação de proposta por accionistas privados, que detenham participação no capital social da empresa com domínio público. E, mesmo no caso dos administradores cuja designação se baseie em proposta do sócio público (a maioria), os actos preparatórios conducentes a essa designação não revestirão especiais traços ou efeitos jurídico-públicos. Assim, no contexto do exercício da «função accionista» pelo sócio público, o representante da administração será inteiramente instruído a apresentar a proposta de eleição de administradores em assembleia geral, sendo em seguida a proposta votada de harmonia com os normais termos dos estatutos e da lei comercial.

¹⁵⁵ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., 2009, p. 98.

¹⁵⁶ Entendendo que, nas empresas públicas societárias unipessoais (homónimas às nossas empresas com domínio público unipessoais), o sócio único não elege propriamente os gestores públicos; ainda que em «assembleia geral», ele decide nomeá-los – a eleição pressupõe a existência de propostas e votos alternativos, veja-se COUTINHO DE ABREU, *ult., ob., cit.*, p. 33.

Julgamos ser de capital importância que a “necessária” reformulação do Estatuto do Gestor Público deve atender as particularidades do novo RJSEP, estabelecendo uma regulamentação global para o sector. Sendo para o efeito imprescindível fazer assentar em critérios objectivos de designação dos administradores. Outra preocupação prende-se com o estabelecimento de um limite temporal, em ambos os casos de nomeação e de eleição de administradores, proibindo a ocorrência de designação entre a convocação de eleições gerais ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-nomeado, salvo verificando-se a vacatura dos cargos em causa e a designação se apresentar urgente. Esta limitação temporal evita escolhas de administradores “de última hora” norteados por critérios essencialmente político-partidários.

a) Requisitos materiais da designação

A escolha de personalidade para o exercício da função de gestão ou de administração de empresas estatais deve estar (e efectivamente está), por outro lado, sujeita a requisitos materiais, os quais, no caso das sociedades comerciais materialmente públicas, reforçam e se sobrepõem aos requisitos que já então derivariam da lei comercial privada e da protecção jurídica nesse plano conferida ao «interesse da sociedade».

Deste modo, os gestores públicos deverão ser escolhidos de entre as pessoas com comprovadas idoneidade, mérito profissional, competência e experiência de gestão, bem como sentido de interesse público e habilitadas¹⁵⁷.

De entre os diversos atributos, apenas a exigência de grau académico de licenciatura, constante no EGP, se nos afigura de relativa importância, pois que é perfeitamente possível que existam personalidades que, pese embora não habilitadas com o referido grau, se mostrem inteiramente capazes para o exercício da função, podendo para o efeito revelar um apreciável histórico de gestão empresarial a demonstrar essa mesma aptidão. Em todo caso, o requisito em causa não é suficientemente desrazoável ou injustificado para que deva ser considerado inconstitucional por violação do princípio da igualdade.

¹⁵⁷ Cf. artigo 5.º, n.º 1, do EGP.

Para além das qualidades ou atributos materiais referidos, outros ainda devem ser tido em consideração na admissão de pessoas ao cargo de administração das empresas "estatais".

Em particular, sem prejuízo de as incompatibilidades e impedimentos constituírem limitações ao exercício da função, e não à designação propriamente dita, a escolha dos administradores deve, desde logo, antecipar as condições e viabilidade da sua concreta verificação.

Nomeadamente, é o caso do artigo 7.º do EGP que, por razões de *garantias de independência e de juízos livres e incondicionado*, proibi a designação para a qualidade de gestores públicos indivíduos que possuam a qualidade de sócio ou administradores de empresas concorrentes, bem como àqueles que detenham participações na mesma empresa – aplicável exclusivamente para as sociedades (com domínio público) de capitais mistos. Desde logo, é evidente que a seleção e a escolha para o cargo deve ponderar a preexistência de eventuais ligações ou interesses negociais entretecidos por esses sujeitos com a empresa, com os clientes, fornecedores ou accionistas desta.

Estas preocupações relevam (igualmente) nos casos de eventuais interesses patrimoniais, ligações ou participações dos gestores ou administradores cuja designação se encontre em perspectiva.

Daí que, no caso de a seleção e escolha recair sobre indivíduos que desempenham a função de administrador ou detenham participações em empresas concorrentes (ou na mesma empresa, desde que superior a 10%), o artigo 14.º, n.º 2 do EGP impõe prévia rescisão dos contratos que ligam os a essas empresas, ou a cessão da sua posição de sócio.

Em todas estas vertentes, do que se cura é de assegurar que a administração da empresa venha a ser exercida com rigorosa imparcialidade e sentido do interesse público, evitando que a percepção deste último se mostre perturbada por interesses patrimoniais e pessoais dos titulares da função.

Deste modo, sendo originária, estas incompatibilidades obstam ao nascimento da relação jurídica entre a pessoa seleccionada e a administração pública, caso não sejam afastada. É dizer que, por força daquele artigo 7.º, uma nomeação que recaia sobre

indivíduos, que preencham aquela hipótese e que não procedam ao referido afastamento (v. art. 14.º, n.º 2 do EGP) padece de ilegalidade¹⁵⁸.

Nos casos em que a designação dos administradores corresponda já a uma recondução a novos mandatos, outro critério material que não pode deixar de ser tido em conta respeita à *avaliação do anterior desempenho do administrador*¹⁵⁹.

Como é sabido, os administradores das empresas estatais estão sujeitos a avaliação de desempenho, seja perante o Executivo da entidade da entidade que detém a empresa, no caso das empresas públicas, seja perante a assembleia geral, no caso das empresas com domínio público (sociedades comerciais de capitais públicos).

Assim, dificilmente se compreende que determinados administradores sejam reconduzidos ao cargo (na mesma empresa, ou, pelo menos, em empresa do mesmo grupo do sector) quando a avaliação do seu desempenho anterior tivesse comprovadamente dado causa à demissão do administrador. O desempenho pretérito do administrador deve servir, portanto, como bitola às eventuais designações futuras¹⁶⁰.

Isto posto, apresenta-se pertinente saber em que medida a observância dos diversos requisitos materiais na designação dos administradores das empresas adstritas ao sector empresarial do Estado é controlável e sindicável.

A título primário, podemos aferir a existência de um factor de *responsabilidade política* que acreditamos poder revelar-se especialmente persuasivo e indutor de uma escolha cuidada dos administradores. Visto que as nomeações de administradores são objecto de publicidade oficial, e uma vez que, a generalidade das empresas do SEP se encontra hoje sujeita a obrigações de transparências, tendentes a possibilitar o conhecimento geral. Neste contexto, o Executivo que tutela e superintende as empresas públicas sujeita-se a responsabilização e controlo político (ainda que, por enquanto, enfraquecido) não só pelos respectivos órgãos parlamentares e de assembleia, como

¹⁵⁸ Em nosso entender, tal situação enquadra-se perfeitamente ao caso da nomeação da nova PCA da Empresa Angolana de Petróleos - Sonangol E.P., na medida em que, tal gestor detém participações relevantes em empresas privadas que exercem a sua actividade em concorrência com a Empresa Pública em questão.

¹⁵⁹ Assim nos termos do artigo 6.º, do EGP, não poderão ser designados como gestores públicos, os condenados por furto, roubo, burla, peculato sabotagem económica, abuso de confiança ou falsificação; “os responsáveis por falência (insolvência) de empresas ou por sua comprovada má gestão”.

¹⁶⁰ Vimos reiteradamente gestores sendo demitidos e, sucessivamente, reconduzidos em novos cargos de administração, mesmo depois de terem dado provas de desempenho negativo, criando-se, assim, uma particular “cultura de jogos de cadeiras”.

também pelo eleitor e pelo público geral. Certas escolhas de administradores particularmente “desastrosas” ou “desviadas do interesse público”, subordinadas, por exemplo, à puros critérios político-partidários, facilmente poderão ganhar projecção mediática e levar a uma descredibilização dos órgãos de governo nacionais.

Para além da responsabilidade política, não está, por outro lado, excluída a hipótese de haver um controlo de ordem jurídica, traduzido na eventual invalidação jurisdicional de determinadas escolhas de administradores. Este controlo terá mais intensidade nas empresas estatais sob forma de sociedades comerciais, as quais, estando abertas à participação capitalista privada e não funcionado, pois, “a uma só voz”, mais plausivelmente poderão servir de contexto à contraposição litigiosa entre interesses accionistas. Bem se sabe, nesse sentido, que as disposições da Lei das Sociedades Comerciais, que contemplam a possibilidade de reacção judicial dos accionistas minoritários contra administradores em funções se referem a cenários de incumprimento de deveres de gestão já no exercício do mandato, e não, portanto, à impugnação da legalidade da própria designação. No entanto, confrontados que sejam com deliberações de eleição de administradores, os sócios minoritários (privados, no caso das empresas com domínio público) poderão encontrar base para arguir a invalidade dessas deliberações com fundamento no seu *carácter abusivo*, nos termos do artigo 63.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da Lei das Sociedades Comerciais. Pense-se, a título de exemplo, na hipotética recondução ao cargo de administradores anteriormente demitidos com justa causa (objectiva), para a mesma empresa ou para empresa do mesmo grupo¹⁶¹.

b) A (in)admissibilidade da contratualização da relação

A condição “*sine qua non*” para que a designação, por nomeação ou por eleição, alcance o efeito principal a que se dirige consiste, naturalmente, na sua *aceitação* por parte do destinatário¹⁶². Sendo certo que o acto de designação (acto administrativo de nomeação ou deliberação de eleição), *de per se*, já produz o efeito de conferir à pessoa designada o “*direito de aceitar*” a função que lhe é proposta. No entanto, a efectiva investidura na

¹⁶¹ A ocorrência de deliberação abusiva nesta situação é apontada por COUTINHO DE ABREU, em *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 4ªed., 2014, pp 651-652.

¹⁶² Cf. artigo 8.º, n.º 1 do EGP.

função apenas acontecerá depois e na medida em que a pessoa designada comunique a aceitação do cargo que lhe é proposto.

No âmbito do Direito privado comercial, a Doutrina tem discutido se a investidura na função de administrador e seu exercício subsequente tem ou não uma base jurídica «contratual», questionando-se se, na génese dessa relação jurídica de gestão, se pode ou não vislumbrar um contrato celebrado entre a empresa e o administrador. A essa questão têm alguns Autores respondido que, pelo menos tendencialmente, não haverá uma verdadeira base contratual¹⁶³. No cenário socialmente mais típico o ingresso da pessoa na função e o exercício subsequente desta arrancam do puro binómio «designação/aceitação» e com ele se bastam, nenhum contrato se vislumbrará como base ou matriz genética da relação de gestão.

No caso particular das empresas do SEP, o Estatuto do Gestor Público qualifica a relação do gestor e a empresa como *prestação de serviço por tempo determinado* (v. artigo 16.º, n.º 1). Não nos parece, porém, tratar-se de um *contrato prestação de serviço por tempo determinado*, pois que não vislumbramos qualquer natureza contratual aos actos de nomeação e de eleição dos gestores públicos – que são actos unilaterais jurídico-administrativos ou jurídico-privados, cuja eficácia depende da aceitação dos designados¹⁶⁴.

No entanto, já nos parece correcto conceber este *contrato de prestação de serviço por tempo determinado*, que o legislador refere, como sendo aquele que, para além da designação, irá disciplinar a um ou outro aspecto da relação entre o gestor e a empresa.

Com a finalidade de aprofundar o modelo de controlo e de incentivo a uma boa gestão, nos diversos ordenamentos jurídicos (no caso, o português¹⁶⁵) eclodiu a prática da celebração de um «contrato de gestão» no prazo máximo de três meses contado a partir da data de designação do gestor público, caso contrário, o respectivo “*acto de nomeação*” será tido como “*nulo*”¹⁶⁶ (querendo com isto significar-se um efeito de «caducidade» do acto, em bom rigor técnico-jurídico).

¹⁶³ Assim, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...*, vol. II, cit., p 584, referindo nomeadamente que a “a relação de administração não tem de ser contratual, normalmente não é contratual”, ver também MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.ª ed., 2011, p. 927.

¹⁶⁴ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, “*Sobre os gestores públicos*”..., ob., cit., p. 34.

¹⁶⁵ Cf. o Estatuto do Gestor Público português, que consta do Decreto-Lei n.º 71/2007 de 27 de Maio.

¹⁶⁶ Cf. o artigo 18.º de EGP português.

Esta seria um aspecto que deve merecer uma especial atenção, no âmbito de uma possível reformulação do EGP, tendo em conta o contributo que esta contratualização fornece para preencher e concretizar mais os objectivos, parâmetros e metas a que o administrador se vincula na condução dos destinos das empresas¹⁶⁷. O contrato de gestão funcionaria, deste modo, como um “padrão crítico” da «performance» ou do desempenho dos administradores, para além de dar conteúdo adicional e exarar por escrito o teor das situações jurídicas (por exemplo, de índole remuneratória) em que se traduz a relação de gestão. Para isso, basta dizer que, nomeadamente, o incumprimento de objectivos fixados no contrato de gestão passa a constituir fundamento de avaliação negativa e de eventual demissão do administrador com justa causa.

Sob o prisma dogmático, sempre cumprirá, todavia, advertir que tal contratualização da relação de gestão não implicará que a celebração do contrato de gestão terá de passar a constituir base ou momento *genético-constitutiva* da relação jurídica de gestão no sector empresarial público. Olhando a forma como ele é concebido nos diversos ordenamentos jurídicos, conclui-se que a relação de gestão verdadeiramente já *preexiste* ao contrato de gestão, originando-se com o tradicional binómio «designação/aceitação». Neste sentido, a celebração do contrato de gestão surgirá apenas como um requisito de definitividade, estabilização ou consolidação dos efeitos da designação anterior¹⁶⁸.

Sendo o contrato de gestão celebrado entre o gestor público, o titular da função accionista e o Ministro responsável pelo respectivo sector de actividade, suscitaria algumas dúvidas quanto à sua aplicabilidade nos casos das empresas estatais constituídas sob forma de sociedade comercial.

Partindo das empresas públicas, não se estranharia que ali o contrato de gestão seja, efectivamente, celebrado pelo gestor ou administrador com os responsáveis da entidade administrativa que, do exterior, controla e detém a empresa, é dizer, com os titulares da função accionista e responsável governamental pelo sector de actividade. Em

¹⁶⁷ Sendo certo que no contrato de gestão define-se: “as formas de concretização das orientações (estratégicas de gestão), envolvendo sempre metas objectivas quantificadas e mensuráveis anualmente durante a vigência do contrato de gestão, que representem uma melhoria operacional e financeira nos principais indicadores de gestão da empresa; os parâmetros de eficiência da gestão; elementos (relativos à remuneração, prémio de gestão e outras regalias e benefícios dos administradores”, cf. artigo 18.º, n.º 1 do EGP português.

¹⁶⁸ Cf. VASCO FREITAS DA COSTA, “Da Designação dos Administradores das Empresa Publicas”, in *A Designação de Administradores*, Governance Lab, Coimbra: Almedina, 2015, p. 279.

bom rigor, os gestores ou administradores respondem perante os respectivos executivos da entidade administrativa detentora da empresa, por eles sendo avaliados¹⁶⁹ e, havendo causa para isso, por eles sendo demitidos¹⁷⁰. Faz, portanto, sentido que o contrato de gestão seja celebrado entre esses sujeitos.

O mesmo já não se poderá dizer das empresas com domínio público (sociedades comerciais pluripessoais). Nestas empresas, os administradores respondem *perante a assembleia geral*, na qual estão presentes quer o representante do accionista público, quer representantes dos eventuais accionistas privados. Sendo que é na assembleia geral que a avaliação dos administradores é proposta, discutida e votada, e é igualmente à assembleia geral que compete demitir os administradores inadimplentes, determinando a correspondente cessação do seu mandato. Toda a relação de gestão ou administração é, pois, estabelecida e dinamizada com a interposição dos órgãos sociais, nunca havendo espaço para relação directa entre os administradores e os titulares externos da função accionista. Por esta razão, não nos parece crível que, nas empresas do estado sob forma jurídica privada, o contrato de gestão venha a ser celebrado entre o gestor, os titulares da função accionista e o membro do Governo responsável pelo sector. Embora já pareça admissível que tal contrato deva, isso sim, ser celebrado entre o gestor público e a sociedade¹⁷¹.

3.3.2. (In)compatibilidades e impedimentos

A compreensão do problema das incompatibilidades e impedimentos implica, antes de mais, ter em atenção a qualidade dos gestores em causa, isto é, quais as funções que os gestores públicos assumem.

Deste modo, é comum fazer a distinção entre gestores públicos com *funções executivas* e, por outro lado, os gestores públicos com *funções não executivas*. O RJSEP faz a distinção entre gestores públicos (*executivos e não executivos*), no âmbito das

¹⁶⁹ Cf. artigo 17.º, do EGP e artigo 43.º, n.º2 do RJSEP.

¹⁷⁰ Cf. artigo 11.º do EGP.

¹⁷¹ Cf. VASCO FREITAS DA COSTA, “*Da Designação dos Administradores das Empresas Publicas*” ..., ob., cit., p. 280.

empresas públicas¹⁷². Já o Estatuto do Gestor Público é omissivo quanto a isto, sendo que o mesmo estabelece um regime indistinto para ambas as categorias.

Conforme foi referido, é *executivo* o gestor público a quem compete especialmente a «gestão corrente» ou técnico-operativa quotidiana da empresa; aos *não executivos* compete participar (juntamente com os executivos) nas deliberações do conselho de administração e, em particular, controlar e fiscalizar o desempenho dos executivos e o desenvolvimento dos negócios empresariais.

No que diz respeito ao exercício de funções, o n.º 1 do art. 23 do EGP começa por estabelecer: as funções de gestor público “são obrigatoriamente exercidas em regime de tempo integral (leia-se em regime de exclusividade)”. O Estatuto do Gestor Público apenas permite o caso de cumulação de funções de gestão no âmbito do sector empresarial do Estado, na medida em que isto se mostre conveniente para assegurar a coordenação entre a actividade das empresas em causa (v. art. 23.º, n.º2)

A exclusividade – aplicável, em regra, aos gestores públicos com *funções executivas* - é aqui entendida como o desempenho apenas das funções correspondentes a uma dada posição institucional ou orgânica. O que vai implicar, desde logo, a renúncia ao exercício de quaisquer outras actividades ou funções de natureza profissional, públicas ou privadas, exercidas com carácter regular ou não, e independentemente da respectiva remuneração. Naturalmente que estarão (aqui) em causa apenas as actividades que possam comprometer o exercício correcto e eficiente das funções protegidas através do regime de exclusividade. Fora deste âmbito, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade justifica um amplo espaço de liberdade pessoal, a exercer individualmente ou em associação¹⁷³.

As incompatibilidades – que geram, em relação aos funcionários ou agentes, por elas atingidos, deveres negativos, ou seja, a omissão de preenchimento de novo lugar ou desempenho de outras funções – constituem, assim, um limite em relação à matéria das acumulações. Isto é, a acumulação só poderá verificar-se quando não há incompatibilidade

¹⁷² No que diz respeito às sociedades comerciais de capitais públicos, ao que tudo indica, nos devemos socorrer dos preceitos da LSC

¹⁷³ Sobre tal direito, veja-se PEDRO MACHETE, *Estudos de Direito Democrático e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 530 e ss. Assim não descortinamos qualquer incompatibilidade relativamente a actividades tais como, docência; actividade autoral; conferências, palestras e acções de formação de curta duração.

ou esta pode ser removida; logo que haja incompatibilidade ou ela não possa ser removida, não poderá haver acumulação.

O fundamento material das normas sobre incompatibilidades e acumulações reside, por um lado, na preocupação de fazer consagrar a total actividade do funcionário ao seu cargo, neutralizando as eventuais dispersões funcionais prejudiciais para o serviço, e, por outro, na necessidade de evitar que o funcionário seja confrontado com situações de conflitos entre a prossecução do interesse público e a defesa dos interesses particulares em que esteja envolvido. Trata-se, conforme refere PEDRO MACHETE, de garantias legais do bom desempenho do cargo¹⁷⁴.

Ademais, centrando-se na inibição do exercício de actividades concorrentes, o presente artigo acaba por apresentar uma dupla relevância, isto é, por um lado irá funcionar como um factor negativo no que tange aos requisitos de designação (nos termos supra analisados) e, por outro lado, implicará a imposição de um verdadeiro dever específico aos gestores públicos, de não exercer quaisquer actividades temporárias ou permanentes em empresas privadas concorrentes.

Sendo discutida, na doutrina jus-comercialista, se esta proibição envolve somente as actividades compreendidas no objecto social da empresa, ou, para além destas, as actividades que empresa em causa desenvolve *de facto*.

Tendo em conta que a *ratio legis* destas normas que, no nosso entender, se consubstancia em evitar potenciais conflitos de interesses, enquanto dimensão do dever de

¹⁷⁴ V. “Incompatibilidade e impedimentos no novo Estatuto do Gestor Público; a ética de serviço público e as formas jurídico-organizatórias das empresas”, in *Liberdade e Compromisso – Estudos dedicados ao Prof. Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, UCE, Lisboa, 2009, p. 306. O que está em causa no regime de exclusividade é assegurar o respeito de dois princípios da actividade administrativa: o princípio da eficiência, que procura evitar distorções funcionais, impondo dedicação total do funcionário, e o princípio da imparcialidade, que visa evitar situações de conflitos de interesse. Assim, no dizer de ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 1997, nota III ao artigo 44.º, p. 244, “o que está em causa na incompatibilidade é, pois, a garantia da imparcialidade da actuação administrativa como valor (puramente) abstracto: é a própria lei que exclui a possibilidade de acumulação – por suspeitar, em abstracto, dos desvios em favor de outras actividades privadas ou públicas dos fins por que se deve pautar o exercício de certas actividades públicas, independentemente da pessoa que se trate e do interesse que le tenha ou deixe de ter em qualquer decisão. A incompatibilidade não tem, pois, que ver com casos concretos, nem com procedimentos determinados”.

lealdade que o gestor deve ter com a empresa, julgamos que estas actividades exercidas *de facto* pela empresa pública estão incluídas no âmbito de protecção da norma¹⁷⁵.

Já os impedimentos, diversamente, reconduzem-se a situações de impossibilidade legal pontual, relativas a certos actos ou situações, em ordem a garantir a isenção e imparcialidade da Administração. Os mesmos correspondem a situações em que, devido à existência de interesses pessoais, directos ou indirectos do agente, a própria lei considera não se encontrar assegurada a isenção ou rectidão da sua conduta, pelo que o proíbe de tomar decisões ou de tomar parte em contratos celebrados com a Administração. Constituindo igualmente garantias de imparcialidade, porém, nestes, o que se passa é que o titular do órgão fica proibido de intervir em casos concretos e definidos, o que não se deve a razões abstractas de incompatibilidades entre cargos, mas à pessoa do titular do órgão e ao interesse que ele tem naquela decisão – e exactamente por só respeitar ao caso concreto, o impedimento pode qualificar-se como um incidente do procedimento¹⁷⁶.

Assim, o gestor público que viole preceitos sobre incompatibilidades (proibição legais de exercício de certas actividades) ou impedimentos (proibições legais de intervenção em certos actos ou situações) pode ser *demitido* e a consequente responsabilização, nos casos em que se apresentar necessário – art. 25.º, n.º 2, do EGP, e art. 28.º, n.º 2 da Lei da Probidade Pública.

Finalmente, cumpre referir a obrigação de informação que é imposta aos gestores públicos (e não só) instrumental à fiscalização e controlo do respeito das regras em matéria de incompatibilidades e impedimentos.

Assim, o do artigo 27.º da Lei da Probidade Pública, impõe aos gestores públicos o dever de apresentar junto da entidade que exerce o poder de direcção, de superintendência ou de tutela (e outras formas de controlo), que remete, no prazo de oito dias úteis, ao Procurador-Geral da República, uma declaração de inexistência de

¹⁷⁵ Neste sentido, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª ed., IDET, Coimbra: Almedina, p. Em sentido diverso, SOVERAL MARTINS, “Comentário ao artigo 398.º do CSC” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Coimbra: Almedina, 2013, p. 343.

¹⁷⁶ Cf. ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM, *ob.*, cit., *ibidem*. Para esse efeito, veja-se ainda a Regime Probidade Pública, constante na Lei 3/10, de 29 de Março, particularmente o artigo 28.º, n.º1, alínea b) «o agente público está impedido de intervir na preparação, na decisão e na execução dos actos e contratos quando, por si ou como representante de outra pessoa, nele tenha interesse seu cônjuge ou parente na linha recta ou até ao segundo grau da linha colateral, bem como com quem viva em comunhão de mesa e habitação.»

incompatibilidade e de impedimentos, donde constem todos os elementos necessários à verificação do cumprimento do disposto naquela lei, nomeadamente a enumeração dos direitos, rendimentos, títulos, acções ou de qualquer outra espécie de bens e valores, localizados no País ou no estrangeiro. O prazo para o fazer é de 30 dias, após a tomada de posse¹⁷⁷.

3.3.3. A remuneração como factor motivacional

O Estatuto do Gestor público, no seu artigo 19.º, n.º 1, alínea *d*), estatui o direito à percepção de vencimento dos gestores públicos, embora sem fazer qualquer referência ao modo de quantificação/estabelecimento desta remuneração.

Uma das clássicas e controversas questões na gestão das organizações é a remuneração. No entanto ela apresenta dupla vertente problemática: se por um lado, se bem ajustada, pode potenciar a eficiência da gestão e criar uma corrente positiva de incentivo a maximização de eficiência e aumento da qualidade, poderá, igualmente, se mal ajustada, ou ligeiramente desequilibrada, tornar-se *self fulfilling prophecy*, no sentido de que se a fórmula remuneratória tiver um mínimo desequilíbrio ou não estiver totalmente ajustada a incentivar o que se pretende, e o gestor se aperceber disto, poderá perder esse incentivo e explorar esse *loophole* e exponenciar determinantes componentes da gestão, ou dos resultados, detrimento de outros, maximizando a parcela variável da remuneração, auferindo assim valores superiores aos inicialmente pensados na elaboração da fórmula remuneratória.

Podemos equacionar, em abstracto, vários sistemas de remuneração: uma remuneração *fixa*, que pode ser alinhada aos valores de mercado privado ou alinhada a outras remunerações do sector público; uma remuneração mista, com uma *parcela fixa* e uma *parcela variável*; e, por fim, uma remuneração quase totalmente variável¹⁷⁸.

Existem, como na maior parte dos casos, vantagens em ambas as opções. A doutrina salienta algumas vantagens de uma remuneração fixa, cumulada com a

¹⁷⁷ Se o gestor público não proceder à apresentação da mencionada declaração, no prazo determinado por lei, será demitido ou destituído, sem prejuízo de outras sanções previstas por lei – art. 27.º, n.º 4 da Lei da Probidade Pública.

¹⁷⁸ Apesar de não existirem diferenças qualitativas entre as últimas duas, apenas quantitativas, a verdade é que em termos práticos a distinção evidencia diferenças relevantes, pelo que optámos por as separar.

estabilidade do emprego, típico da relação contratual com a Administração Pública. De entre as mais importantes sublinhamos a possibilidade de emitir sugestões e de actuar criticamente no que tange ao rumo dos acontecimentos, mesmo contra os “superiores”, com a segurança de que a sua situação é relativamente garantida, e de que o salário é determinado por regras formais em que o tempo de serviço constitui o principal critério de ascensão na carreira¹⁷⁹.

Com efeito, a relativa segurança da manutenção do posto de trabalho, aliada à estabilidade remuneratória cria um clima de isenção propício a que o gestor tenha a possibilidade de intervir no rumo da gestão, nas estratégias seguidas, criticar algumas linhas estratégicas, procurar inovar ou trilhar novos caminhos independentemente de estes apresentarem bons resultados no curto prazo¹⁸⁰.

Em bom rigor, não existe concordância na doutrina sobre qual será a melhor posição face à remuneração do gestor público. E para as divergências há diversos argumentos de parte a parte.

Pacífica é a ideia que afirma que salários abaixo do valor de mercado diminuem a procura. De entre todos os candidatos possíveis, apresentar-se-ão apenas aqueles que não conseguiram um emprego melhor remunerado, nas empresas que ofereçam remunerações acima ou ao valor de mercado (ou abaixo, mas acima do proposto pela empresa a que nos referimos)¹⁸¹. Por outro lado, e de extrema importância, é também tendencialmente unanime que salários baixos funcionam como um estímulo à corrupção¹⁸².

A favor do salário fixo pode dizer-se que nenhuma forma de remuneração variável é perfeita, pelo que se criará um incentivo para “produzir” apenas naquilo que acionar uma variável da fórmula remuneratória, de tal maneira que o gestor consiga obter uma maior

¹⁷⁹ A favor desse modelo, veja-se BRUNO FREY/ MATTHIAS BENZ, “*Corporate Governance: what can we learn from Public Governance*”, *Academy of Management Review* 32(1): 92-104, 2007, p. 2 “*First, we argue that corporate governance can gain from realigning manager’s compensation with the practice prevalent in the public sector, namely fixed compensation no dependent on pay-for-performance*”.

¹⁸⁰ A questão do curto prazo é, aliás, fulcral nesta temática, na medida em que a variabilidade dos salários em função dos resultados, se conjugada com uma situação em que o gestor não tenha garantido um determinado tempo como titular do cargo, cria incentivos à gestão de busca do lucro a curto prazo, independentemente da sustentabilidade dessa política.

¹⁸¹ Com a excepção, naturalmente, dos casos em que a vontade de assumir o cargo independentemente do vencimento, seja por corresponder a um desejo da pessoa em questão quer pelo sentido de cumprimento de um dever cívico, em que a importância de factores como o vencimento surge mitigada.

¹⁸² Cf. BRUNO FREY/ MATTHIAS BENZ, “*Corporate Governance: what can we learn from Public Governance*”, *Academy of Management Review* 32(1): 92-104, 2007, p. 5.

retribuição, adormecendo, pelo contrário, outro tipo de acções que, por imperfeição natural das fórmulas de cálculo da remuneração, fiquem de fora deste e, por conseguinte, obstem à sua execução.

No entanto, pode facilmente argumentar-se o contrário, isto é, a total ausência de fórmulas cria uma constrição-zero nas acções do gestor; a sua existência cria uma constrição que, podendo ser imperfeita, existe e será tendencialmente apta a ordenar as acções do gestor.

Por nosso lado, entendemos que a fórmula mais adequada para o Sector Empresarial Público deve estar em consonância com as funções exercidas por cada gestor. Deste modo, para gestores que desempenham *funções executivas* a remuneração deverá combinar uma parte *fixa* – alinhada às remunerações do sector público – e *uma outra parcela variável* – estritamente dependente da demonstração de resultados de gestão por parte do gestor, de modo que, a performance dos gestores públicos seja estimulada.

Quanto aos *gestores em funções não executivas*, seguimos de perto a doutrina que aconselha exclusivamente a remuneração *fixa*, visto que a remuneração com parte variável enfraqueceria a «independência» dos (fiscalizadores) não executivos perante os (fiscalizáveis) executivos¹⁸³.

Quanto a fixação das remunerações, dispõe o artigo 20.º, n.º 1 do EGP, a mesma será acordada entre as partes e será fixada no respectivo diploma de nomeação. Salta-nos (novamente) aos olhos, uma daquelas evidências de que o Estatuto do Gestor Público, resultado do seu tempo, foi pensado exclusivamente para as empresas públicas e, no limiar, para as sociedades unipessoais de capitais públicos. Pois que, não vimos qualquer viabilidade de tal mecanismo de fixação de remunerações nas sociedades de capitais mistos. Nestas, a remuneração deverá ser fixada por «*deliberação em assembleia geral*» (v. art. 420.º da LSC).

3.4. O Lucro e a sua Especificidade no Sector Empresarial do Estado

Tendo em conta especial configuração do sector empresarial público, onde avultam modelos institucionais e societários de empresas, torna-se particularmente

¹⁸³ Neste sentido, veja-se COUTINHO DE ABREU, “*Sobre os gestores públicos*”..., cit., p. 41, nota 46.

problema a questão da compatibilização do interesse público e a fim lucrativo destas mesmas empresas. Daí que, consideramos que no que diz respeito ao SEP, esta especificidade que rodeia o elemento lucro tem de ser perspectivada em dois planos: por um lado, colocando-o na problemática do conceito de empresa pública; por outro lado, colocando-o em confronto com o regime jurídico aplicável às empresas com domínio público e as empresas participadas (*maxime*, o regime das sociedades comerciais).

A nossa análise começa com a abordagem ao binómio lucro-empresa, sendo que isto nos remeterá à uma discussão clássica, no sentido de saber se as empresas públicas, por serem empresas, têm ou não necessariamente de ser lucrativas¹⁸⁴.

Tendo em conta este binómio, alguma doutrina tende a justificar o propósito das empresas públicas, no substrato lucrativo de toda e qualquer empresa. Deste modo, tendo por base o entendimento de que toda a empresa tem finalidade lucrativa, e considerando que as empresas públicas são evidentemente empresas, logo, consequentemente, as empresas públicas visariam o lucro. Dito em outras palavras, à empresa se reserva aquelas unidades de produção criadas com o intuito de que a remuneração das utilidades produzidas seja superior ao respectivo custo de produção dos bens ou serviços, o que implica dizer que a empresa pública, enquanto empresa, teria finalidade lucrativa.

Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL¹⁸⁵, AUGUSTO DE ATHAYDE¹⁸⁶, e NUNO SÁ GOMES¹⁸⁷, tomam como ponto de partida a contraposição das noções de unidade de produção e empresa para sustentar este escopo lucrativo. Entende-se como unidade de produção “*as organizações de capitais, técnica e trabalho, que se dedicam à produção de determinados bens ou serviços destinados a serem vendidos no mercado, mediante um preço*”, almejando ou não lucratividade. Já a instituição e funcionamento de uma unidade de produção com finalidade lucrativa caracterizaria a criação de uma empresa, ao passo que aquela organizada de modo a não prosseguir um fim lucrativo seria qualificada como uma unidade produtiva não empresarial. Assim, as

¹⁸⁴ A colocar com grande minúcia esta questão, v. COUTINHO DE ABREU, *Definição...*, cit., pp. 138 ss., e afastando o entendimento de que o intuito lucrativo seria característico do conceito de empresa.

¹⁸⁵ Cf. *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 392 ss..

¹⁸⁶ Cf. *Elementos para um Curso de Direito Administrativo da Economia*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1970, pp 149-153.

¹⁸⁷ Cf. “Notas sobre a função e regime jurídico das pessoas colectivas públicas de direito privado”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 343/345, pp. 65-69.

empresas públicas, como empresas que são associam-se as unidades de produção com finalidade (institucional) lucrativa.

Contudo, DIOGO FREITAS DO AMARAL¹⁸⁸ acrescenta que a lucratividade pode ou não ser alcançada, tornando-se uma discussão não vinculada à essencialidade lucrativa, mas relacionada à competência da administração empresarial, e a própria (in)viabilidade que permeia a essência do bem ou serviço posto em mercado. Dito isto, se uma empresa pública apresentar prejuízo, não implica a perda da qualificação como empresa pública, ou que se trata de uma equivocada qualificação. Em bom rigor, a problemática aqui apresentada estaria especialmente relacionada à má administração, ou à inexequibilidade económica do produto/actividade desenvolvida.

É inegável que, como ocorre em toda e qualquer empresa, a competência administrativa e a potencial rentabilidade associada aos produtos e serviços postos em mercado influenciam directamente no resultado económico atingível. No entanto o que está aqui em causa não são os factores de competência e potencialidade mercantil, presente em toda e qualquer estrutura empresarial. O nosso desígnio é analisar a essencialidade do escopo lucrativo no desenvolvimento do conceito de empresa pública.

Em sentido contrario, MARCELLO CAETANO¹⁸⁹ defendia que a finalidade lucrativa é desconsiderável enquanto elemento essência para desenvolvimento do conceito de empresas públicas. *“O fim lucrativo não se nos afigura essencial ao conceito de empresa pública. Esta, como organização financeiramente autónoma, deve procurar bastar-se, cobrindo os gastos com as próprias receitas, mas nada impede que entre estas figurem subsídios ou subvenções de cofres públicos destinados a sustentar preços políticos.”*

Ainda neste sentido, não obstante julgar relevante a busca pelo lucro, COUTINHO DE ABREU¹⁹⁰ acredita que, de facto, o intuito lucrativo não é uma *nota*

¹⁸⁸ Cf. *ul., ob., cit.*, p. 394.

¹⁸⁹ Cf. *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 8ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 1007

¹⁹⁰ Cf. *Definição...*, cit., pp. 138 ss, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 121 ss. Algo próximo a este entendimento, para as empresas locais, veja-se PEDRO COSTA GONÇALVES, *Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 46, asseverando que tal objectivo só deve se constituir em segunda linha, visto que a finalidade primordial da iniciativa económica local deve, de imediato, vincular-se à realização do interesse público. Sendo que, os objectivos de viabilidade económica e de equilíbrio financeiro não excluem das empresas o propósito de alcançarem resultados positivos. Embora seja proibida a constituição de empresas locais com finalidade exclusivamente mercantil, nada impede que

essencial na definição de empresas públicas. O Autor sustenta que as empresas públicas devem estabelecer um modelo organizativo que permita alcançar (ao menos a médio prazo) um resultado mínimo: *o equilíbrio entre custos e receitas da produção*. Assim, em tese geral, entende-se que “*empresas públicas devem visar, pelo menos, o equilíbrio entre os custos e as receitas da produção; devendo ainda, caso o interesse público (feito sentir heterónimo-tuteladamente ou autonomamente) não impeça, actuar com o objectivo da optimização dos lucros; excepcionalmente, por força de especiais encargos de interesse público, poderão ter de funcionar em défice*”.

Ainda vai mais além ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁹¹, ao defender que as actividades exercidas pelas empresas públicas seriam, a princípio, prestações de competência dos entes públicos. Entretanto, quando estruturadas em moldes empresariais, estaríamos defronte a uma empresa, com a presença de uma particular relação com uma entidade pública. Com efeito, esse carácter empresarial que as assola confere-lhes um escopo económico, que não teria de ser necessariamente lucrativo. “*A estrutura administrativa visa, fundamentalmente, otimizar os resultados face aos que poderão, no limite, residir na prestação de serviços gratuitos e, como tal, não lucrativos*”. Para o Autor, as empresas públicas poderiam ser constituídas, ainda que para o exercício de actividade que pressuponha receitas sempre inferiores aos custos de produção, ou seja, para o exercício de uma actividade financeira deficitária.

Entendimento com o qual estamos em desacordo, pois que admitir que se constitua uma empresa para o exercício de uma actividade deficitária significaria, em última análise, uma descaracterização da realidade empresarial, ponde em causa o critério distintivo entre a empresa e não-empresa.

Tendo em conta a realidade jurídica angolana, não nos parece que seja a melhor opção defender a essencialidade do elemento lucro no conceito de empresa pública, valendo-se do que dispõe o regime jurídico do sector empresarial do Estado, aprovado pela Lei de Base n.º 11/13 de 3 de Setembro de 2013.

elas prossigam finalidade lucrativa, desde que tal propósito seja articulado à prossecução do interesse público.

¹⁹¹ Cf. *Direito da Economia*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1986, p. 241.

Sob a epígrafe “autonomia e rentabilidade financeira”, dispõe o n.º 1 do artigo 21.º do RJSEP, “*as empresas públicas ou com domínio público devem, no exercício da respectiva actividade, obter receitas suficientes para fazer face às suas despesas.*”

Do teor literal deste artigo decorre que, a título primário, para as empresas públicas não é essencial a finalidade lucrativa, mas (no limiar) o equilíbrio entre as receitas e despesas. Parafraseando COUTINHO DE ABREU¹⁹², “*as EPs devem organizar-se e funcionar de modo a alcançarem (ao menos a médio prazo) este resultado mínimo: equilíbrio entre custos e receitas da produção, cobertura daqueles por estes – assegurando assim a reprodução (simples) do processo produtivo.*”

No entanto, é próprio legislador de impõe alguns desvios – para mais e para menos – a este princípio básico. Por um lado, existem empresas públicas e empresas com domínio público que podem/devem ir para além do resultado mínimo referido, estarem orientadas numa perspectiva da rentabilidade, é dizer, actuar com escopo *lucrativo* – v. g., bancos e seguradoras – (v. art. 21.º, n.º 3 do RJSEP). Por outro lado, quando estejam em causa especiais obrigações de serviço público, as empresas podem ficar vinculadas juridicamente a comportamentos que impossibilitam até cobrir os custos com as receitas, o que determinar uma actuação *deficitária* (v. art., 21.º, n.º 4 do RJSEP).

3.4.1. O Lucro como Elemento da Forma Societária

Como sociedades, as empresas com domínio público são pessoas colectivas de direito privado, conseqüentemente, a sua organização e funcionamento regidos pelo direito privado. Por sua vez, tendo em conta a titularidade do capital, são necessariamente fundadas pela prossecução do interesse público, e em virtude disso, detêm particularidade que são consagradas no regime jurídico próprio.

Neste sentido, verificamos várias regras que afastam as empresas com domínio público do regime geral das sociedades, desde logo, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas (v. artigo 2.º, n.º 2 al. f) da LOFTC) e a controlo financeiro da Instituto para o Sector Empresarial do Público (doravante ISEP); os titulares dos órgãos de gestão ou de administração são subsidiariamente sujeitos ao Estatuto dos Gestores Público (v. art.

¹⁹² Cf. *In Definição*, cit., p. 142.

36.º da RJSEP); órgão de administração está sujeito a determinadas orientações estratégicas, emanadas pela entidade pública (v. art. 37.º).

Deste modo, mesmo que se entenda que estas empresas são sociedades comerciais, para analisar o conceito sociedade não basta recorrer ao disposto no artigo 1.º, n.º 2 da LSC, e aqueloutro a que corresponde às sociedades de capitais públicos (entenda-se, integral ou maioritário) referida no artigo 4.º da RJSEP, uma vez que, a semelhança de outros ordenamentos jurídicos, na nossa ordem jurídica vigora um conceito unitário, que é um conceito geral, em relação ao qual a sociedade comercial se deverá considerar espécie. Assim, não obstante o citado preceito apontar dois critérios para definir o que seja sociedade comercial, um substancial – prática de actos de comércio –, e outro formal – a adopção de um dos tipos de sociedade legalmente previstos, acontece que este artigo não define aquilo que se deverá entender por sociedade. Destarte, aplicando-se a regra do direito subsidiário, previsto no art. 1.º, n.º 4 da LSC, nos socorremos ao Código Civil para alcançarmos a noção geral de sociedade.

Partindo então das orientações dispostas no art. 980.º do CC¹⁹³: “*contrato de sociedade é aquele em que um ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de um actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade*”. Podemos extrair do dispositivo legal quatro elementos de definição que agora analisamos, designadamente: a) agrupamento de

¹⁹³ V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 5, O Autor destaca que essa noção civilística não esgota a tradução dos elementos de uma sociedade, principalmente por serem hoje admitidas sociedades que não se baseiam em contratos ou negócios jurídicos pluripessoais. Assim, ganha mais sentido considerar a sociedade pelo prisma de acto jurídico, já que existem sociedades sem natureza contratual, como as sociedades unipessoais; e também sociedades que não assumam natureza negocial, tal como sucede com as (estas) sociedades inseridas no sector empresarial do Estado, instituídas por via de Decreto-lei.

pessoas¹⁹⁴; b) constituição de um fundo patrimonial; c) objecto característico da sociedade¹⁹⁵; d) o fim lucrativo e a sua distribuição entre os sócios.

Não relegando a importância dos três primeiros elementos referidos, a nossa atenção recairá no último elemento. Para tal análise é necessário ter em atenção que, a própria noção de lucro é alvo de discussão Doutrinal, não havendo unanimidade quanto ao significado a atribuir-lhes; a sua relevância como elemento conformador do conceito de sociedade tem sido questionada.

No que toca à primeira questão, adoptamos uma concepção restritiva de lucro, considerando-o como um acréscimo patrimonial resultante da actividade exercida pela sociedade¹⁹⁶.

Sublinha-se que o lucro, concebido nestes termos, apresenta duas vertentes, um pendor subjectivista através do qual se prefigura o lucro como um direito dos sócios a exigir a respectiva distribuição¹⁹⁷, e outro objectivista, na medida em que o lucro visa *remunerar a organização da sociedade*". Para qualificar um determinada figura jurídica como sendo sociedade, parece-nos, essencial ter em atenção esta vertente objectiva assinalada ao intuito lucrativo. Isto porque, é com base nesse intuito específico que se

¹⁹⁴ Em regra, a sociedade é composta por dois ou mais sujeitos (regra também prevista no art. 8.º, n.º 2 da LSC). Entretanto, são admitidas sociedades unipessoais, tanto supervenientes (v. art. 142.º, n.º 1 a) da LSC) como originária, nos termos da Lei das Sociedades Unipessoais de Angola (Lei n.º 19/12, de 11 de junho). A propósito do tema das sociedades unipessoais, veja-se RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português. Contributo para o Estudo do seu Regime Jurídico*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 52 e ss.. Para uma outra abordagem sintética a propósito da unipessoalidade, veja-se também do mesmo autor, "As Sociedades Unipessoais", in *Problemas de Direito das Sociedades*. IDET, Coimbra: Almedina, 2002, p. 25 e ss. No direito espanhol, v. MANUEL OLIVENCIA, "Sociedades Unipersonales de Entes Públicos en el Derecho Español", in *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Ferrer Correia*, vol. II, BFDC, Coimbra, 1989, p. 827 e ss.

¹⁹⁵ O objecto de uma sociedade deve consistir, necessariamente, em uma actividade económica, que não de mera fruição. No entanto, a regra que proíbe a constituição de sociedades para o exercício de actividades de mera fruição comporta excepção, tal como, a "a sociedade de simples administração de bens". Esta figura do direito fiscal é qualificada por algumas legislações (a portuguesa, a título de exemplo), não podendo ser omitida na construção do conceito geral de sociedades. Para desenvolvimentos, v. COUTINHO DE ABREU (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 31-35.

¹⁹⁶ Seguimos assim o entendimento de autores como COUTINHO DE ABREU, que define o lucro como sendo "(...) o ganho traduzível no incremento do património da sociedade", in *Curso...*, vol. II, cit., p. 16 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais: Parte Geral*, vol. IV, Lisboa: Dislivro, 2000, pp. 31 ss., que afasta a noção ampla de lucro, proposta pelo Professor FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, Coimbra, 1994, p. 23, ainda hoje mantida por PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, pp. 137-138.

¹⁹⁷ Pese embora seja controvertida a questão de saber se existe ou não um direito geral dos sócios à repartição dos lucros. Veja-se a este propósito, negando a existência de tal direito, FELIPE CASSIANO DOS SANTOS, "O Direito aos Lucros no Código das Sociedades Comerciais (à luz dos 15 anos de Vigência)", in *Problemas de Direito das Sociedades*, IDET, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 185 ss..

constroem princípios orientadores da actuação da estrutura societária, dentro dos quais o objectivo de alcançar lucros é relevante.

Com esta ultima ideia, cumpre agora equacionar a terceira questão acima levantada. Desde já, é evidente que o escopo lucrativo e a sua importância enquanto elemento qualificador do conceito sociedade há já muito tempo que tem vindo a ser questionado¹⁹⁸.

Embora a LSC não preveja expressamente, parece-nos que este fim lucrativo se vale para as sociedades comerciais. É o que decorre, por exemplo, dos arts. 1.º, n.º 4 (aplicação subsidiária do CC); 6.º, n.ºs. 1, 2 e 3 (capacidade jurídica da sociedade delimitada pelo fim lucrativo); 12.º, n.º 6, b) (da denominação das sociedades não podem fazer parte expressões que possam induzir em erro quanto à caracterização jurídica da sociedade, designadamente expressões correntemente usadas na designação de pessoas sem o fim lucrativo); 24.º (participação nos lucros); 32.º (deliberação de distribuição de lucros)

¹⁹⁸ Defendendo que a finalidade lucrativa não é um elemento essencial para o desenvolvimento da definição de sociedades comerciais v. PINTO FURTADO, *Curso...*, cit., pp. 140 ss., MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 10ª ed., Lisboa: Edições Jurídicas, 2007, pp. 128 ss.. Para esses AAVV., o fim lucrativo deveria ser compreendido com uma extensão mais ampla, quando muito, um “objectivo normal” perseguido pelas sociedades. Ademais, essa corrente doutrinária se socorre da crescente utilização de figura jurídica societária para o exercício de actividades (aparentemente) não lucrativas, como seria o caso das sociedades instrumentais em grupos societários, das SGPS, e até de algumas empresas públicas de tipo societário.

Nessa perspectiva, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 246-248, entende que “(...) deve hoje afirmar-se, de pleno, a superação da contraposição lucro/fim lucrativo. O fim social nada mais é do que objectivo geral que a sociedade se propõe atingir através das actividades que desenvolve, podendo ser lucrativo ou não lucrativo: a forma societária de actuação e, em especial, o recurso à sociedade comercial, não é incompatível com objectivos últimos não lucrativos. O lucro pressuposto da noção de sociedade do art. 980.º do CC, assumir-se-á, neste caso, com «fim» meramente instrumental de um outro pressuposto: mais do que fim em si mesmo, o lucro surge «então como meio para obtenção de fim não lucrativo» no caso das sociedades non profit e nas sociedades-veículo. Poderia duvidar-se, é certo, da compatibilidade desta concepção com a lógica de repartição dos lucros entre os sócios presentes no referido art. 980.º, mas a natureza societária do contrato não se caracteriza quando não é visado o lucro ou a sua distribuição pelos sócios. Não pode, portanto, afirmar-se genericamente que o fim da sociedade é o lucro. Note-se que dizemos em nada choca com o art. 6.º nem tem por efeito o estreitamento da capacidade jurídica das sociedades comerciais. Se é certo uma das vias seguidas para o alargamento da capacidade societária, aparentemente limitada pelo, consiste em fazer coincidir o fim com genérico objectivo de obter lucro, a superação do princípio da especialidade é possível directamente a partir das regras n.ºs. 2 e 3 do art. 6.º, de tal maneira que a capacidade das pessoas colectivas obedecerá a um regime de ilimitação.” Ao afirmar que o lucro é um meio para obtenção de um fim lucrativo, a Autora caba por tratar o fim como o *objecto social*, o que é distinguido pelo CSC (tal como a LSC), no art. 6.º, n.ºs. 1 e 4. Além disso, se fazer valer das “liberalidades usuais” (cf. n.º 2, art. 6.º) e da “prestação de garantias” (cf. n.º 3, art. 6.º) buscando justificar-se no interesse próprio da sociedade garante (que tem o ónus de provar a existência desse mesmo interesse, quando o acto seja posto em causa) ou na relação de domínio ou de grupo (cujo regime especial sempre permitiria tais actos), para sustentar um regime de indistinta ilimitação da capacidade da sociedade, talvez não seja a mais razoável das interpretações.

239.º e 326.º (direito aos lucros de exercício nas sociedades por quotas e anónimas, respectivamente).

E é neste sentido que, como regra geral, faz-se valer a imprescindibilidade do escopo lucrativo na composição do conceito de sociedade¹⁹⁹.

Todavia, tendo em conta a especial configuração do SEP, coloca-se o problema de saber se um tal entendimento se deverá assim manter nos quadros da nossa ordem jurídica, pois que integram no sector empresarial público diversas actividades produzidas em termos deficitários por razões sociais, tendo presente que o mesmo abrange empresas societárias e outras institucionais.

Não obstante ter referido a complexidade da matéria em questão, COUTINHO DE ABREU²⁰⁰ aponta algumas soluções, respeitando a natureza dos sócios envolvidos. Assim, para as *sociedades de economia mista* (de participação minoritária ou maioritária), por conta da participação de sócios privados, parece que o intuito lucrativo estará iminentemente implícito. É que nestas sociedade em que haja uma participação privada a finalidade irá pressuposta, já que esta participação tem em vista, no mínimo, a justa retribuição do capital investido. Ademais, a iniciativa privada não é (por regra) vocacionada ao desenvolvimento de actuações altruístas.

Por sua vez, considerando as *sociedades com capitais inteiramente públicos*, a essencialidade do escopo lucrativo não será assim tão incontendível. Desta feita, quando constituídas nos termos da LSC, elas têm (por definição) fim lucrativo; embora, quando

¹⁹⁹ Para este efeito, v. MARIA DE FÁTIMA RIBERIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 516, ao destacar que ao permitir que sociedade pudesse exercer uma actividade económica sem qualquer fim lucrativo, seria o mesmo que “a própria função social do ente societário se ver completamente posta em causa com sociedades que, necessariamente destinadas ao exercício de uma actividade económica, mas não necessariamente orientadas para a produção de um lucro susceptível de ser distribuído pelos sócios, podem bem ser conduzidas legalmente em direcção a uma completa externalização do risco empresarial, risco esse que pode, então, assumir uma dimensão cuja externalização não é, sequer, justificada pela função social do instituto através do qual a actividade empresarial é exercida”. Deste feita, abria-se às portas para abusos ao instituto jurídico das sociedades. Ademais, se tal acontecesse, serio o mesmo que desconsiderar as diferenças matérias que permeiam as figuras jurídicas das sociedades, associações e das fundações. Sendo o escopo lucrativo que permite distinguir a figura societária, das associações e das fundações, visto que estas duas últimas não podem exercer actividades económicas, cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 31. Com o mesmo entendimento, v. FELIPE CASSIANO DOS SANTOS, *O direito aos lucros...*, cit., p. 185 ss., e *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49, sublinhando que “centrada a actividade económica na empresa, é imperioso que o exercício desta seja possível em moldes lucrativos, de acordo com o plano ou projecto do titular”.

²⁰⁰ V. “As novíssimas empresas públicas”..., cit., pp. 65-66

sejam encarregadas da gestão de serviços públicos ou de interesse geral, os interesses públicos podem determinar uma sistemática actuação sem finalidades lucrativas. Já quando as sociedades de capitais exclusivamente públicos sejam constituídas por decreto-lei, pode o acto constituinte, derogando a genérica noção de sociedade, estabelecer logo de modo explícito ou implícito a exclusão do intuito lucrativo²⁰¹.

Todavia, não renegando tal possibilidade, julgamos que esta lateralização do escopo lucrativo, quando esteja em causa empresas sob a forma societária, deve ser particularmente ponderada. Consideramos por isso necessário chamar a atenção para o papel positivo que podem desempenhar as sociedades de capitais públicos no conjunto do sector empresarial do Estado, designadamente se às mesmas não forem amputadas dos seus elementos essenciais que as caracterizam como tal. Neste contexto, a preservação da importância do elemento em causa, garante-se a aplicabilidade da figura em conformidade com os seus atributos específicos, os quais são relevantes não apenas para efeito de qualificação jurídica, mas também, como se verá no ponto seguinte, para definir a margem de manobra que legalmente lhes é reconhecida, que por sua vez determina o juízo de validade ou legitimidade dos actos por aquelas praticados.

Ademais, esta possibilidade é reconhecida quando estejam em causa finalidades de interesse público, as quais terão necessariamente de ser prosseguidas, não sendo a esse propósito sequer relevante suscitar a questão do eventual lucro que das mesmas possa resultar.

Porém, se assim é, a questão que importa colocar é a de saber se *“será aquela derrogação legítima, quando ao alcance do Estado estão disponíveis outras formas organizacionais que permitem o exercício da actividade em causa, sem que para tanto tenha de ser derrogar conceito legal algum?”*. Somos do entendimento de que, tal derrogação apenas deve decorrer do correto exercício da liberdade de escolha do das formas jurídicas a aplicar pelo Estado na sua actividade económica-empresarial, isto é, no cumprimento dos princípios que informam e balizam os limites daquela mesma liberdade, desde logo, o critério da adequação. No dizer de SOFIA TOMÉ D’ALTE, *“assim, em todas as demais circunstâncias, e considerando que o intuito lucrativo é um elemento utilizado pela lei para determinar o fim teleológico de uma das mais importantes pessoas*

²⁰¹ V. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 121 ss.

*colectivas, do mesmo modo que o seu afastamento não está ao alcance dos particulares que queiram constituir uma sociedade considerada como tal, também o não deverá estar, por regra, quando quem pretenda constituir seja o Estado*²⁰².

Consideramos, assim, que o intuito lucrativo continua ainda hoje a ser um elemento essencial para a qualificação de um determinada subjectividade jurídica como sendo sociedade, não obstante que o mesmo seja alvo de tratamento específico quando estejamos perante empresas (sob a forma societária) que integram o sector empresarial do Estado, o qual apesar de não ter forçosamente de ser maximizado, não pode também ser encarado como um factor estranho, do qual actuação empresarial pública se possa alhear, pois que alcançar a criação de excedentes lucrativos é o melhor testemunho de que durante o processo produtivo a que se reporta a actividade empresarial, foi efectivamente observado o princípio da racionalidade económica, em benefício de todo o sector público.

3.4.2. *Compatibilização entre o Interesse Social e o Interesse Público*

O enfoque eminentemente geralista a dedicar a este ponto atenderá não apenas à dimensão e importância, assim como à acesa discussão que a propósito ainda persiste.

Passemos, então, ao essencial da questão, tendo como ponto de partida as diferentes significados que a Doutrina atribui ao “interesse social”, reconduzindo-se esta querela a duas grandes linhas de pensamento; por um lado a teoria contratualista e, por outro, a teoria institucionalista²⁰³. Em termos amplos e sem entrar em abordagem individualizadas das correntes que no seio de cada uma destas teorias se podem encontrar²⁰⁴, diremos que, no essencial, os problemas ali abordados gravitam entre considerar o interesse aferido ao interesse da própria empresa em si, ou de modo diverso, aferido ao interesse comum dos sócios enquanto tais. Na primeira situação estaremos diante uma das correntes principais da teoria institucionalista, ao passo que no segundo já entraremos nos domínios da teoria contratualista. Ainda no contexto da tese institucionalista era possível encontrar duas correntes: a da empresa em si, para a qual o interesse social era um interesse comum, mas

²⁰² Cf. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A nova configuração...*, cit., p. 353.

²⁰³ Para maiores desenvolvimentos, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, pp.

²⁰⁴ Para uma exposição geral das diversas correntes reconduzíveis a cada um das grandes teorias enunciadas a este propósito, veja-se, para além da bibliografia acima indicada, COUTINHO DE ABREU, “El Interés Social y Deber de Lealtad de los Socios”, in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 19, 2002, pp. 39 ss..

dotado de várias facetas, pois que levava em conta não apenas os interesses dos sócios, mas também dos trabalhadores, credores sociais – redundando na ideia de defesa e fortalecimento da estrutura da empresa enquanto estrutura produtiva; e a da pessoa em si, esta com especial aplicação ao caso da empresa sob a forma de sociedade, detentora de um interesse especial, próprio, diferente e superior ao dos respectivos sócios²⁰⁵. Do ponto de vista das concepções económicas e jurídicas dos interesses prosseguidos ou prosseguíveis pelas sociedades, é possível encontrar ainda as Teorias Monistas (que identificam o interesse da sociedade com o interesse comum dos sócios enquanto tais); as Teorias Dualistas (que introduzem na equação a ponderação dos interesses dos sócios, mas também dos trabalhadores); e por fim, as Teorias Pluralistas (que tendem a introduzir na ponderação dos vários interesses a que aludimos, também o interesse público)²⁰⁶.

Passemos agora a evidenciar a relevância desta matéria para o presente trabalho

Apesar de o recurso à forma societária não revelar-se como fenómeno recente, a verdade é que o modo como esse recurso se tem vindo a pôr em evidência a cada vez mais intensa interpenetração público-privada. A título de regra, o exercício de actividades sob a “capa” da subjectividade em causa por parte do sujeito público implicaria considerar o Estado como se de um verdadeiro privado se tratasse, sem recurso àqueles poderes que lhes são próprios, os de autoridade. Contudo, é necessário ter em conta a natureza pública do sujeito que à mesma subjaz. Por isso, a realidade deste encontro entre o público e o privado obriga a estabelecer “bases de compromisso” entre a forma como em concreto aquela sociedade irá actuar, designadamente, se a mesma se dedicará à prestação de serviços públicos, e os objectivos que, de um modo ou de outro, sempre serão públicos e que nesse sentido influem, de modo directo ou indirecto, naquela actuação ou em parte significativa da mesma.

Dai que, perante este enquadramento, o recurso à forma societária coloca na ordem do dia o problema da determinar o modo de compatibilizar, em situações de eventual conflito, aquilo que se possa reconduzir à noção de interesse social, e aqueloutro que seja, numa dada situação, concretizado como a prossecução do interesse público.

²⁰⁵ Para uma abordagem da problemática, onde relaciona o interesse societário e o interesse da empresa, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 225-244.

²⁰⁶ Classificação referida por COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p.

Tal como já anteriormente vimos, novamente o problema passa pelo facto de nos termos da lei, o fim das sociedades ser, tipicamente, um fim lucrativo, ao passo que a prossecução do interesse público, em algumas situações, não se identifica com aquele fim. De qualquer forma, é cada vez mais evidente que, nos sistemas jurídicos que serviram de inspiração para a nossa legislação (no caso, português), se tem afirmado o predomínio das teorias contratualistas, e mesmo quando o institucionalismo se instala, fá-lo de forma mitigada²⁰⁷. Da utilização desta forma jurídica de direito privado se afirma concomitantemente a necessidade do respeito a forma jurídica escolhida, embora que em situações limite não sejam raros os casos em que o interesse da sociedade se possa contrapor, porque antagónico, ao interesse público, não obstante a circunstância (quase paradoxal), de ter sido esta que determinou a criação dessa mesma sociedade.

No que diz respeito às sociedades de capitais exclusivamente públicos, é efectivamente possível colocar o problema nesses termos, e como tal, não existem soluções pacíficas, na existência de um antagonismo entre o interesse social e o interesse público²⁰⁸.

Nestas sociedades, em que o Estado seja o sócio único, a bem da coerência, estamos em crer que, em caso de conflito entre interesse social e o interesse público, se deveria não apenas admitir a prevalência deste sobre aquele, mas para além disto, dever-se-ia assumir que, para todos os efeitos, em concreto a sociedade em causa não passou de um mero instrumento jurídico para a prossecução daquele interesse público. Neste sentido, a promoção de um tal coerência entre a forma e a substância vai reclamar a assunção de que a opção feita pelo Estado, no contexto da liberdade de escolha da forma jurídica, foi neutral, no sentido em que o Estado não queria verdadeiramente promover um fenómeno de “personalização jurídica plena”, mas pelo contrário sempre terá encarado aquela sociedade como um instrumento para promover o interesse público. E então, a título de exemplo, se porventura a sociedade em causa entender justificadamente que deve proceder ao despedimento de um n.º apreciável de trabalhadores porque essa é condição necessária para se fortalecer enquanto estrutura produtiva e assim assegurar o seu robustecimento (o que equivaleria a considerar que o despedimento era motivado por razões de interesse

²⁰⁷ Como refere COUTINHO DE ABREU, “*El Interés Social...*”, cit., p. 40.

²⁰⁸ Entendendo que mesmo nas sociedades unipessoais é correto falar em interesse da sociedade, entendido este “*como o interesse do sócio único mas na sua condição de sócio*”, v. COUTINHO DE ABREU, “*El Interés Social...*”, cit., p. 53 (tradução nossa).

social²⁰⁹), parece que essa opção poderia não apresentar-se como a mais viável, conquanto esse despedimento possa ser entendido como contrário à prossecução do interesse público, que passa (igualmente) pela promoção do emprego.

Neste sentido, ou se aceita que a sociedade em causa é uma verdadeira subjectividade jurídica dotada de interesses próprios, e perante isto as eventuais considerações de interesse público serão somente aquelas que directamente se relacionam com os motivos que determinam a sua criação, implicando uma funcionalização à prossecução do interesse público, e apenas desse; ou então, admite-se que, sendo o Estado o único sócio, esse facto impedirá o funcionamento dos princípios fundamentais de direito societário que à partida seriam teoricamente aplicáveis, assumindo-se que em concreto será desprovido de sentido proceder a distinção de dois interesses distintos, porquanto o interesse do Estado na promoção do interesse público, acaba por coincidir, se ainda se reconhecer a sua existência, com o interesse da sociedade em si²¹⁰.

Em circunstâncias como a que acabamos de prefigurar, deverá assumir-se que o (pretenso) interesse da sociedade será perspectivado de acordo com as teses institucionalista, mas propriamente com as correntes pluralistas que estendem o conceito a um ponto em que ele acaba por se identificar com o interesse público. Ainda assim, não deixa de haver uma nítida funcionalização da “pessoa jurídica” aos interesses do sujeito que a institui, que nesse sentido e enquanto tal, poderá dar lugar à criação de um regime específico para estas sociedades, que já não correspondem àquela que é geral e em função do qual se constrói a respectiva disciplina jurídica.

Parece-nos por isso mais adequado sustentar a ideia de que, sem prejuízo das disposições especiais referentes às sociedades que integram capitais públicos, a verdade é que a Lei das Sociedades Comerciais foi pensada para as restantes sociedades comerciais e não para as que integram capitais titulados exclusivamente por entidades públicas. A

²⁰⁹ Aqui está um caso em que o nosso artigo art. 69.º da LSC (ou o 64.º do CSC) se poderá afirmar como muito útil, quanto ao critério de actuação do órgão de administração/gestão. Desenvolvendo esta ideia, e com base neste mesmo exemplo, que aliás, é de sua autoria, veja-se COUTINHO DE ABREU, *El Interés Social...*, cit., p. 44.

²¹⁰ Neste sentido se pronuncia ROCA ROCA, quando se aborda a questão da classificação das sociedades comerciais públicas, considerando que nas mesmas (...) *el gobierno de la sociedad depende solo y exclusivamente de la administración titular de capital, es decir, la voluntad de la sociedad es la voluntad de la Administración (...)*, “Las Técnicas societarias en la Administración Pública española, in *Administración Instrumental: Libro en Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévado*, vol. I, Madrid: Civitas Ed., 1994, pp. 737 ss..

prosecução do interesse público (enquanto concretização da cláusula de bem-estar) é, conseqüentemente, uma realidade relativamente alheia ao regime constante da LSC, sendo, bem pelo contrário, um elemento determinante da criação e desenvolvimento das sociedades comerciais sujeitas a uma influência pública dominante, que cada vez mais têm vindo a reclamar por uma regulamentação jurídica específica. Uma tal especificidade de regime das sociedades comerciais integrantes do sector empresarial do Estado é, afinal, um corolário do princípio da prossecução do interesse público, enquanto imperativo da actividade administrativa directamente fundada na própria Constituição²¹¹.

Para além disto, é imprescindível sublinhar que, a meio caminho deste percurso evolutivo e transformador que actualmente envolve a figura societária, encontramos ainda as sociedades de capitais mistos, nas quais se apresenta (particularmente) difícil sustentar com a mesma amplitude uma solução análoga àquela que acabamos de apresentar. Nestes casos, continuarão a colocar-se em tese problemas de difícil resolução quando nos defrontamos com situações de conflito entre o interesse social e o interesse público, com agravante de neste caso nem sequer ser possível encontrar resposta adequada nem nas teorias institucionalistas nem nas contratualistas. Desta feita, acabam por se evidenciar os reflexos práticos e “perturbadores” da natureza pública de um dos sócios, em particular, quando este seja maioritário, visto que não será possível fazer funcionar a regra da maioria em singelo para pugnar pela prevalência do interesse público. Neste caso, a hipotética solução de compromisso passa necessariamente por continuar a afirmar a correspondência da sociedade ao conceito geral, e que nesse sentido não é possível, mesmo fazendo uso da maioria de capital, claudicar o fim legal típico da figura, sob pena de, assim sucedendo, se abrir margem para impugnar uma deliberação com tal resultado por abusiva e lesiva do interesse da sociedade, que neste caso teria imperativamente de ser interpretado como o interesse comum dos sócios²¹², não sendo suficiente a qualidade pública do maioritário para descartar em absoluto o dos demais, que deverá por isso continuar a contar com a protecção e tutela jurídica típicas do funcionamento da estrutura societário.

²¹¹ Considerando que esta procura, por parte do legislador, por soluções autónomas, derogando o direito comum das sociedades comerciais, deu azo ao surgimento dos alicerces para o desenvolvimento de um “direito comercial administrativo”, veja-se PAULO OTERO, “Da criação de sociedades comerciais por decreto-lei”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 129-130, ou o “direito das sociedades administrativo”, na esteira de COUITNHO DE ABREU, “Privatizações de Empresas Públicas e Empresarialização Pública”, IDET – Miscelâneas n.º 3, Coimbra: Almedina, 2004, p. 64.

²¹² Cf. COUITNHO DE ABREU, “*El Interés Social...*”, cit., p. 42.

CONCLUSÃO

A Lei Fundamental do Estado Angolano consagra expressamente um modelo de Estado Social, facto evidenciado por diversas disposições constitucionais como sejam o artigo 21.º alínea d), passando pelo catálogo de direitos subjectivos fundamentais de cariz social, assim como a previsão de um sector público, tal como prevê o artigo 92.º, n.º 1 da CRA.

Estado Social que encontra-se comprometido à concretização da “cláusula constitucional de bem-estar”, e cuja materialização não se basta com medidas de planeamento e de legislação, mas que exige também actividades de verdadeira prestação de bens e serviços considerados de interesse geral.

Sendo com base nessa mesma cláusula constitucional de bem-estar que se encontra um dos mais importantes fundamentos legitimadores da intervenção dos poderes públicos na economia, designadamente nas áreas que pressupõem a prestação de bens e serviços.

A lei fundamental prevê actualmente a existência de um sector público, cujo âmbito, extensão e concreta configuração está em larga medida confiado à concretização do legislador ordinário, o qual actuará com vista à satisfação do interesse público, em cooperação de outros operadores de mercado, parceiros na tarefa de promover o bem-estar e a justiça social.

É necessário ter presente que o Sector empresarial do Estado é apenas um subsector dentro do sector público global, o qual abarca o subsector administrativo, o que serve para lembrar que nem todas as actividades de serviço público, para serem eficazmente prestadas, têm necessariamente de o ser através de empresas.

A criação de empresas, por parte do Estado, tem como objectivo adoptar uma forma mais ágil de prestação de serviços de interesse público, permitindo ao Estado e outras entidades públicas uma actuação liberta de burocracias que muitas vezes desvanece a gestão dos serviços da administração central.

Todavia, esta conveniência da subtracção da gestão directa do Estado para as empresas do SEP deve ser fundamentada no propósito de melhor prossecução do interesse público, definindo-se de forma concreta a especificidade técnica e material a se desenvolver.

Defendemos então que o âmbito empresarial seja reservado para as actividades económicas e já não social, contribuindo assim para uma nítida separação entre a realidade empresarial e administrativa, conquanto o princípio da racionalidade económica deve estar presente em qualquer das duas, muito embora assumam em cada um delas diferentes leituras.

Assim, depois de exposta a diferença que separa a abordagem empresarial da administrativa, sendo certo que sobretudo a primeira é marcadamente caracterizada pelo recurso ao direito privado aplicado a antes de direito público mas também, às próprias formas jurídicas de direito privado, e particularmente depois de termos concluído que no que concerne à actuação empresarial do Estado não é possível traçar um balanço positivo, acreditamos que não se pode dar por adquirido que o recurso dos entes públicos àquele ramo de direito contribua *de per se* para tornar a actuação dessas entidades públicas mais eficaz.

A análise efectuada levou-nos a relativizar o exacerbado valor que tem sido atribuído à actuação pública sob forma e disciplina jurídico-privada, ao mesmo tempo que por outro lado, nos permitiu vislumbrar a constante interpenetração que se vem afirmando entre os dois grandes ramos do Direito, de tal maneira que resulta cada vez mais árdua e difícil a tarefa do jurista que pretenda estabelecer e analisar as fronteiras que apesar de tudo, ainda hoje os separam.

Hoje temos um Sector empresarial do Estado regulado pela Lei 11/13, de 3 de Setembro, edificado sob alçada de duas diversas formas jurídicas de empresas.

Por um lado a Empresa Pública entendidas como *“organização de meios, dotados de personalidade jurídica e com denominação parcialmente taxativo-exclusiva, criadas pelo Estado – ao qual ficam a pertencer, e sob cuja superintendência e tutela actuam – com capitais públicos, produtoras de bens destinados a uma troca propiciadora de receitas que, pelo menos, cubram os custos da produção, e tendo em conta a consecução de finalidades públicas”*.

E por outro lado, as empresas com domínio público que são sociedades comerciais, em que o Estado directamente, ou através de outras entidades públicas, exerce influência dominante em virtude de, deter a totalidade ou maioria do capital ou dos direitos de voto; ter o direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização (v. art. 4.º do RJSEP).

Tendo em conta esta especial configuração, agravada pelo facto de o legislador ordinário estabelecer um princípio de neutralidade quando a organização do sector público, surgiu a necessidade de traçarmos alguns critérios orientadores da aplicabilidade das formas jurídicas de empresas integradas no SEP.

Diante do todo nosso trabalho de investigação, observamos que é imprescindível vencer o cepticismo em relação às empresas estatais, primando pela sua auto-sustentabilidade, independentemente de constituírem em forma de sociedade, ou através de uma empresa pública institucional.

Para tal, é imprescindível zelar pela condução deste Sector de forma transparente e idónea, ainda que para isso seja necessário adoptar uma política de efectiva fiscalização interna e externa, bem como a aplicação de eventuais penas de responsabilidade financeira em caso de incumprimento das regras legais impostas.

Assim, no actual debate sobre privatizações ou reforma do SEP é imprescindível insistir que os decisivos factores de eficiência não estão relacionados com a titularidade do capital, mas sim com a concorrência e a regulação, embora a titularidade não seja algo completamente indiferente, pois que o capital público tem comportamentos distintos.

Logo, a necessária reforma das empresas “públicas” deverá ser orientada na eliminação das suas ineficiências internas, organizacionais. Pois, se assim não for, elas não serão empresas, nem serão “públicas”.

Não será pública, mas sim política. Não é de todos, mas sim de poucos, fundamentalmente dos políticos triunfantes no processo eleitoral. É necessário substituir a politização partidária por uma direcção independente, acompanhada de regulação e de um Estatuto capaz de responder aos desafios do tempo actual.

Não será empresa, será outra coisa, com uma cultura absolutamente anti empresarial. A mudança de actuação é a *conditio sine qua non* para se alcançar a desejada

eficiência. Ainda que difícil, é possível conseguir esta mudança e por conseguinte a sua desburocratização, de tal maneira que se permita as seguintes medidas:

- a) Designação de pessoas com comprovada idoneidade, dotadas de uma certa estabilidade, em função dos resultados;
- b) Dar-lhes objectivos apropriados, liberdade (com a correspondente responsabilidade) e incentivos aos seus gestores;
- c) Estabelecer um sistema verdadeiramente “estatal” (não exclusivamente governamental) de supervisão e controlo das empresas, com o mínimo de interferência político-partidária possível.

Outro aspecto relevante é que, embora sejam gravadas por um escopo público directamente incorporado ao seu objecto social, as empresas integradas no Sector Empresarial do Estado deve conviver necessariamente com a finalidade lucrativa. Isto não significa que estejamos a sustentar uma lucratividade máxima e a qualquer custo. Esse carácter da lucratividade deve ser sempre mitigado pelo interesse público.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE / RAMOS, ELISABETE, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores” in *Miscelâneas n.º 3 do IDET*, Coimbra: Almedina, 2004.

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE

- “Sociedade anónima, a sedutora (Hospital, S.A., Portugal, S.A.) ”, in IDET, *Miscelâneas n.º 1*, Coimbra: Almedina, 2003.
- “El Interés Social y Deber de Lealtad de los Socios”, in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 19, 2002
- “Sobre os gestores públicos”, in *DSR*, volume 6, Ano III, 2011
- *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014
- *Curso de Direito Comercial*, Vol. II – Das sociedades, Coimbra: Almedina, 2014
- *Da Empresarialidade: As empresas no direito*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999
- *Definição de Empresa Pública*, Coimbra, 1990,
- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª ed., IDET, Coimbra: Almedina,
- “As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013) ” in *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 57, Tomo: 1 (2014)

ALMEIDA, FERREIRA DE, *Direito Económico*, I, Lisboa: AAFDL, 1979

ALONSO UREBA, ALEBRTO, *La Empresa Publica – Aspectos Jurídico-Constitucionales y de Derecho Economico*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1985

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *Empresas Públicas no Direito Português – em especial, as empresas municipais*, Coimbra: Almedina, 2000

ARIÑO ORTIZ, GASPAS,

- “De La Empresa Pública a la Empresa com Participación Pública: Privatización o Reforma? Quizas Ambas Cosas, in *Revista de Administração Pública (RAP)*, n.º 138, Setembro-Dezembro, 1995
- *Economia y Estado, Crisis y reforma del sector público*, Madrid: Marcial Pons, 1993

ARÚJO, FERNANDO, *Introdução à Economia*, Coimbra: Almedina, 2002

ASCENÇÃO, OLIVEIRA,

- *Direito Comercial*, vol. I, Lisboa, 1989/99
- *Direito Comercial – Sociedades Comerciais: Parte Geral*, vol. IV, Lisboa: Dislivro, 2000

ATHAYDE, AUGUSTO DE, *Elementos para um Curso de Direito Administrativo da Economia*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1970

CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 8ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1969

CAETANO, MARCELO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1986

CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006

CASTELLS, RECALDE, *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Madrid: Civitas, 1996

CESQUI, SANTE MARIA, *Il Modello Cooperativo: Il Percorso Storico Giuridico*, in *Pubblica Amministrazione e Modelli Privatistici*, a cura di Giorgio Berti, Bologna: Mulino II, 1993

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES,

- *Direito da Economia*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1986
- *Direito das Sociedades*, I, 3.ª ed., 2011

CORREIA, FERRER, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, Coimbra, 1994.

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 10^a ed., Lisboa: Edições Jurídicas, 2007

COSTA, RICARDO,

- “As Sociedades Unipessoais”, in *Problemas de Direito das Sociedades*. IDET, Coimbra: Almedina, 2002
- *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português. Contributo para o Estudo do seu Regime Jurídico*, Coimbra: Almedina, 2002

COSTA, VASCO FREITAS DA, “Da Designação dos Administradores das Empresa Publicas”, in *A Designação de Administradores*, Governance Lab, Coimbra: Almedina, 2015

COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY em *Droit des sociétés*, 17.^a éd., Paris: Litec, 2004

D’ALTE, SOFIA TOMÉ, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 2007

DUARTE, ANTÓNIO PINTO, “Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais”, in AA. VV (Org. Eduardo Paz Ferreira), *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Almedina, 2000

EISENHARDT, Agency Theory: An Assessment and Review, in *The Academy of Managment Review*, vol. 14, N.º 1 (Jan), 1989,

ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a ed., Coimbra, 1997

FERREIRA, EDUARDO PAZ,

- “O aval do Estado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- “Sumários de Direito de Economia”, AAFDL, 1996

FILIPE, RICARDO CRUZ, in AA. VV., *Privatizações e Regulação: A experiencia Portuguesa*, Lisboa: Ministério das Finanças, 1999

FRANCISCO, DOMINGOS, *Temas Essenciais do Direito da Economia Angolana*, Lobito: Escolar Editora, 2014

FRANCO, SOUSA / MARTINS, GUILHERME DE OLIVEIRA, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Coimbra: Almedina, 1993

FRANCO, SOUSA,

- *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2001,
- *Noções de Direito da Economia*, 1.º vol., Lisboa: AAFDL, 1991

FURTADO, PINTO, *Curso de Direito das Sociedades*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001

GARCIA, MARIA DA GLORIA DIAS *Direito da Economia/Empresas Públicas*, 1983

GARRIGUEZ, JOAQUIM, *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil*, Madrid: Editorial Tecnos, 1971

GOMES, NUNO SÁ, “Notas sobre a função e regime jurídico das pessoas colectivas públicas de direito privado”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 343/345

GUERRA, JOSÉ MORAIS, *Direito da Economia Angolana*, Vol. I, Lisboa: Escher Editora, 1994

IMAN ANABTAWI /LYNN STOUT, “Fiduciary duties for activist shareholders”, in *Stanford Law Review*, vol. 60, n.º 5, Março/2008

JINLONG ZHAO / SI LV, “On fiduciary duties of controlling shareholders of targeted corporation”, in *Journal of politics and law*, Vol. 4.º, n.º 2, September/2011

LAUBADÉRE, ANDRÉ DE, *Direito Público Económico*, Coimbra: Almedina, 1985

MACHADO, BAPTISTA, *Obra Dispersa*, vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993

MACHETE, PEDRO,

- *Estudos de Direito Democrático e Administração Pública*, Coimbr: Almedina, 2007
- Incompatibilidade e impedimentos no novo Estatuto do Gestor Público; a ética de serviço público e as formas juridico-organizatórias das empresas”, in *Liberdade e Compromisso – Estudos dedicados ao Prof. Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, UCE, Lisboa, 2009

MALARET Y GARCIA, ELISENDA, “El Derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; La Relevancia de los Principios Constitucionales” in

Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública, Madrid: Marcial Pons, 1999

MARTINS, ANA GUERRA, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2004

MARTINS, SOVERAL, “Comentário ao artigo 398.º do CSC” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Coimbra: Almedina, 2013

MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *Direito Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2000

MONTOYA MARTIN, ENCARNACION, *Las Empresas Públicas Sometidas al Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons, 1996

MOOR, PIERRE, *Droit Administratif*, vol. III, Berna: Editions Staempfli & Cie SA, 1992

MORAIS, LUÍS, “As relações entre o Estado e as empresas públicas na sequencia da aprovação do Decreto-lei n.º 558/99 de 17 de Dezembro”, in *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Almedina, 2000

MOREIRA, VITAL, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997

MOREIRA, VITAL/MAÇAS, FERNANDA, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

NABAIS, JOSÉ CASALTA,

- *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Almedina, 1998
- *O Princípio do Estado Fiscal*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Coimbra: Almedina, 2012

OLIVENCIA, MANUEL, “Sociedades Unipersonales de Entes Públicos en el Derecho Español”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Ferrer Correia*, vol. II, BFDC, Coimbra, 1989

ORTEGA, RIVERO, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons, 1998

OTERO, PAULO,

- *Coordenadas Jurídicas para a Privatização da Administração Pública*, Separata de *Os Caminhos da privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Studia Iuridica n.º 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2000
- *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *La Eficácia Administrativa y la Calidad Total de los Servicios Públicos*, in *El Derecho Administrativo en el Umbral...*, cit., Vol. II, pag. 1949

PATRÍCIO, SIMÕES, *Curso de Direito Económico*, 2.ªed. revista, Lisboa: A.A.F.D.L., 1981-1982

REIGADA, ANTONIO TRANCOSO, *Privatización, Empresa Publica y Constitución*, Madrid: Marcial Pons, 1997

RIBEIRO, MARTA MACHADO “As empresas públicas na Comunidade Económica Europeia”, *Revista de Direito e Economia*, Anos 90 a 93

RIBERIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coimbra: Almedina, 2009

ROCA, ROCA “Las Técnicas societarias en la Administración Pública española, in *Administración Instrumental: Libro en Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévado*, vol. I, Madrid: Civitas Ed., 1994

RODRIGUES, NUNO DA CUNHA, “*Golden Shares*” – *As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

RODRIGUEZ CABRERO, GREGORIO, *El Estado de Bienes en España: debates, desarrollo y retos*, 1ª Edição, Madrid: Editorial Fundamentos, 2004

RODRIGUEZ-ARANA, JAIME, *La Privatización de la Empresa Publica*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1991

SANTOS, FELIPE CASSIANO DOS,

- “O Direito aos Lucros no Código das Sociedades Comerciais (à luz dos 15 anos de Vigência), in *Problemas de Direito das Sociedades*, IDET, Coimbra: Almedina, 2002
- *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

SANTOS, OLINDA MARIA DOS, *A Empresa Pública no direito angolano: principais aspectos do seu regime jurídico* (tese de mestrado em direito), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998

SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Notas sobre a sociedade anônima*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997

SILVA, VASCO PEREIRA DA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1998

SOSA WAGNER, FRANCISCO, *La Fundación en el Horizonte de las Formas de Gestión de los Servicios Públicos Locales*, in *El Derecho Administrativo en el Umbral del siglo XXI*, Vol. II, Valença, pag. 1905

SOUSA, MARCELO REBELO DE/ MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.^a ed., 2009.

TAGAND, ROGER, *Le Regime Juridique de la societe d'Economie Mixte*. Paris: L.G.D.J., 1969

THIRION, NICOLAS, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marche*, Paris: L.G.D.J., 2002

VALERO AGUNDEZ, URBANO, *La Fundación como Forma Jurídica para Empresas del Sector Público*, in *La Empresa Pública*, Studia Albornotiana, Publicaciones del real Colegio de España en Bolonia, 1970

VAZ, AFONSO, *Direito Económico*,

VENTURA, RAÚL, “Aval do Estado” in *Revista da Banca*, n.º 4, Out.-Dez. 1987

XAVIER, VASCO LOBO, *Anulação da Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Coimbra: Almedina, 1998