

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

DIREITO DAS EMPRESAS PÚBLICAS

**RELATÓRIO SOBRE O PROGRAMA, OS
CONTEÚDOS E OS MÉTODOS DE ENSINO**

**COIMBRA
JUNHO – 2019**

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Importância e justificação da unidade curricular

1 - Nos termos da lei e do Edital n.º 56/2019, os candidatos ao concurso para professor associado devem apresentar “*Relatório que inclua o programa, os conteúdos e os métodos de ensino e avaliação das matérias de direito positivo português correspondente a uma unidade curricular integrada na área a que respeita o concurso (Ciências Jurídico-Empresariais)*”.¹

Escolhemos, para este efeito, “Direito das Empresas Públicas”, uma unidade curricular obrigatória da área científica “Direito” do 2.º semestre do 2.º ano do ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Administração Público-Privada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vale 6 ECTS correspondente a 162 horas de trabalho e 80 horas de contacto (aulas teórico-práticas), e foi introduzida pela alteração do ciclo de estudos aprovada pelo Despacho Reitoral n.º 80/2016, de 20 de abril².

2 - A criação de um Ciclo de Estudos conducente ao grau de licenciado em Administração Pública, de acordo com o Decreto-Lei 74/2006, de 24 de Março, foi aprovada por deliberação do Senado n.º 95/2007, de 12 de dezembro, prevendo no respetivo plano de estudos uma unidade curricular obrigatória de “Direito de Empresas” no 2 semestre do 2.º ano, com o valor de 4 ECTS correspondentes 108 horas de trabalho e 60 horas de contacto (aulas teórico práticas)³; valor esse posteriormente aumentado para 6 ECTS.

“Direito das Empresas Públicas” substituiu, a partir do ano letivo 2016/2017, a anterior unidade curricular “Direito de Empresas”. A alteração não foi apenas de nome, antes exigiu uma reelaboração do programa e dos conteúdos no sentido de se focar nas empresas públicas em especial, ao invés das empresas em geral.

De todo o modo, a nova denominação não modificou a matriz jus-empresarial da unidade curricular e, por isso, a indicação do docente responsável pela sua lecionação continuou confiada à Secção de Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Aliás, o relator foi responsável pela antiga unidade curricular “Direito das Empresas” entre 2009 e 2015. No ano letivo 2015/2016 esteve em licença sabática e, depois de regressar, lecionou a unidade curricular agora designada “Direito das Empresas Públicas”, tendo sido já designado pelo Conselho Científico da Faculdade de Direito de Coimbra, por indicação da sua secção de ciências jurídico-empresariais, como docente responsável para o ano letivo 2019/2020.

3 - A ligação orgânico-institucional do “Direito das Empresas Públicas” à área das ciências jurídico-empresariais – à semelhança, aliás, da unidade curricular “Setor público empresarial” do 2.º ciclo de estudos (Mestrado) em Administração Público/Privada da

¹ Edital n.º 56/2019, Diário da República, 2.ª série — N.º 6 — 9 de janeiro de 2019, 1200.

² Despacho n.º 9648/2016, Diário da República, 2.ª série — N.º 143 — 27 de julho de 2016

³ Despacho n.º 10759/2008 Diário da República, 2.ª série — N.º 72 — 11 de Abril de 2008

FDUC – funda-se em razões substanciais. As empresas públicas fazem parte do setor público, que coexiste juntamente com o setor privado e o setor social. Ora, as ciências jurídico-empresariais estudam o direito das empresas em todos os setores da economia, procurando compreender o fenómeno jus-empresarial na sua globalidade, i.e., tal como este se manifesta nos diversos domínios do Direito, sendo insofismável, para além sua da atualidade, o “relevo prático” e o “interesse juscientífico”⁴ do estudo do Direito das Empresas Públicas.

Historicamente o “Direito das Empresas” representa uma evolução do tradicional “Direito Comercial” e, nessa medida, privilegia o estudo das suas dimensões privatísticas, no sentido de que as categorias clássicas do Direito Comercial se referem tendencialmente a particulares que exercem atividades económicas, ao passo que o Estado surge primordialmente nas suas vestes de *ius imperii* como hétero-regulador dessas atividades e cobrador de impostos, taxas e outras contribuições.

Todavia, o Estado e outras pessoas de direito público, como os municípios, as associações de municípios e as áreas metropolitanas, também assumem as vestes de Empresário, constituindo empresas, adquirindo outras, ou procedendo à empresarialização de serviços públicos, como sucede, em especial, nos domínios da saúde e dos transportes. Estudar as empresas do setor público é, portanto, fundamental para a correta compreensão global do fenómeno jus-empresarial. Aliás, na doutrina jus-empresarial, é em boa medida o estudo das “empresas públicas” que introduz dados normativos fundamentais para a compreensão da “empresarialidade” no seu todo.⁵

4 - O desafio é grande. Ao contrário de unidades curriculares como a de “Direito comercial”, que fazem parte da herança curricular secular da Faculdade de Direito⁶, “Direito das empresas públicas” é, enquanto tal, uma unidade curricular nova, que está ainda a dar os primeiros passos.

De todo o modo, o estudo do “Direito das Empresas Públicas” não pode ser descarnado das noções fundamentais do “Direito das Empresas” para que evoluiu o “Direito Comercial”. Adquirir estas noções é indispensável para compreender adequadamente os princípios e normas que regem no domínio das empresas públicas. Por ex. o regime jurídico do setor público empresarial, aprovado pela Lei 133/2013, de 3 de outubro (várias vezes alterada), estabelece que as empresas públicas podem constituir-se como sociedades comerciais de responsabilidade limitada. Ora, as sociedades comerciais constituem uma categoria nuclear do “Direito (Comercial) das Empresas”, juntamente

⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial – Direito dos Contratos Comerciais (Relatório)*, Coimbra, 2002, p. 19, apontando razões apontadas para a escolha de um tema da disciplina de Mestrado.

⁵ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Coimbra, 1996, e o seu *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 11ª ed. Coimbra, 2018, p. 265-282, a quem se devem, aliás, na comercialística, quase todos os estudos sobre as empresas públicas, desde a “Definição” (1990) até às “novíssimas” (2014), passando pelas “novas” (2002), pela “empresarialização pública” (2004) e pelos “gestores públicos” (2011), *inter alia*.

⁶ Para uma resenha histórica da “cadeira” de Direito Comercial, que remonta à própria criação da Faculdade de Direito de Coimbra em 1836 (resultante da fusão das Faculdades de Cânones e de Leis), com identificação dos respetivos regentes e programas, incluindo também os da Faculdade de Direito de Lisboa, ver COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial - Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Coimbra, 1999, p. 8-17.

com as de ato de comércio, comerciante, estabelecimento comercial, sinal distintivo, letra de câmbio. O “Direito das Empresas Públicas” não pode deixar de ser “Direito das Empresas” e nessa medida “Direito Comercial”, ainda que com as adaptações que se afigurem necessárias tendo em conta o nível de conhecimentos jurídicos presumivelmente já adquiridos pelos estudantes da unidade curricular e as limitações de tempo. Com efeito, tratando-se de uma unidade curricular do 2.º ano do 1.º ciclo de estudos em Administração Público-Privada não seria pedagogicamente adequado ministrar um programa que correspondesse a todas as matérias estudadas, em dois semestres, no “Direito Comercial” do 4.º ano da Licenciatura em Direito. Procura-se, todavia, oferecer um “Direito comercial” *light*, percorrendo tópicos como os atos de comércio, os comerciantes, os estabelecimentos comerciais e as sociedades comerciais, mas voltado para ou em torno das empresas públicas, ao invés das empresas em geral. Não deixaremos, todavia, de fornecer alguns apontamentos sobre outras questões do direito empresarial, designadamente sobre letras de câmbio, insolvência, contratos comerciais ou a disciplina da concorrência.

5 - Este Relatório tem por base os *apontamentos teórico-práticos de direito comercial das empresas* elaborados para apoiar a docência da unidade curricular “Direito de Empresas”. Dá-se, agora, o papel principal às empresas públicas, buscando no respetivo regime jurídico as especificidades que a distinguem das empresas privadas. Contrastando-a com a empresa privada, compreende-se melhor a empresa pública como objeto de disciplina legal. É ainda, todavia, no essencial, um estudo do “Direito das Empresas Públicas” à luz do “Direito das Empresas” em geral. Partimos do princípio da neutralidade epistemológica, no sentido de não nos deixarmos capturar por conceitos gerais colhidos no “Direito das Empresas”. Mantemo-nos abertos ao reconhecimento de especificidades de regime das empresas públicas que as distingam das empresas privadas ou do setor social, procurando contribuir para a clarificação conceitual e o ordenamento sistemático com base nas fontes normativas vigentes, entre as quais prima naturalmente a lei. A identificação de eventuais contradições ou ambiguidades da lei é, também, uma tarefa que cabe, em primeira linha, à Ciência do Direito⁷.

Ao mesmo tempo, o programa e os conteúdos da unidade curricular “Direito das Empresas Públicas” não se limitam ao estudo da legislação do setor público empresarial (eventualmente complementado pelo regime jurídico das *empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas*, aprovado pelo Lei 50/2012, de 31 de agosto, e pelo Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo DL 71/2007, de 27 de março, e várias vezes alterado), uma vez que o ciclo de estudos evoluiu da Administração Pública para a Administração Público-Privada. Quando a licenciatura era apenas em Administração Pública, a unidade curricular chamava-se “Direito de Empresas”. Ora, seria algo anacrónico, tendo a licenciatura evoluído para “Administração Público-Privada”, a unidade curricular limitar-se agora às “Empresas Públicas”. Assim, parece-nos mais adequado promover a aprendizagem de noções gerais de “Direito das Empresas”,

⁷ Vide CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (introd. e trad. A. MENEZES CORDEIRO), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

incluindo as de Direito Privado, do que confinar o programa e os conteúdos às noções específicas das empresas públicas.

Uma outra razão de índole pedagógica justificativa desta opção programática e metodológica prende-se com a formação jurídica de base dos alunos do 2.º semestre do 2.º ano da licenciatura em Administração Público-Privada. O plano de estudos da LAPP tem duas unidades curriculares semestrais de “Noções de Direito Privado e de Direito Público” (I e II) no primeiro ano, e “Direito Administrativo I” e “Direito Fiscal I” no 1.º semestre do 2.º ano. Pode assim o “Direito das Empresas Públicas” servir para complementar a formação jurídica no domínio do Direito Privado aplicado às empresas. Outras unidades curriculares regulam igualmente dimensões das empresas e das suas atividades. Fazem-no, todavia, ora na perspetiva do Direito Público (e.g. “Direito Público da Economia”, “Direito Fiscal das Empresas”, “Direito da Segurança Social”), ora na perspetiva da relação das empresas com os seus trabalhadores (e.g. “Direito do Trabalho”).

6 - Ponderadas todas estas razões, o relator é de opinião que a apresentação de um relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino e avaliação das matérias de direito positivo português correspondente a “Direito das Empresas Públicas”, enquanto unidade curricular integrada na área a que respeita o concurso (ciências jurídico-empresariais), é a que, neste momento, mais se justifica, tendo em conta não apenas a sua obrigatoriedade mas também a sua (relativa) novidade no plano de estudos, a exigir um esforço suplementar de adaptação do programa, dos conteúdos e dos métodos aos desafios colocados pelas empresas públicas às ciências jurídico-empresariais no plano da licenciatura em Administração Público-Privada.

Além do mais, o Relator é da firme convicção de que a escolha desta unidade curricular como objeto do *Relatório* valoriza a aposta da Faculdade de Direito na licenciatura em Administração Público-Privada. Valorizar esta ainda jovem licenciatura com um Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos da unidade curricular “Direito das empresas públicas” em perspetiva jus-empresarial, eis portanto a escolha que o candidato considera ser a melhor, porque necessária e oportuna, sobretudo do prisma institucional.

Coimbra, 27 junho de 2019



PROGRAMA

Parte I – O direito das empresas públicas como direito comercial ou mercantil

1. Origem e evolução do direito das empresas
2. Delimitação do objeto de estudo e fontes do direito mercantil das empresas (públicas e privadas)
3. A polissemia do termo “empresa” no senso comum e na linguagem jurídica

Parte II – Empresas públicas, comerciantes e estabelecimentos comerciais

1. Noção e espécies de comerciantes: comerciantes (empresário) em nome individual e comerciante pessoa coletiva (sociedades comerciais e figuras afins).

2. Exclusões

2.1. Trabalhadores dependentes; profissionais não comerciais

2.2. Pessoas coletivas de direito público ou de direito privado (e.g. associações, fundações)

2.3. Incompatibilidades.

3. Atos de comércio

3.1. Noção, tipos e classificação; importância prática (e.g. juros comerciais).

3.2. Atos objetivamente comerciais, as empresas comerciais previstas no artigo 230 do Código Comercial e a qualificação por analogia

3.3. Atos subjetivamente comerciais (requisitos).

4. Obrigações dos comerciantes (incluindo empresas públicas)

4.1. Adotar firma (identificação comercial)

4.1.1. Regime jurídico das firmas

4.1.2. Outros sinais distintivos (e.g. marcas, logotipos, nomes de domínio)

4.2. Escrituração mercantil

4.3. Dar balanço e prestar contas.

4.4. Registo comercial.

5. Da empresa-estabelecimento comercial

5.1. Noção, características e elementos da empresa-estabelecimento comercial

5.2. A empresa-estabelecimento como objeto unitário de direitos e de negócios

5.3. Trespasse de estabelecimento comercial

5.3.1. Noção e conteúdo (âmbitos) do trespasse

5.3.2. Efeitos do trespasse (posições contratuais e obrigação de não concorrência)

5.4. Cessão de exploração de estabelecimento (noção, requisitos e efeitos).

Parte III – Sociedades comerciais e empresas públicas societárias

1. Considerações preliminares: a sociedade anónima (SA) como “protótipo” da empresa pública societária

2. Noção e elementos de sociedade comercial

2.1 Figuras próximas das sociedades comerciais (cooperativas, ACE, consórcios, associação em participação)

2.2. Tipos legais (e doutrinários) de sociedades comerciais

2.3.1. Características típicas das sociedades por quotas e das sociedades anónimas (responsabilidade dos sócios perante a sociedade e perante os credores sociais; estruturas orgânicas; participações sociais; número mínimo de sócios; capital social)

2.3.2. Caracterização das empresas públicas societárias e distinção entre as “dominadas” e as “participadas”

3. Constituição de empresa pública societária e procedimentos de constituição de sociedades comerciais

3.1. Pacto social (elementos mínimos e eventuais; invalidades)

3.2. Inscrição no registo comercial e publicação do ato constituinte

4. Personalidade e capacidade jurídica das sociedades comerciais

4.1. Significado da aquisição personalidade jurídica e sua possível desconsideração (exemplos)

4.2. O princípio da especialidade da capacidade jurídica das sociedades comerciais e suas exceções

4.3. Capacidade e objeto social

4.4. Capacidade das empresas públicas societárias e das EPE

4.1.1. A aplicação do direito privado às empresas públicas nas suas relações com terceiros (por ex. trabalhadores, arrendamentos, direitos industriais)

4.1.2. Sujeição ao direito público (e aos tribunais administrativos) relativamente a atos praticados no exercício de poderes de autoridade do Estado

4.1.3. Sujeição a orientações estratégicas do Governo e necessidade de autorização do titular da função acionista para certos atos, como garantias a favor de terceiros e, de um modo geral, operações de endividamento

5. Participações sociais e a “função acionista” nas empresas públicas societárias

5.1. Noção, modalidades, espécies e valores das participações sociais.

5.2. Direitos dos sócios em geral (modalidades, direitos gerais e direitos especiais)

5.3. Direito de participar nas deliberações sociais

5.4. Direito à informação

5.5. Direito aos lucros e constituição de reservas

5.6. Obrigações dos sócios

5.6.1. Realizar a entrada (pecuniária ou em espécie e/ou indústria)

5.6.2. Dever de lealdade e de respeito pelo interesse social (noção de interesse social, em especial nas empresas públicas societárias)

5.7. Vicissitudes

5.7.1. Transmissão *inter vivos* e *mortis causa* das participações sociais

5.7.2. Amortização de participações sociais

5.7.3. Exoneração e exclusão de sócios (proibição da denúncia *ad nutum*)

6. Deliberações sociais

- 6.1. Matérias da competência dos sócios
- 6.2. Modos de deliberação (remissão)
- 6.3. Deliberações ineficazes
- 6.4. Deliberações nulas por vícios de procedimento ou de conteúdo (exemplos)
- 6.5. Deliberações anuláveis por vícios de procedimento ou de conteúdo (exemplos)
- 6.6. Ação de declaração de nulidade e ação anulatória
- 6.7. A função acionista e as deliberações sociais nas empresas públicas
 - 6.7.1. O “novo modelo” de exercício da função acionista
 - 6.7.2. Modo de exercício da função acionista (“assembleia geral”, resolução do Conselho de Ministros, despacho do titular da função acionista nas EPE)
 - 6.7.3. Práticas de bom-governo, relatório de transparência e relatório de prevenção da corrupção
 - 6.7.4. Vicissitudes

- 7. Administração e representação
 - 7.1. Modelos orgânicos de administração (tradicional, dualista, monista)
 - 7.2. A conformação legal do conteúdo da relação entre o administrador e a sociedade
 - 7.3. Validade e eficácia dos atos da gerência/administração (regra supletiva da conjunção maioritária)
 - 7.4. Sentido e limites da vinculação da sociedade por atos dos gerentes/administradores fora do objeto social
 - 7.5. Representação voluntária
 - 7.6. Remuneração de gerentes/administradores
 - 7.7. Deveres (de lealdade e de cuidado) dos gerentes/administradores; os princípios de corporate governance
 - 7.8. Responsabilidade dos gerentes/administradores e a “business judgment rule”
 - 7.9. Modos de cessação da relação de administração e indemnização por destituição sem justa causa

- 8. As práticas de bom governo de empresas públicas e o Estatuto do Gestor Público
 - 8.1. Separação efetiva das funções de administração executiva das funções de fiscalização
 - 8.2. Requisitos de acesso ao estatuto de gestor/administrador público
 - 8.3. Designação de gestores, contratos de gestão e deveres específicos dos gestores públicos
 - 8.4. Incompatibilidade e impedimentos
 - 8.5. Remuneração, regalias e pensões dos gestores públicos
 - 8.6. Cessação de funções do gestor público
 - 8.6.1. Dissolução (em bloco) ou demissão ou renúncia (individual), justificada ou por mera conveniência
 - 8.6.2. Indemnização do gestor no caso de dissolução ou demissão por mera conveniência

- 9. As empresas locais
 - 9.1. Formas de atividade empresarial local
 - 9.2. Os serviços municipalizados
 - 9.3. Empresas locais (formas, objeto e modalidades)
 - 9.4. Direitos societários e governação de empresas locais
 - 9.5. Viabilidade económico-financeira e racionalidade económica
 - 9.6. Contratação pública, subsídios à exploração e direito da concorrência
 - 9.7. Princípio do equilíbrio de contas e dever de suprimento pela entidade pública

participante

- 9.8. Deveres de informação e transparência

Reflexão conclusiva

Siglas e abreviaturas

ACE – Agrupamento Complementar de Empresas

Art. - artigo

BCE – Boletim de Ciências Económicas

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CCoop – Código Cooperativo

CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CPI – Código da Propriedade Industrial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DL – Decreto-Lei n.º

EPE – Entidade Pública Empresarial

Lda. – Sociedade por Quotas

RFDUSP - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

RJCS – Regime Jurídico do Contrato de Seguro

RJSPE – Regime Jurídico do Setor Público Empresarial

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RRNPC – Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas

SA – Sociedade Anónima

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

CONTEÚDOS

PARTE I - O DIREITO DAS EMPRESAS PÚBLICAS COMO DIREITO COMERCIAL OU MERCANTIL

1. Origem e evolução do Direito das Empresas

Se a sociedade tem na economia, na política e na cultura as suas dimensões estruturantes, a economia é o habitat natural das empresas: as empresas operam no plano da produção e/ou troca de bens para satisfação de necessidades, estando presentes nos seus diversos setores, quais sejam o setor primário (*e.g.* agricultura, pescas, extração de matérias-primas), o setor secundário ou transformador (*e.g.* têxteis, calçado, automóvel, materiais de construção, energia, combustíveis) e o setor terciário ou serviços (*e.g.* educação, saúde, cultura, banca, seguros, comunicações, publicidade, entretenimento, turismo). Em sentido amplo, o “Direito das Empresas” abrange vários ramos do Direito Público (*e.g.* Direito Administrativo e Fiscal, Direito da Segurança Social, Direito do Ambiente)⁸, além da base comum do Direito Civil e de certos ramos especiais do Direito Privado, como o Direito do Trabalho, que são estudados em outras unidades curriculares do plano de estudos da licenciatura em Administração Público-Privada. Não obstante – *et pour cause* -, nesta unidade curricular estudamos o “Direito das Empresas Públicas” na perspetiva das ciências jurídico-empresariais, ou seja, enquanto ramo das ciências jurídicas cujas origem e evolução se encontram no “Direito Comercial”.⁹

Historicamente o comércio é um motor de desenvolvimento económico e social, desde os Sumérios e os Fenícios que nos legaram respetivamente a escrita e o alfabeto até à atual globalização mercantil, passando pelas rotas da seda traçadas por Marco Polo e pelo

⁸ Enquanto agentes do processo económico, as empresas devem pautar a sua atuação segundo as regras estabelecidas pela organização político-administrativa. Desde logo, as normas e princípios constitucionais. Por ex., é incumbência prioritária do Estado: “Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral” (art. 81-f CRP). Entre os objetivos da política industrial encontram-se “c) O aumento da competitividade e da produtividade das empresas industriais; d) O apoio às pequenas e médias empresas e, em geral, às iniciativas e empresas geradoras de emprego e fomentadoras de exportação ou de substituição de importações; e) O apoio à projeção internacional das empresas portuguesas” (art. 100 CRP). Além disso, as empresas devem conformar a sua atuação segundo os regimes administrativos de acesso de exercício de atividades económicas, como sejam os relativos à atividade industrial (DL 209/2008, de 29 de outubro) e a diversas atividades de comércio, serviços e restauração (DL 10/2015, de 16 de janeiro).

⁹ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I [De harmonia com as preleções feitas ao 4 ano jurídico de 1972-73, com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita e António A. Caeiro], Universidade de Coimbra, 1973, p. 3-53 (Introdução); ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial: I. O problema da empresa como objecto de negócios*, Coimbra, 1967 (em especial a nota 64); LOBO XAVIER, *Direito Comercial (Sumários das Lições ao 3 ano jurídico)*, Coimbra, 1977/1978, p. 5-27 (Introdução); COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 11ª ed. Coimbra, 2018, p. 31-59; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, vol. I. Coimbra, 2007, p. 15-55. Ver também OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, Lisboa, 1998/99, p. 7-51, 165-189; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 4.ª ed. (col. A. Barreto Menezes Cordeiro), Coimbra, 2016, p. 41-77; PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, 2011, p. 13-35.

império marítimo português no hemisfério sul. Todavia, as primeiras categorias próprias do Direito Comercial, enquanto instrumento de regulação dos comerciantes ou mercadores, só terão surgido em finais da Idade Média, com o desenvolvimento das transações mercantis nas cidades-estados do norte de Itália, na Flandres e em Inglaterra. Enquanto ponto de escala na rota marítima entre o Mediterrâneo e o norte da Europa, Portugal conheceu então um aumento da sua atividade mercantil e económica, com destaque para as cidades de Lisboa e do Porto. Deve-se, aliás, aos mercadores do Porto a criação da primeira associação mutualista portuguesa para cobrir os prejuízos resultantes da sua atividade marítima (naufrágios, saques, apresamentos, etc.), acordando entre si pagar uma cota, calculada em função da tonelagem dos seus navios, para um fundo de socorros mútuos, protegendo o mercador no seu país de origem e noutro onde depositasse a sua cota. Para proteger o comércio e a navegação dos portugueses, D. Dinis, o *Lavrador*, outorgou em 1293, a postura da *Bolsa dos Mercadores*, como forma rudimentar de seguros, cominada de multa para os que não a cumprissem:

“Dom Dinis, pela graça de Deus, rei de Portugal e do Algarve. A quantos esta carta virem faço saber que como os mercadores do meu Reino entendessem fazer uma postura entre si que era de muito serviço de Deus e meu aproveitamento da minha terra (...) que todas as barcas acima de cem tonéis que carregassem nos portos dos meus Reinos para a Flandres, Inglaterra, Lombardia, Bretanha ou la Rochelle, que paguem 20 soldos no frete. [...] E devem esses mercadores ter na Flandres [um depósito] de cem marcos (...) e outro em minha terra naqueles lugares que acharem convenientes. E isto fazem esses mercadores para as despesas dos negócios que tiverem ou entenderem vir a possuir na Flandres como em cada uma das outras terras, preitos e seus negócios (...) e outrossim para aquelas coisas que considerem para aproveitamento e honra da terra.”

Mais tarde, depois de promulgar em 1375 a *Lei das Sesmarias*, D. Fernando criou a *Companhia das Naus* em 1380 para fomentar o comércio externo do país, lançando porventura as bases do futuro império marítimo do Rei de Portugal e dos Algarves no hemisfério sul do planeta¹⁰, sendo os armazéns reais portugueses da segunda metade do séc. XV designados por *Companhia da Guiné* e, depois, *Casa da Índia* até meados do séc. XVIII. Pedro de Santarém (ou Pedro Santerna) publicaria o primeiro tratado de seguros, que abre com a questão de saber: *“Se os mercadores, pensando nos perigos do mar, podem proteger, por estipulação, as suas coisas contra os casos de fortuna adversa.”*¹¹

Proclamado o *mare liberum* e o fim do *mare nostrum*, a Dinastia Filipina procurou replicar na Ibéria o modelo da Companhia Holandesa das Índias Orientais. Em 1649, já durante o reinado de D. João IV, é criada a *Companhia Geral do Comércio do Brasil*, a qual, todavia, pouco tempo depois foi transformada em *Junta de Comércio*. Destacaram-

¹⁰ Fernão LOPES (1380?-1460), *Chronica de el-rei D. Fernando* (vol. II), Lisboa, 1895.

¹¹ PEDRO SANTERNA LUSITANO, *Tractatus assecurationibus et sponsionibus mercatorum* (1552). Cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, n. 18. Ao longo do Tratado encontram-se máximas com plena atualidade, como sejam: *“Onde não é lícito jogar, menos lícito é fazer aposta”* (II. 21), *“A natureza produz todas as coisas em seu devido tempo”* (III. 78), *“Onde há a mesma razão, deve estabelecer-se o mesmo direito”* (V.1)”

se depois as *Companhias Pombalinas*¹²: durante o reinado de D. José I, o Marquês de Pombal fomentaria o comércio e a indústria por via, nomeadamente, da fundação ou renovação de diversas fábricas (e.g. a *Real Fábrica das Sedas e Fábricas Anexas*, a *Real Fábrica de Panos da Covilhã* (1764), e, em especial, das companhias comerciais como a *Companhia para o Comércio do Oriente* (1753), a *Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto-Douro*, também denominada “Real Companhia Velha” (1756), a *Companhia do Grão-Pará e Maranhão* (1755), as *Companhias do Pernambuco e Paraíba* (1756), a *Companhia das Reais Pescarias do Algarve* (1773), sendo o modelo das companhias majestáticas (monopolistas) depois replicado em África no séc. XIX com as *Companhias de Moçambique*, do *Niassa*, e da *Zambézia*, nomeadamente.

Nesta ordem de ideias, a atuação empresarial do Estado terá precedido a autonomização do Direito Comercial. De resto, a autorregulação do comércio nunca dispensou a intervenção do soberano, dando-lhe um cunho “publicístico”. Pense-se, por ex., nas Leis Pragmáticas de 1677, que impediam as importações de artigos de luxo e tecidos estrangeiros, em ordem a proteger o uso de produtos feitos no reino. De todo o modo, o Direito Comercial estava ainda longe de encontrar um conjunto desenvolvido de regras específicas dos mercadores. Situação que se prolongou, ao ponto de, já na segunda metade do século XVIII a famosa Lei da Boa Razão dispor que, em matéria mercantil “e muito mais racionável e muito mais coerente, que (...) se recorra em casos de necessidade ao subsidio próximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, iluminadas, e pollidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudência” (Lei de 18.08.1769, § 9). Mais tarde, já no século XIX e extinto o Santo Ofício, a Revolução Industrial, a emancipação política da burguesia mercantilista e a internacionalização do comércio estimularam o desenvolvimento do Direito Comercial enquanto ramo autónomo do Direito Privado e cujo centro de gravidade está nas empresas.

A este propósito é interessante notar que, se em França a codificação civil precedeu a comercial – o *code de commerce* é de 1807, enquanto o *code civil* data de 1804 –, em Portugal sucedeu o contrário, i.e., a codificação comercial é anterior à codificação civil: “Iniciou-se o nosso movimento de codificação pelo direito mercantil”¹³. O primeiro Código Comercial data de 1833, enquanto só mais tarde, por Carta de Lei de 1867, foi aprovado o primeiro Código Civil Português. Depois, ainda no século XIX, a Carta de Lei de 28.06.1888 aprovou o segundo Código Comercial, dispondo no art. 3 que “*Desde que principiar a ter vigor o Código, ficará revogada toda a legislação anterior que recair nas matérias que o mesmo Código abrange, e em geral toda a legislação comercial anterior*”.

Tributário dos ideais da Revolução Francesa, no sentido da igualdade dos cidadãos perante a lei e da consequente abolição dos privilégios (pessoais ou corporativos), o *code de commerce* (sucedâneo das *ordonnances* do comércio de 1673 e de 1681) revestiu

¹² Ver FIGUEIREDO MARCOS, *As Companhias Pombalinas – Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Coimbra, 1997; MARCELO CAETANO, *Direito Público Colonial Português*, lições coligidas por Mário Neves, Lisboa, 1934, p. 11. No sentido de que “A empresa dos descobrimentos não foi obra de comerciantes”, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, p. 15. Sobre as companhias majestáticas ver também, por ex., PEDRO LAINS, FERREIRA DA SILVA (Org.), *História Económica de Portugal*, vol. I O Séc. XVIII, 3.ª ed. Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2010.

¹³ ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, Coimbra, 1980, p. 409.

feição objetivista e exerceu influência sobre as primeiras codificações comerciais, incluindo as portuguesas. Com efeito, tanto o Código Ferreira Borges (1833), como o Código Veiga Beirão (1888), filiam-se ambos no sistema objetivista, como consagra o artigo 1.º deste último: “*a lei comercial rege os atos de comércio sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm*”. Não obstante, a codificação portuguesa apresenta já alguns elementos subjetivistas e empresarialistas que mais tarde vão distinguir a codificação germânica de finais do século XIX: o *Handelsgesetzbuch* (HGB) de 1897, disciplinando o estatuto dos comerciantes e os negócios comerciais (definidos como atos de um comerciante que pertencem à exploração da sua empresa comercial – § 343), consagra o comerciante como a personagem principal do direito comercial e a empresa como a sua força motriz. Dizendo-o com Calvão da Silva: “Não que o Direito Comercial moderno seja exclusivamente direito das empresas, mas sim e seguramente um direito ancorado na empresa”.¹⁴

Atualmente, a conceção do Direito das Empresas como Direito Comercial corresponde, no essencial, à conceção «empresarialista» do Direito Comercial predominante na Alemanha, onde o HGB é analogicamente aplicável aos empresários não comerciantes, sem prejuízo de o Direito Comercial em sentido estrito não pressupor necessariamente a empresa enquanto estabelecimento estável e autónomo e por isso o comerciante não ser necessariamente empresário (enquanto titular de um estabelecimento), nem os atos objetivos de comércio são invariavelmente atos de empresas.

O Código Comercial em vigor (ou o que dele resta) divide-se em 4 livros.

O livro 1 trata do comércio em geral [I disposições gerais, II da capacidade comercial e dos comerciantes, III firma (ver agora RRNPC), IV da escrituração, V do registo (CRCom), VI do balanço, VII dos corretores (ver agora CVM), VIII dos lugares destinados ao comércio (I das bolsas (ver agora CVM), II dos mercadores, feiras, armazéns e lojas].

O livro 2 trata dos contratos especiais de comércio [I disposições gerais, II das sociedades (agora CSC), III da conta em participação (agora DL 231/81), IV das empresas, V do mandato (I disposições gerais 231 s, II da gerência 248 s, III da comissão 266 s); IV das letras, livranças e cheques (agora LULL, LUCH), VII conta corrente (344 s), VIII das operações de bolsa (agora CVM), IX das operações de banco (agora RGIC), X do contrato de transporte (ver leis avulsas), XI do empréstimo, XII do penhor, XIII do depósito, XIV do depósito de géneros e mercadorias nos armazéns gerais, XV dos seguros (agora RJCS – DL 72/08), XVI da compra e venda, XVII Do reporte, XVIII do escambo ou troca, XIX do aluguer, XX da transmissão e reforma de títulos de crédito mercantil (endosso, ao portador ou como cessão de créditos)].

O 3 livro trata do comércio marítimo [I dos navios (I disposições gerais, quase inteiramente revogado pelo DL 201/98, II do proprietário (DL 202/98), III do capitão (DL 385/99), IV da tripulação (DL 384/99), V do conhecimento (DL 352/86), VI do

¹⁴ CALVÃO DA SILVA, *Direito das Empresas 5.º Ano – Relatório Sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Coimbra, 2016, p. 6.

fretamento (DL 181/87), VII dos passageiros (DL 349/86), VIII dos privilégios creditórios e das hipotecas sobre navios (art. 584), II do seguro contra riscos do mar, III do abandono, IV do contrato de risco, V das avarias, das arribadas forçadas, VI da abalroação, VIII da salvação e assistência].

Finalmente, o 4 Livro trata das falências (revogado logo pelo Código das Falências de 1889, é matéria agora regulada pelo CIRE, aprovado pelo DL 53/2004, com alterações várias).

O Código Comercial de 1888 ainda vigora em alguns países lusófonos como Angola e São Tomé e Príncipe, ao passo que outros adotaram legislação própria: veja-se, por ex., Código das Empresas Comerciais de Cabo-Verde, aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 3/99 de 29 de março, e o Código Comercial de Moçambique, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de dezembro (com alterações várias). Em Macau, ainda sob administração portuguesa, foi aprovado um novo Código Comercial, pelo Decreto-Lei n.º 40/99/M, de 3 de agosto de 1999 (com alterações).¹⁵ Aliás, as codificações de expressão lusófona contrastam com a incapacidade demonstrada pelo legislador português de empreender uma reforma geral da legislação comercial, *empresa* há muito adiada.¹⁶ O nosso Código Comercial é ainda, formalmente, o Código aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888. Todavia, boa parte do seu conteúdo foi formalmente substituída por Códigos parcelares (por ex., Código das Sociedades Comerciais). Além disso, o direito comercial sofreu o impacto da “descodificação” com tendência para legislação dispersa e avulsa, que tornam o direito comercial português algo «labiríntico» e até confuso, em contraste com recentes codificações do direito comercial de expressão lusófona. Trata-se de instrumentos que poderão auxiliar uma futura reforma global do sistema jurídico-mercantil português no sentido da modernização do direito comercial através de uma nova codificação, que abranja também as exigências do comércio eletrónico, tendo em conta desde logo a importância estratégica de um moderno Código Comercial para a justiça e para o desenvolvimento. Diríamos, evocando *A Mensagem* de Fernando Pessoa: “Cumpriu-se o Mar e o Império se desfez...falta cumprir-se Portugal!”

2. Delimitação do objeto de estudo e fontes do direito mercantil das empresas (públicas e privadas)

O “Direito das Empresas” em geral, enquanto Direito Comercial, estuda as empresas e as suas atividades, máxime comerciais, enquanto ramo especial do direito privado, sem excluir a aplicação do direito civil como direito comum e subsidiário. A aplicação da lei civil a matéria mercantil opera subsidiariamente, enquanto direito comum, nas questões comerciais (art. 3 Cód. Com). Na falta de regulamentação comercial específica, aplicam-se as normas do Código Civil, que se pressupõem, tal como sucede relativamente aos contratos enquanto negócios jurídicos (arts. 217-294 CC), fonte de obrigações (arts. 405-

¹⁵ Sobre a evolução do Direito Comercial em Portugal e na lusofonia, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 4ª ed., p. 83-138.

¹⁶ Vide FERRER CORREIA, «Sobre a projectada reforma da legislação comercial», *ROA* 44/I (1984). Sobre a codificação, PINTO MONTEIRO, «La Codification en Europe: le Code Civil Portugais», *BFDUC* 66 (1992); J.L. HALPÉRIN, «Mapping the History of Codification», *RFDUSP* 112 (2017), p. 485-508.

456 CC) e objeto de regimes especiais, os chamados contratos típicos, previstos e regulados no título II do Livro I do Código Civil, como sejam os contratos de *compra e venda* (art. 874), *doação* (art. 940/1), *sociedade* (art. 980), *locação* (art. 1022), *comodato* (art. 1129), *mútuo* (art. 1142), *trabalho* (art. 1152), *prestação de serviço* (art. 1154), *mandato* (art. 1157), *depósito* (art. 1185), *empreitada* (art. 1207), *renda perpétua* (art. 1231), *renda vitalícia* (art. 1238), e *transacção* (art. 1248).¹⁷

De todo o modo, a liberdade contratual é um princípio fundamental do direito privado, decorrente do dogma da autonomia da vontade. Significa que, dentro dos limites da lei, as partes são livres de celebrar ou não contratos e de neles fazer incluir as cláusulas que lhes aprouver, incluindo a possibilidade de misturar ou combinar regras de dois ou mais contratos típicos, i.e., regulados por lei (art. 405 CC). O Direito Comercial é, provavelmente, o mais fértil dos ramos do direito em termos de criação, pela praxis, de novos modelos contratuais, que são legalmente atípicos mas adquirem tipicidade jurídico-económica. Pense-se em mente, por ex., nos contratos de concessão comercial e de franquia, nas *joint ventures* atípicas, nas licenças de propriedade intelectual, nas garantias autónomas, na instalação de lojistas em centros comerciais, já para não falar de figuras que, entretanto, foram objeto de disciplina legal mais ou menos desenvolvida, como a locação financeira (*leasing*) e a cessão financeira (*factoring*). O Código Comercial estabelece regras especiais para diversos tipos de contratos e, em legislação avulsa, são regulados outros, como os contratos de transporte, de seguro, de agência, para além de regimes contratuais específicos no domínio do direito do consumidor ou dos direitos de autor, *inter alia*. O direito dos contratos é estudado sobretudo nas disciplinas de Teoria Geral do Direito Civil e Direito das Obrigações, e em disciplinas específicas sobre Contratos civis ou comerciais.¹⁸

Tradicionalmente, a matriz do Direito das Empresas radica no Direito Comercial e nas suas categorias nucleares como os atos de comércio, os comerciantes, os estabelecimentos e as sociedades comerciais. O comércio em sentido jurídico integra não apenas o comércio em sentido económico (entendido geralmente como atividade de interposição nas trocas), mas também atividades industriais e de serviços. Todavia, nem todo o comércio em sentido económico é abrangido pelo Direito Comercial, já que este não abrange, em princípio, a agricultura, o artesanato e, de um modo geral, as profissões

¹⁷ Fora da esfera mercantil (ainda com possíveis efeitos comerciais), o Código Civil define o casamento como um casamento (art. 1577), e admite, em condições apertadas, os chamados contratos sucessórios (art. 2028).

¹⁸ Sobre o Direito dos Contratos ver, a título meramente indicativo, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* - Vol. II Facto Jurídico, em especial negócio jurídico, Coimbra, 1960; PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I (Artigos 1.º a 761.º), 4.ª ed. (col. Henrique Mesquita), Coimbra, 1987, e vol. II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª ed., Coimbra, 1997; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed. Coimbra, 2000; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, 2009; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2005; I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra, 2002; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, 3.ª ed. Coimbra, 2005; ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, 2ª ed. Lisboa, 1996; PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Coimbra, 2009, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. Coimbra, 2007, e *Direito Comercial – I*, P. 139-284; FERREIRA DE ALMEIDA. *Contratos: I. Conceitos. Fontes. Formação*, 3ª ed. Coimbra, 2005; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009.

liberais regulamentadas (por ex. medicina, advocacia). Excluídos do Direito Comercial em sentido estrito, estes setores integram naturalmente a matéria do Direito Empresarial enquanto domínios privados da economia.

Quanto às fontes do Direito Empresarial refiram-se ainda, para além das externas, tais como as convenções internacionais e os regulamentos e diretivas da União Europeia (art. 8/2-3 CRP), a legislação do direito das empresas, máxime o Código Comercial (1888) e a legislação comercial (e.g. CSC), nas fontes internas. Sem prejuízo do seu importante valor, nomeadamente ao nível da concretização de cláusulas gerais e conceitos normativos indeterminados (e.g. bons costumes, boa-fé, ordem pública), a jurisprudência e a doutrina têm um papel fundamentalmente supletivo e de controlo no nosso sistema jurídico - a doutrina não é geralmente considerada fonte de direito por não vincular o julgador¹⁹, embora se lhe reconheça “influência fortíssima” na vida jurídica²⁰; de todo modo, em perspetiva superadora do positivismo jurídico, é considerada fonte do direito entendido este como juridicidade que não apenas normatividade geral e abstrata²¹.

Por seu turno, os usos valem apenas como fonte mediata (*secundum legem*) do direito (arts. 1/1 e 3/1 CC), incluindo ao nível da interpretação e integração de negócios jurídico-mercantis.

No plano internacional, refiram-se a título de exemplo as Convenções para a proteção da propriedade industrial (Convenção de Paris de 1883) e da propriedade literária e artística (Convenção de Berna de 1886 e Convenção de Roma de 1961), e as Convenções de Genebra de 1930 e de 1931, que estabelecem leis uniformes em matéria de letras e livranças e em matéria de cheques. Assumem também importância institutos como o UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – 1926, 1940) e a CNUDCI/UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional criada em 1966), enquanto fonte de *soft law* ou leis-modelo em vários domínios do direito comercial (por ex. contratos de franquia, garantias autónomas). De igual modo, a CCI (Câmara de Comércio Internacional) desenvolve os ‘Incoterms’, que reveste natureza de nova *lex mercatoria* para os tribunais arbitrais, sendo a arbitragem um instrumento privilegiado de solução de conflitos no comércio internacional.²²

Ao contrário de um ramo autónomo (Direito Comercial ou Direito das Empresas), a unificação do direito privado foi propugnada por Teixeira de Freitas e Vivante ainda no século XIX, e mais tarde consagrada pelo *codice civile* italiano de 1942 e, na sua senda, pelo Código Civil brasileiro de 2002, que encontrou naquele o seu “eixo inspirador [...] principalmente na formação do Direito de Empresa”²³.

¹⁹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 3ª ed. Coimbra, 1983, p. 163; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 11ª ed. Coimbra, 2001, p. 247-9.

²⁰ SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª ed. Coimbra, 2012, p. 208-11.

²¹ CASTANHEIRA NEVES, «As fontes do direito e o problema da positividade jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vols. 51 (1975) e 52 (1976); PINTO BRONZE, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed. Coimbra, 2006, p. 660-2 (e sobre funções da jurisprudência dogmática, p. 742-3); sem esquecer o estudo seminal de MANUEL DE ANDRADE, «Sentido e valor da Jurisprudência», *BFDUC* 48 (1972).

²² Em Portugal, a arbitragem voluntária é regulada pela Lei 63/11, de 14 de dezembro.

²³ ALMEIDA SALLES, «A autonomia do direito comercial e o direito de empresa», *RFDUSP* 105 (2010), p. 1241-2 (apesar da unificação normativa do direito privado no Código Civil, sustenta a autonomia

Com efeito, o Código Civil brasileiro dedica o Livro II ao Direito de Empresa, considerando-se “empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966), exceto quando «exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa» (parágrafo único), por um lado, e estabelecimento, “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (art. 1.142), o qual “pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza” (art. 1.143).²⁴

Atualmente são de uso comum muitos dos instrumentos gerados no seio mercantil (e.g. as letras de câmbio, as sociedades comerciais, os seguros, a falência ou insolvência, os sinais distintivos do comércio, a concorrência, a escrituração e o registo comercial; até a responsabilidade limitada está atualmente à disposição de profissionais não comerciantes, como advogados ou agricultores que façam parte de cooperativas agrícolas).

Fala-se em “mercantilização do direito privado” no sentido da generalização de princípios originários do direito mercantil, tais como o reforço do crédito, da proteção da confiança, da celeridade e certeza das transações, ou a presunção de onerosidade dos negócios mercantis. Mas pode falar-se igualmente em *civilização do direito mercantil*, pois a proteção da parte mais fraca na relação entre empresas ou profissionais (B2C) tem justificado o desenvolvimento de novas figuras, nomeadamente o abuso de dependência económica (Lei 19/12, art. 7) e a disciplina dos contratos de adesão entre profissionais (DL 446/85); esta última abrange igualmente as relações de empresas/profissionais com consumidores (B2C), estabelecendo aí limites imperativos à liberdade contratual, incluindo especiais deveres de informação e direitos de resolução (Lei 24/96, DL 24/14 sobre vendas à distância), garantias de conformidade dos bens com o contrato (DL 67/03), relevo contratual da publicidade (Lei 24/96, art. 7/5), imperatividade das normas de proteção e nulidade das cláusulas contratuais que as contrariem (e.g. DL 133/09 crédito ao consumo; DL 57/08 práticas comerciais desleais), incluindo no âmbito do comércio eletrónico (DL 7/2004).

Por esta via, o Direito Comercial evolui como direito privado mercantil, máxime das empresas (o chamado “direito privado das empresas”²⁵); mercantil por não ser restrito a comércio em sentido jurídico estrito; privado por regular a atuação dos sujeitos enquanto particulares; máxime das empresas, já que em regra num dos polos da relação está uma empresa, maior ou menor consoante os casos, por vezes substituída pela categoria do profissional. De fora fica o direito público das empresas, ou melhor, a

do direito comercial ou *lex mercatoria* “no atendimento aos vários lances de mercados organizados [...] para, ao final, desembocar na oferta massificada de bens ou serviços” – p. 1247).

²⁴ Outros países de expressão lusófona continuaram a tradição da codificação autónoma do direito comercial, embora de matriz empresarial, como sejam o Código Comercial de Macau, o Código das Empresas Comerciais de Cabo-Verde, e o Código Comercial de Moçambique.

²⁵ PUPO CORREIA, *Direito Comercial. Direito da Empresa*, 14ª ed. (col. António José Tomás e Octávio Castelo Paulo), Lisboa, 2018, p. 28.

relação dos sujeitos privados mercantis com as autoridades públicas, e sem prejuízo de setores normativos, como o direito da concorrência, aplicáveis às relações entre empresas²⁶.

Todavia, o Direito das Empresas Públicas não é apenas um ramo especial do direito privado. A disciplina prevista no regime jurídico do setor público empresarial carrega uma lógica empresarial própria, que procuraremos identificar ao longo do curso por contraste com o regime das empresas privadas.

3. A polissemia do termo “empresa” no senso comum e na linguagem jurídica

Na linguagem comum, o termo empresa (ou estabelecimento) é utilizado como sinónimo de firma, negócio, loja, fábrica, companhia ou sociedade. Os vários usos do termo englobam fundamentalmente dois sentidos: a empresa enquanto unidade económica (a) e a empresa como sujeito jurídico (b).²⁷

Com base no método da intuição empírica, propôs Orlando de Carvalho a seguinte noção pré-jurídica de empresa ao redor da qual se moveria o Direito Comercial, qual “estrela” do sistema empresarial²⁸:

“Da nossa experiência da vida – linguística, mas não apenas – decorre que a empresa é, antes de tudo, um processo produtivo (concebida a produção 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 vantajosa: ou seja, à formação de um excedente financeiro que garanta quer a autorreprodução do processo, quer o estímulo a essa autorreprodução (sabido que sem autorreprodução, incluindo a necessária reprodução ampliada, não há sistematicidade, e sem estímulo à autorreprodução, esta, como dispêndio de energias, não se efetua). Sendo isso, porém, a empresa é necessariamente uma estrutura, isto é, um complexo organizado de meios ou de fatores com o mínimo de racionalidade e estabilidade que lhe garanta o mínimo de autonomia funcional (ou técnico-produtiva) e financeira (ou económico-reditícia) que lhe permita emergir na intercomunicação das produções (ou no mercado, lato sensu: o mercado é o lugar ideal da intercomunicação produtiva) como um centro emissor e receptor a se stante”.

Pela negativa, “não é empresa a produção para o autoconsumo ou para a benemerência”, nem “uma especulação episódica ou ocasional”, nem “a produção que busca apenas cobrir despesas com receitas”, nem “a produção em que a pessoa do empresário tem um peso tão absorvente na formação do produto que o processo não se identifica nem subsiste sem ele”.

²⁶ Por ex., a Lei da Concorrência (Lei 19/2012 de 8 de maio, à semelhança do artigo 7 da Lei 18/2003 e antes no artigo 4 do Decreto-Lei 371/93, de 29 de outubro) proíbe o abuso de dependência económica, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência (art. 12.º).

²⁷ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 201-52 (cap. III); COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 205-336 (cap. III). Sobre os significados do termo empresa, ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, p. 103-64, 427-93; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 4ª ed., p. 292-329; PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, p. 74-106.

²⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Empresa e lógica empresarial*, Coimbra, 1997 [Separata do n.º especial do BFDUC “Estudos em Homenagem ao Prof Doutor António de Arruda Ferrer Correia” - Vol. III].

Esta noção pré-jurídica de empresa compreende-a sobretudo em sentido objetivo, isto é, enquanto unidade autónoma de produção. Mas, tal como na linguagem comum, também na linguagem jurídica o termo empresa tem outros sentidos, distinguindo-se desde logo a empresa em sentido objetivo da empresa em sentido subjetivo.²⁹

Assim, por um lado, as empresas enquanto sujeitos que exercem uma atividade económica (empresa em sentido subjetivo); veja-se neste sentido a lei da concorrência, que define empresa como “qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento” (art. 3/1).

Por outro lado, as empresas como instrumentos ou estruturas produtivas objetos de direitos e de negócios (empresa em sentido objetivo). Veja-se, por ex., o artigo 285/5 do Código do Trabalho: “Considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória.” Também o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas privilegia o sentido objetivo, considerando empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica (art. 5 CIRE).

Em termos empíricos, as empresas surgem habitualmente associadas à indústria ou ao comércio. Fala-se, por isso, em empresas ou estabelecimentos comerciais. Todavia, a empresa não é comercial por ser empresa, mas antes em função da classificação comercial da sua atividade económica segundo a lei mercantil. São comerciais as empresas cujo objeto se traduza na prática de atos (ou atividades) objetivamente mercantis, como são por ex. as previstas nos artigos 230, 362, 425 e 463 do Código Comercial. Pela negativa, são civis (não comerciais) as empresas que exerçam atividades não mercantis³⁰, como sejam: a) as empresas da *indústria extrativa* de recursos geológicos (e.g. minerais, geotérmicos, águas) e a pesca artesanal; b) as empresas *agrícolas*, incluindo produção acessória à exploração agrícola, silvícola e pecuária (230 § 1-2, 464/2)³¹, salvo se a exploração agrícola for acessória em relação à atividade transformadora (e.g. produção de vinho); c) as empresas *artesaniais* (230 § 1, 464/3); d) os profissionais liberais, sendo que respetivos escritórios, consultórios ou estúdios não constituem estabelecimentos (ou empresas em sentido objetivo), em virtude da apessoa da prevalência do sujeito com a sua específica capacidade

²⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 215-229, identificando a utilização pelo legislador dos termos empresa e estabelecimento quer como unidade económica quer como sujeito jurídico: alguns diplomas utilizam o termo empresa em sentido objetivo (por ex. art. 5 CIRE; arts. 218/1-c, 165, 346/3 do CT, que trata o estabelecimento como unidade da empresa nos arts. 150/4, 195/1, CT), enquanto outros o empregam no sentido de entidade subjetiva (art. 38/4 CRP, art. 174/2 CDADC, art. 2 RGIC; art. 3 Lei 19/12 - concorrência; DL 62/13 –atrasos nos pagamentos comerciais). Além disso, a lei refere-se a estabelecimento, enquanto entidade objetiva ou unidade económica autónoma, no Código Civil (arts. 943/2, 1.109, 1.112/1-a, 1.559, 1.682-Aº/1-b CC) e no CSC (arts. 246/2, 19/1-b, 152/2-d) CSC; ver o ainda art. 3-h do DL 24/14 sobre contratos à distância), mas já em outros diplomas o termo estabelecimento parece ser utilizado em sentido subjetivo (art. 416 CCom) ou em equivalência (art. 11/2 DL 430/73 - ACE; art. 95/5 RJCS).

³⁰ COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, pp. 25 ss, 83 ss.

³¹ Ver também leis do arrendamento rural e florestal, respetivamente DL 385/88 e DL 394/88. O DL 336/89 estabeleceu que as sociedades de agricultura de grupo, agrupamento de produção agrícola, empresas familiares agrícolas reconhecidas são sociedades civis sob a forma de sociedade por quotas.

técnico-científica para a prestação de serviços sobre o complexo de bens produtivos utilizado no exercício da profissão. Por isso, a lei distingue os empresários dos sujeitos que exercem profissões liberais (ver e.g. o art. 1.112 CC e a disciplina das cláusulas contratuais gerais aprovada pelo o DL 446/85, com alterações várias). Todavia, pode acontecer o contrário, com o apagamento do sujeito do profissional, embora nos pareça, em qualquer caso, que certos domínios, como a relação médico-paciente, não devem ser considerados comerciais.

É na classificação das empresas enquanto sujeitos, ou em sentido subjetivo, que surgem as empresas públicas. Distinguem-se as empresas do setor privado, as empresas do setor público e ainda as empresas do setor social. A CRP garante a coexistência de três setores de propriedade dos meios de produção em função do respetivo titular: o público, o privado e o cooperativo ou social. A propriedade e gestão dos meios de produção pertencem: ao Estado ou a outras entidades públicas no setor público, a pessoas privadas no setor privado, e a cooperativas, comunidades locais, trabalhadores ou pessoas coletivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objetivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista, no setor cooperativo ou social (art. 82).³²

As empresas do setor privado podem ser exploradas em nome individual, incluindo na forma de Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL)³³, mas são frequentemente sociedades comerciais, sobretudo de tipo sociedade por quota ou sociedade anónima, muitas vezes unipessoais (ver arts. 270-A e 488 do CSC). No setor privado encontram-se também empresas na forma de ACE – Agrupamentos Complementares de Empresas. Por seu turno, no setor social ou cooperativo encontramos as cooperativas, com ou sem responsabilidade limitada, definidas no art. 2/1 do novo Código Cooperativo, aprovado pela Lei 119/2015, de 31 de agosto. As cooperativas destinam-se a alcançar vantagens económicas ou economias (eliminação ou redução de custos), mas não prosseguem intuítos lucrativos já que os lucros são insuscetíveis de repartição pelos cooperantes. Igualmente no setor social encontram-se empresas com a forma jurídica de associações ou de fundações: são pessoas coletivas que, nos termos do Código Civil, não têm por fim o lucro económico dos associados, no caso das associações (art. 157), ou que têm um fim de interesse social reconhecido pela entidade administrativa competente, no caso das fundações (art. 188).

³² O Estado incentiva a atividade empresarial privada e não pode intervir na sua gestão senão a título transitório, nos casos legalmente previstos, e em regra mediante prévia decisão judicial (art. 86/1-2); todavia, a “lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza” (art. 86/3).

³³ Regulado pelo DL 248/86, o EIRL é um património autónomo: os bens afetados ao estabelecimento respondem apenas pelas dívidas contraídas no exercício das atividades de que é instrumento, e por estas dívidas respondem apenas esses bens (arts. 10 e 11). Em regra, o conjunto de bens que integra o património separado tende a se consubstanciar no estabelecimento, e vice-versa. Sobre esta figura ver, e.g. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Estabelecimento comercial e estabelecimento individual de responsabilidade limitada», ROA 47/I (1987), e *Direito Comercial*, vol. I, p. 409-425.

O setor empresarial público é constituído pelas *empresas públicas*. O Regime Jurídico do Setor Público Empresarial (RJSPE)³⁴ distingue sociedades comerciais de responsabilidade limitada e capitais exclusiva ou maioritariamente públicos (por ex. CGD S.A.; TAP S.A.; Metro do Porto, S.A., Metro-Mondego S.A.) e entidades públicas empresariais (por ex. CP EPE, Metro de Lisboa EPE; CHUC EPE). As empresas públicas societárias (sociedades, nas quais o Estado exerce a influência dominante em virtude de deter a maioria do capital, dos votos ou da administração) são pessoas coletivas de direito privado, mas com especificidades de regime derivadas das finalidades públicas que prosseguem. Por ex., estão sujeição às orientações estratégicas definidas pelo Governo, têm deveres especiais de informação, os seus administradores regem-se pelo Estatuto do Gestor Público (aprovado pelo DL 71/07) e ficam sujeitas ao controlo financeiro do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças. Por seu turno, as EPE são pessoas coletivas de direito público, criadas pelo Governo, que as dota de capitais com vista à constituição de unidades económicas autónomas para a prossecução de fins de interesse geral sob superintendência e tutela estaduais. Algumas SA criadas pelo Estado foram transformadas em EPE (*maxime* hospitais). Mas também aconteceu a antiga “Estradas de Portugal, EPE” ser convertida em sociedade anónima (DL 374/07).

O Regime Jurídico do Setor Público Empresarial estabelece princípios e regras aplicáveis à constituição, organização e governo de empresas públicas (a), ao exercício dos poderes inerentes à titularidade de participações nestas empresas (b), e à sua monitorização e controlo (c). Além disso, O RJSPE criou a UTAM - Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial (art. 1/3), uma entidade administrativa autónoma na dependência do Ministro das Finanças (art. 68).³⁵ Segundo o RJSPE, o setor público empresarial abrange o setor estadual e o setor local (art. 2/1)³⁶, fazendo as empresas públicas, juntamente com as empresas participadas, parte do setor público estadual (art. 2/2).³⁷ O RJSPE regula, *inter alia*, a constituição de empresas públicas, os princípios de governo societário aplicáveis ao exercício da função acionista e às práticas de bom governo nas empresas públicas, incluindo obrigações e responsabilidades do titular da função acionista, a prevenção de conflitos de interesse e a

³⁴ Aprovado pelo DL 133/2013, de 3 de outubro (várias vezes alterado). Doravante, salvo outra indicação, os artigos referidos pertencem ao RJSPE. Sobre este regime, PAZ FERREIRA, PERESTRELO DE OLIVEIRA, SOUSA FERRO, «O sector empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013», *RDS* 2013/3, p. 465; J.M. COUTINHO DE ABREU, «As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)», *BCE* LVII/1 (2014) p. 45-67, e *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 265-282; OLAVO CUNHA, *Direito comercial e do mercado*, 2.ª ed. Coimbra, 2018, p. 181-190.

³⁵ Segundo o preâmbulo, a UTAM recuperou algumas das funções exercidas pelo antigo GAFEEP (Gabinete para a Análise do Financiamento do Estado e das Empresas Públicas).

³⁶ Relativamente aos setores empresariais das Regiões Autónomas, dos municípios, das áreas metropolitanas e das comunidades intermunicipais, o RJSPE aplica-se apenas subsidiariamente (art. 4). O regime jurídico da atividade empresarial local (RJAEL), aprovado pela Lei 50/2012, de 31 de agosto (várias vezes alterado), regula as *empresas locais* (*municipais*, *intermunicipais* ou *metropolitanas*). O RJSPE regula alguns aspetos destas empresas nos artigos 62 a 66 (titularidade e controlo de exercício da função acionista nas empresas locais, constituição de entidades empresariais locais empresas locais, prestação de informação, endividamento e monitorização das empresas locais) e aplica-se com as devidas adaptações a outros aspetos (art. 67). Sobre as empresas locais, *vide infra* § 9.

³⁷ A Direção-Geral do Tesouro e Finanças disponibiliza uma lista de empresas públicas: http://www.dgtf.pt/RecursosUser/SEE/Documents/Carteiras_participacoes_Estado/31_12_2018/carteira_global_31_12_2018.pdf

divulgação de informação. Para “promover a melhoria do desempenho da atividade pública empresarial” (art. 1/2), o RJSPE, que estabelece as “bases gerais do estatuto das empresas públicas” (art. 1/1)³⁸. As empresas públicas podem ser sociedades comerciais de responsabilidade limitada ou entidades com natureza empresarial (art. 5), as denominadas “entidades públicas empresariais” (EPE). De igual modo, estabelece o art. 13/1 que as empresas públicas podem assumir a forma de sociedade de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial, ou a forma de entidade pública empresarial.³⁹

³⁸ O DL 133/2013 incorpora medidas consignadas no Memorando da Troika no âmbito do Plano de Assistência Económica e Financeira, COUTINHO DE ABREU, “Memorando da «Troika» e sector público empresarial”, *Colóquios n.º 5 – O memorando da “Troika” e as empresas*, IDET, Coimbra, 2012, p. 185. Corresponde à 3.ª geração de leis das empresas públicas pós 25 de abril. O Decreto-Lei 260/76, de 8 de abril, foi a primeira lei das empresas públicas, cf. CABRAL DE MONCADA, *A empresa pública e o seu regime jurídico. Aspectos Gerais*, Coimbra, 1988; COUTINHO DE ABREU, *Definição de empresa pública*, Coimbra, 1990 (separata do vol. XXXIV do “Suplemento” ao BFDUC). Atribuía-se “máxima importância” ao papel destas empresas na sociedade portuguesa então em “fase de transição para o socialismo” (1.º parágrafo do preâmbulo do DL 260/76). Em 1985 Portugal aderiu à então Comunidade Europeia e, depois, o DL 260/76 foi revogado e substituído pelo DL 558/99, de 17 de dezembro, que estabeleceu um novo regime jurídico do setor empresarial do Estado e das empresas públicas adaptando-o às exigências do mercado interno, incluindo a “europeização” da noção de empresa pública por referência ao operador “influência dominante” – ver FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed. (col. Luís Fábrica, Carla Amado Gomes e Jorge Pereira da Silva), Coimbra, 2010, p. 383-417; REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1999, p. 288-306; COUTINHO DE ABREU, *Sobre as novas empresas públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)* (Separata do Volume Comemorativo do BFDUC), Coimbra, 2002; CARDOSO SIMÕES, «Empresa pública e sector empresarial do Estado: breve estudo de direito comparado», e PINTO DUARTE, «Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais», ambos in *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado* (coord. Paz Ferreira), Coimbra, 2000, p. 61-89; PACHECO DE AMORIM, *As empresas públicas no direito português (em especial, as empresas municipais)*, Coimbra, 2000; AFONSO VAZ, «Formas organizativas do sector empresarial do Estado», *Os caminhos da privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, p. 111-114 (considerando que o DL 558/99 “mais não faz, regra geral, do que institucionalizar uma realidade já existente”); GUERRA DA FONSECA, *Autonomia estatutária das empresas públicas e descentralização administrativa*, Coimbra, 2005; PEDRO C. GONÇALVES, «Natureza jurídica das sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa* 84 (2010) p. 14-31. Para o direito comparado ver, por ex., PÉREZ MORENO, MONTOYA MARTÍN, «Formas organizativas del sector empresarial del Estado», *Os caminhos da privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, p. 59-110. FRANCESCO GALGANO, «Pubblico e private nella regolazione degli enti pubblici economici», in *Contratto e Impresa* 3 (1993), p. 914-920; ARIÑO ORTIZ, *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*, Madrid, 2007; CARTIER-BRESSON, *L'État Actionnaire*, Paris, LGDJ, 2010; WALLBACH SCHWIND, *O Estado Acionista - Empresas Estatais e Empresas Privadas com Participação Estatal*, 2017; CAROLINA FIDALGO, *O Estado Empresário*, 2017. Em Anexo, apresenta-se uma resenha histórica das leis das empresas públicas anteriores ao DL 133/2013, à Lei 50/2012, de 31 de agosto (empresas municipais), e ao Estatuto do gestor Público (DL 71/2007, de 27 de março).

³⁹ A personalidade coletiva da EP seria, segundo COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 211, “um expediente jurídico de que ele [Estado] se serve para gerir as empresas de forma (mais ou menos) descentralizada e com limitação de responsabilidade.”

PARTE II - DO ESTATUTO DE COMERCIANTE E SUA APLICAÇÃO ÀS EMPRESAS PÚBLICAS

1. Noção de comerciante: comerciante (empresário) em nome individual e comerciante pessoa coletiva (sociedades comerciais e figuras afins).

Os comerciantes podem ser pessoas singulares ou pessoas coletivas⁴⁰. Nos termos do Código Comercial (art. 13/1), são comerciantes, para começar, as pessoas singulares (pessoas humanas ou naturais) com capacidade de exercício para a prática de atos de comércio (art. 7) e que do comércio fazem profissão, i.e., exercem ou propõem-se exercer, habitual ou reiteradamente (ainda que não exclusiva, nem principal nem ininterruptamente), e de modo autónomo, uma atividade juridicamente comercial (com exceção de atos formalmente comerciais).

A noção de comerciante em nome individual remete para a noção de atos de comércio, que será estudada mais à frente. Além disso, contém a autonomia como elemento essencial, no sentido de que a profissão do comércio deve ser exercida de modo autónomo. Assim, o trabalhador do comércio não é, enquanto tal, comerciante porque não atua com autonomia em relação ao empregador, como sucede, por ex., com os gerentes de comércio, auxiliares e caixeiros de comerciantes (arts. 248, 250, 251), quando atuam subordinadamente⁴¹. Caso atuem com autonomia, serão mandatários, prestando um serviço comercial por acessório (ou seja, se os atos para que são mandatados forem comerciais) e adquirindo a qualidade de comerciantes se o fizerem de forma profissional.

Além disso, a atuação por conta e em nome de outrem não excluirá a qualificação do sujeito como comerciante, na medida em que preserve a sua autonomia. Tenham-se em mente, por ex., os mandatários com ou sem representação (art. 231), os agentes (DL 178/86), os comissários (art. 266) e os mediadores. Os mandatários serão comerciantes quando exerçam profissionalmente o mandato comercial. Embora este seja ato acessório, tal não obsta a que se qualifique como comerciante quem pratica profissionalmente atos acessórios de comércio, não apenas o depósito, mas também o mandato. O mesmo vale para os agentes e os comissários: serão comerciantes se comercial for a atividade do principal. Assim, o agenciamento de negócios não será comercial por força do art. 230/2, mas antes quando os concretos negócios agenciados forem comerciais (por ex., a venda de produtos adquiridos para esse fim). De notar que são factos sujeitos a registo o mandato comercial e o contrato de agência ou representação comercial, quando celebrados por escrito, bem como suas alterações e extinção (art. 10-a/e CRCom).⁴² Quanto aos corretores

⁴⁰ Sobre o estatuto de comerciante, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 121-99 (cap. III); LOBO XAVIER, *Direito Comercial*, p. 75-114 (cap. II); COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 113-163 (cap. II); CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 103-123, 135-144, 191-211. Ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, p. 233-282, 327-362; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 4ª ed. p. 256-291, 393-462; PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial*, vol. I, p. 36-56; PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 14.ª ed., p. 79-118.

⁴¹ Sobre a possível atribuição de poderes de representação a trabalhadores, ver art. 115/3 CT.

⁴² A outorga de poderes de representação ao agente exige forma escrita (DL 178/86, art. 2/1).

de bolsa, são comerciantes, uma vez que praticam profissionalmente operações de bolsa que a lei qualifica como comerciais (art. 361 CCom, agora regidas pelo CVM).

Não concordamos, por isso, uma interpretação demasiado restritiva do STJ, ao exigir que o sujeito atue em nome e por conta própria: “Porque o exercício do comércio deve ser profissional, ou seja, é comerciante todo aquele que consagra total ou parcialmente a sua atividade à exploração da indústria mercantil, em vista de obter lucros, segue-se que não são comerciantes os gerentes, auxiliares de comércio e caixeiros, enquanto tais, embora possam adquirir essa qualidade quando, em desrespeito ao preceituado no art. 253 exerçam o comércio em nome próprio e por sua conta”.⁴³ A ser assim, os agentes nunca seriam comerciantes, já que atuam por conta do principal. Com efeito, o DL 178/86 define a agência como “o contrato pelo qual uma das partes [o agente] se obriga a promover por conta da outra [o principal] a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes” (art. 1/2). E não oferece dúvida de que, “o agente, no exercício da sua actividade e de acordo com a sua função (promover a celebração de contratos), actua sempre *por conta* do principal”⁴⁴. E apesar, apesar de poder desenvolver a sua atividade sem poderes de representação (não se designando por isso “contrato de representação comercial”), a verdade é que o agente “actuará também gozando de poderes de representação, em nome [do principal]: é a doutrina consagrada no n.º 1 do artigo 2.º”⁴⁵. A julgar pelo entendimento mencionado do STJ, um agente com poderes de representação nunca seria comerciante, já que atua por conta e, sendo caso disso, e nome do principal.

De todo o modo, as empresas públicas não são pessoas singulares, no sentido de pessoas humanas ou naturais, mas antes pessoas coletivas (ou jurídicas em sentido estrito), podendo revestir a forma de sociedades comerciais de responsabilidade limitada ou de entidades públicas empresariais. O art. 13/2 do Código Comercial estabelece que são comerciantes as sociedades comerciais, i.e., as sociedades que tenham por objeto a prática de atos de comércio e que adotem um dos tipos de sociedade comercial nos termos do art. 1/2 CSC⁴⁶. As sociedades comerciais adquirem a qualidade de comerciantes quando se constituem

⁴³ Acórdão do STJ de 11.10.2007, proc. 07B3336 (Oliveira Vasconcelos). No sentido de que os gerentes de sociedades comerciais não são comerciantes por atuarem em nome e por conta da sociedade, PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, p. 113.

⁴⁴ PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência (Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86)*, 8.ª ed., Coimbra, 2017, p. 59 (“O agente exerce, com autonomia e estabilidade, uma actividade de *gestão de interesses alheios* (do principal)” – p. 60), e, do mesmo Autor, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 92.

⁴⁵ PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência (Anotação)*, p. 66. Apesar de a representação não resultar naturalmente da celebração do contrato de agência, a lei estabelece um regime mais favorável à ratificação de negócios celebrados pelo agente sem poderes de representação, além de o principal poder ficar vinculado a esses negócios, mesmo que a eles se oponha no prazo previsto, nos termos da chamada “representação aparente” – vide PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência (Anotação)*, p. 113-18, e *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 88-90.

⁴⁶ As sociedades civis de tipo comercial não serão comerciantes, uma vez que não têm por objeto a prática de atos de comércio. A noção de contrato de sociedade encontra-se no art. 980 do CC.

como entes juridicamente autónomos, i.e., quando adquirirem personalidade jurídica, o que sucede com a inscrição da sua constituição no registo comercial (art. 5 CSC).⁴⁷

Não nos parece que a previsão das sociedades comerciais seja exaustiva, no sentido de que serão também comerciantes outras pessoas coletivas que tenham por objeto atividades comerciais, tais como as Cooperativas, reguladas pelo Código Cooperativo (Lei 119/2015, de 31 de agosto)⁴⁸, os ACE – Agrupamentos Complementares de Empresas (Lei 4/73 e DL 430/73) e os AEIE – Agrupamentos Europeus de Interesse Económico (Regulamento 2.137/85, DL 148/90, 1/91).

Assim, as empresas públicas societárias qualificam-se como comerciantes se tiverem por objeto atos de comércio (*vide infra*). Mas, para além das societárias, a lei prevê outras empresas, como as entidades públicas empresariais (EPE - DL 133/13) e as empresas municipais (Lei 50/12). A doutrina responde afirmativamente, se as EPE tiverem objeto mercantil⁴⁹. Comerciantes seriam não apenas as empresas públicas societárias (por ex. a CGD, S.A.), mas também as EPE. com objeto comercial (por ex. o Metro de Lisboa). Apesar de termos aderido a este entendimento⁵⁰, pensamos atualmente que a sua natureza de pessoa coletiva de direito público é razão suficiente para excluir as EPE do estatuto de comerciante, à semelhança do Estado, dos municípios e de outras pessoas coletivas de direito público⁵¹.

O art. 13 CCom dispõe quem é comerciante. Apesar de o instituto da falência ter sido substituído pela insolvência e de este não ser privativo dos comerciantes, o estatuto de comerciante releva ainda para diversos efeitos, designadamente:

- qualificação dos atos subjetivos de comércio (art. 2, 2ª parte);
- responsabilidade pelas dívidas comerciais do cônjuge comerciante (art. 15; arts. 1691/1-d e 1695 CC⁵²);

⁴⁷ Antes disso, respondendo os sócios destas sociedades como nas sociedades civis, i.e., pessoal e solidariamente (art. 997 CC), então, enquanto a sociedade não for regularizada, são os sócios quem exerce o comércio, ainda que em nome e por conta da (futura) sociedade.

⁴⁸ O Código Comercial considerava as cooperativas uma espécie de sociedades comerciais (capítulo V do título II). Todavia, em rigor, o objeto da cooperativa não é sempre necessariamente comercial.

⁴⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 123-5 (posição já defendida para as EP em *Da empresarialidade*, p. 130); MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, p. 285; OLAVO CUNHA, *Direito comercial e do mercado*, p. 185.

⁵⁰ *Direito comercial das empresas: apontamentos teórico-práticos*, 2.ª ed. Curitiba, 2015, p. 47.

⁵¹ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 417, defende que as entidades públicas empresariais não são comerciantes, por não estarem sujeitas à falência. Todavia, há muito que a falência não é privativa dos comerciantes. O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado pelo DL 132/93, de 23 de abril, eliminou a distinção entre insolvência de comerciantes e não comerciantes. A nosso ver, é a natureza de pessoa colectiva de direito público da EPE que justifica a não aplicação do estatuto de comerciante a estas entidades.

⁵² A tutela do comércio justifica um regime mais favorável ao credor em sede de responsabilidade por dívidas comerciais contraídas por cônjuge comerciante. Primeiro, as dívidas do comerciante casado presumem-se contraídas no exercício do seu comércio (art. 15 CCom). Segundo, as dívidas contraídas no exercício do comércio por cônjuge comerciante presumem-se em proveito comum do casal (art. 1691/1-d CC). Pelo que, na falta de prova em contrário e se não vigorar entre os cônjuges o regime da separação de bens, responderão por essas dívidas os bens comuns do casal e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente os bens próprios de qualquer dos cônjuges (art. 1695/1 CC). Na síntese do STJ: “*Sendo o réu comerciante, vale contra ele a presunção do art. 15.º do Código Comercial. [...] Preenchidos os requisitos da primeira parte da alínea d) do n. 1 do art. 1.691 do Código Civil, cabe àqueles contra quem é invocada a solidariedade a prova de que a dívida não foi contraída em proveito comum do casal ou de que*

- facilidades de prova (arts. 396 e 400) e prescrição de dívidas (art. 317-b CC);
- obrigações dos comerciantes (art. 18), tais como adotar firma, realizar escrituração mercantil, inscrever certos atos no registro comercial, dar balanço e prestar contas, embora não sejam exclusivas todas dos comerciantes.

2. Exclusões

De todo o modo, há sujeitos não qualificáveis como comerciantes ou legalmente inibidos de exercerem profissionalmente o comércio.

2.1. Profissões não comerciais

Para além dos trabalhadores dependentes, também não são comerciantes os “trabalhadores independentes” que exerçam atividades não comerciais. Dos arts. 230 § 1/2 e 464/2-4 CCom resulta que não são comerciantes:

- Os agricultores⁵³, os artesãos⁵⁴ e sujeitos análogos (e.g. eletricitistas, canalizadores, cabeleireiros);
- Os profissionais liberais com regulamentação e ordem profissional próprias, ou seja, membros de “associações públicas profissionais”, definidas como “entidades públicas de estrutura associativa representativas de profissões que devam ser sujeitas, cumulativamente, ao controlo do respetivo acesso e exercício, à elaboração de normas

entre os cônjuges vigorava o regime de separação geral de bens” - acórdão do STJ de 26.07.2013, proc. 2991/10.4TBSXL.L1.S1 (João Bernardo).

⁵³ Todavia, no sentido da não exclusão de atividades como a agricultura e as pescas, bem com o artesanato, do comércio em sentido jurídico, PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, p. 41-4, 92-5. Na jurisprudência refira-se, por ex., o acórdão de 23 de fevereiro de 2012, proc. 2254/03.1TBCLD.L1.S1 (Lopes do Rego), no qual o STJ considerou comercial uma exploração agropecuária (suinicultura) se for “realizada de forma habitual e com fins lucrativos, envolvendo exploração de razoável dimensão económica – por, neste caso, tais fornecimentos se destinarem ao exercício industrial do devedor, extravasando o estrito âmbito dos §§ 1 e 2 do referido art. 230, não podendo, conseqüentemente, ser aquele considerado como mero explorador rural que faz fornecimentos dos produtos da respectiva propriedade”. Falta, todavia, precisar o que se entende por *exploração de razoável dimensão económica*, em especial saber se o caso em concreto do processo constitui o patamar mínimo de entrada no comércio em sentido jurídico ou, pelo contrário, se explorações agropecuárias com dimensão inferior poderão ainda apresentar razoável dimensão económica. No setor das pescas, o Decreto 20.677, de 28.12.1931, considerou comerciais as empresas de pesca com exceção das artesanais, i.e., o exercício direto e pessoal da pesca, ainda que com auxílio de outros pescadores, não mais de vinte, e que utilize barcos de tonelage inferior a 15 toneladas. De fora fica claramente a pesca artesanal (por ex. a arte xávega), mas também muitas micro e pequenas empresas.

Ora, na determinação da razoável dimensão económica, devem ponderar-se fatores como o número de trabalhadores da empresa e o volume de negócios, no sentido de que *de minimis non curat praetor commercii*. No domínio específico da pecuária, será também de considerar o número de animais, por espécie, cujo abate para autoconsumo é permitido pelo Despacho n.º 7198/2016, de 1 de junho. Neste sentido, a produção destinada principalmente ao autoconsumo (não “industrializada”) está fora da matéria comercial e por isso não é comerciante quem a exerce, sem prejuízo de poder ser acessoriamente transacionada no mercado.

⁵⁴ Ainda que sejam considerados empresários (titulares de microempresas) nos termos do Estatuto do Artesão (aprovado pelo DL 41/2001, alterado pelo DL 110/2002, e regulamentado pela Portaria n.º 1193/2003, de 13 de outubro), nos termos do qual “considera-se unidade produtiva artesanal toda e qualquer unidade económica, legalmente constituída e devidamente registada, designadamente sob as formas de empresário em nome individual, estabelecimento individual de responsabilidade limitada, cooperativa, sociedade unipessoal ou sociedade comercial que desenvolva uma atividade artesanal”.

técnicas e de princípios e regras deontológicos específicos e a um regime disciplinar autónomo, por imperativo de tutela do interesse público prosseguido”⁵⁵;

- Os criadores literários e artísticos (escultores, pintores, escritores, cientistas, músicos) e artistas intérpretes ou executantes (atores, músicos, bailarinos, etc.).

2.2. Pessoas coletivas de direito público e certas pessoas coletivas de direito privado (e.g. associações, fundações)

Por força do art. 17, as pessoas coletivas de direito público, como o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais (freguesias, municípios) não podem ser comerciantes. O mesmo vale para os institutos públicos, fundações públicas, e estabelecimentos públicos (enquanto administração estadual indireta ou autónoma), bem como para as misericórdias (art. 17, parágrafo único). Ora, sendo as EPE “pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado para prossecução dos seus fins” (art. 56 do RJSPE), temos dúvidas de que, enquanto pessoas coletivas de direito público, as EPE sejam qualificáveis como comerciantes.

Em sentido semelhante o art. 14 C.Com, sob epígrafe “*Quem não pode ser comerciante*”, proíbe a profissão do comércio a certas entidades, tais como associações e fundações de direito privado com fim altruístico (IPSS) ou com fim egoístico mas ideal (associações recreativas, culturais, desportivas), associações de fim económico não lucrativo, tais como associações mutualistas (DL 72/90), sindicais ou patronais (art. 443 CT). São aqui abrangidas também as ordens profissionais (e.g. Ordem dos Médicos, Ordem dos Advogados, etc.) e câmaras profissionais (e.g. Câmara dos Solicitadores). As atividades destas entidades (e dos seus membros) não são comerciais. São antes profissões com regulação própria do respetivo ato típico (e.g. ato médico, ato do advogado, etc.), sendo-lhes vedado, enquanto tais, o exercício do comércio a título profissional, embora o possam fazer a título acessório ou instrumental. Estas entidades não têm capacidade jurídica para a prática profissional de atos de comércio, que é considerada contrária ao seu fim e por isso nula (art. 160 e 294 CC), além de justificar a sua extinção judicial (art. 182/2-b CC).

2.3. Incompatibilidades

Quanto às incompatibilidades de exercício profissional do comércio decorrentes, nomeadamente, de proibições legais de concorrência (e.g. gerentes, sócios, administradores – art. 253 CCom; arts. 254, 398/3 e 428 CSC), parece-nos que, para além de sanções a que dê lugar, tais como responsabilidade civil e/ou destituição com justa causa, o exercício profissional do comércio em violação dessa proibição já não afastará a qualidade de comerciante do sujeito. Já não assim, parece-nos, para a pessoa que seja

⁵⁵ Art. 2 da Lei 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais. É o caso e.g. dos advogados (DL 229/04), médicos (DL 282/77), engenheiros (DL 119/92), arquitetos (DL 176/98), economistas (DL 174/98), ROC (DL 487/99). Os farmacêuticos, enquanto tais, exercem uma profissão regulamentada, cabendo-lhes assistir na dispensa de medicamentos e na sua preparação. Ao contrário do dono da farmácia, que pode não ser farmacêutico (DL 307/07) e de outros intervenientes, como laboratórios e distribuidores por grosso, o farmacêutico, enquanto tal, não é comerciante. Sendo expressamente proibido a estas ordens e câmaras profissionais (corporações) fazer do comércio profissão (art. 14), parece-nos daí resultar claramente a não comercialidade da atividade dos seus membros, enquanto tais.

declarada inibida para exercer o comércio, durante o período da inibição, ou de ocupar “qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa”, no caso de insolvência culposa, resultante, por ex., de ter “exercido, a coberto da personalidade coletiva da empresa, se for o caso, uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa” (arts. 186/2-e e 189/2-c CIRE)

Quanto à incompatibilidades de direito público [por ex. relativamente a magistrados judiciais e do Ministério Público (Lei 21/85 e Lei 47/86), militares (EMFA DL 236/99), titulares de órgãos de soberania, órgãos políticos, e altos cargos públicos (Lei 64/93), e porque “à mulher de César não basta ser honesta, tem que parecer honesta”], o art. 14/2 parece limitar a capacidade dos sujeitos para a prática dos atos de comércio, não podendo por isso ser comerciantes – sem prejuízo das sanções a que estejam sujeitos, como penas disciplinares. Ver por ex. as normas disciplinares aplicáveis aos trabalhadores que exercem funções públicas previstas na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei 35/2014), que, para efeitos de certas proibições específicas, equipara ao trabalhador o seu cônjuge, não separado de pessoas e bens, ascendentes e descendentes em qualquer grau, colaterais até ao segundo grau e pessoa que com ele viva em união de facto, e a sociedade em cujo capital o trabalhador detenha, direta ou indiretamente, por si mesmo ou conjuntamente com as pessoas referidas na alínea anterior, uma participação não inferior a 10 % (art. 24/4).

Assim, o estatuto do comerciante, composto por um conjunto de obrigações especiais (art. 18 CCom), aplica-se apenas às empresas públicas societárias, já não às EPE. Não obstante, estas ficam sujeitas a um regime semelhante. Antes de estudarmos as obrigações dos comerciantes, devemos, todavia, estudar uma noção básica para a qualificação dos comerciantes, que é a noção de atos de comércio.

3. Atos de comércio

3.1. Noção genérica, tipos e classificação; importância prática

Os atos de comércio são, *grosso modo*, operações de interposição nas trocas praticados por empresas (singulares ou coletivas) e previstas, enquanto tal, diretamente ou por analogia, na lei comercial. Esta noção não pretende definir absolutamente os atos de comércio, sendo certo que de balde se encontrará, “na lei comercial, uma definição material unitária de acto de comércio”⁵⁶. É, por isso, uma noção aproximada, de base económica (ato de interposição nas trocas) e centrada na protagonista principal direito comercial, a empresa.⁵⁷ Sendo que o escopo lucrativo dos atos não é essencial nas

⁵⁶ PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, p. 436.

⁵⁷ Sobre a noção, as modalidades e o regime dos atos de comércio FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 55-120 (cap. I); LOBO XAVIER, *Direito Comercial (Sumários)*, p. 29-73; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 73-112 (cap. I); CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 55-103. Ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, p. 53-102; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 4ª ed., p. 207-239; PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial*, vol. I, p. 67-74.

empresas privadas, nem sequer natural nas empresas públicas, uma vez estudado na sua globalidade o fenómeno da empresa no direito⁵⁸.

⁵⁸ Mostrando que as EP não têm necessariamente fins lucrativos, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 121 (“o interesse público [...] pode impor que elas visem alcançar o equilíbrio entre custos e receitas da produção. Logo, o fim lucrativo não é elemento essencial do conceito de EP.” – p. 125). Outro é, todavia, o entendimento geral no direito administrativo. Para FREITAS DO AMARAL, as empresas públicas seriam “as organizações económicas de fim lucrativo, criadas e controladas por entidades jurídicas públicas” (*Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 392). A empresa teria “institucionalmente fim lucrativo”, sendo essa conceção confirmada pela Lei 75-A/77 ao estabelecer o princípio da obrigatoriedade de remuneração do capital; por isso as empresas públicas seriam “verdadeiras empresas. Têm fim lucrativo. E mais do que isso: têm a obrigação legal de dar lucros” (*ibidem* p. 385). De igual modo, REBELO DE SOUSA sustenta que “aquilo que, essencialmente, distingue as entidades públicas empresariais dos institutos públicos é o seu fim lucrativo. Ou seja, o seu carácter empresarial” (*Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1999, p. 288).

As empresas públicas integram o setor público empresarial juntamente com as participadas. Dividem-se em dois tipos: entidades públicas empresariais e sociedades comerciais de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos. Pese embora a diferente roupagem, o modelo de governo empresarial é semelhante, prevalecendo os modelos orgânicos das sociedades anónimas, inclusivamente ao nível da organização de EPE. As empresas públicas atuam segundo o direito privado e em condições de neutralidade competitiva. Devem pautar a sua atuação pelas orientações estratégicas do governo, cumprindo especiais obrigações de transparência e sujeitando-se ao controlo do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças. São empresas “tuteladas” pelo governo e por isso a sua autonomia é relativa. O governo societário das empresas públicas deve observar um conjunto de princípios estabelecidos na lei do setor público empresarial e no Estatuto do Gestor Público. Destaca-se o exercício da função acionista, que compete ao Ministro das Finanças em articulação com o ministro do setor de atividade da empresa. O conteúdo da função acionista analisa-se num conjunto de poderes-deveres, que devem ser exercidos de acordo com as práticas de bom governo previstas no RJSPE. Em especial, no que respeita à *compliance*, destacam-se regras específicas de prevenção da corrupção e de conflitos de interesses, bem como um princípio geral de responsabilidade social das empresas públicas.

A análise do regime jurídico das empresas públicas mostra que a autonomia destas empresas é limitada, sobretudo nas EPE. Pergunta-se, por isso, se serão verdadeiras empresas, já que mesmo nas empresas públicas societárias, uma vez descarnadas da forma societária, o que restaria seria apenas o reflexo de uma empresa comandada de fora para dentro (BERNARDO AZEVEDO, *Empresas públicas e contratação pública: o lugar das empresas públicas no espaço da contratação pública*, Coimbra, 2016, p. 110, sustentando que mesmo as empresas públicas societárias não seriam sujeitos de direito privado mas antes “entes públicos”: “Sociedades, sim, mas não de direito privado, numa palavra, entes públicos em forma societária” – p. 125). Nesta perspetiva, o regime jurídico do setor público empresarial (incluindo as empresas locais) seria um novo ramo do direito administrativo, uma espécie de direito societário administrativo.

Todavia, não subscrevemos esta perspetiva, relativamente às empresas públicas societárias. Apesar de as empresas públicas serem vinculadas ao interesse público prosseguido pelo Estado e de os seus gestores deverem atuar segundo as orientações governamentais e sujeitarem-se ao controlo de várias instâncias públicas, ainda assim tanto a tutela como o referido controlo não lhes retiram o grau de autonomia necessário para se reconhecer a existência não apenas de entidades com personalidade jurídica própria, mas também de organizações de meios para o exercício com relativa autonomia e estabilidade de atividades económicas, em termos de produção para a troca, ainda que não necessariamente em condições de mercado com livre concorrência. Segundo COUTINHO DE ABREU, «As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)», *BCE LVII/1* (2014) p. 61-2: “As EP não devem ser simplesmente entregues ao jogo do mercado e/ou ao arbítrio dos gestores públicos. [...] Não obstante, este apertar do torniquete às EP não lhes retira o ‘caráter empresarial’ (de empresas públicas).”; mais alegando a favor desta posição a liberdade de conformação da “empresarialidade” pelo legislador, bem como dos diferentes níveis de autonomia do gestor relativamente aos sócios, entre o gerente obrigado a respeitar as deliberações dos sócios em matéria de gestão (art. 259 CSC) e o administrador de sociedade anónima (art. 373 e 405/1 CSC) ou dos administradores de sociedade dependente em relação de grupo com gestão centralizada (art. 503). Nesta perspetiva, o critério de existência da empresa radicar-se-á no exercício de uma atividade económica através de uma organização de meios com relativa autonomia e estabilidade, sendo sabido que a noção de empresa compreende um sentido objetivo (enquanto estabelecimento ou unidade económica autónoma) e um outro subjetivo (enquanto sujeito que exerce uma atividade económica, normalmente através de um

O art. 2 CCom estabelece dois tipos de atos de comércio: os atos objetivamente comerciais e os atos subjetivamente comerciais. Os primeiros são atos por lei comercial (art. 2, 1ª parte). Os segundos são atos praticados por comerciantes que não tenham natureza exclusivamente civil nem sejam desligados do seu comércio.

Note-se, todavia, que um ato pode ser objetivamente comercial, mas subjetivamente civil⁵⁹. Não são categorias estanques: “há condições subjectivas de comercialidade objectiva dos actos de comércio” e “há condições objectivas da comercialidade subjectiva dos actos de comércio”⁶⁰.

Na grelha classificativa de atos de comércio distinguem-se consoante sejam: unilaterais (art. 99) ou bilaterais (art. 100 - solidariedade dos devedores nas obrigações comerciais); autónomos ou acessórios de outro ato (como a fiança - art. 101, o mandato - art. 231, o empréstimo - art. 394, o penhor - art. 397 e o depósito - art. 403) de outro ato comercial; sistemáticos ou ocasionais (ou esporádicos); materiais ou formais (por ex., a constituição de sociedade civil de tipo comercial e os negócios cambiários, como sejam o saque, o aceite, o endosso ou o aval de letra de câmbio⁶¹).

estabelecimento estável). O primeiro está consagrado por ex. no art. 5 do CIRE (“considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica), enquanto o segundo predomina por ex. no direito da concorrência (“Considera -se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.” - art. 3/1 da Lei 19/2012).

⁵⁹ Para um caso de qualificação de uma compra e venda como objetivamente comercial mas subjetivamente civil, ver acórdão do STJ de 06.03.2012, proc. 2698/03.TBMTJ.L1.S1.

⁶⁰ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 59.

⁶¹ A letra de câmbio é um título de crédito que surgiu na Idade Média no âmbito de acordos de escambo entre mercadores (*cambium per litteras*) como instrumento de segurança dos pagamentos em substituição da moeda. O título de crédito é um instrumento necessário para exercer um direito literal e autónomo nele incorporado (Vivante). Enquanto título de crédito, a letra de câmbio desempenha funções de garantia, meio de pagamento e instrumento de crédito. Um único pagamento é suficiente para extinguir uma série de dívidas pecuniárias. Além disso, tem ainda a vantagem do desconto, endossando a letra a um banco que paga o seu valor descontando um juro que é devido pelo período compreendido entre o pagamento e o vencimento da dívida.

O documento é necessário não apenas para provar a existência e o conteúdo do direito, mas também para o constituir (*princípio da incorporação*). O documento desempenha, além disso, uma função de legitimação uma vez que o direito que incorpora só pode ser exercido pelo seu legítimo portador, i.e., por quem basear a posse do título numa série ininterrupta de endossos. Os títulos de crédito são ainda caracterizados pela literalidade – no sentido de que a letra do título fixa o conteúdo, os limites e as modalidades do direito (*quod non est in cambio non est in mundo*) – e pela abstração, i.e. a titularidade é estabelecida *ex novo* (ou em primeira mão) independentemente de titularidades anteriores e dos seus vícios. Autonomia e abstração significam que a letra é separada do negócio causal, não sendo oponíveis os seus vícios e exceções (por ex., a *exceptio inadimpleti contractus*) aos portadores mediatos de boa-fé, aferida no momento da aquisição da letra (*mala fides superveniens non nocet*). A autonomia significa também que quem perde a letra, nomeadamente por esbulho, não pode opor ao portador legítimo a ilegitimidade de quem lha transmitiu (exceção à regra *nemo plus iuris*). A negligência grosseira afasta a boa-fé (*lata culpa est nimia negligentia id est non intelligere quod omnes intelligunt*). Sobre a autonomia e abstração da letra de câmbio relativamente ao negócio jurídico causal, ver por ex. os acórdãos do STJ de 28.02.2013 (proc. 981/09.9 TBPTM-B.E2.S1) e de 12.11.2013 (proc. 123/07.5TBAND-A.C1.S1).

Na letra de câmbio, o sacador dá uma ordem de pagamento ao sacado em benefício do tomador. O sacador garante o pagamento ao tomador da letra no caso de o sacado não pagar. Essa obrigação de garantia estende-se aos avalistas e aos endossantes, embora para estes seja limitada a endossados posteriores. A garantia cambiária é acionada quando é solicitado o pagamento. Pelo pagamento são solidariamente responsáveis os obrigados cambiários. Todavia, o sacado só é obrigado a pagar se aceitar a letra. Normalmente as letras transmitem-se por endosso. Todavia, existem letras com cláusula “*não à ordem*”, representando mera cessão ordinária de créditos. O endossante não garante o pagamento pelo sacado e o

Extinta a jurisdição comercial⁶² e unificada a lei processual, a qualificação dos atos de comércio é ainda relevante para diversos efeitos, designadamente: qualificação de sujeitos como comerciantes (art. 13 CCom); responsabilidade pelas dívidas dos comerciantes casados (art. 15 CCom); qualificação dos atos acessórios de comércio; responsabilidade solidária dos sujeitos de obrigações resultantes de atos mercantis (art. 100 CCom)⁶³; liberdade da língua dos documentos comerciais (art. 96 CCom)⁶⁴; juros comerciais, convencionais ou legais, remuneratórios ou moratórios (art. 102 CCom).

A propósito dos *juros comerciais*, note-se que a taxa dos juros moratórios legais relativos a créditos titulados por empresas comerciais, singulares ou coletivas é fixada por portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça, não podendo ser inferior a Euribor a 6 meses acrescida de 7% (art. 102/§§ 3-4). Ressalva-se, todavia, no § 5, introduzido pelo DL 62/13, de 10 de maio, que, no caso de transações comerciais sujeitas ao este diploma (DL 62/13) a taxa de juro referida no § 3 não poderá ser inferior a Euribor a 6 meses, acrescida de 8%. O DL 62/13 transpõe a Diretiva 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece medidas contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais. Aplica-se a todas as transações comerciais independentemente de terem sido estabelecidas entre empresas (às quais se equiparam os profissionais liberais) ou entre empresas e entidades públicas. De fora ficam as transações com os consumidores e os juros relativos a outros pagamentos (*e.g.* pagamentos efetuados nos termos da legislação em matéria de cheques ou de letras de câmbio, a título de indemnização por perdas e danos, incluindo os efetuados por companhias de seguro, e as operações de concessão de crédito bancário). Por transação comercial entende-se uma transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas destinada ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços contra remuneração; e por empresa entende-se qualquer entidade que, não sendo

portador de boa-fé da letra não está protegido por o seu direito não ser autónomo. Caso o endosso seja feito à ordem, o endossante garante a aceitação e o pagamento da letra, e não apenas a existência e a legitimidade do crédito.

Sobre as letras de câmbio e outros títulos de créditos *vide* FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. III Letra de Câmbio (com a colaboração de Paulo Sendim e Sampaio CABRAL). Universidade de Coimbra, 1966; PAULO SENDIM, *Letra de Câmbio*, 2 vols. 1980, FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial – Títulos de crédito em geral*, Lisboa, 1983. PEREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comercial*, vol. 3, 1988; PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial*, vol. I, p. 287-347; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 239-282; SOVERAL MARTINS, *Títulos de crédito e valores mobiliários*, vol. I, Coimbra, 2008; CAROLINA CUNHA, *Letras e livranças – paradigmas actuais e recompreensão do regime*, Coimbra, 2012, e *Manual de Letras e Livranças*, Coimbra, 2016.

⁶² Os tribunais de comércio foram “ressuscitados” pela Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais – LOFTJ (Lei 3/1999, de 13 de janeiro, art.78-e e 89), competindo-lhes lidar, nomeadamente, com litígios em matéria de direitos sociais. Veja-se, por ex., o acórdão do STJ de 19.09.2009, proc. 94/07.8TYLSB.L1.S1 (ação *uti universi*). Todavia, foram revogados pela nova Lei da Organização do Sistema Judiciário, que em sua substituição criou as secções de comércio dos tribunais de comarca que sejam instâncias centrais (Lei 62/2013, de 26 de agosto, arts. 81/2-f e 128),

⁶³ A responsabilidade solidária não é, todavia, privativa dos comerciantes, embora dependa da lei ou da vontade das partes (art. 513 CC; v. por ex. os arts. 497/1, 997/1, 1139 e 1169 do CC).

⁶⁴ Esta liberdade é limitada, pense-se, por ex., que “o objeto da sociedade deve ser corretamente redigido em língua portuguesa” (art. 11/1 CSC); em matéria de registo comercial, os “documentos escritos em língua estrangeira só podem ser aceites quando traduzidos nos termos da lei, salvo se titularem factos sujeitos a registo por transcrição, estiverem redigidos em língua inglesa, francesa ou espanhola e o funcionário competente dominar essa língua” (art. 32/2 CRCom); em matéria de prestação de informação ao consumidor é também exigida a língua portuguesa (Lei 24/96, art. 7/3).

uma entidade pública, desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma, incluindo pessoas singulares (art. 3.º/b) e d) do DL 62/13). As EPE são empresas, mas também são entidades públicas (pessoas coletivas de direito público).⁶⁵

Para o 1 semestre de 2019 a taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, nos termos do § 3 do art. 102 do Código Comercial, é de 7%; e nos termos do § 5 do art. 102 do Código Comercial e do DL 62/13, é de 8%.⁶⁶

3.2. Atos objetivos de comércio, as empresas comerciais previstas no artigo 230 do Código Comercial, e a qualificação por analogia

Atos objetivos de comércio são os previstos no Código Comercial, desde logo a compra para revenda (art. 463). Pela negativa, não são consideradas comerciais as compras de coisas destinadas ao uso ou ao consumo do comprador ou da sua família e as eventuais vendas desses bens (art. 464).⁶⁷ São ainda objetivamente comerciais os atos qualificados como tal por lei comercial que substitua normas do Código (nos termos do art. 4 da Carta de Lei que o aprovou)⁶⁸, ou que se qualifica como comercial. É o que sucede, por ex., relativamente aos AEIE com objeto comercial (DL 148/90); quanto aos agentes de seguros (DL 144/06) e à mediação imobiliária (DL 211/04), parece-nos que serão atos comerciais segundo a teoria dos atos acessórios de comércio. Quanto à locação e ao trespasse de estabelecimento, de notar que os arts. 1.109 e 1.112 do CC não qualificam estas operações como atos objetivos de comércio, mas parece-nos que o arrendamento para fins de comércio será (subjektivamente) comercial da parte do arrendatário comerciante, e comercial da parte do senhorio se tiver adquirido ou construído o imóvel para esse fim.

O art. 230, sob epígrafe *empresas comerciais*, tem sido objeto de grande discussão entre objetivismo e subjectivismo, e teorias mitigadas.⁶⁹ A nosso ver, estabelece uma série de atividades comerciais, qualificando como tais as empresas que as exerçam, independentemente da forma jurídica. Trata-se de um catálogo de atividades comerciais,

⁶⁵ Como escreveu REBELO DE SOUSA, por ocasião da criação da figura das EPE, com este novo regime legal “em vez de clarificar [...] o estatuto das anteriores ‘empresas públicas’, acaba por confundir e complicar esse estatuto. [...] aparecem como irmãos pobres das pessoas colectivas privadas de fim lucrativo e de influência dominante do Estado ou outras entidades públicas estaduais – essas, sim, as empresas públicas de 1.ª” (*Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 306 – a EPE seria uma espécie de híbrido jurídico, “não é nem uma coisa nem outra”).

⁶⁶ Aviso n.º 2553/2019, de 15 de fevereiro.

⁶⁷ Ver, por ex., o acórdão do STJ de 01.07.2014, proc. 5539/04.6TVLSB.L2.S1.

⁶⁸ Nos termos do referido art. 4 da Carta de Lei de 28 de junho de 1888: “Toda a modificação que de futuro se fizer sobre matéria contida no Código Comercial será considerada como fazendo parte dele e inserida no lugar próprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis, ou pelo adição dos que forem necessários.” V. por ex., o RRNPC (firmas), o CSC (sociedades), o CVM (bolsa), o RGIC (banca), a LULL e a LUCH (títulos de crédito), transportes (e.g. DL 239/03 – transporte rodoviário de mercadorias; DL 352/86 – transporte marítimo de mercadorias; DL 191/87, DL 349/86 – transporte marítimo de passageiros), RJCS (seguros), CIRE (“falências”).

⁶⁹ Ver, com indicações, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit.; OLAVO CUNHA, *Direito comercial e do mercado*, p. 121-136 (com resenha doutrinal sobre o artigo 230, concluindo que o elemento distintivo da empresa comercial seria o “risco de capital” – p. 136).

nas quais radica o objeto caracterizador das referidas empresas, como sejam, por ex., a transformação de bens para venda, o fornecimento regular de géneros (incluindo atualmente água, eletricidade ou gás), agenciamento de negócios comerciais, a edição de obras literárias ou artísticas, as empreitadas de obras particulares ou públicas, o transporte profissional⁷⁰, e a organização de espetáculos públicos e atividades afins. Para além dos atos caracterizadores do seu objeto, os demais atos destas empresas serão atos subjetivos de comércio se cumprirem os respetivos requisitos. Ao contrário do artigo 366 que exige a constituição de empresa ou companhia regular e permanente para se considerar mercantil o contrato de transporte por terra, o artigo 230 não indica como requisito da sua aplicação, a existência de empresa enquanto organização de meios produtivos, embora o exercício das atividades aí referidas exija normalmente a existência de uma empresa enquanto estrutura produtiva organizada.

A qualificação do ato como objetivamente comercial pode fazer-se por analogia. O recurso à analogia *legis* (art. 10/1-2 CC) é, em princípio, possível tanto mais que, no quadro do direito privado, a lei comercial é lei especial. Pense-se, por ex., nos Agrupamentos Complementares de Empresas – ACE (Lei 4/73 e DL 430/73) com objeto comercial, na locação financeira de imóveis (DL 149/95, com alterações várias) por analogia com a compra de móveis para lhes alugar o uso (art. 481)⁷¹, ou as empresas de fornecimento de serviços de energia e outros serviços públicos essenciais por analogia com a natureza comercial do fornecimento de géneros.

Porém, as fronteiras entre analogia e interpretação nem sempre são claras e distintas⁷², como mostra o facto de por interpretação extensiva se poder qualificar como comercial no quadro do artigo 230, por ex., as empresas de construção não apenas de casas, mas também de pontes, estradas e outras infraestruturas (como caminhos de ferro), abrangendo de um modo geral o setor da construção civil e obras públicas. Ademais, além das empresas de transporte terrestre ou marítimo, devem incluir-se igualmente na hipótese legal as transportadoras aéreas. Ao tempo da aprovação do Código Comercial, a aeronáutica estava ainda a dar os primeiros passos, embora já tivesse sido experimentada pelo Frei Bartolomeu por ocasião da construção do Convento de Mafra, como nos conta Saramago no seu *Memorial*.

⁷⁰ Incluindo o transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica (TVDE), cujo regime jurídico está previsto na Lei 45/2018, de 10 de agosto.

⁷¹ Nos termos do art. 1 do DL 149/95, a locação financeira é o “contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.” A locação financeira só pode ser praticada por sociedades de locação financeira (art. 1 do DL 72/95) ou por bancos (art. 4/1-p do RGIC). Sendo objetivamente comerciais as operações de banco (art. 362 CCom), não é sequer necessário recorrer à analogia para qualificar a locação financeira como ato comercial. O mesmo é válido para a cessão financeira (factoring), que consiste na “aquisição de créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, nos mercados interno e externo”, podendo incluir “ações complementares de colaboração entre as sociedades de factoring e os seus clientes, designadamente de estudo dos riscos de crédito e de apoio jurídico, comercial e contabilístico à boa gestão dos créditos transacionados” (art. 2 do DL 171/95, de 18 de julho, e art. 4/1-b RGIC).

⁷² CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, 267-72.

De igual modo, a exploração de jogos de fortuna e azar, incluindo casinos e apostas desportivas, deve ser equiparada à exploração de espetáculos públicos enquanto atividades de entretenimento e lazer (e.g. teatro, ópera, bailado, concertos musicais, tauromaquia, circo, futebol e outros desportos ou espetáculos públicos). Em todos estes grupos de casos os sentidos permitidos pela letra da lei não excluem o alargamento da sua hipótese ou âmbito de aplicação a situações que são naturalmente justificadas pelo seu espírito.

A analogia *iuris* já suscita mais reservas. Não tanto pela impossibilidade de elaboração de um conceito geral de ato de comércio com base em princípios gerais de direito comercial induzidos de normas qualificadoras de atividades comerciais, mas antes pela inversão do ónus da prova que produz em termos argumentativos, com possíveis consequências por ex. em sede de responsabilidade por dívidas comerciais. Não subscrevemos, por isso, a proposta de qualificação comercial, por *analogia iuris*, das empresas de serviços em geral. Elaborar um princípio geral com base em diversos diplomas que qualificam como comerciais atividades de serviços⁷³ para se concluir pela natureza comercial das empresas de serviços, como publicidade, lavandarias, oficinas, gestão e até estabelecimentos de ensino e clínicas médicas (e quiçá serviços religiosos)⁷⁴, tem a consequência de inverter o ónus da argumentação.⁷⁵

Sem desonerarmos o intérprete de “*fazer o ato de legislador*” (art. 10/3 CC), não nos parece que a natureza comercial das atividades de serviços esteja inscrita no espírito do direito comercial. Basta pensar em vários profissionais liberais, seja em setores regulamentados, como advogados, médicos, arquitetos, economistas, seja em setores mais abertos ou indiferenciados, para concluir que a natureza comercial das atividades de serviços é algo *quod erat demonstrandum*, e que só caso a caso, por acessório ou por analogia *legis*, se pode apurar.⁷⁶

O mesmo vale para o recurso a um princípio geral dos atos de interposição nas trocas para qualificar como comerciais os contratos de agência (DL 178/86), de intermediação de emprego (DL 124/89) e de concessão comercial. Aliás, a agência, enquanto evolução do mandato, é uma atividade de serviços que pode ser comercial, segundo a teoria do acessório, se, tiver por objeto uma atividade comercial⁷⁷ – já não assim quando seja acessória de atos civis, como as agências de emprego ou de casamento.

Por seu turno, a concessão comercial, típica dos distribuidores de marcas de veículos motorizados, enquanto plataforma contratual de compras para revenda entre as partes, é, por

⁷³ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 96-101, abrangendo os empreendimentos turísticos (DL 39/2008, as agências de viagens (DL 17/2018), as empresas de animação turística (DL 108/09), de alojamento local (DL 128/2014).

⁷⁴ Embora já nos pareça insofismável a natureza comercial, por qualificação direta ou analógica, de atividades relacionadas com serviços religiosos, como as agências funerárias, cujo regime jurídico se encontra agora previsto no DL 10/2015, de 16 de janeiro.

⁷⁵ Com reservas semelhantes, PUPO CORREIA, *Direito Comercial. Direito da Empresa*, p. 441.

⁷⁶ Subscrevemos a posição de LOBO XAVIER, *Direito Comercial (Sumários)*, p. 41.

⁷⁷ Para além dos casos de analogia *legis*, parece-nos seguro afirmar a natureza comercial dos serviços inominados segundo a teoria do ato acessório, à semelhança do mandato mercantil e tendo em conta a sujeição dos serviços atípicos ao regime do mandato.

maioria de razão, comercial (art. 463).⁷⁸ No essencial, a concessão é “um *contrato-quadro* [...], que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa, por força da qual uma delas, o concedente, *se obriga* a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para *revenda*, determinada quota de bens, *aceitando certas obrigações* - mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes - e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente.”⁷⁹

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os acordos de franquia, isto é, os contratos pelos quais “o produtor de bens e/ou serviços [o franquizador] concede a outrem [o franquiado], mediante contrapartidas, a comercialização dos seus bens, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do primeiro e segundo o plano, o método e as diretrizes prescritas por este, que lhe fornece conhecimentos tecnológicos e regular assistência”⁸⁰.

⁷⁸ Sobre os contratos de agência, concessão comercial e franquia, ver PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial – Contratos de Distribuição Comercial (Relatório)*, Coimbra, 2002, e do mesmo Autor, «Contrato de agência (Anteprojecto)», BMJ 360 (1986), «Contratos de agência, de concessão e de franquia (franchising)», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, 1984, *Contrato de agência (Anotação)*, p. 68-77; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 4.^a ed., p. 770-815; HELENA BRITO, «O contrato de agência», *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra, 1988; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009; FERREIRA PINTO, *Contratos de distribuição (Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo)*, Lisboa, 2013.

⁷⁹ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial (Relatório)*, p. 108, e *Contrato Agência (Anotação)*, p. 69. Sufragando esta esta definição, veja-se por ex. o acórdão do STJ de 20.06.2013, proc. n.º 178/07.2TVPR.T.P1.S1 (Serra Baptista), que identifica ainda como principais traços caracterizadores do contrato de concessão comercial estabilidade do vínculo, o dever de venda dos produtos a cargo do concedente, o dever de aquisição impendente sobre o concessionário, o dever de revenda, a atuação, do concessionário, em nome e por conta própria, a autonomia, a exclusividade e a zona de atuação; e conclui que este contrato, *assente na autonomia privada, é consensual, oneroso, atípico e inominado*, regula-se pelas cláusulas acordadas pelos contraentes (art. 405.º do CC), e, por analogia, pelas normas do regime de agência, considerado o mais vocacionado, à partida, para se lhe aplicar (DL 178/86). No sentido de que o contrato de concessão comercial é celebrado entre dois comerciantes veja-se o acórdão do STJ de 14.01.2010, proc. 08B3876.

⁸⁰ PINTO MONTEIRO, «Contratos de agência, de concessão e de franquia («franchising»)», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, p. 22. O STJ, no acórdão de 15 de dezembro de 2011, proc. 1807/08.6TVLSB. L1.S1 (Álvaro Rodrigues), apoiando-se em Engrácia Antunes, definiu o contrato de franchising ou de franquia como «o contrato pelo qual um empresário — o franquizador — concede a outro empresário — o franquiado — o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respetivos bens imateriais de suporte (mormente, a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada no primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição», um contrato sinalagmático e oneroso, ficando o franquiado vinculado ao pagamento de determinadas prestações pecuniárias, usualmente consistentes numa prestação inicial fixa (“front money” ou “initiation fee”) e prestações ulteriores periódicas proporcionais ao volume de negócios (“royalties”, “redevances”).

Os contratos de concessão comercial, bem como os de franquia, enquanto acordos de integração vertical colocam especiais problemas em sede de direito da concorrência (*vide* PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial (Relatório)*, p. 50-59, *Contrato de agência (Anotação)*, p. 70-72, SÓNIA DE CARVALHO, *Os contratos de distribuição comercial e o direito da concorrência na União Europeia*, Coimbra, 2014). Em especial, suscita-se o problema do abuso de dependência económica., isto é, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente. Entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando o fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas (1) e a empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável (2) (art. 12/3 da Lei 19/2012 de 8 de maio). No direito francês – que terá sido a fonte de inspiração do nosso regime -, a jurisprudência identifica os seguintes critérios de determinação da situação de dependência económica, previsto no L. 420-2 do código de comércio: 1. a quota da empresa no volume de negócios dos seus parceiros; 2. a notoriedade da marca ou logótipo e a importância para o mercado do

titular da marca; 3. a existência ou não de soluções alternativas; 4. os fatores que conduziram à situação de dependência (escolha estratégica ou forçada por parte da vítima do comportamento denunciado). Por ex., se uma empresa se coloca deliberadamente em situação de dependência, por ex. um comerciante que opta por distribuir os seus produtos no âmbito de uma rede de franquias, ou uma empresa de transportes criada para satisfazer as necessidades de determinada empresa e que não diversifica a sua clientela. Segundo a lei portuguesa, como casos que podem ser considerados abuso indicam-se situações de abuso de posição dominante (art. 11/a-d), a saber: a imposição, de forma direta ou indireta, de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas (1); a limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores (2); a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando -os, por esse facto, em desvantagem na concorrência (3); a subordinação a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos (4). Além destes casos, indica-se ainda como abuso de dependência económica, a rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas (art. 12/2). Semelhante preocupação encontra-se no regime das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo DL 446/85, de 25 de Outubro (com alterações várias), que prevê, como cláusulas relativamente proibidas – i.e. consoante o quadro negocial padronizado – as que «Coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis» (art. 19-f). Ao contrário da lei portuguesa, a lei francesa prevê um regime de isenção para casos de exploração abusiva de uma situação de dependência económica (art. 420-4 CCom), como sejam as práticas que resultem da aplicação de normas legais ou regulamentares ou cujos autores possam justificar terem por efeito assegurar um progresso económico e que reservem para os utilizadores uma parte equitativa dos benefícios que daí resultem, na medida em que não permita às empresas em causa eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado relevante. Além disso, estas práticas não devem impor restrições à concorrência que não sejam estritamente indispensáveis para alcançar esse objetivo (sobre a “grade novidade” do abuso de dependência económica, como instrumento de defesa dos “fornecedores e os clientes perante as empresas distribuidoras”, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial (Relatório)*, p. 48-9).

Ora, no acórdão de 20 de junho de 2013, proc. 178/07.2TVPR.T.P1.S1 (Serra Baptista), o Supremo Tribunal de Justiça considerou que as notas essenciais do abuso de dependência económica são as seguintes: i) Existência de uma relação vertical entre duas empresas; ii) A empresa “vítima” tem que se encontrar num estado de dependência económica da empresa “dominante”, por não dispor de alternativas equivalentes em virtude do número restrito de empresas que fornecem o produto e de a “vítima” não dispor de idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável; iii) Adoção de comportamentos pela empresa dominante em relação à empresa “vítima” que, no âmbito daquela relação de dependência, sejam considerados abusivos, tais como a recusa de fornecimento, o corte abrupto de relações comerciais, tendo em conta as relações comerciais anteriores ou os usos do ramo de atividade económica, entre outros; e, finalmente, iv) A exploração abusiva da situação de dependência económica tem de ser suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência. No caso julgado pelo Supremo a ‘empresa vítima’ era uma concessionária, em diversos concelhos do Norte, da importadora portuguesa da T., uma conhecida marca japonesa de automóveis desde 1991. Em abril de 2002, a importadora denunciou com o argumento de que a T. tinha procedido à reorganização da sua rede de concessionários, por força da adaptação aos novos regulamentos da União Europeia. Tendo aceite as condições do novo contrato, a concessionária passou a operar como distribuidor autorizado e exclusivo da concedente (SC) para o seu território. Durante a relação contratual, a concessionária realizou investimentos avultados nas instalações, contratou pessoal especializado, prestou garantias bancárias à primeira solicitação a favor de B, manteve um stock de peças. Em 1991 a marca era pouco conhecida e em 2003 gozava de excelente reputação, tendo a concessionária uma importante carteira de clientes fidelizados à marca, cuja informação forneceu plenamente à importadora. Por outro lado, era do conhecimento das partes que o retorno do investimento na ampliação e modernização das instalações levaria entre 12 a 15 anos. A atividade da concessionária, que recusou propostas para operar como distribuidor de outras marcas do setor automóvel, dependia em cerca de 81% da subsistência do contrato com a importadora da T. e outras empresas do seu grupo. Além disso, em virtude da cessação do contrato teve que despedir e indemnizar diversos trabalhadores. Antes de outorgar o 2º contrato a concessionária sabia que, por motivos de reestruturação da rede T. e do conseqüente desaparecimento da figura do Agente, esse contrato não poderia continuar para lá de 1/10/2005. E, com efeito, em setembro de 2004 a importadora resolveu o contrato com a concessionária com efeitos a partir de 1º outubro de 2005, possibilidade essa prevista no contrato e

Por outro lado, o facto de um ato ser praticado no âmbito de uma empresa não nos parece suficiente para o qualificar como comercial. Se “o sentido do art. 230 é o de trazer para a comercialidade todas as empresas com um certo nível de organização, autonomia e racionalidade”⁸¹, daí não decorre necessariamente que certas atividades historicamente excluídas da matéria comercial em sentido estrito (agricultores, artesãos, profissionais especialmente qualificados) passem a ser comerciais pelo facto de serem exercidas por ou no âmbito de empresas. Não descortinamos impedimento ao exercício de atividades económicas não comerciais por empresas com as referidas características. A *organização de nível*, a *autonomia* e a *racionalidade* não são apanágio exclusivo do comércio, encontrando-se em muitas outras atividades, desde logo no Estado, mas também, por ex., nas organizações políticas ou religiosas. Além disso, só por si, a “prática de atos em massa” não será “indício suficiente” da natureza comercial dos atos⁸². Com efeitos, os referidos critérios, só por si, não permitem distinguir uma empresa comercial de um serviço público: em ambos os casos haverá organização de nível, autonomia, racionalidade e prática de atos em massa. Parecem-nos necessários outros critérios, positivos e/ou negativos, para qualificar um ato de comércio.

A questão não é apenas teórica, uma vez que não sendo as atividades comerciais, os sujeitos que as exercem não adquirem a qualidade de comerciantes e, por isso, não praticam atos de comércio em sentido subjetivo (art. 2, 2ª parte). De todo o modo, à partida as empresas públicas não estão impedidas de exercerem atividades comerciais. Por ex. uma instituição de crédito ou uma empresa de transportes aéreos sob a forma de sociedade anónima cujo capital pertença exclusiva ou maioritariamente ao Estado (por

referente à possibilidade de a T. reorganizar a rede de concessionários. Ficou ainda provado que a importadora e empresas do seu grupo iniciaram a comercialização dos automóveis no território da concessionária antes de terminar o contrato.

A concessionária exigiu em tribunal diversas indemnizações, nomeadamente indemnização por lucros cessantes decorrentes da cessação ilícita do contrato, indemnização por danos sofridos em virtude do abuso de dependência económica, indemnização de clientela e indemnização por danos morais. O pedido de indemnização por abuso de dependência económica, que foi julgado procedente em primeira instância, pela Relação e finalmente pelo Supremo, tendo este último aumentado o valor dessa indemnização. O Supremo considera que as partes iniciaram a concessão comercial em 1/7/1991, que extinguiram por mútuo acordo em 1/10/2003, mediante a chamada “denúncia-modificação” na modalidade de denúncia aceite pela concessionária do anterior contrato e pela outorga de um outro, celebrado a título excecional, com o conteúdo constante nas suas novas cláusulas, pelo prazo de dois anos. Quanto à resolução do novo acordo com base em cláusula contratual, o Supremo considerou ser ilícita em virtude de não ter ficado provada a reorganização da rede de distribuição de produtos T., já que, pelo contrário, a importadora limitou-se a substituir a anterior concessionária por outro concessionário detido em 50% pela importadora. Sendo que a primeira concessionária cumpria as suas obrigações, reunindo todas as condições, humanas e de logística empresarial, em conformidade com os requisitos exigidos pela outra parte, contrariamente até ao que sucedia com outros “distribuidores” cujos contratos não foram resolvidos. Razão pela qual, pese embora não terem sido provados os lucros cessantes alegados pela concessionária, o Supremo confirmou a decisão de condenar a importadora a indemnizar a concessionária, a título de responsabilidade civil contratual, pelo abuso de dependência económica. Quanto ao montante desta indemnização, fixado pela primeira instância e confirmado pela Relação, com base na defraudação das expectativas da concessionária e, correspondente a dois anos da média anual do lucro líquido encontrado, o Supremo entendeu, todavia, ser insuficiente, aumentando-a para mais do dobro.

⁸¹ CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 81-2. Defendendo uma interpretação do art. 230 liberta de concessões restritivas das empresas comerciais e no sentido de que a norma consagra uma “série tipológica de actividades tipicamente mercantis”, PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, p. 82.

⁸² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I.

ex. a CGD ou a TAP). Aliás, a natureza da atividade, só por si, não impede a adoção de uma forma jurídica não societária. Pense-se, por ex., no Metro de Lisboa, EPE. Todavia, é significativo que no setor da saúde o Estado não adote a forma S.A. para os seus hospitais, optando ao invés por EPE (o mesmo sucedendo para o setor cultural). Não será por isso, certamente, que a atividade de um hospital não é comercial, tanto mais que mesmo a forma societária sociedade anónima pode ser usada para atividades civis, surgindo então uma sociedade civil sob forma comercial. De todo o modo, parece-nos que o hospital, enquanto estabelecimento de saúde, é um local onde são praticados, em primeira linha, atos médicos e atos de outras profissões de saúde, como a enfermagem. Os atos médicos enquanto tais não são atos comerciais, pelo que não fará sentido qualificar o hospital como empresa comercial.⁸³

3.2. Atos subjetivamente comerciais (requisitos)

Além dos atos objetivamente comerciais, o Código Comercial prevê os atos subjetivos de comércio (art. 2, 2ª parte): são atos praticados por comerciantes (art. 13) que não têm natureza exclusivamente civil (como sucede, por ex., com o casamento e a adoção) nem desconexos do seu comércio. O ato é subjetivamente comercial se houver conexão (resultado positivo) ou se não revelar desconexão com o seu comércio (resultado neutro); o ato é subjetivamente civil se dele resultar desconexão com o comércio do sujeito (resultado negativo). Apurar o que resulta ou não do ato é matéria de interpretação, devendo atender-se às circunstâncias concomitantes do negócio (art. 236/2 CC). Das regras do Código Civil em matéria de presunções não resulta a existência de uma presunção legal da natureza comercial dos atos dos comerciantes (art. 349 CC). Mas se o comerciante praticar atos com a sua firma gera a aparência de que o faz no exercício do seu comércio. Assim, por ex., António, comerciante de automóveis em nome individual, compra um automóvel a Benjamim para oferecer ao seu filho Carlos como prenda de casamento: se o vendedor conhecer o António, mas não souber nem tiver razões para saber da finalidade do ato, este será subjetivamente comercial.

As empresas públicas societárias com objeto comercial são comerciantes e, além disso, não têm capacidade para praticar atos de natureza exclusivamente civil. Os atos que praticam fora do seu objeto são subjetivamente comerciais, a menos que provem que não têm conexão com o respetivo objeto, o que poderá ser também relevante em sede de vinculação da empresa pelos atos dos seus administradores e em sede de responsabilidade destes para com a sociedade e sua possível destituição com justa causa, uma vez que os gerentes e administradores devem respeitar o objeto social (art. 6/4 CSC).

Por seu turno, como vimos, as EPE, enquanto pessoas coletivas de direito público, não devem ser qualificadas como comerciantes, e a sua capacidade jurídica abrange todos

⁸³ O DL 18/2017, de 10 de fevereiro, estabelece os princípios e regras aplicáveis às unidades de saúde que integram o Serviço Nacional de Saúde (SNS) com a natureza de entidade pública empresarial, aprova as especificidades estatutárias e os seus Estatutos (revogou o DL 188/2003, de 20 de agosto). Apesar de a saúde não ser um “negócio”, várias atividades conexas são comerciais, designadamente a produção e comercialização de medicamentos e de dispositivos médicos, sem prejuízo das exigências de saúde pública que presidem aos respetivos regimes jurídicos. Veja-se o Estatuto do Medicamento, aprovado pelo 176/2006, de 30 de agosto (com alterações várias), e o DL 145/2009, de 17 de junho, e o Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos dispositivos médicos.

(mas apenas) os direitos e obrigações necessários ou convenientes para a prossecução do seu objeto (art. 58/2 RJSPE), enquanto a capacidade jurídica as empresas públicas societárias, abrange, enquanto sociedades comerciais, todos os atos necessários ou convenientes à realização do seu fim social (art. 6/1 CSC). Apesar de não serem comerciantes, as EPE estão igualmente sujeitas ao registo comercial e a obrigações semelhantes às dos comerciantes.

4. Obrigações dos comerciantes (incluindo empresas públicas)

Enquanto comerciantes, as empresas públicas societárias ficam sujeitas às obrigações dos comerciantes, enumeradas no artigo 18 CCom.

4.1. Adotar firma (identificação comercial)

Para começar, a obrigação de *adotar firma* serve fins de identificação dos comerciantes (art. 18/1). Firma é o nome profissional do comerciante ou a denominação da empresa. Os princípios do regime jurídico das firmas serão estudados mais adiante no capítulo dos sinais distintivos. As empresas públicas societárias adotam invariavelmente a forma de sociedade anónima e, nessa medida, a firma destas empresas deve conter pelo menos a abreviatura S.A. (art. 275/1 CSC). As entidades públicas empresariais, embora não sejam comerciantes, devem igualmente adotar uma firma que inclua a menção “Entidade Pública Empresarial” ou a abreviatura “EPE” (art. 57/2 RJSPE).

4.1.1. Regime jurídico das firmas

O Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas, doravante RRNPC, estabelece regras sobre as firmas e denominações, e abrange nomeadamente empresas públicas, societárias ou EPE (art. 4/1-a).⁸⁴ Existem basicamente três modalidades: firma nome, firma denominação, firma mista. De um modo geral, é obrigatória a identificação do tipo de sujeito, mas existe assinalável liberdade de composição, incluindo as firmas de pura fantasia, na medida em que respeitem o princípio da verdade (art. 32/2).⁸⁵ Esse princípio rege a *composição das firmas* juntamente com outros princípios consignados no RRNPC, designadamente os da *novidade* ou *exclusividade* (art. 33/1), da *capacidade distintiva*⁸⁶ (proibição de designações genéricas de uso corrente - art. 33/3; art. 10/4 CSC), da *unidade* (art. 38; art. 9 CSC - sem prejuízo de poder constituir diversas sociedades, cada uma com a respetiva firma), e da *licitude* (art. 32/4-b/c/d RNPC, que remete para a moral, os bons costumes e a ordem pública salvaguarda dos símbolos nacionais).

⁸⁴ Sobre as firmas FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 252-369 (cap. IV); COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 158-182. Ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, p. 283-326; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, p. 359-404.

⁸⁵ Ver também para a composição das firmas de comerciante em nome individual e do EIRL, arts. 38 e 40 RRNPC, e para as sociedades por quotas e as sociedades anónimas o arts. 10, 200/1, 275 CSC. As firmas podem ser de pura fantasia também na *empresa na hora* (DL 111/05, art. 3/3-b) ou na *empresa online* (DL 125/06, art. 6/1-a). São ainda previstas denominações de outras entidades coletivas, tais como as cooperativas de responsabilidade limitada (CRL, art. 14).

⁸⁶ Traduzido, por ex., na proibição de designações genéricas de uso corrente (art. 33/3 RNPC e art. 10/4 CSC).

Quanto ao *princípio da novidade*, uma firma ou denominação não é nova relativamente a outra firma ou denominação quando, atendendo designadamente à grafia e/ou à fonética das palavras ou expressões, à forma dos signos, o público médio as não consegue distinguir, antes as confunde, tomando uma por outra e um comerciante por outro, ou, não as confundindo embora, é induzido erroneamente a pensar que se referem a comerciantes distintos mas especialmente relacionados, por ex., que duas sociedades com firma semelhante fazem parte do mesmo grupo empresarial (art. 33/2/5). Na síntese do STJ, o critério de distinção entre firmas radica, fundamentalmente, na suscetibilidade de indução em confusão ou erro, i.e. a suscetibilidade de confusão ou erro existe “*sempre que se verifique uma situação em que um sinal seja tomado por outro, o que implica que uma sociedade seja tomada por outra*”, ou “*quando o público possa considerar que há identidade entre as realidades que os sinais visam distinguir ou que existe uma relação entre essas realidades – por exemplo, a existência e uma relação de grupo entre duas sociedades, quando tal relação não exista – podendo, assim, haver um benefício do prestígio e crédito de uma por outra*”⁸⁷.

A alteração de firmas e denominações é, em geral, livre (art. 56/1 RRNPC), embora possa ser obrigatória, por ex., no caso de um sócio deixar de o ser e não consentir que o seu nome continue a constar da firma da sociedade (art. 32/5 RRNPC), ou em caso de alteração do tipo de sociedade.

O registo definitivo da firma confere um direito exclusivo (arts. 3 e 35/1). Primeiro é emitido um certificado de admissibilidade da firma, que atribui uma mera presunção de exclusividade (art. 35/2). Por seu turno, o registo definitivo pode ser objeto de ação judicial de declaração de nulidade, anulação ou revogação, com perda do direito do respetivo uso (arts. 35/4, 60). O uso ilegal de firma confere direito de exigir a sua proibição e indemnização pelos danos daí resultantes (art. 62). Enquanto “íman” de clientela, a firma pode ter valor económico relevante, justificando-se a sua transmissão. Todavia, à semelhança dos logótipos (art. 295/2 CPI, a firma só pode transmitir-se, temporária ou definitivamente, com o estabelecimento (art. 44 RRNPC), e, além do mais, terá que ser usada não como firma própria, mas em aditamento (menção de sucessor/locatário) à firma do adquirente, e se para o efeito for autorizado por escrito pelo transmitente. A firma é, portanto, vinculada ao estabelecimento, devendo a sua transmissão ser convencionada por escrito. O art. 44/4 fala em aquisição da firma⁸⁸, embora mais do que permitir a transmissão do uso da firma, o art. 44 limita ou condiciona essa possibilidade. Sendo um bem próprio, o titular poderia negociá-la, mas a lei limita os termos dessa negociação tendo em conta direitos de personalidade envolvidos, designadamente o direito ao nome (art. 72 CC)⁸⁹. O direito à firma ou denominação extingue-se por morte do empresário

⁸⁷ Acórdão de 25.03.2009, proc. 09B0554 (Oliveira Vasconcelos). Nos termos do art. 33/2 do RRNPC, “Os juízos sobre a distinção e a não susceptibilidade de confusão ou erro devem ter em conta o tipo de pessoa, o seu domicílio ou sede, a afinidade ou proximidade das suas actividades e o âmbito territorial destas”. Considerando que se trata de “critérios auxiliares”, v. acórdão do STJ de 15.10.2013, proc. 379/12.1YHLSB.L1-7 (Pimentel Marcos).

⁸⁸ Em caso de transmissão *mortis causa*, o sucessor “*pode aditar à sua própria a firma do anterior titular do estabelecimento, com a menção de nela haver sucedido*” (art. 44/3 RRNPC).

⁸⁹ Ao contrário do direito de personalidade ao nome (art. 72 CC), o direito à firma é transmissível, extingüível por não uso e essencialmente patrimonial. Pelo que se concebe a firma ou denominação como um bem imaterial (coisa incorpórea) objeto do direito de propriedade. Todavia, importa distinguir dois tipos de

(ou por extinção da pessoa coletiva) ou cessação de atividade (art. 61). Mesmo que haja sucessão de estabelecimento com sucessão na firma, esta passa a integrar a firma do adquirente, pelo que é agora nova firma (art. 44/3 RNPC).

Finalmente, a *firma de facto* pode ser protegida através da concorrência desleal (311 CPI). No direito internacional, prevê-se a possibilidade de tutela do nome comercial notório em qualquer país da União de Paris (art. 2, 3 e 8 CUP 1883). A lei portuguesa das firmas prevê implicitamente essa tutela no art. 33/1; o CPI também protege as marcas notórias (art. 234).

4.1.2. Outros sinais distintivos (marcas, logótipos, nomes de domínio)

Se a firma é o sinal distintivo da empresa-sujeito e o logótipo é o sinal distintivo da empresa-objeto (nome ou insígnia do estabelecimento), a marca é o sinal distintivo dos produtos ou serviços da empresa.⁹⁰ As marcas são reguladas pelo CPI, aprovado pelo DL 110/2018, de 10 de dezembro.

Enquanto sinais distintivos as marcas devem ser suscetíveis de representação gráfica (art. 208 CPI).⁹¹ É reconhecido direito ao registo da marca a quem nisso tiver “legítimo interesse”, designadamente aos industriais, comerciantes, agricultores, criadores ou artífices, para assinalar os respetivos produtos, e aos prestadores de serviços para assinalar a respetiva atividade (ar. 211 CPI). Além disso, distinguem-se vários tipos de marcas consoante os elementos que as compõem (marcas nominativas, figurativas e mistas, marcas auditivas, tridimensionais ou de forma, marcas simples e complexas etc.). A lei reconhece certos tipos de marcas, como as individuais e as marcas coletivas (podendo estas ser marcas de associação e marcas de certificação ou de garantia – art. 214 e-215 CPI).

firmas: as firmas patronímicas e as firmas não patronímicas. As primeiras colidem com o direito ao nome, prevalecendo este direito de personalidade sobre os interesses do comércio. Existe direito de personalidade especial, cujo valor patrimonial justifica um regime específico, à semelhança dos direitos morais dos autores de obras literárias ou artísticas.

⁹⁰ Sobre as marcas e outros sinais distintivos (e.g. logotipos), COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial (Propriedade Industrial e Concorrência Desleal)*, 7.^a ed. Coimbra, 2017, p. 167 ss (sobre o novo CPI ver a 8.^a ed. de 2019); COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 361-419 (cap. IV); NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra, 2007; CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, 2. ed. 2005.

⁹¹ No acórdão de 12 de dezembro de 2002, proc. no. C-273/00 (*Ralf Sieckmann c. Deutsches Patent- und Markenamt*), o Tribunal de Justiça decidiu que a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 2.º da Primeira Diretiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, que “[1] um sinal que não é, em si mesmo, suscetível de ser visualmente perceptível pode constituir uma marca, desde que possa ser objeto de representação gráfica, nomeadamente através de figuras, de linhas ou de caracteres, que seja clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva. / 2) Tratando-se de um sinal olfativo, os requisitos da representação gráfica não são cumpridos através de uma fórmula química, de uma descrição por palavras escritas, da apresentação de uma amostra de um odor ou da conjugação destes elementos.”

Refira-se a talhe de foice que num caso relativo a direitos de autor, o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão de 13 de novembro de 2018, proc. no. C-310/17 (*Levola Hengelo BV/Smilde Foods BV*), que o sabor de um produto alimentar não pode ser qualificado de «obra» e, como tal, não pode beneficiar de uma proteção pelo direito de autor ao abrigo da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, uma vez não é possível através de meios técnicos, no estado atual do desenvolvimento científico, uma identificação precisa e objetiva do sabor de um produto alimentar, que permita distingui-lo do sabor de outros produtos da mesma natureza.

Na *constituição* da marca conjugam-se determinados princípios, a saber, capacidade distintiva, verdade, licitude e novidade/especialidade. O princípio da *capacidade distintiva* significa que os sinais devem ser capazes de individualizar e distinguir produtos, isto é, ter capacidade distintiva. Podem ser compostas por palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, forma do produto ou da respetiva embalagem, ou frases publicitárias, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas (art. 208 CPI). Em princípio, não têm capacidade distintiva as formas naturais, funcional ou esteticamente necessárias e os sinais exclusivamente específicos, descritivos e genéricos, ou que se tenham tornado de uso comum – os chamados «sinais fracos» e «sinais francos»⁹² –, salvo se tiverem adquirido eficácia distintiva (art. 209/1-2CPI, consagrando a doutrina do *secondary meaning*). Por seu turno, o princípio da *verdade* significa que a marca é verdadeira se não for decetiva ou enganosa, em especial no que respeita à sua natureza, qualidades ou proveniência geográfica (art. 230/3-d CPI). Já o princípio da *licitude* tem caráter residual e significa que as marcas não podem ser constituídas por sinais que sejam do domínio público (por ex., a bandeira nacional) ou privado (como firmas ou direitos de autor de terceiros⁹³), ou que ofenda a moral, a ordem pública ou os bons costumes (art. 231/3-c CPI).

Quanto ao princípio da *novidade e especialidade*, significa que as marcas têm que ser novas, distintas ou inconfundíveis, no âmbito de produtos idênticos ou afins, segundo o princípio da especialidade (art. 232/1-a CPI). Como refere o STJ, “*Sendo a marca um sinal distintivo de mercadorias, produtos ou serviços, na sua designação ter-se-á que ter em conta que, no entendimento dos princípios da novidade e/ou da especialidade que a há-de nortear, a sua composição não pode confundir-se com outra anteriormente adoptada para o mesmo produto ou semelhante*”⁹⁴.

Identificam-se quatro grupos de casos neste âmbito⁹⁵: 1.º identidade de marcas e de produtos; 2.º identidade de marcas e semelhança de produtos; 3.º semelhança de marcas e identidade de produtos; 4.º semelhança de marcas e de produtos, com possibilidade de indução dos consumidores em erro. Os produtos são semelhantes ou idênticos quando têm natureza e finalidades idênticas, sendo funcionalmente equivalentes (1), ou quando têm aos olhos do público a mesma origem por serem economicamente complementares (2).

As marcas são semelhantes em função de um juízo global quanto à sua natureza gráfica, figurativa, fonética, auditiva ou ideográfica (art. 238 CPI), tendo-se em conta para efeitos de aferir da suscetibilidade de induzir o consumidor em erro ou confusão (art. 232 CPI), o consumidor médio a que se destinam os produtos assinalados com as marcas e a força e notoriedade da marca. Sendo que, tendencialmente, o risco de confusão aumenta em função da notoriedade da marca registada.

⁹² FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 326-7.

⁹³ Sobre a proteção dos títulos nobiliárquicos em marcas, ver favoravelmente o acórdão do STJ de 15/5/2014, proc. 150/13.3YHLSB.L1.S1.

⁹⁴ Acórdão do STJ 29.01.2015, proc. 1222/06.6TYLSB.L1.S1 (Silva Gonçalves).

⁹⁵ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, p. 393-8.

Quanto ao *conteúdo* do direito de marca, o titular de marca registada goza de sua propriedade e exclusividade para os produtos e/ou serviços a que a marca se destina (art. 210/1 CPI). O titular do direito pode usar a marca para assinalar os produtos respetivos para utilização na publicidade. Nos termos do art. 249/1 CPI, o registo da marca confere ao seu titular o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de usar, no exercício de atividades económicas, qualquer sinal idêntico à marca em relação a produtos ou serviços idênticos ou afins aos produtos ou serviços abrangidos pelo registo (1), ou produtos ou serviços afins em caso de risco de confusão ou associação no espírito do consumidor (2), ou relativamente a produtos ou serviços abrangidos ou não pelo registo, caso a marca goze de prestígio em Portugal ou na União Europeia, se for uma marca da União Europeia, e o uso do sinal tire partido indevido do caráter distintivo ou do prestígio da marca ou possa prejudicá-los (3).

Os direitos conferidos pelo registo têm algumas limitações, pois, nos termos do art. 254 CPI, o titular da marca não pode impedir terceiros de usarem, nas suas atividades económicas, em conformidade com as normas e os usos honestos em matéria industrial e comercial, o seu próprio nome e endereço (a); indicações relativas à espécie, à qualidade, à quantidade, ao destino, ao valor, à proveniência geográfica, à época e meio de produção do produto ou da prestação do serviço ou a outras características dos produtos ou serviços (b); e a própria marca, sempre que tal seja necessário para indicar o destino de um produto ou serviço, nomeadamente sob a forma de acessórios ou peças sobressalentes (c). Pense-se, por ex., nos termos em que, embora apertados, a lei permite a publicidade comparativa⁹⁶, sendo que segundo o Tribunal de Justiça o conceito de publicidade da Diretiva 84/450/CEE e da Diretiva 2006/114/CE sobre publicidade enganosa e comparativa deve ser interpretado no sentido de abranger a utilização de um nome de domínio e a utilização de etiquetas em meta-dados de um sítio Internet, mas já não o registo, enquanto tal, de um nome de domínio.⁹⁷

Por outro lado, os direitos conferidos pelo registo da marca estão sujeitos a esgotamento ou exaustão no mercado interno, uma vez que não permitem ao seu titular proibir o seu uso para produtos comercializados no espaço económico europeu sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento, exceto se existirem motivos legítimos que justifiquem que o titular se oponha à comercialização posterior dos produtos, nomeadamente sempre que o estado desses produtos seja modificado ou alterado após a

⁹⁶ Nos termos do art. 249/2-f CPI, a utilização do sinal em publicidade comparativa é quando esta contrarie a legislação vigente em matéria de publicidade. A publicidade comparativa é prevista no artigo 16 do Código da Publicidade, aprovado pelo DL 330/90, de 23 de outubro, várias vezes alterado, uma delas pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que estabeleceu o regime jurídico das práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, transpondo a Diretiva 2005/29/CE, e alterando também o artigo 11.º do Código da Publicidade sobre publicidade enganosa.

⁹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2013, proc. C-657/11 (*Belgian Electronic Sorting Technology*), sobre a interpretação do conceito de publicidade, constante do artigo 2.º/1, da Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, conforme alterada pela Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, e do artigo 2.º, al. a), da Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa. Relativamente à utilização de marcas como meta-dados localizáveis por motores de pesquisa na Internet, ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 2010, proc. C-236/08 a C-238/08, *Google c. Louis Vuitton*.

sua colocação no mercado (art. 253 CPI), ou que o uso da marca na publicidade do revendedor afete seriamente a reputação da marca.⁹⁸

As marcas de facto ou marcas livres – *i.e.* não registadas em Portugal – também gozam de proteção, qual seja a prioridade no registo (art. 213 CPI), e contra a concorrência desleal (art. 311 CPI). De especial proteção gozam as marcas de facto notoriamente conhecidas, ainda que o seu âmbito de proteção seja também confinado a produtos ou serviços semelhantes, *i.e.* pelo princípio da especialidade, (art. 234 CPI e artigo 6-*bis* Convenção de Paris).⁹⁹ É motivo de recusa do registo de marca o reconhecimento de que o requerente pretende fazer concorrência desleal ou de que esta é possível independentemente da sua intenção (art. 232/1-h).¹⁰⁰

A *função* principal das marcas é distinguir produtos e/ou serviços, indicando a sua origem ou proveniência empresarial. Mas marcas desempenham outras funções económicas, tais como a função publicitária ou promocional e a função de garantia de qualidade. Estas funções complementares são indiretamente protegidas pelo instituto da concorrência desleal (art. 311 CPI), e, em certos casos, pelo direito das marcas¹⁰¹, se não diretamente pelo menos associadas à proibição da marca enganosa ou decetiva. Quanto à função de garantia de qualidade, é o que sucede nas marcas de certificação (art. 215/2 CPI) e, reflexamente, nas marcas individuais, por força da caducidade do registo no caso de se a marca puder induzir o público em erro nomeadamente acerca da qualidade dos produtos ou serviços que identifica (art. 268/2-b CPI). Quanto à função publicitária ou promocional, é protegida nas marcas de prestígio, cuja proteção jurídica não é limitada pelo *princípio da especialidade*, já que impede o registo de marca idêntica ou semelhante para produtos ou serviços sem identidade ou afinidade na medida em que a sua utilização procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca ou possa

⁹⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de novembro de 1997, proc. C-337/95, *Parfums Christian Dior c. Evora*, sobre a interpretação dos artigos artigos 5 e 7º da Directiva 89/104/CEE, no qual o Tribunal decidiu que as referidas disposições “devem ser interpretados no sentido de que, quando há produtos de marca que são comercializados no mercado comunitário pelo titular da marca ou com o seu consentimento, um revendedor tem a faculdade, além da revenda desses produtos, de utilizar a marca para anunciar ao público a comercialização posterior desses produtos”, não podendo o titular de uma marca “opor-se[...] a que um revendedor, que comercializa habitualmente artigos da mesma natureza, mas não necessariamente da mesma qualidade que os produtos de marca, utilize a marca, com os meios habituais no seu ramo de actividade, para anunciar ao público a comercialização posterior dos seus produtos, salvo se se provar que, tendo em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, o uso da marca na publicidade do revendedor afecta seriamente a reputação da marca.”

⁹⁹ Sobre o conceito de notoriedade veja-se o acórdão de 22 de novembro de 2007 do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. C-328/06 (*Nieto Nuño*).

¹⁰⁰ Trata-se, aliás, de solução que vale igualmente para os logótipos (art. 289/1-h), as denominações de origem ou as indicações geográficas (art. 302/1-g, 306/1-b) e outros direitos industriais (patentes, art. 75/3; modelos de utilidade, art. 137/3, topografias de produtos semicondutores, art. 161/3, modelos ou desenhos industriais, art. 192/5), todos do CPI.

¹⁰¹ COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial. Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 7.ª ed. Coimbra, 2017, p. 167-180 (considerando que a “noção clássica originária está ultrapassada” e que a função publicitária das marcas é protegida relativamente às marcas de prestígio, sem prejuízo da “função distintiva que continua a ser a única função jurídica essencial e autónoma da marca” – p. 172, 178-9), e *Função Distintiva da Marca*, Coimbra, 1999; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 378-387; NOGUEIRA SERENS, *Aspectos do princípio da verdade da marca*, Coimbra, 2003 (Separata do Volume Comemorativo do 75º Tomo do BFDUC).

prejudicá-los (art. 235 CPI). Gozando de proteção absoluta não apenas contra atos de confusão, mas também contra atos de parasitismo, diluição e/ou depreciação¹⁰², a marca de prestígio beneficia de tutela direta e autónoma da sua função atrativa ou publicitária.

A tutela da marca não se confunde com a concorrência desleal, a qual consiste em todo e qualquer ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica (art. 311 CPI), nomeadamente, os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue (a), ou as invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios (c). Tradicionalmente, o âmbito de proteção da concorrência desleal é confinado ao chamado *mercado relevante*, não conferindo por isso proteção absoluta por ser limitada aos concorrentes que operam nesse mercado, quer enquanto motivo de recusa de registo de marca, quer como fundamento de proibição de outros atos de uso económico da marca tais como a utilização como nome de domínio de um sítio web. Com efeito, o instituto da concorrência desleal pressupõe a prática de atos de concorrência, a qual se afere por referência a um setor de atividade ou mercado relevante.¹⁰³

Mais recentemente o Supremo Tribunal de Justiça adotou um conceito mais amplo de concorrência¹⁰⁴, alargando por essa via o âmbito de proteção da concorrência desleal e, reflexamente, dos sinais distintivos, em termos que suscitam a questão de saber que significado tem ainda nos dias de hoje o princípio da especialidade. Nos termos do acórdão do STJ, “Haverá ato de concorrência não apenas entre atividades económicas que estejam numa relação de identidade, substituição ou complementaridade, mas ainda entre todas aquelas que se dirigem ao mesmo tipo de clientela. O ato de concorrência desleal é, antes de mais, um ato de concorrência, ou seja e como acima se disse, um ato destinado à obtenção ou desenvolvimento de uma clientela alheia, efetiva ou potencial. Assenta, assim, em duas ideias fundamentais: a criação e expansão de uma clientela própria e a idoneidade para reduzir ou mesmo suprimir a clientela alheia, real ou possível. Quando tal se verificar em termos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade, dá-se um ato de concorrência desleal, que é ilícita na medida em que constitui um abuso da liberdade de concorrência.”¹⁰⁵

Assim, independentemente de as atividades económicas serem idênticas, substitutas ou complementares, o critério determinante será o da clientela pela qual se concorre. Todavia, por esta via, a concorrência desleal poderá transfigurar-se num regime de

¹⁰² Acórdão do TRL de 9.12. 2014, proc. 247/12.7YHLSB L1-1 (Isabel Fonseca).

¹⁰³ Acórdão do TRL de 16.01.2007, proc. 5670/2006-7 (Pimentel Ramos): “Entre duas empresas de ramos completamente diferentes não poderá haver concorrência, pois uma não tirará clientela à outra. Só existe concorrência desleal quando existe concorrência. [...] o que caracteriza a concorrência desleal não é propriamente o resultado obtido, mas sim os meios utilizados para alcançar o fim em vista”. Ver também o acórdão do STJ de 11.02.2003, Colectânea de Jurisprudência – acórdãos do STJ, 2003, I, 93-6 (“Para se poder falar em concorrência desleal é essencial que sejam idênticas ou afins as actividades económicas prosseguidas por dois ou mais agentes económicos”). Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Coimbra, 2002, p. 113-4; CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, vol. I, 2.^a ed. Coimbra, 2005, p. 259-60.

¹⁰⁴ Na doutrina, COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, cit. p. 391.

¹⁰⁵ Acórdão do STJ de 26 de setembro de 2013, proc. 6742/1999.L1.S2 (Oliveira Vasconcelos).

práticas comerciais desleais em qualquer setor de atividade económica, servindo potencialmente a monopolização da concorrência e, com isso, o seu eclipse. O alargamento em demasia do conceito de ato de concorrência acarreta a diluição do princípio da especialidade, com prejuízo para a liberdade de empresa e de iniciativa económica, convertendo em regra a exceção prevista para as marcas de prestígio.

Os *nomes de domínio* assumem cada vez mais importância como verdadeiros sinais distintivos empresariais.¹⁰⁶ Tecnicamente são endereços informáticos cuja função é identificar e localizar computadores na Internet. Para aceder um sítio web ou enviar correio eletrónico é necessário localizar o servidor que aloja o sítio ou a caixa de correio do destinatário. A informação de localização é facultada pelo computador servidor de nomes, convertendo o nome indicado pelo computador de origem num endereço IP (Protocolo de Internet).

O nome de domínio surge assim como a conversão alfanumérica de um número (endereço IP), facilitando significativamente a sua memorização. Existem nomes de domínio de topo genéricos (gTLD) tais como: .com, .org., .int. E nomes de domínio de topo nacionais (ccTLD): eg. .fr, .de, .uk. O nome de domínio de topo atribuído a Portugal é o ccTLD .pt, dentro do qual existem atualmente 4 *subdomínios*: gov.pt ou org.pt, edu.pt, com.pt.

A gestão do ccTLD .pt foi atribuída pela ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) à Fundação para a Computação Científica Nacional (FCCN). O Decreto-Lei n.º 55/2013, de 17 de abril, determinou a extinção da FCCN e estabeleceu que a gestão, registo e manutenção do domínio de topo nacional .pt seriam atribuídas a uma associação de direito privado, a Associação DNS.PT, em funções desde 1 de junho de 2013. No exercício das suas atribuições, a Associação DNS.PT aprovou, em 2014, o Regras de Registo de Nomes de Domínio de .PT atualmente em vigor (Depósito Legal n.º 376640/14), mas que no essencial continua o de 2012, sem prejuízo de algumas alterações como o número mínimo de caracteres exigido que passou de 3 para dois a partir de 1 de novembro de 2014 (art. 44.º).

O Regulamento DNS.PT procura implementar as melhores práticas internacionais, incluindo as recomendações da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com destaque para as limitações no que se refere aos nomes geográficos em .pt e o respeito por direitos adquiridos de forma a evitar o *registo especulativo e abusivo de nomes de domínios* sob .pt. São proibidos os nomes que induzem em erro ou confusão sobre a sua titularidade, nomeadamente por coincidirem com marcas ou outros sinais notórios ou de prestígio pertencentes a outrem. Além disso, garante uma *política de resolução extrajudicial de conflitos* com recurso ao ARBITRARE - Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio e Firmas e Denominações, como Centro especializado com competência para a resolução de conflitos em matéria de nomes de domínio (www.arbitrare.pt) e que foi constituído em 2008 como Centro de

¹⁰⁶ Considerando que os nomes de domínio “são também sinais distintivos de agentes económicos, empresas e/ou produtos”, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 402. Sobre o tema pode ver-se os nossos «Nomes de domínio (novo regime), firmas e marcas», *Revista de Direito Intelectual* 1/2015, p. 145-164, e *Direito comercial das empresas*, p. 88-92.

Arbitragem Institucionalizado com o alto patrocínio do Ministério da Justiça para resolução de Conflitos no âmbito da Propriedade Industrial, Nomes de Domínio e Firmas e Denominações (Portaria n.º 28519/2008, de 22 de outubro).

Em caso de conflito sobre nomes de domínios, os titulares dos mesmos têm a possibilidade de se comprometer a recorrer à arbitragem voluntária institucionalizada nos termos da Lei n.º 63/2011 de 14 de dezembro. Sendo que no pedido de registo de nome de domínio o requerente pode logo subscrever a convenção de arbitragem relativa à resolução de conflitos sobre nomes de domínio, designando para o efeito esse Centro de Arbitragem, seguindo o procedimento de arbitragem constante do Regulamento do Centro de Arbitragem e da legislação em vigor sobre a matéria.

O registo de nomes de domínio coincidentes com os tradicionais sinais distintivos gerou conflitos que ficaram conhecidos por *cybersquatting*, em virtude da máxima *first come first served*. Para fazer face ao número de conflitos a ICANN celebrou um protocolo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) de modo a criar um mecanismo alternativo de resolução de conflitos entre titulares de marcas protegidas e nomes de domínio de topo .com. Este mecanismo (*Internet Domain Name Process*), para além de resolver situações concretas, gerou um conjunto de orientações que a ICANN passou a recomendar aos registos nacionais, conhecidas como a *UDRP - Uniform Dispute Resolution Policy*.

Ora, tendo em conta as recomendações formuladas pela OMPI, o regime dos nomes de domínio .pt - Regulamento DNS.PT - procura salvaguardar os direitos de terceiros sobre sinais distintivos, tais como firmas e marcas a diversos níveis:

1 - Proibição preventiva de nomes de domínio que correspondam a nomes que induzam em erro ou confusão sobre a sua titularidade, nomeadamente por coincidirem com marcas notórias ou de prestígio pertencentes a outrem (art. 9/1-c DNS.PT).

2 - O titular de um nome de domínio .pt garante obrigatoriamente que o nome registado e a sua titularidade não colidem com direitos constituídos de terceiros (art. 9/3).

3 - Procedimento de monitorização e remoção imediata (art. 22).

4 - A alteração da titularidade de um domínio depende de solicitação expressa do novo titular à FCCN, acompanhada dos documentos de suporte que legitimem essa transmissão, quando aplicável (art. 30/3).

5 - Garantia de resolução extrajudicial de conflitos com recurso facultativo ao ARBITRARE (art. 38).

6 - Determinação de *critérios materiais* de apreciação. Nas *ações contra titular do registo de nome de domínio* objeto da arbitragem, a decisão arbitral pode ser a manutenção da situação inicial (1) ou a remoção e/ou transferência da titularidade do nome de domínio (2). São estabelecidos os seguintes critérios cumulativos de apreciação (art. 40/2): 1) O nome de domínio ser coincidente, idêntico ou suscetível de gerar confusão com um nome ou designação protegida nos termos de disposição legal em vigor a favor do requerente do processo de arbitragem; 2) Registo de nome de domínio sem ter por base quaisquer direitos ou interesses legítimos anteriormente adquiridos pelo seu titular; 3) Registo ou utilização de má-fé do nome de domínio. Podem fazer prova da má-fé o facto de o nome de domínio ter sido registado ou adquirido tendo em vista a sua posterior venda ao requerente (a); ter sido registado prioritariamente com o fim de

perturbar as atividades profissionais do requerente – o típico *cybersquatting* (b); utilização intencional do nome de domínio para atrair os utilizadores da Internet, na busca de ganhos comerciais, para o sítio web do requerido – *domain name parking* (c); o nome de domínio ser composto por um ou mais nomes próprios ou pela combinação de um nome próprio com um apelido do requerente (d). Estes factos constitutivos da má-fé não são de verificação cumulativa.¹⁰⁷

Nas ações propostas *contra o Registo* (Associação DNS.PT), a decisão arbitral pode consistir em obrigar o Registo a remover um nome de domínio indevidamente aceite (1) ou aceitar o registo de um nome de domínio que tenha sido indevidamente recusado (2).

7 - Possibilidade de requerer em procedimento arbitral a suspensão temporária do nome de domínio em conflito (art. 39).

8 - *Pending delete*, i.e. suspensão oficiosa pelo DNS.PT por prática reiterada de registos especulativos e abusivos (art. 35).

9 - Período de *Sun Rise* (art. 45).

10 - A transferência da titularidade do registo de nome de domínio depende de autorização do DNS.PT (art. 30), devendo ser expressamente solicitada pelo novo titular juntando os documentos de suporte que legitimem essa transmissão, quando aplicável. O DNS.PT procederá, ainda, à alteração da titularidade de um domínio, sempre que exista uma decisão arbitral ou judicial nesse sentido (art. 30/6).

Assim, são proibidos os nomes de domínio que correspondam a nomes que induzam em erro ou confusão sobre a sua titularidade, nomeadamente por coincidirem com marcas notórias ou de prestígio pertencentes a outrem (art. 9/1-c DNS.PT). Todavia, ainda que ainda que do ponto de vista técnico o nome de domínio seja corretamente atribuído, daí não resulta a sua licitude face aos direitos privativos sobre bens intelectuais protegidos no nosso sistema jurídico, em especial a tutela das marcas e da concorrência desleal. Na síntese do STJ, “O nome de domínio (na Internet), à semelhança da marca ou da denominação social de uma sociedade comercial, assume uma função indutiva, comunicando informação e sugestões sobre um certo produto ou serviço, razão pela qual o uso de um domínio, correctamente atribuído do ponto de vista técnico, pode traduzir lesão da lei da propriedade industrial, nomeadamente no que tange às regras de protecção de marcas e da concorrência desleal.”¹⁰⁸

4.2. Escrituração mercantil

O comerciante deve ter escrituração mercantil (art. 29), i.e., uma memória escrita, em livros e outros documentos, da sua vida profissional. Destina-se a registar em livros e documentos factos relativos à atividade mercantil dos comerciantes. Rege aqui o princípio da liberdade de organização, i.e., os comerciantes podem escolher o seu modo de organização bem como o seu suporte físico (art. 30). Não obstante, nas sociedades comerciais são obrigatórios livros de atas organizados nos termos dos arts.

¹⁰⁷ No acórdão de 3 de junho de 2010 (C-569/08, *Internetportal GmbH*), sobre a interpretação dos artigos 21/3 e 21/1-b do Regulamento da Comissão (CE) n° 874/2004 de 28 de abril de 2004, relativo ao nome de domínio .eu, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a má-fé pode ser provada através de circunstâncias semelhantes às previstas no Regulamento DNS.PT.

¹⁰⁸ Acórdão do STJ de 26.02.2015, proc. 1288/05.6TYLSB.L1.S1 (Isabel Pereira).

31 e 39, prevendo esta última norma a possibilidade de utilização de suporte eletrónico¹⁰⁹. Das atas das reuniões de sócios, de administradores e dos órgãos sociais, devem constar a data da sua celebração, os participantes, os votos emitidos, as deliberações tomadas e tudo o que possa servir para as conhecer e fundamentar, devendo ser assinadas pela mesa ou, não a havendo, pelos participantes (art. 37; ver art. 63 CSC). Além disso, apesar da liberdade de organização de livros, esta deve realizar-se nos termos da lei, designadamente a lei fiscal, com destaque para a distinção entre sujeitos com contabilidade organizada (obrigatória em certos casos) e não organizada (art. 123 CIRS, art. 117 CIRC)¹¹⁰.

Os comerciantes devem *arquivar* a sua escrituração mercantil e os documentos a ela relativos, bem como a correspondência recebida e emitida pelo período de 10 anos, podendo recorrer para o efeito a meios eletrónicos (art. 40/1-2). Em caso de liquidação de sociedade, o prazo é de 5 anos a contar da respetiva deliberação (157/4 CSC).

Em princípio, a escrituração mercantil é *confidencial*. Só pode ser ordenada a favor dos interessados a exibição judicial integral da escrituração mercantil e dos documentos a ela relativos em questões de sucessão universal, comunhão matrimonial, sociedade ou insolvência (art. 42), e proceder-se a exame da escrituração e documentos “*a instâncias da parte ou oficiosamente, quando a pessoa a quem pertençam tenha interesse ou responsabilidade na questão em que tal apresentação for exigida*”, realizando-se “*no domicílio profissional ou sede do comerciante, em sua presença, e é limitado à averiguação ou extração dos elementos que tenham relação com a questão*” (art. 43 CCom) – o chamado “*exame judicial limitado*”¹¹¹. Pese embora a confidencialidade da escrituração, esta está igualmente sujeita a exame em sede de fiscalização dos impostos, controlo de defesa da concorrência¹¹², direito de informação dos trabalhadores sobre a situação contabilística das empresas (ar. 424/1-f) CT (balanço, conta de resultados e balancetes), existindo ainda a obrigação de depósito nas conservatórias do registo comercial dos documentos de prestação de contas de sociedades e sua publicação (arts. 70 e 70-A CSC, e arts. 3, 15, 42, 70 CRCom), incluindo as publicações obrigatórias na Internet (Portaria 590-A/05, 14/7) e o regime da IES – Informação Empresarial Simplificada (DL 8/07).

Por último, a escrituração comercial tem especial *força probatória*, com vantagem para os litigantes que tenham os livros “*regularmente arrumados*” (art. 44). Na síntese do STJ, “*Se dois comerciantes se confrontam em juízo em factos do seu comércio a escrituração comercial de cada um deles pode ser exibida como prova por si próprio ou contra o outro, nos termos regulados no art. 44 do CComercial*”¹¹³.

¹⁰⁹ Para as cooperativas, ver 43/5 do Código Cooperativo.

¹¹⁰ A organização dos livros obedecerá ao Sistema de Normalização Contabilística – SNC (DL 158/09, 13/7), sucedâneo dos POC.

¹¹¹ Tanto o art. 42 como o 43 incluem o exercício do direito de informação dos sócios nas sociedades comerciais (arts. 181, 214, 288, 289/1-e, 474, 478, 480 CSC). Em caso de recusa, os sócios podem requerer inquérito judicial à sociedade (arts. 181/6, 216, 292 CSC).

¹¹² Regulamento 1/03 (arts. 20-22), Regulamento 139/04 (art. 13), Lei 19/12 (arts. 18-19).

¹¹³ Acórdão do STJ de 18.10.2007, proc. 06B3818 (Pires da Rosa).

4.3. Dar balanço e prestar contas

Por outro lado, é ainda obrigação do comerciante dar balanço e prestar contas (art. 18/4 CCom). “*Todo o comerciante é obrigado a balanço anual do seu ativo e passivo nos três primeiros meses do ano imediato*” (art. 62). Dar balanço significa comparar o ativo com o passivo para apurar a liquidez do comerciante. Além disso, é obrigatório prestar contas de acordo com o SNC, exceto para os pequenos comerciantes em nome individual (10 DL 158/09). Cabe à gerência ou administração das sociedades elaborar e sujeitar a aprovação o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas (arts. 65, 246, 376 CSC), sob pena de inquérito judicial a requerimento de qualquer sócio (art. 67 CSC).¹¹⁴

No domínio das empresas públicas, rege, em matéria de escrituração mercantil e prestação de contas, o princípio da transparência financeira (art. 16/1 RJSPE), nos termos do qual a sua contabilidade deve ser organizada nos termos legais, e de forma a poder identificar-se claramente os fluxos financeiros, operacionais e económicos existentes entre elas e as entidades públicas titulares do respetivo capital social ou estatutário, nos termos do DL 148/2003, de julho (alterado diversas vezes), que transpõe a Diretiva da Transparência Financeira¹¹⁵. Além disso, as despesas não documentadas são-lhes expressamente vedadas (art. 16/2 RJSPE).

As empresas públicas têm obrigações de divulgação de informações (art. 44/1 RJSPE) e de transparência perante o titular da função acionista (art. 45/1 RJSPE), incluindo a submissão de informação financeira anual a uma auditoria externa a realizar por auditor registado na Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (art. 45/2), devendo ser publicitadas nos sítios na Internet da empresa e da Unidade Técnica. O controlo financeiro das empresas públicas é reforçado, uma vez que estão ainda sujeitas à jurisdição e ao controlo do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças (art. 26 RJSPE).

Além disso, as empresas públicas societárias em relação de grupo ficam sujeitas à consolidação de contas nos termos dos arts. 508-A a 508-F CSC (art. 13/4 RJSPE). Trata-se de elaborar um relatório consolidado de gestão incluindo diversos assuntos e de o sujeitar a exame e certificação ou parecer por um revisor oficial de contas e pelo órgão de fiscalização da sociedade; além disso, o relatório deve ser registado no registo comercial e disponibilizado no sítio da Internet.

4.4. Registo comercial

Uma outra obrigação dos comerciantes é a de inscrever certos atos no registo comercial. O registo comercial destina-se a oferecer segurança ao tráfico ou comércio jurídico por via da publicidade de certos factos respeitantes a determinados sujeitos (1 CCom). O Registo Comercial aplica-se não apenas a comerciantes em nome

¹¹⁴ Sobre a escrituração e a prestação de contas, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 188-197.

¹¹⁵ Substituída pela Diretiva 2006/111/CE da Comissão de 16 de novembro 2006 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas.

individual¹¹⁶ e sociedades comerciais, mas também a sociedades civis sob forma comercial, cooperativas, EIRL, EPE, e EEL, e ACE e AEIE, ainda que sem objeto comercial. Assim, apesar de não serem comerciantes, as EPE também estão obrigadas a registar os factos previstos no artigo 5 do CRCom. Este artigo fala em empresas públicas, mas para as empresas públicas societárias deve olhar-se igualmente à lista mais extensa de factos sujeitos a registo prevista no art. 3 para as sociedades comerciais e sociedades civis sob forma comercial.

O registo, que se pode realizar por transcrição ou por depósito (art. 53-A CRCom), subordina-se aos princípios da instância (registo a pedido dos interessados), da legalidade (art. 47 CRCom) e da publicidade (73/1)¹¹⁷. O registo cria a presunção (ilidível – art. 350 CC) de *existência* da situação jurídica registada (art. 11 CRCom) e é condição de oponibilidade dos factos em relação a terceiros (arts. 13 e 14 CRCom). Não obstante, relativamente ao ato constitutivo das sociedades comerciais e respetivas alterações, o seu registo é requisito de eficácia absoluta quer em relação a terceiros quer às próprias partes (art. 13/2 CRCom; arts. 5, 120, 160/2 CSC).

5. Da empresa como estabelecimento comercial

5.1. Noção, características e elementos da empresa-estabelecimento comercial

Os meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado e a outras entidades públicas podem ser empresas em sentido objetivo, i.e., estabelecimentos (comerciais ou não). A empresa-estabelecimento, enquanto objeto unitário de direitos e de negócios, é um bem jurídico complexo, composto por diversos fatores de organização e elementos de exploração¹¹⁸.

A teoria do estabelecimento comercial como unidade jurídica e objeto de negócios foi consagrada em codificações de expressão lusófona, como sejam o Código das Empresas Comerciais de Cabo-Verde (arts. 3-16), o Código Comercial de Macau (arts. 102-152), e, de forma mais sumária, o Código Comercial de Moçambique (arts. 69-81).

São *elementos* ou *meios do estabelecimento* apenas os seus “fatores produtivos” e outros bens que primordialmente individualizam ou identificam as empresas, tais como coisas corpóreas (e.g. prédios, máquinas, etc.), coisas incorpóreas (e.g. invenções, marcas, logótipos), e bens não coisificáveis (prestação de trabalho e de serviços). O saber fazer, enquanto métodos e processos aplicados na prática empresarial, incluindo segredos

¹¹⁶ Em geral, os factos relativos a comerciantes individuais não são de registo obrigatório, salvo certos factos relativos nomeadamente a processos de insolvência (arts. 15/1 e 9 CRCom).

¹¹⁷ O caráter público do registo traduz-se, designadamente, na possibilidade de ‘qualquer pessoa’ pedir certidões e na publicação obrigatória de alguns atos em sítio da Internet (art. 70 CRCom e Portaria 590-A/2005), para além da publicação facultativa em jornais não oficiais.

¹¹⁸ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial. Estudo de Direito privado*, 2. ed. Lisboa, 1964; FERRER CORREIA, «Reinvindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica», *Estudos Jurídicos*, Coimbra, 1969; ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, vol. I, Coimbra, 1967; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Coimbra, 1996.

comerciais (art. 313 CPI), a organização interna da empresa, o *design* das lojas¹¹⁹ são igualmente valores da empresa, à semelhança de outros bens tais como programas de computador e bases de dados¹²⁰,) e os nomes de domínio na Internet. As relações jurídicas estabelecidas no exercício e para o fim da empresa são meios da empresa, bem como as situações e relações de facto com valor económico (relações de confiança com financiadores, fornecedores e clientes).

Em especial, a clientela, tanto habitual como ocasional, será um importante elemento de exploração e de valor da empresa, qual índice do aviamento ou de bom funcionamento da máquina produtiva, i.e. da “aptidão funcional” ou “aptidão para realizar o fim para que foi criada[,sendo que] a força ou qualidade em que o aviamento objetivo ou real se traduz deriva logo da organização dos elementos do estabelecimento”¹²¹. A clientela é justamente o valor que se visa proteger através da obrigação implícita de não concorrência por força de trespasse ou de locação¹²².

Tal não impede que o direito reconheça a existência de estabelecimento antes mesmo de ter entrado em funcionamento, sem ter ainda clientela efetiva, na medida em que a força ou qualidade em que a sua viabilidade se traduz resulte logo da organização dos elementos do estabelecimento. Por ex., no *franchising* a empresa franquiada estabelece-se no mercado espaço-temporalmente definido no contrato, pelo qual o franquiador autoriza o franquiado a explorar um determinado negócio ou empresa.¹²³ Além disso, As empresas em

¹¹⁹ Que pode ser protegido pelos direitos de autor, como julgou o STJ no acórdão de 10 de janeiro de 2008, proc. 07A208.

¹²⁰ Protegidos por leis de direitos de autor (DL 252/94 e DL 122/2000).

¹²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I, p. 107-9, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 49, embora não considerem a clientela elemento da empresa, tal como já sustentara FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 202-4, compreendendo o estabelecimento como “um conjunto de bens de variada natureza”, incluindo coisas (corpóreas e incorpóreas, direitos) disponíveis para os fins da empresa, e uma “organização de serviços ou de pessoas” (elemento pessoal), as “situações de facto com valor económico” enquanto manifestação da capacidade lucrativa ou aviamento da empresa - distinto da clientela e da boa reputação -, não seriam um elemento mas antes uma qualidade, porque inseparável, do próprio estabelecimento.

¹²² Neste sentido, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de março de 2007, proc. 06A4523 (Nuno Cameira): “1 – A transmissão definitiva por trespasse da propriedade dum estabelecimento de pastelaria, confeitaria e café envolve o conjunto de todos os seus elementos corpóreos e incorpóreos, contando-se entre os últimos a clientela (quer a certa, resultante de relações contratuais já estabilizadas, quer a virtual, correspondente às expectativas de que novos clientes se dirijam à empresa)”. Na doutrina, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 4ª ed., p. 338 defende que “o aviamento e a clientela valem, inofismavelmente, para efeitos indemnizatórios. Logo existem e são valorados pelo Direito.” No sentido de que “a clientela constitui um elemento juridicamente distinto e relevante do estabelecimento”, PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, p. 55-6.

¹²³ Veja-se o nosso «Da franquia de empresa (‘franchising’)), BFDUC 73 (1997). Frequentemente as franquias instalam-se como lojas em *centros comerciais*, sendo o lojista parte de um contrato a empresa que explora o centro comercial, de natureza jurídica assaz discutida. Parece um misto de arrendamento e de prestação de serviços, embora no essencial seja um alojamento de empresa em centro comercial. A doutrina e a jurisprudência maioritárias consideram geralmente que se trata de contrato atípico – ver e.g. os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 28.06.2013, proc. 1572/06.1TVLSB.L1-6 (José Vítor Amaral), e de 27.11.2014, proc. 2277/10.4 TVLSB.L1-6 (Teresa Pardal). Em termos de regime jurídico, “a esse contrato é aplicável, desde logo, o regime resultante das respetivas cláusulas acordadas, desde que válidas, bem como o regime legal geral dos contratos e, se necessário (subsidiariamente), a disciplina de figuras contratuais próximas, como o são, em certas vertentes, o contrato de arrendamento urbano e o de prestação de serviço” - acórdão da TRL de 26.02.2015, proc. 209280-12.5YIPRT.L1-8 (Catarina Manso). Para um caso que subiu termos ao Supremo, a propósito de resolução por diminuição drástica da clientela do centro comercial, ver acórdão do STJ de 11.04.2014, proc. 2357/07.3TVLSB.L1.S1 (Tavares de Paiva): “No

embrião («start-up») são por vezes viabilizadas através de investimentos de “capital de risco” (*venture capital*).

Em todo o caso, a lei pode impor a existência de certos bens ou serviços mínimos para que determinado estabelecimento possa ser autorizado e ter determinada categoria. Pense-se, por ex., no domínio dos empreendimentos turísticos (DL 39/2008, de 7 de março, alterado), do alojamento local (DL 128/2014, de 29 de agosto), ou da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica (Lei 45/2018, de 10 de agosto). O estabelecimento pode também estar vinculado a uma concessão pública. O Código dos Contratos Públicos (CCP), relativamente à concessão de obras públicas e serviços públicos, estabelece no artigo 419 que “1 - À concessão corresponde um estabelecimento, que integra os bens móveis e imóveis afetos àquela e os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público subjacente à celebração do contrato.” Pense-se, por ex., na concessão de prospeção e exploração de recursos geológicos (DL 90/90, de 16 de março)

5.2. A empresa-estabelecimento como objeto unitário de direitos e de negócios

A empresa-estabelecimento é uma unidade ou organização complexa de geometria variável, um sistema aberto e autónomo, em que o todo é diferente da soma das partes, normalmente superior: “o valor do todo é também superior ao da soma das suas partes”¹²⁴. O estabelecimento pode consistir numa organização produtiva apta a funcionar, mas que ainda não entrou em funcionamento, i.e., sem clientela efetiva. Segundo a jurisprudência do STJ: “*Configura um contrato de cessão de exploração de estabelecimento ou locação de estabelecimento, o contrato pelo qual uma das partes cede à outra por determinado prazo e mediante pagamento dum contrapartida mensal, o direito de exploração de estabelecimento comercial de snack-bar, transferindo para esta última o mobiliário e equipamento indispensáveis ao seu funcionamento, apesar de ainda não ter havido aí clientela nem até então ter sido aí exercida qualquer atividade*”¹²⁵.

Por outro lado, pode ser considerado como estabelecimento um complexo de bens produtivos que ainda não entrou em funcionamento e que carece para isso de um ou mais

contrato de exploração de loja instalada num centro comercial, o lojista tem direito à resolução do contrato e, conseqüentemente, de fazer cessar o vínculo contratual, por não lhe ser exigível manter-se vinculado a um contrato do qual lhe advém prejuízos por causa do insucesso do centro comercial traduzido, designadamente no encerramento significativo de lojas e ausência de um determinado nível mínimo de clientela que se repercutiu na inviabilização das perspectivas de lucro do lojista, o que configura uma alteração superveniente das circunstâncias em que fundou a sua decisão de celebrar o aludido contrato de exploração, pressuposto em que assentou essa decisão.”

¹²⁴ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 204. Para efeitos de apuramento do valor do estabelecimento, registe-se o critério consagrado no Código Comercial de Moçambique, nos termos do qual esse valor representa-se ‘pela soma de todos os bens corpóreos e incorpóreos registados na contabilidade do empresário comercial acrescido do valor do aviamento, ou seja, da capacidade do estabelecimento de produzir resultados operacionais positivos decorrentes da sua boa organização’, o qual corresponderá ‘à mais-valia representada pela diferença entre os valores dos bens móveis e imóveis constantes da contabilidade do empresário e o valor das suas vendas na data do seu apuramento’ (art. 73). Sobre o apuramento do valor da *goodwill* ou reputação da empresa, ANA RODRIGUES, *O Goodwill nas Contas Consolidadas*, Coimbra, 2006.

¹²⁵ Acórdão do STJ de 19.04.2012, proc. 5527/04.2TBLRA.C1.S1 (Granja da Fonseca).

elementos se, no caso concreto, estiver reunido o “mínimo essencial” à existência de um estabelecimento enquanto objeto de direitos e de negócios, *i.e.*, enquanto entidade económica autónoma. De igual modo, pode ainda ser estabelecimento uma unidade que já tenha entrado em funcionamento, mas à qual sejam retirados, na negociação, elementos, desde que se possa ainda afirmar a existência de uma organização de meios ou fatores produtivos para o exercício, com autonomia e estabilidade, de uma atividade económica, e que independentemente do seu lastro corpóreo seja funcionalmente apta à obtenção de receitas que permitam em princípio a amortização do investimento e dos custos de exercício e a obtenção de um excedente que remunere a atividade desenvolvida.

A empresa-estabelecimento enquanto unidade económica autónoma constitui para o Direito uma *unidade jurídica*, quer enquanto objeto de negócios¹²⁶, quer enquanto objeto de proteção autónoma pelo regime da concorrência desleal (art. 317 CPI), quer enquanto objeto de penhora (art. 782 CPC). Na síntese do STJ, “*O estabelecimento comercial é, para além de uma unidade económica, uma unidade jurídica objetiva, porquanto o Direito não se limita a ver as coisas em singular, mas antes o todo, como algo de distinto da mera pluralidade das partes componentes, suscetível de admitir a existência de um direito autónomo*”¹²⁷.

Não sendo uma universalidade de direito como a herança, poderia considerar-se universalidade de facto ou coisa composta, enquanto “*pluralidade de coisas móveis que, pertencendo à mesma pessoa, têm um destino unitário*” (art. 206/1 CC), ainda que mais complexa do que um rebanho ou uma biblioteca. Todavia, o estabelecimento é normalmente composto também por coisas imóveis tais como prédios, e os bens que o compõem não têm que pertencer, por título de propriedade, ao dono do estabelecimento.

Não obstante a controvertida qualificação do estabelecimento à luz da tipologia legal das coisas, deve reconhecer-se a sua natureza jurídica de *coisa* no sentido do art. 202/1 CC (coisa é tudo aquilo que pode ser objeto de direitos). É uma *incorporalidade complexa*: o todo não é igual à mera soma dos seus elementos, pode haver empresa desprovida de lastro corpóreo e coexistir um direito de propriedade sobre o todo e direitos de propriedade ou não sobre as suas partes.¹²⁸

O art. 1302.º CC foi alterado no sentido de o direito de propriedade previsto e regulado no Código Civil não ter apenas ou somente por objeto coisas corpóreas, móveis ou imóveis (art. 1302.º CC). Anteriormente o referido preceito dispunha que só as coisas corpóreas podem ser objeto do direito de propriedade regulado no Código Civil. O que parecia exigir a corporização do estabelecimento ou um “lastro corpóreo mínimo” para o considerar objeto de propriedade e de negócios como a sua alienação, oneração ou locação (art. 1682.º-A CC). Aliás, o estabelecimento é também regulado enquanto objeto

¹²⁶ Cf. arts. 1109, 1112, 1682-A CC; art. 152/2-d CSC; art. 285 CT; arts. 31/5, 295/2 CPI.

¹²⁷ Acórdão do STJ de 20.03.2014, proc. 278/09.4TVPR.T.P1.S1 (Hélder Roque).

¹²⁸ Nessa medida, o dono do estabelecimento poderá lançar dos meios de tutela do seu direito sobre o estabelecimento, como sejam a responsabilidade civil por danos (art. 483/1 CC), a reivindicação do estabelecimento (art. 1311 CC), e a defesa da posse (art. 1251 CC). De igual modo, a proibição da concorrência desleal confere igualmente proteção ao estabelecimento, ainda que apenas contra atos de concorrência (art. 311 CPI).

de negócios de trespasse e à de locação no regime especial do arrendamento para fins não habitacionais (arts. 1109.º e 1112.º CC), e outras normas legais se referem igualmente a estes negócios sobre o estabelecimento (e.g. 152/2-d, 246/2-c CSC; art. 44 RRNPC; art. 18.º/4 DL 307/07; art. 285/1 CT; art. 95/5 RJCS; art. 11/1 DL 149/95; arts. 100/1 e 145 CDADC).

Ora, se o estabelecimento pode ser alienado, onerado ou locado, então não oferece dúvida de que é coisa para efeitos do Código Civil (*Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas* – art. 201.º/1), e de que não é coisa fora do comércio, i.e., que não pode ser objeto de direitos privados, como as que se encontram no domínio público e as que, por sua natureza, são insuscetíveis de apropriação individual (art. 202.º/2 CC). Sendo coisa passível de alienação, fruição e uso, os direitos privados (oponíveis *erga omnes - ius excluendi omnes alios*) de que é objeto em tudo se assemelham aos direitos que compõem a propriedade plena (*plena in re potestas*): *utendi, fruendi* e *abutendi* (art. 1.305 CC). Por essa razão, e tendo em conta o princípio da tipicidade dos direitos reais, parte da doutrina entende, que o estabelecimento é uma coisa corpórea sujeita ao regime comum das coisas corpóreas.¹²⁹

Todavia, a empresa ou estabelecimento comercial, enquanto objeto de direitos e de negócios, é um bem jurídico complexo, composto por fatores de organização e elementos de exploração. É insofismável, para começar, que os estabelecimentos comerciais integram normalmente elementos corpóreos, como sejam prédios, máquinas, utensílios, mercadorias, matérias-primas, etc. Estes elementos são coisas corpóreas, i.e. bens palpáveis (*res quae tangi possunt*). Logo no regime da transmissão da posição do arrendatário, que é permitida independentemente da autorização do senhorio nomeadamente no caso de trespasse, prevê-se que o estabelecimento integra diversos elementos, como sejam as instalações, utensílios, mercadorias ou outros, e que devem ser transferidos em conjunto com a posição do arrendatário para que exista trespasse (art. 1112.º/2-a CC). Mas o estabelecimento não se reduz a esses elementos já que integra (ou pode integrar) igualmente coisas incorpóreas como sinais distintivos (logótipos, marcas, firmas) e outros objetos de propriedade intelectual (patentes de invenção e modelos e desenhos industriais, obras literárias ou artísticas, incluindo o design de lojas), o saber-fazer (i.e. segredos comerciais e industriais, métodos de negócios e processos aplicados na prática empresarial - art. 318 CPI) e sem esquecer a informação contida na escrituração e na documentação conexa). São também elementos imateriais do estabelecimento as relações estabelecidas no exercício e para o fim da empresa. Integram-se aqui, por um lado, as licenças ou autorizações administrativas consoante o setor de atividade (por ex., bancos e seguros, medicamentos, televisão, energia, etc.) e as exigências em causa (por ex., licenças ambientais, certificados de higiene e segurança, etc.), e, por outro, os contratos de trabalho e de prestação de serviços, incluindo a agência, e os contratos com financiadores, fornecedores e clientes. Em especial, as relações de confiança com fornecedores e clientes são especialmente valiosas para o crédito mercantil do estabelecimento, designadamente “o interesse do comerciante na

¹²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, 1968, e *Direito Comercial*, vol. I, p. 111.

conservação da sua *clientela*”¹³⁰. Isso não significa que não possa existir estabelecimento antes da sua entrada em funcionamento e da sua clientela efetiva, se a organização dos seus elementos permitir afirmar esse valor de estabelecimento. Pode igualmente tratar-se de um complexo de bens produtivos que ainda não entrou em funcionamento e que carece para isso de um ou mais elementos se, no caso concreto, estiverem reunidos os mínimos que permitam afirmar a existência de um estabelecimento enquanto objeto de direitos e de negócios, i.e. enquanto entidade económica autónoma. Pela mesma ordem de razões, pode ainda ser estabelecimento uma unidade que já tenha entrado em funcionamento, mas à qual sejam retirados, na negociação, elementos.

Enquanto objeto do direito de propriedade – *ius excluendi omnes alios*, que, enquanto *plena in re potestas*, abrangerá as faculdades de *utendi*, *fruedi* e *abutendi* (art. 1.305 CC) –, o dono do estabelecimento poderá lançar dos meios de tutela do seu direito absoluto, tais como a responsabilidade civil por danos (art. 483/1 CC), a reivindicação do estabelecimento (art. 1.311 CC), a defesa da posse (art. 1.251 CC). A proibição da concorrência desleal confere igualmente proteção ao estabelecimento, ainda que apenas contra atos de concorrência (art. 311 CPI).¹³¹

Mas, qual será a base legal do direito de propriedade sobre o estabelecimento entendido como incorporalidade complexa? Sobre o estatuto jurídico-real do estabelecimento comercial, escrevia Orlando de Carvalho, que “o caso parece constituir uma lacuna legislativa, o que, dada a enorme importância do tema, não deixa de vir a ser uma situação muito anómala”.¹³²

Ora, passados cerca de 40 anos, a situação legal não se alterou. Ao lado da propriedade sobre coisas corpóreas o Código Civil reconhece a chamada propriedade intelectual sobre bens coisas incorpóreas, que se divide em dois ramos, os direitos de autor, por um lado, e a propriedade industrial, por outro (art. 48.º e 1303.º), regulados em legislação especial (CDADC, CPI e legislação avulsa). Todavia, as leis especiais da propriedade intelectual não fornecem expressamente base legal para o direito de propriedade sobre o estabelecimento, atendo o princípio da tipicidade dos direitos sobre coisas incorpóreas¹³³, sendo que as obras literárias ou artísticas, as patentes de invenção e as marcas e os logótipos não são, enquanto tais, empresas, uma vez que estas podem ser negociadas sem aquelas. O mesmo vale para a firma, já que se admite a alienação de estabelecimento não acompanhada da firma, que de resto é sinal distintivo do sujeito. Por seu turno, a concorrência desleal não confere proteção, em termos de propriedade, ao estabelecimento. Uma hipótese será considerar o saber-fazer e a titularidade do alvará, no sentido de a propriedade do estabelecimento corresponder à ‘licença’ ou autorização administrativa para exercer determinada atividade, quando exigida¹³⁴. Sem prejuízo da

¹³⁰ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 249

¹³¹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I.

¹³² ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977, n. 121.

¹³³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. II - *Direito Industrial*, Lisboa, 1994.

¹³⁴ Ver por ex. o novo regime de acesso e de exercício de diversas atividades de comércio, serviços e restauração, aprovado pelo DL 10/2015, de 16 de janeiro, separando as atividades sujeitas a mera comunicação das que carecem de autorização; v. também o regime de exercício de atividade industrial

liberdade de iniciativa económica e de empresa, este poderá ser, em última análise, um elemento essencial da empresa, especialmente relevante em setores sujeitos a autorização prévia, como sejam, por ex., a atividade bancária e seguradora e o setor da saúde e dos medicamentos.

5.3. Trespasse de estabelecimento comercial

5.3.1. Noção e conteúdo (âmbitos) do trespasse

Entre os negócios sobre o estabelecimento destacam-se o trespasse e a cessão de exploração ou locação. Diversas normas legais referem o trespasse de estabelecimento e regulam alguns dos seus aspetos (*e.g.* art. 1112 CC, art. 152/2-d CSC, arts. 100/1 e 145 CDADC). A doutrina supre a natureza fragmentária da disciplina legal elaborando modelos sobre a negociação do estabelecimento¹³⁵.

O trespasse é, fundamentalmente, um negócio *inter vivos* de alienação de estabelecimento. Abrange a compra e venda (voluntária ou judicial - art. 829 CPC), bem como a troca, a dação em cumprimento, a realização de entrada social (art. 25 CSC), e a doação (art. 100/1 CDADC). Pode ter lugar indiretamente mediante aquisição da totalidade ou da maioria do capital social da sociedade comercial que é titular da empresa, sendo a distinção “especialmente relevante, em caso de existência de desconformidades na empresa, para efeitos de aplicação do regime da compra e venda de coisas defeituosas”¹³⁶.

Em termos de validade formal, a lei não sujeita o trespasse, enquanto tal, a forma escrita. Rege por isso o princípio da liberdade de forma (art. 219 CC)¹³⁷.

A exigência de forma escrita vale para a transmissão da posição do arrendatário, a qual, em princípio, não é essencial nem obrigatória no trespasse. Exige-se escrito também para a transmissão da firma (art. 44/1-4 RRNPC), mas pode haver trespasse de estabelecimento sem transmissão destes elementos. Se o trespasse ocorrer por transmissão de participações sociais, então deve ser reduzido a escrito enquanto cessão de quotas (art. 228 CSC) ou registado na conta do adquirente enquanto transmissão de ações - valores mobiliários escriturais nas sociedades anónimas (art. 80 CMV). Sendo que a

(REAI), aprovado pelo DL 209/2008, de 29 de outubro, que distingue três tipos de estabelecimentos para efeitos de autorização prévia, mera comunicação prévia ou registo

¹³⁵ Ver ORLANDO DE CARVALHO, «Alguns aspectos da negociação do estabelecimento», *RLJ* 115 (1983); COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 309-358, e *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 297-336; NOGUEIRA SERENS, «Trespasse de Estabelecimento Comercial – Dever de não concorrência pelo trespasário», *Colectânea de Jurisprudência IV/2001*; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial Português*, p. 283-364. GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*, Coimbra, 2005.

¹³⁶ Acórdão do STJ de 26.11.2014, proc. 282/04.9TB AVR.C2.S1 (Tavares de Paiva). Sobre o tema, CALVÃO DA SILVA, «Compra e venda de empresas», *Colectânea de Jurisprudência* 1993/II; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 342-358; PINTO MONTEIRO, MOTA PINTO, «Compra e venda de empresa: a venda de participações sociais como venda de empresa (“share deal”)», *RLJ* 137/3947 (2007); ENGRÁCIA ANTUNES, «A Empresa como Objecto de Negócios - “Asset Deals” versus “Share Deals”», *ROA* 68 (2008).

¹³⁷ Neste sentido, CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial Português*, p. 319. O DL 307/07 exige forma escrita para o trespasse e para a cessão de exploração do estabelecimento farmácia (art. 18/4), mas daí não se pode retirar uma regra geral para o trespasse de todo e qualquer estabelecimento. Trata-se antes de exceção ao princípio da liberdade de forma (art. 219 CC). Com entendimento diverso e mais referências, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 299-300.

aquisição e alienação de participações sociais pelas empresas públicas do sector empresarial do Estado carece, em princípio, de autorização do ministro das Finanças e do respetivo setor de atividade, devendo o pedido ser acompanhado por um estudo demonstrativo do interesse e da viabilidade da operação e sujeito a parecer prévio, embora não vinculativo, da Unidade Técnica, sob pena de nulidade (arts. 11 e 12 RJSPE).

No exercício da liberdade contratual e dentro dos limites da lei (art. 405 CC), as partes são livres de negociar o estabelecimento nos termos que melhor sirvam os seus interesses. Não obstante, sob pena de indeterminabilidade do objeto (art. 280/1 CC), o trespasse deve ter um concreto estabelecimento por objeto a entregar pelo trespasante ao trespasário. Destaca-se, neste ponto, a doutrina dos âmbitos do estabelecimento, enquanto objeto de negócios¹³⁸.

Para começar, o *âmbito mínimo ou essencial* do trespasse integra os bens necessários ou essenciais para identificar ou exprimir a empresa objeto do negócio (por ex., o saber-fazer da empresa, abrangendo a sua informação interna). Por ex., o Código Comercial de Macau estabelece que cabe ao alienante praticar “todos os atos que, de acordo com os usos e o tipo de empresa alienada, se imponham, segundo a boa-fé, para a emissão do adquirente na mesma”, nomeadamente entregar as listas nominativas de clientes, as listas de fornecedores e financiadores e de colaboradores, disponibilizar, para consulta e cópia, a escrituração e demais correspondência relativa à empresa, pelo prazo de cinco anos, entregar os segredos de comércio e fabrico não patenteados, e apresentar o adquirente à clientela, aos fornecedores e financiadores da empresa (art. 106).

Depois, o *âmbito natural* integra os elementos que se transmitem no silêncio das partes (*ex silentio*), *i.e.* independentemente de estipulação específica. Tais bens, na ausência de estipulação em contrário, entram na esfera jurídica do trespasário (por ex., negociação do estabelecimento x localizado na rua y, sem mais descrição). Abrangem-se naturalmente os bens do trespasante que compõem o estabelecimento, tais como certos bens imateriais, como as marcas e os logótipos (arts. 256/1 e 295/2 CPI¹³⁹; todavia, sendo “sinais patronímicos” é necessária autorização do titular do nome individual ou firma que figure na marca ou no logotipo – art. 30/3) e os bens corpóreos móveis (máquinas, utensílios, mobiliário, matérias-primas e mercadorias). Quanto aos prédios e outros imóveis, parece ser necessária estipulação escrita nesse sentido, tanto mais que se exige escritura pública ou documento particular autenticado por notário (ou entidade com poderes equivalentes) para a transmissão da propriedade (art. 875 CC). E mesmo que esta formalidade seja utilizada pelas partes para o trespasse, é necessário interpretar o negócio, considerando nomeadamente o valor acordado, para saber se o imóvel é ou não abrangido pelo negócio. Ainda que celebrado mediante documento particular autenticado, um trespasse de estabelecimento sem referência mínima, ainda que

¹³⁸ ORLANDO DE CARVALHO, «Alguns aspectos da negociação do estabelecimento», *RLJ* 115 (1983); COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 301-313.

¹³⁹ Aliás, o logótipo registado é um sinal distintivo vinculado ao estabelecimento, porquanto só pode transmitir-se, a título gratuito ou oneroso, com o estabelecimento, ou parte do estabelecimento, a que esteja ligado (art. 295/2 CPI).

imperfeitamente expressa, ao imóvel em que está instalado, não será em princípio suficiente para cumprir o requisito de forma para a transmissão do imóvel (art. 238 CC).

Quanto aos bens detidos pelo trespassante a título obrigacional e outros contratos relativos ao estabelecimento, transmitem-se legalmente os contratos de trabalho (art. 285/1 CT), bem como os contratos de seguro (art. 95/5 RJCS). Em certos casos, a transmissão é permitida, mas não resulta automaticamente da lei, como sucede com a posição do arrendatário (art. 1.112 CC), do locatário financeiro (art. 11/1 DL 149/95), do editor e do produtor cinematográfico (arts. 100/1 e 145 CDADC). Nestes casos, embora a transmissão possa ocorrer independentemente de autorização de um terceiro interessado (o senhorio de prédio arrendado, o locador financeiro, o autor de obras literárias ou artísticas), devem ser determinados ou determináveis os elementos cuja transmissão é pretendida. No silêncio das partes - e salvo se outra coisa resultar do negócio segundo as regras da interpretação e da integração da declaração negocial -, o trespasse abrangerá todos os meios detidos pelo trespassante para fins do estabelecimento, ainda que tal não resulte expressamente da lei. Ao contrário do recheio na alienação de imóvel, tais bens são partes componentes do estabelecimento e não meras coisas acessórias ou pertenças (art. 210 CC). Pelo que caberá ao trespassante excluir do negócio os bens afetados ao estabelecimento que não pretenda ceder ao trespassário e na medida que o possa fazer sem descaracterizar o estabelecimento negociado. A negociação de um estabelecimento refere-se a uma concreta unidade produtiva que integra diversos elementos. Ao invés de serem coisas acessórias, os meios do estabelecimento, enquanto coisa composta ou universalidade de facto, são componentes cuja exclusão do objeto do negócio caberá ao trespassante ou cedente, dentro dos mínimos exigidos para existir um estabelecimento como objeto real do negócio.

Alguns bens não se transmitem sem autorização de terceiro, nomeadamente patentes e outros objetos de propriedade industrial que sejam objeto de licença de exploração (art. 31/8-9 CPI), bem como as máquinas, veículos e automóveis detidos a título de aluguer ou de comodato (arts. 1.059/2, 1.135-f CC); além disso, de um modo geral, a cessão da posição contratual só é permitida com o consentimento da outra parte (art. 424/1 CC).

No domínio da negociação do estabelecimento, distingue-se ainda o *âmbito convencional* para referir os bens que apenas se transmitem por mor de estipulação ou convenção entre trespassante e trespassário. Abrangem-se aqui: a firma (art. 44/1 RRNPC), o logótipo ou marca quando neles figure nome individual, firma ou denominação do titular do estabelecimento (art. 30/3 CPI). Aqui a lei parece exigir convenção expressa ad-hoc, ou seja, o trespasse só por si não valerá como consentimento para transmissão de firma ou de logótipo patronímico. Já para os créditos ligados à exploração do estabelecimento (art. 577 CC), o acordo de trespasse valerá, em princípio, como convenção tácita de cessão dos créditos, integrando, por isso, o seu âmbito natural de entrega.

5.3.2. Efeitos do trespasse (posições contratuais e obrigação de não concorrência)

No caso de trespasse de estabelecimento instalado em prédio arrendado, a cessão da posição de arrendatário ao trespassário não depende de autorização do senhorio (art.

1.112/1 CC; ver ainda arts. 1.059 e 1.038-f CC). Este regime acautela os interesses das partes (trespasante e trespasário) e o interesse geral do comércio no sentido da proteção do valor e da circulação dos estabelecimentos como unidades económicas autónomas.

A letra do art. 1.112/2 CC pode suscitar algumas dificuldades de interpretação. Todavia, sendo transferidos os bens essenciais do estabelecimento, deve concluir-se pela existência de trespasse, não obstante o teor literal das duas alíneas do art. 1.112/2 CC, as quais não estabelecem presunções absolutas (*iuris et de jure*) de inexistência de trespasse, embora também não se afigurem meros indícios de inexistência de transmissão de estabelecimento, visto não serem inócuas em sede de ónus da prova.

Com efeito, para beneficiar do art. 1.112 CC, as partes terão que provar o trespasse de estabelecimento, o qual não se presume por mera declaração das partes. O art. 1.112/2 CC prevê casos em que não há trespasse, ora por faltarem bens essenciais, ora porque as partes pretendem instalar aí estabelecimento diverso (mudança de ramo) ou afetar o imóvel a outro destino (por ex., habitação). E mesmo havendo trespasse, o senhorio pode resolver o contrato em caso de mudança ou alteração superveniente de destino do prédio (art. 1.112/5 CC). Ou seja, a transmissão da posição do arrendatário ao trespasário sem necessidade de autorização do senhorio só se justifica, enquanto exceção ao regime geral da locação, se efetivamente tiver havido trespasse e na medida em que o adquirente continue a explorar o mesmo estabelecimento no local arrendado.

Por outro lado, apesar de não depender da sua autorização, o senhorio tem direito legal de preferência em caso de trespasse por venda ou dação em cumprimento, salvo se houver convenção em contrário (art. 1.112/4 CC). Além disso, as partes devem comunicar o trespasse por escrito ao senhorio, no prazo de 15 dias (o art. 1.112/3 CC estabelece; v. tb. art. 1.038-g CC). O não cumprimento desta obrigação, que se destina a permitir ao senhorio controlar a existência efetiva de trespasse, pode acarretar a possibilidade de resolução do contrato de arrendamento, porque se trata de ato ineficaz em relação ao senhorio (arts. 1.059/2 CC, 424/2, 1083/2-e), salvo se reconheceu o novo inquilino ou se a comunicação lhe tiver sido feita por este (art. 1049 CC). Não obstante, para haver resolução é necessário que o incumprimento, pela sua gravidade e consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento (art. 1083/2 CC).

Em matéria de *dívidas*, não ocorre transmissão automática do passivo do estabelecimento por efeito de trespasse (art. 595 CC), no sentido de que é exigido acordo entre trespasante e trespasário, ratificado pelos credores, ou acordo entre o trespasário e os credores, ainda que sem consentimento do trespasante (nº 1); sendo que, o trespasante responde solidariamente com o trespasário se e enquanto os credores não o exonerarem mediante declaração expressa (nº 2).¹⁴⁰

De todo o modo, a sucessão na firma do trespasante ou a contabilização das dívidas nos livros da empresa serão índices de assunção tácita desses débitos pelo trespasário¹⁴¹,

¹⁴⁰ COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 340.

¹⁴¹ Por ex. no Brasil, estabelece o art. 1146 do Código Civil: “O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos,

sem prejuízo do regime dos vícios da vontade no negócio jurídico (e.g. erro, dolo). Uma cláusula de transmissão do estabelecimento “*com todo o seu ativo e passivo*” acarretará responsabilidade solidária das partes do trespasse enquanto o credor não exonerar expressamente o trespasante (595/2 CC). A declaração é expressa “quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade” (art. 217/1 CC), não valendo aqui o silêncio como meio declarativo (art. 217/1 e 218 CC).

De todo o modo, por força da lei, trespasante e trespasário respondem por dívidas laborais anteriores ao trespasse nos termos art. 285/6 CT: “O transmitente responde solidariamente pelos créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, bem como pelos encargos sociais correspondentes, vencidos até à data da transmissão, cessão ou reversão, durante os dois anos subsequentes a esta.” De igual modo, relativamente às dívidas à segurança social, estabelece o art. 209/2 do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei 110/2009, de 16 de setembro: “Em caso de trespasse, cessão de exploração ou de posição contratual o cessionário responde solidariamente com o cedente pelas contribuições e juros de mora em dívida à data da celebração do negócio, sendo nula qualquer cláusula em contrário”.

Um outro efeito jurídico do trespasse de estabelecimento é a *obrigação implícita de não concorrência*. Em alguns países tem previsão legal expressa. Veja-se o art. 2557 do *codice civile* italiano nos termos do qual: “*Chi aliena l’azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall’iniziare una nuova impresa che per l’oggetto, l’ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell’azienda ceduta*”. Inspirando-se na lei italiana, veja-se também o artigo 1147 do Código Civil Brasileiro e O Código Comercial de Macau, que dedica um capítulo à empresa comercial e estabelece a obrigação de não concorrência (art. 108), nos termos da qual o alienante ou locador de empresa comercial fica a obrigado, a por um período máximo de cinco anos a contar da data da alienação, a não explorar, por si, através ou por conta de terceiro, uma outra empresa comercial que, pelo objeto, localização ou quaisquer outras circunstâncias, seja idónea a desviar a clientela da empresa transmitida (nº 1), salvo se já a exercesse à data da alienação (nº 4); abrange não apenas o alienante mas também o sócio dominante quando transmita a sua participação social e aqueles que, por força das suas relações pessoais com o alienante, possam desviar a clientela da empresa transmitida (nº 2 e 3). Os pactos de não concorrência não podem inviabilizar a transmissão da empresa nem impedir o alienante de exercer qualquer atividade profissional, empresarial ou não, cessando automaticamente com o encerramento e liquidação da empresa (nº 5 a 7). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a locação de empresa (art. 123), sendo que neste contrato o locatário não pelo prazo da locação, por si, através ou por conta de terceiro, explorar empresa idêntica à que constitui objeto da locação, salvo se à data da locação já a explorava com conhecimento do locador (art. 120/1-2).

da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.” Para um caso relativo a transmissão de dívidas por efeito do trespasse, ver o acórdão do STJ de 20.03.2014, proc. 278/09.4TVPRT.P1.S1.

Defendida entre nós na doutrina, e consagrada pela jurisprudência¹⁴², a obrigação (implícita) de não concorrência impõe ao trespassante um dever limitado de não fazer (*non facere*), i.e. não iniciar atividade económica concorrente (i.e. semelhante ou sucedânea) à do estabelecimento alienado, diretamente ou por interposta pessoa, no seu ‘espaço vital’ e pelo período necessário à consolidação do seu domínio por um trespassário que atue com razoável diligência, sob pena de o não cumprimento da obrigação de receber o estabelecimento lhe ser imputável nos termos gerais¹⁴³.

Os limites materiais, espaciais e temporais à obrigação de não concorrência visam salvaguardar a liberdade de iniciativa económica e de empresa do trespassante e de outros sujeitos abrangidos, nomeadamente sua família próxima e outras pessoas que com ele colaborem na exploração do estabelecimento e que, por terem conhecimentos relevantes sobre o negócio (relações especiais com clientes e fornecedores, saber-fazer, etc.), estejam em condições privilegiadas de concorrer com o estabelecimento trespassado. É o que sucede, por ex. com a constituição de sociedade ou entrada como sócio maioritário ou gerente de empresa alheia. Com efeito, a obrigação de não concorrência aplica-se igualmente quando o trespasso se efetua mediante alienação de participações sociais em que se opera a transmissão indireta da empresa relativamente aos sócios dominantes. No acórdão Remia, de 11.07.1985, o Tribunal de Justiça da União Europeia, aplicando a teoria das restrições acessórias, decidiu que a obrigação de não concorrência prevista num contrato de cessão da totalidade das partes sociais exclui-se do âmbito de aplicação do art. 81/1 TCE (agora art. 101 TFUE) quando for necessária à transmissão efetiva da empresa (dos seus elementos incorpóreos, nomeadamente) e o prazo e campo de aplicação fixados se limitem ao exigido por esse objetivo (transmissão da empresa).

O STJ, no acórdão de 18 de dezembro de 2007, proc. nº 07B4507 (Custódio Montes), pronunciou-se no sentido da violação de obrigação de não concorrência por ex-sócio-gerente explicitamente assumida em cessão de quota, considerando que “Os sócios de uma sociedade, vinculados à obrigação de não concorrência, não podem, caso constituam uma outra sociedade concorrente, ser considerados terceiros para não poderem ser responsabilizados pelos actos de concorrência dessa nova sociedade. / Os responsáveis pelo pagamento de indemnização por incumprimento da obrigação de não concorrência assumida pelos sócios de uma sociedade posteriormente constituída, são os referidos sócios e não a sociedade em si.”

A obrigação de não concorrência encontra o seu fundamento na boa-fé, enquanto princípio normativo gerador de deveres de lealdade e honestidade no tráfego mercantil. No campo do direito industrial, está igualmente subjacente à proibição da concorrência desleal (art. 311 CPI). A doutrina e a jurisprudência fundamentam a obrigação de não concorrência ainda no dever de o alienante entregar a coisa alienada e de assegurar o gozo pacífico dela

¹⁴² Ver, por ex., acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de novembro de 1996, proc. 96B453, de 13 de março de 2007, proc. 06A4523, e de 26 de junho de 2007, proc. 07A1274, <www.dgsi.pt>

¹⁴³ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, p. 234-6. É uma obrigação relativamente supletiva, já que pode ser afastada por acordo das partes, embora o seu afastamento completo possa indiciar a inexistência de trespasso.

(art. 879-b CC¹⁴⁴), com destaque para a organização interna da empresa e as relações com financiadores, fornecedores e clientes, incluindo segredos comerciais ou industriais. É, aliás, por isso que os gerentes e administradores de sociedades comerciais estão naturalmente sujeitos a uma obrigação de não concorrência, de modo a não desviarem nomeadamente oportunidades (ou chances) de negócio da empresa em benefício próprio ou de terceiros, ou simplesmente em prejuízo da sociedade representada (ver art. 253 CCom, arts. 254, 398 CSC). O mesmo vale, em princípio, para colaboradores da empresa, nomeadamente agentes¹⁴⁵, e entre os deveres do trabalhador, estabelece o CT o de “Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios” (art. 128/1-f).

Como meios de reação contra a violação da obrigação de não concorrência dispõe o trespassário dos direitos previstos nas normas relativas ao não cumprimento das obrigações previstos no Código Civil, como sejam exigir indemnização por perdas e danos (art. 798), resolver o contrato de trespasse (art. 801/2), intentar ação de cumprimento (art. 817) e requerer sanção pecuniária compulsória (art. 829-A), ou exigir que o novo estabelecimento do obrigado seja encerrado (art. 829/1).¹⁴⁶

5.4. Cessão de exploração de estabelecimento (noção, requisitos e efeitos)

A cessão de exploração, prevista nomeadamente no art. 1.109 CC, consiste na transmissão temporária de um estabelecimento. Em princípio é onerosa (locação) mas também pode ser gratuita¹⁴⁷ (comodato). O Código das Empresas Comerciais de Cabo-Verde utiliza a denominação “cessão de exploração do estabelecimento comercial” para o contrato de locação do estabelecimento comercial, com a transferência, temporária e mediante retribuição, para o cessionário da sua exploração (art. 14). Antes do NRAU, a aplicação analógica do privilégio do trespasse à cessão gratuita era defensável. Agora a lei do arrendamento fala apenas na cessão a título oneroso, i.e., a locação de estabelecimento.

Todavia, em bom rigor, o art. 1109 CC não regula propriamente a cessão de exploração, mas apenas a transferência temporária e onerosa do gozo de um prédio ou de parte dele em

¹⁴⁴ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 314-315. Neste sentido veja-se por ex. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de março de 2007, proc. 06A4523 (Nuno Cameira): “O fundamento jurídico da obrigação de não concorrência encontra-se na norma do art.º 879, b), conjugada com o princípio fundamental da boa-fé fixado no art.º 762, n. 2, ambos do Código Civil”. Note-se que segundo o regime da compra e venda, uma vez transmitida a propriedade do estabelecimento, e feita a sua entrega, o trespassante não pode resolver o contrato por falta de pagamento do preço, salvo convenção em contrário (art. 886 CC)

¹⁴⁵ Sobre a obrigação de não concorrência que impende sobre o agente durante o contrato, ou seja, “enquanto o contrato de mantiver, o agente não pode exercer actividades em concorrência com as do principal”, PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência (Anotação)*, p. 91.

¹⁴⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 319.

¹⁴⁷ Sobre a qualificação da cessão de exploração de estabelecimento como contrato de locação ou antes como contrato atípico, ver os pareceres de FERRER CORREIA, «Contrato de Locação de Estabelecimento, Contrato de Arrendamento de Prédio Rústico para Fins Comerciais (Parecer)», LOBO XAVIER, «Locação de estabelecimento comercial e arrendamento», ANTUNES VARELA, «Cessão da Exploração do Estabelecimento Comercial em Formação», e OLIVEIRA ASCENSÃO e MENEZES CORDEIRO, «Cessão de Exploração de Estabelecimento Comercial. Arrendamento e Nulidade Formal», in *ROA* 47/III (1987).

conjunto com a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado. O art. 1.109/2 CC dirige-se diretamente à cessão de exploração do estabelecimento instalado em prédio arrendado, consagrando a doutrina que defendia a desnecessidade de autorização do senhorio (por argumento *a fortiori* ou maioria de razão com o trespasse do arrendamento antes previsto no art. 115 do RAU). De todo o modo, a transferência temporária e onerosa do estabelecimento não carece de consentimento do senhorio, apenas a utilização do prédio pelo cessionário poderia estar sujeita a essa autorização. O que a lei não diz nessa norma, embora resulte do art. 1.112 CC por remissão do art. 1.109/1 CC. Donde decorre que a obrigação de comunicação ao senhorio, cujo prazo é agora de 30 dias, só faz sentido se as partes pretenderem continuar a explorar o estabelecimento nesse prédio¹⁴⁸. O arrendatário-locador do estabelecimento deve comunicar ao senhorio a cedência do gozo do prédio, sob pena de o senhorio poder resolver o contrato de arrendamento (salvo o disposto no art. 1049), nos termos do art. 1.083/2-e CC, i.e., na medida em que a falta de comunicação, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento. A *ratio legis* desta obrigação legal radica no legítimo interesse do locador do prédio em averiguar a existência ou não da locação de estabelecimento, pois só quando exista se lhe impõe a cedência do gozo ao locatário do estabelecimento.¹⁴⁹

Tendo em conta a noção de locação do Código Civil (art. 1.022) e a caracterização de locação de estabelecimento prevista no art. 1.109 CC, pode definir-se a locação de estabelecimento como o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de um estabelecimento, mediante retribuição. Trata-se de contrato doutrinário e legalmente típico¹⁵⁰, que a jurisprudência tinha por atípico¹⁵¹. De todo o modo, não se deve confundir a locação do estabelecimento com o arrendamento comercial: “*haverá arrendamento comercial se o titular do local se limitar a pôr à disposição do locatário o gozo e fruição da instalação, ou seja, uma configuração física apta ao exercício da atividade mercantil visada; e já haverá cessão de exploração se o prédio já se encontrar provido dos meios materiais indispensáveis à sua utilização como empresa, designadamente móveis, máquinas, utensílios que tornem viável, mediante a simples colocação de mercadoria, o arranque da exploração comercial mas não será indispensável que o estabelecimento já antes estivesse em exploração*”¹⁵².

O arrendamento para fins não habitacionais rege-se, em matéria de duração, denúncia e oposição à renovação, pelas convenções das partes e, no silêncio das partes, pelas regras do arrendamento para habitação (art. 1.110/1 CC). Assim, por ex., a duração do arrendamento é livremente convencionada pelas partes, valendo supletivamente o prazo máximo de 5 anos (art. 1.110/2 CC). Mas tal não impede que a locação do estabelecimento dure mais do

¹⁴⁸ CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 358 (considerando a formulação da lei “pouco feliz”).

¹⁴⁹ Ver o nosso «Da Resolução de Arrendamento Comercial (Parecer)», *Colectânea de Jurisprudência* VI/II (1998).

¹⁵⁰ Ver epígrafe do 1.109 CC depois do NRAU de 2006 e já antes art. 1.682-A/1-b CC, art. 246/2-c CSC. O CIRS, art. 3/2-e), designa-o por cessão temporária de exploração, embora esta possa ser gratuita ou onerosa.

¹⁵¹ Ver acórdãos do STJ de 6 de maio de 1998, de 13 de julho de 2004 e de 24 de outubro de 2006.

¹⁵² Acórdão do STJ de 19 de abril de 2012, proc. 5527/04.2TBLRA.C1.S1 (Granja da Fonseca)

que o arrendamento. O art. 1.110 CC regula o arrendamento para fins não habitacionais, e não a cessão de exploração do estabelecimento. O regime da locação de estabelecimento deve buscar-se nas regras da locação e não no regime dos arrendamentos para fins não habitacionais. O estabelecimento não se reduz ao prédio em que está instalado. Assim, por ex., o art. 1096/1 CC sobre renovação automática aplica-se ao arrendamento comercial, mas não à locação de estabelecimento. Para esta, os prazos serão os previstos no art. 1055 CC.

A lei exige forma escrita para a transmissão da posição do arrendatário, já não para o trespasse (art. 1.112/3 CC). De igual modo, a cessão de exploração, enquanto tal, também não tem que revestir forma escrita, sendo por isso válida por mero acordo verbal.

Quanto ao âmbito de entrega e ao destino do imóvel (art. 1.112/2-5 CC), vale *mutatis mutandis* o regime do trespasse. Caso se verifiquem as referidas condições, há arrendamento de imóvel próprio ou, se for alheio, subarrendamento, que será lícito sem autorização do senhorio (arts. 1.038-f, 1.049, 1.083/2-e, e 1.109/2 CC). Tal como no trespasse devem ser observados os chamados âmbitos de entrega: (1) o *âmbito mínimo* ou *essencial*, incluindo os elementos necessários ou essenciais para a identificação da empresa objeto do negócio, tais como licenças administrativas e situações de facto com valor económico elementos da empresa (nomeadamente o saber fazer); (2) o *âmbito natural*, nos termos do qual, salvo quando outra coisa resulte da lei ou do contrato, a disponibilidade dos bens afetos ao estabelecimento transfere-se naturalmente para o locatário, quais sejam, designadamente, a generalidade dos bens do locador que integram o estabelecimento (por ex., prédios, máquinas, ferramentas, mobiliário, matérias-primas, mercadorias); a lei prevê também a transmissão da posição do empregador (art. 285/1 CT¹⁵³) e do logótipo (arts. 295/2 CPI), e permite a cessão do gozo do prédio onde se encontra instalado o estabelecimento sem autorização do senhorio (art. 1.109/2 CC), o mesmo valendo para bens detidos a título de locação financeira (art. 11 DL 149/95).

Na ausência de permissão legal, é necessária autorização de terceiros relativamente às coisas que o locador do estabelecimento detém a título de locatário ou comodatário (arts. 1.038-f e 1.135-f CC) e bem assim quanto aos objetos de propriedade industrial de que o locador tenha apenas uma licença de exploração (art. 30/8-9 CPI). De todo o modo, a solução deve ser semelhante ao trespasse, pelo que, no silêncio das partes e salvo se outra coisa resultar do negócio segundo as regras da interpretação e da integração dos negócios jurídicos, a cessão de exploração abrangerá todos os meios detidos pelo cedente para fins do estabelecimento, ainda que tal não resulte expressamente da lei e sem prejuízo das situações em que a cessão temporária depende de autorização de terceiros.¹⁵⁴ Fora isso, caberá ao cedente excluir do negócio os bens afetos ao estabelecimento que não pretenda ceder ao trespasário, sem prejuízo de poder ser exigida convenção expressa para a inclusão do elemento, como sucede relativamente à firma (art. 44/1 RRNPC).

¹⁵³ Ver por ex. o acórdão do STJ de 28 de setembro de 2017, proc. n.º 1335/13.8TTTCBR.C1.S1 (Chambel Mourisco): “A sucessão na concessão de exploração de refeitório em Centro Educativo enquadra-se no conceito amplo de transmissão de empresa ou estabelecimento, conforme estipulado na cláusula 127.^a do Contrato Coletivo de Trabalho aplicável”.

¹⁵⁴ Por ex. as licenças de utilização de programas de computador protegidos pelos direitos de autor que não tenham sido objeto de compra e venda.

A propriedade dos meios de capital (imóveis, equipamentos, etc.) permanece com o locador, não se transmitindo ao locatário. O locatário detém o estabelecimento e atua em nome próprio e por conta própria. A cessão de exploração não é um contrato de gestão, nem o locatário mero gerente ou administrador de estabelecimento. Ele adquire um direito pessoal de gozo sobre o estabelecimento em virtude da locação, incluindo um poder de disposição sobre os bens consumíveis (e.g. mercadorias e matérias primas). Em geral, se a cessão de exploração estabelece um valor pela transmissão das existências (ou preço de entrada) e rendas pela exploração do estabelecimento, a partes terão querido em princípio transmitir a propriedade das existências (mercadorias em estoque, consumíveis, etc). Quando se conclua pela não transmissão dessas existências, o locatário poderá ainda assim atuar como comissário do locador. De todo o modo, no essencial, os poderes do locatário aferem-se pelas regras da locação, sem prejuízo do poder-dever de exploração do estabelecimento¹⁵⁵ (arts. 1038, 1043/1, 1047 CC). A este respeito, parece-nos pertinente a analogia com o regime da concessão de exploração de obra ou serviço público previsto no art. 419 CCP.

À semelhança do trespasse, também a cessão de exploração é fonte de uma *obrigação implícita de não concorrência*, mas que recai sobre as duas partes do negócio. Na vigência do contrato, assim como o locador não deve iniciar atividade igual ou semelhante à exercida através do estabelecimento locado, pois está obrigado a assegurar o gozo da coisa (arts. 1.031-b, 1.037/1 CC), também o locatário não deve iniciar o exercício de uma atividade concorrente com a exercida através da empresa locada e no espaço delimitado pelo raio de ação desta sem o consentimento do locador, uma vez que tal comportamento é suscetível de diminuir o valor do estabelecimento locado pelo potencial de desvio de clientela que encerra.

Uma vez terminado o contrato, o locatário não pode concorrer livremente com o locador. Nos contratos de trabalho exige-se cláusula escrita de não concorrência após a cessação do contrato: o art. 136 do Código do Trabalho estabelece que os pactos de não concorrência são admitidos pelo período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, ou até três anos tratando-se de trabalhador afeto ao exercício de atividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência. Além disso, o pacto de não concorrência deve constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste (a), referir-se a atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador (b) e atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional (c). Esta compensação é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato (deduzidas as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra atividade profissional) em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador

¹⁵⁵ O *poder-dever* de exploração do estabelecimento não tem que ser objeto de acordo específico, já que é um efeito típico da cessão de exploração. Por isso a transmissão da propriedade dos referidos bens não dependerá desse específico acordo. Cf., porém, CASSIANO SANTOS, *Direito Comercial Português*, p. 361.

com fundamento em ato ilícito do empregador, sob pena de a cláusula de não concorrência não produzir efeitos.¹⁵⁶

Em termos próximos, no contrato de agência, a obrigação de não concorrência deve ser acordada por escrito e significa que o agente se compromete a não exercer, após a cessação do contrato, atividades que estejam em concorrência com as da outra parte (art. 9/1); pese embora limitar liberdade económica do agente, é lícita se não tiver duração superior a dois anos e se se circunscrever à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente (DL 178/86, art. 9). Este regime será aplicável, por analogia, aos contratos de distribuição legalmente atípicos, nomeadamente a concessão comercial e a franquia. Durante a vigência do contrato, será aplicável ao agente a proibição (dispositiva) de concorrência prevista no art. 253 do Código Comercial para o gerente de comércio. Sendo que a compensação pela obrigação de não concorrência após a cessação do contrato deve ser tida em conta na atribuição da indemnização de clientela¹⁵⁷

Todavia, o locatário não é trabalhador nem agente do locador, entendendo-se que, por maioria de razão, na falta de convenção expressa a obrigação de não concorrência no *trespasse* vale, *mutatis mutandis* para a locação de estabelecimento. O locatário deve restituir o estabelecimento (art. 1043 CC). E responderá por frutos na posse de má-fé (art. 1271 CC). Tal como, se tiver aumentado o valor do estabelecimento, terá direito a indemnização de despesas e levantamento de benfeitorias (arts. 1046, 1.273-1275 CC).

¹⁵⁶ Sobre o direito laboral ver e.g. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6. ed., Coimbra, 2013; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 3. ed., Coimbra, 2012; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 4. ed., Coimbra, 2014; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 16. ed. Coimbra, 2012.

¹⁵⁷ Ver o acórdão do STJ de 18 de junho de 2014, proc. 2709/08.1TVLSB.L1.S1, e o nosso «Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição: resenha de jurisprudência recente do STJ», *Boletim de Ciências Económicas* 57/3 (2014).

PARTE III - SOCIEDADES COMERCIAIS E EMPRESAS PÚBLICAS SOCIETÁRIAS

1. Considerações preliminares: a sociedade anônima (SA) como “protótipo” da empresa pública societária.

As empresas públicas podem assumir a forma de sociedade de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial, ou a forma de entidade pública empresarial (arts. 5 e 13/1 RJSPE).

As entidades públicas empresariais (EPE) são pessoas coletivas de direito público com natureza empresarial criadas pelo Estado para a prossecução dos seus fins.¹⁵⁸ As EPE são criadas por Decreto-Lei, o qual também aprova os respetivos estatutos. A firma deve conter a expressão “entidade pública empresarial” ou as iniciais “EPE”. A criação de EPE depende de autorização do Ministro das Finanças e do ministro setorial, e está sujeita a parecer prévio da Unidade Técnica (art. 57/1-3 RJSPE).

As EPE têm autonomia administrativa, financeira e patrimonial, e não estão sujeitas às normas da contabilidade pública.¹⁵⁹ Estão sujeitas ao registo comercial e a sua capacidade jurídica abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes para a prossecução do seu objeto (art. 58/2 RJSPE), enquanto a capacidade das sociedades é delimitada pelo seu fim (art. 980 do Código Civil e art. 6/1 do Código das Sociedades Comerciais, doravante CSC)¹⁶⁰.

As EPE têm o chamado capital estatutário que é detido pelo Estado e visa satisfazer as necessidades permanentes da empresa, podendo ser aumentado ou reduzido nos termos dos respetivos Estatutos. A remuneração do capital rege-se pelas normas do CSC sobre distribuição dos lucros no exercício das sociedades anónimas (art. 59 RJSPE), incluindo ao que parece a constituição de reservas (arts. 218 e 295 CSC). O figurino das sociedades anónimas rege igualmente no que respeita às modalidades e às designações a adotar para a administração e a fiscalização de EPE. O mesmo vale para as competências com as ressalvas do RJSPE.¹⁶¹

Vemos, assim, que as empresas públicas também podem ser sociedades comerciais. Mas, em que consistem as sociedades comerciais? E O que são sociedades comerciais de responsabilidade limitada? As respostas a estas perguntas encontram-se no direito das sociedades comerciais.

¹⁵⁸ Ver, em especial, as incumbências prioritárias do Estado previstas no art. 81 da CRP.

¹⁵⁹ Sistema de normalização contabilística para administrações públicas (SCN-AP).

¹⁶⁰ Ao contrário das sociedades comerciais privadas, as sociedades de capitais (exclusiva ou maioritariamente) públicos não têm primordialmente fins lucrativos, não sendo por isso o escopo lucrativo elemento essencial da noção de empresa, conforme COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 121, e *Curso de direito comercial*, vol. I, 281-2 (com mais indicações); ver tb. BERNARDO AZEVEDO, *Empresas públicas e contratação pública*, p. 67.

¹⁶¹ As EPE da saúde regem-se por diploma próprio, o DL 233/2005, de 29 de dezembro, revogado pelo DL 18/2017, de 10 de fevereiro, exceto algumas normas.

2. Noção e elementos de sociedade comercial¹⁶²

De um modo geral, as sociedades são entidades subjetivas fundadas em negócio jurídico ou ato legislativo (mormente DL). As sociedades comerciais são previstas e reguladas pelo código das sociedades comerciais (CSC). São comerciais as sociedades que tiverem por objeto a prática de atos de comércio e adotarem um dos tipos legais de sociedade comercial (art. 1/2 CSC). Para ser comercial, é suficiente que a sociedade tenha por objeto (ainda que não exclusivamente) a prática de atos de comércio, sendo então obrigatória a forma comercial, sob cominação de consequências legais (arts. 9/1-b/c, 36/2 CSC). O Código Civil disciplina as sociedades civis simples (art. 980 e seg.), i.e., as sociedades que têm por objeto atividades não comerciais. Todavia, salvo disposição em contrário¹⁶³, as sociedades civis podem adotar forma comercial e, enquanto sociedades civis de tipo comercial, ficam sujeitas ao CSC (art. 1/4 CSC).

Se a qualificação mercantil do objeto da sociedade é dada pela lei comercial, máxime pelo Código Comercial, já a noção genérica de sociedade é fornecida pela lei civil. As sociedades são empresas em sentido subjetivo, i.e., são sujeitos de direitos e de obrigações. Mas nem sempre as sociedades têm ou exploram estabelecimentos, i.e., empresas em sentido objetivo, tais como fábricas, lojas, *snack-bars*. Além disso, a sociedade pode existir sem empresa (por ex., uma sociedade de profissionais liberais que não disponha de uma estrutura produtiva autónoma dos sujeitos), antes da empresa (a sociedade constituída para estabelecer uma empresa) ou só depois dela (a sociedade constituída para explorar uma empresa já existente). O património da sociedade também não se reduz necessariamente à empresa nem aos meios que a compõem, e a sociedade pode alienar a empresa tal como a empresa pode ser extinta antes da sociedade e vice-versa (por ex., a sociedade é liquidada e a empresa sobrevive na titularidade do seu adquirente em processo de insolvência).¹⁶⁴ Mas vejamos então o que se entende por sociedade.

Nos termos da noção de contrato de sociedade prevista no art. 980 do Código Civil, “*contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa atividade*”. Por seu turno, arrancando da noção de contrato de sociedade enquanto base dos elementos típicos de sociedade, LOBO XAVIER definia-a como “*o agrupamento voluntário de pessoas (os sócios), que, mediante o fundo patrimonial que constituem, se propõem exercer em comum uma actividade económica que não se reduz à mera fruição de bens, a fim de obterem um lucro a repartir entre todos, sujeitando-se todos, do mesmo passo, às perdas que para si possam derivar de tal actividade*”¹⁶⁵.

¹⁶² COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II. *Das Sociedades*, 6.ª ed., Coimbra, 2019, p. 22-38.

¹⁶³ Em certos casos a lei veda a opção pela forma comercial (sociedades de advogados: DL 229/04) ou limita a escolha a certos tipos (por ex., sociedades por quotas para as sociedades de agricultura em grupo etc. – DL 336/98). Algumas sociedades civis têm que adotar um dos tipos comerciais (como as sociedades gestoras de empresas – DL 82/98). As sociedades de profissionais podem adotar qualquer tipo comercial, mas em princípio não podem admitir como sócios sujeitos que não tenham a cédula profissional emitida pela correspondente Ordem (ver e. g. L 15/05, DL 176/98), tal como diz a lei das sociedades de advogados (DL 229/04, arts. 1/2 e 5/1; para as sociedades de ROC, DL 487/99, arts. 96 e 97).

¹⁶⁴ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 38-40.

¹⁶⁵ LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais*, p. 27.

A noção de contrato de sociedade contém os seguintes elementos típicos das sociedades:

Elemento pessoal (agrupamento de sócios). Tradicionalmente as sociedades são criadas por duas ou mais pessoas, sendo por isso concebida normalmente como um contrato ou negócio jurídico bilateral (art. 980 CC e art. 7 CSC). Todavia, a sociedade também pode ser criada por negócio jurídico unilateral (ou até por ato legislativo), gerando uma sociedade unipessoal (art. 7/2 CSC). Com efeito, o direito societário admite as sociedades tanto superveniente como originariamente unipessoais, *i.e.*, com um único sócio (arts. 1.007-d CC; arts. 142/1-a, 270-A, 464, 488 CSC). A sociedade unipessoal é “aquela em que uma só pessoa é titular do conjunto das participações sociais”¹⁶⁶. É o que sucede justamente nas sociedades de capitais exclusivamente públicos.

Fundo ou substrato patrimonial. O património da sociedade corresponde inicialmente às entradas dos sócios, *rectius* aos direitos correspondentes às suas obrigações de entrada (arts. 980, 983/1 CC; art. 20-a CSC). Ao longo da vida da sociedade, o património social é dinâmico, variando em função aquisição de bens e da assunção de responsabilidades na vida do tráfego jurídico. Enquanto património autónomo afeto ao exercício de atividade económica, o fundo patrimonial da sociedade só responde pelas suas dívidas, já não pelas dívidas pessoais dos sócios.

O *objeto social* deve ser uma atividade económica de não mera fruição. Se a atividade for legalmente qualificada como comercial, então a sociedade será comercial e deverá adotar um dos tipos societários previstos e regulados no CSC (art. 1/3 CSC). Por atividade económica entende-se a produção ou transformação de bens ou a prestação de serviços com utilização de recursos para a satisfação de necessidades¹⁶⁷. Fora da economia ficam as atividades puramente políticas, culturais ou religiosas. Atividade implica uma série de atos, pelo que serão de excluir as “sociedades” para atos ocasionais ou episódicos, como por ex. grupos de apostas no Euromilhões. Também não pode ser atividade de mera fruição - por ex., cessão de exploração de estabelecimento recebido em herança -, e deve ser exercida em comum (*affectio societatis*), embora os sócios não tenham que participar ativamente na gestão da sociedade. A atividade é exercida em nome e por conta da sociedade, enquanto entidade subjetiva autónoma.

¹⁶⁶ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, p. 146. Sobre estas sociedades, FERRER CORREIA, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Coimbra, 1948; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 114-136; PINTO MONTEIRO, PEDRO MAIA, «Sociedades anónimas unipessoais e reforma de 2006», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra, 2011; CASSIANO DOS SANTOS, *A sociedade unipessoal por quotas*, Coimbra, 2009; RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português (Contributo para o estudo do seu regime jurídico)*, Coimbra, 2002.

¹⁶⁷ A cada atividade económica corresponde, para efeitos fiscais, um CAE. Veja-se a Tabela de atividades do artigo 151.º do CIRS (Anexo I). O Regime de Exercício da Atividade Industrial (DL 209/08) e o regime de acesso e de exercício de diversas atividades de comércio, serviços e restauração (DL 10/15) preveem listas de atividades económicas.

Nas empresas públicas, o objeto social é a atividade econômica estabelecida no respetivo ato constitutivo “e cuja prossecução e desenvolvimento lhes foi confiada” (art. 6 RJSPE). A atividade econômica será comercial ou não nos termos da lei mercantil.

As sociedades têm *fim ou escopo lucrativo*. Através das sociedades, os sócios visam a obtenção de lucros (lucro objetivo) e a sua repartição entre eles (lucro subjetivo). De um modo geral, lucro significa rendimento em termos de incremento património da sociedade. Distingue-se, por isso, das meras vantagens económicas eventualmente geradas por entidades associativas ou cooperativas. Ao contrário dos sócios, os associados participam nas atividades associativas não para obterem lucros, mas para beneficiarem das vantagens da qualidade de associado (e. g. descontos e isenções para associados de um clube de ténis). Pelo escopo lucrativo as sociedades distinguem-se das associações e das fundações¹⁶⁸ (arts. 157, 195 CC), bem como das cooperativas e dos ACE, embora estas entidades possam exercer atividades económicas e até gerar lucros.

Enquanto sociedades, as empresas públicas societárias terão, em princípio, fim lucrativo, mesmo quando sejam encarregadas de serviços de interesse económico geral. Na medida em que o escopo lucrativo da empresa pública societária não seja afastado pela lei ou pelos seus estatutos, será relevante para aferir a capacidade jurídica da empresa para a prática de atos e conseqüentemente a sua validade. Neste ponto, enquanto sociedades comerciais, as empresas públicas societárias contrastam com as entidades públicas empresariais (EPE), cuja capacidade jurídica “abrange todos os direitos e obrigações necessários e convenientes à prossecução do seu objeto” (art. 58/2 RJSPE) e não do seu fim (art. 6/1 CSC).

Finalmente, identificamos ainda um elemento de *risco* no contrato de sociedade. Os sócios sujeitam-se a perdas, sendo proibido o pacto leonino (art. 994 CC e art. 22/3 CSC). Pelo que a constituição de sociedade tem uma dimensão aleatória. Os sócios correm o risco de perder a sua entrada, para além de outras obrigações que tenham assumido perante a sociedade ou que resultem da lei (por ex., responsabilidade pelas entradas de todos os sócios nas sociedades por quotas). De igual modo, o Estado, enquanto acionista de sociedades comerciais, corre o risco de perder o seu investimento, ficando sujeito a perdas. Aliás, embora sejam também “empresas públicas”, as sociedades comerciais de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos não foram excluídas dos sujeitos passíveis de declaração de insolvência, ao contrário das entidades públicas empresariais (art. 2/2-a CIRE).

¹⁶⁸ Ver o art. 6 da Lei-Quadro das Fundações, aprovada pela Lei 24/12, de 9 de julho. Por fundação entende-se “uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social”, traduzido “no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios, designadamente” assistência a pessoas com deficiência, a refugiados e emigrantes, a promoção das artes, de ações de apoio humanitário, do desporto ou do bem-estar físico, etc. (art. 3/1-2).

2.1 Figuras próximas das sociedades comerciais (cooperativas, ACE, consórcios, associação em participação)

O RJSPE estabelece que as empresas públicas podem ser EPE ou sociedades comerciais de responsabilidade limitada, mas não impede que o Estado ou qualquer outra entidade administrativa ou empresarial pública crie, constitua ou detenha outras “organizações empresariais, “independentemente da forma jurídica que assumam” (art. 3). Pense-se, por ex., em cooperativas ou ACE, mas também em associações ou fundações com “natureza empresarial”.

Relativamente às *cooperativas*, o Código Comercial designava-as “sociedades cooperativas”. O 1º Código Cooperativo é de 1980. Rege atualmente o Código Cooperativo aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, que estabelece que as cooperativas não prosseguem fins lucrativos. Nos termos do art. 2/1: “As cooperativas são pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, *sem fins lucrativos*, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles.” (*itálico nosso*). Sendo que: “Afirmar que as cooperativas [...] não têm fins lucrativos não é conceitualismo; é respeitar o rigor dos conceitos. Tal como os diplomas disciplinadores dos ACE e dos AEIE”.¹⁶⁹

O Regulamento (CE) n.º 1435/2003, de 22 de julho, que estabelece o estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), parece conceber a cooperativa como um tipo societário especial – as sociedades cooperativas – como aliás antes fizera o nosso Código Comercial, embora o Regulamento pareça respeitar a diversidade de tradições dos Estados-Membros ao invés de impor a conceitualização das cooperativas como sociedades. Por outro lado, o Código Cooperativo já prevê a limitação da responsabilidade do cooperante ao montante do capital subscrito (art. 23), pelo que o fim da lei que é impedir que o Estado fique exposto a responsabilidade ilimitada por dívidas da empresa pública poderá ser alcançado também nas cooperativas.

Por seu turno, os Agrupamentos Complementares de Empresas (A.C.E.) não podem ter por fim principal a realização e partilha de lucros (base II, 1, Lei 4/73 e arts. 15 e 16/1-b DL 430/73). São apenas instrumentos que servem para os agrupados realizarem economias ou conseguirem diretamente vantagens económicas. De igual modo, o Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE) não tem por objetivo “realizar lucros para si próprio” (art. 3 Reg. (CEE) 2137/85).

Quantos aos consórcios, estão previstos e regulados pelo DL 231/81. Ao contrário das sociedades, o consórcio não origina uma nova entidade subjetiva, não existe um fundo patrimonial comum nem uma atividade comum das partes, mas apenas concertação de atividades. Segundo o STJ, “O que fundamentalmente distingue o consórcio – que é

¹⁶⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol II, p. 45. As entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos (e.g. SPA, GDA), continuam a constituir-se obrigatoriamente como associações ou cooperativas privadas com personalidade jurídica e fins não lucrativos (Lei 26/15, de 14 de abril, art. 5/2).

tributário da figura das “joint ventures” que tiveram o seu advento na segunda metade do século passado – do contrato de sociedade é que, naquele, cada um dos consorciados continua a exercer uma atividade própria, posto que concertada com os outros membros a que está associado”¹⁷⁰. Distingue-se o consórcio interno do consórcio externo (art. 5), sendo permitida nos primeiros a participação nos lucros/perdas do consorciado que estabelece relações com terceiros.

O mesmo vale para a associação em participação também prevista e regulada pelo DL 231/81 (antes nos arts. 224-229 do CCom). Trata-se de um acordo mediante o qual o associante exerce em nome e por conta própria certa atividade económica, sujeitando-se, todavia, a limitações na condução da empresa (art. 26). Conhecida como sociedade *secreta* ou silenciosa, não é verdadeiramente sociedade no direito português, uma vez que não dá origem a uma entidade subjetiva autónoma, nem ao exercício em comum de certa atividade económica, ingressando as contribuições dos associados no património do associante. É um instrumento de financiamento típico dos – assim denominados na prática comercial – “*business angels*” (ou *sócios ocultos*), que injetam capital em empresas, mas não ficam necessariamente sujeitos à proibição dos pactos leoninos. Ora, salvo disposição legal em contrário, não vemos impedimento a que o Estado participe em contratos de associação em participação, quer como associante, quer como associado.

As empresas públicas podem ser sociedades comerciais de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial (art. 5 e o art. 13/1 RJSP). A responsabilidade limitada não é uma característica geral das sociedades comerciais, já que só é permitida em certos tipos de sociedades comerciais

2.2. Tipos legais (e doutrinários) de sociedades comerciais

Na lei comercial rege o princípio da tipicidade fechada das sociedades comerciais¹⁷¹, por razões de segurança jurídica e proteção dos interesses de sócios e de terceiros. As sociedades comerciais têm que adotar um dos tipos previstos na lei. O CSC prevê quatro tipos de sociedades comerciais: as sociedades em nome coletivo, as sociedades por quotas, as sociedades anónimas e as sociedades em comandita (simples ou por ações).¹⁷²

As sociedades comerciais não podem ser atípicas, nem mistas (por ex., sociedades anónimas e sociedades por quotas). É uma limitação à liberdade contratual (art. 405 CC). Aliás, em alguns setores, só se pode adotar o tipo de sociedade por quotas ou sociedade

¹⁷⁰ Acórdão de 17.06.2014, proc. 112/07.0TBCM.N.G1.S1 (Fonseca Ramos). Sobre estes contratos, RAÚL VENTURA, «Primeiras notas sobre o contrato de consórcio», ROA 41/III (1981); SOUSA VASCONCELOS, *O contrato de consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*, Coimbra, 1999 (sustentando que o consórcio não tem personalidade jurídica – p. 97-101); no sentido de que a “associação em participação não é uma sociedade civil ou comercial por não lhe ser atribuída personalidade jurídica e faltar o requisito do exercício em comum de certa atividade económica”, ver também o acórdão do STJ de 25 de março de 2010, proc. 682/05. 7TBOHP.C1.S1 (Sebastião Póvoas).

¹⁷¹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II *Das sociedades*, cap. II, p. 63-91; PEDRO MAIA, «Tipos de sociedades comerciais», *Estudos de Direito das Sociedades*, coord. Coutinho de Abreu, 12ª ed. Coimbra, 2015, p. 13-39. Ver tb. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 507-106. Sobre o princípio do numerus clausus dos tipos societários face à legislação anterior ao CSC, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, p. 29-38 (cap. I § 2).

¹⁷² A sociedade anónima europeia (ou «Societas Europaea» - SE), cuja constituição no território da União sob a forma de sociedade anónima, conhecida pela designação latina, foi permitida pelo Regulamento (CE) n. 2157/2001, pertence ao tipo das sociedades anónimas.

anónima. Por ex., o RGIC, aprovado pelo DL 298/92, de 31 de dezembro (várias vezes alterado), impõe a utilização obrigatória do tipo sociedade anónima para as instituições de crédito ou bancos (art. 14/1-b, exceto caixas económicas e caixa de crédito agrícola mútuo - art. 29), o que vale também as sociedades de locação financeira (*leasing*) e de cessão financeira ou *factoring*, nos termos dos respetivos regimes jurídicos aprovados, respetivamente, pelo DL 72/95, de 15 de abril, e pelo DL 171/95, de 18 de julho, ambos com alterações.¹⁷³ Além disso, em certos setores, a lei estabelece requisitos especiais nomeadamente em matéria de capital mínimo. Por ex., o regime jurídico das sociedades desportivas aplicável aos clubes desportivos que pretendem participar em competições desportivas profissionais, aprovado pelo DL 10/13, de 25 de janeiro, define sociedade desportiva como “a pessoa coletiva de direito privado, constituída sob a forma de sociedade anónima ou de sociedade unipessoal por quotas cujo objeto consista na participação numa ou mais modalidades, em competições desportivas, na promoção e organização de espetáculos desportivos e no fomento ou desenvolvimento de atividades relacionadas com a prática desportiva da modalidade ou modalidades que estas sociedades têm por objeto” (art. 2/1).¹⁷⁴

De todo o modo, os tipos legais deixam um espaço considerável de liberdade de conformação do regime, incluindo a inserção de cláusulas atípicas (como um conselho consultivo sem competências concorrentes com as dos órgãos legais) na medida que não contrariem notas essenciais do tipo escolhido (por ex., uma cláusula de responsabilidade ilimitada dos sócios em sociedades por quotas ou em sociedades anónimas).

Para além dos tipos legais, existem os chamados *tipos doutrinários*.¹⁷⁵ Para começar, distinguem-se as *sociedades de pessoas* e as *sociedades de capitais*. Nas primeiras (de que são exemplo paradigmático as sociedades em nome coletivo), conta em primeira linha a pessoa dos sócios. São notas caracterizadoras das sociedades de pessoas: a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, a necessidade de consentimento da sociedade para transmissão das participações sociais, a participação acentuada dos sócios nas deliberações (por ex., voto por cabeça, exigência de unanimidade) e na gestão (direito natural à gerência), o acesso alargado à informação, a composição de firmas com nome dos sócios, o dever de não concorrência com a sociedade. No reverso encontram-se as sociedades de capitais, típicas das sociedades anónimas. Pelo meio as sociedades por quotas e em comandita combinam elementos dos dois tipos. Mas, tendo em conta a natureza dispositiva de muitas normas dos tipos legais, é possível moldar qualquer um deles com feições mais “pessoalistas” ou “capitalistas”.

¹⁷³ Para a atividade seguradora, veja-se o regime jurídico da atividade seguradora e resseguradora, aprovado pelo DL 94-B/98, de 17 de abril (com alterações, v. DL 91/2014, de 20 de junho)

¹⁷⁴ A firma destas sociedades deve conter a indicação da modalidade desportiva que prosseguem, quanto tenham por objeto uma única modalidade, e terminar com pela abreviatura SAD ou SDUQ, Lda., consoante o tipo societário adotado seja o de uma sociedade anónima ou de uma sociedade unipessoal por quotas (art. 6/1). Além disso, entre outras especificidades, o capital social mínimo das sociedades desportivas em competições profissionais é maior do que previsto no CSC (art. 7), e para as competições amadores se deve ser pelos menos de € 5000 para as SDUQ, Lda (art. 8).

¹⁷⁵ Ver por ex. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 76-80; NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2. ed. Coimbra, 1997.

São ainda tipos doutrinários as *sociedades abertas* e as *sociedades fechadas*. As primeiras são típicas das sociedades anónimas abertas aos mercados de capitais, designadamente a bolsa. Nas segundas predomina a intransmissibilidade das participações sociais, nomeadamente através de blindagem estatutária.

As “empresas públicas societárias” devem ser de responsabilidade limitada. Entre os tipos legais de sociedades comerciais, a responsabilidade limitada existe nas sociedades por quotas (art. 197), nas sociedades anónimas (art. 271) e nas sociedades em comandita relativamente aos sócios comanditários (art. 465/1); a responsabilidade dos sócios comanditados pelas obrigações sociais é subsidiária em relação à sociedade e solidária com os outros sócios, tal como sucede nas sociedades em nome coletivo (arts. 465/1-2ª parte, e 175 CSC). Durante muito tempo “privilégio” das sociedades comerciais, a responsabilidade limitada encontra-se agora também em sociedades profissionais, como as sociedades de advogados (art. 33/1-b da Lei 29/2004 de 10 de dezembro), e nas cooperativas (art. 23 do Cod. Cooperativo – limitação da responsabilidade do cooperante ao montante do capital subscrito).

Na prática, os tipos de sociedades por quota e anónimas são os mais utilizados, sendo os restantes meramente residuais, senão mesmo simbólicos. Por seu turno, o Estado recorre praticamente apenas ao tipo sociedade anónima (SA)¹⁷⁶. Aliás, a S.A. aparece verdadeiramente como a “grande sedutora”¹⁷⁷, pelo menos enquanto modelo de organização, já que mesmo os órgãos de administração e fiscalização das EPE “devem estruturar-se segundo as modalidades e com as designações previstas para as sociedades anónimas” (art. 60/1 RJSPE).

2.3.1. Características típicas das sociedades por quotas e das sociedades anónimas

Não obstante o tipo SA ser largamente dominante, para não dizer hegemónico, enquanto forma jurídica ou modelo de organização das empresas públicas, é importante traçar uma breve comparação entre as sociedades por quotas (Lda.) e as sociedades anónimas (S.A.).

Quanto à *responsabilidade dos sócios perante a sociedade*, nas sociedades por quotas cada sócio responde pela sua entrada (em dinheiro e/ou em espécie) e, solidariamente, por todas as entradas convencionadas no contrato social (art. 197/1 CSC), podendo ainda obrigar-se a prestações acessórias e suplementares (arts. 197/2, 209 CSC). Já nas sociedades anónimas cada sócio responde apenas pela sua entrada (271 CSC), podendo, todavia, obrigar-se a realizar prestações acessórias (art. 287 CSC).

Em sede de *responsabilidade dos sócios perante os credores sociais*, nas sociedades por quotas os sócios não respondem pelas obrigações sociais (art. 197/3 CSC), salvo se no estatuto assumirem a obrigação especial de solidária ou subsidiariamente responderem

¹⁷⁶ <http://www.dgtf.pt/sector-empresarial-do-estado-see/informacao-sobre-as-empresas>

¹⁷⁷ COUTINHO DE ABREU, «Sociedade anónima, a sedutora [Hospitais, S.A., Portugal, S.A.]», *Miscelâneas* Nº 1, Coimbra, 2003, p. 11.

“até determinado montante” (art. 198 CSC). Nas sociedades anónimas os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade (art. 271 CSC)¹⁷⁸.

Relativamente às *estruturas orgânicas*, as sociedades têm órgãos que desempenham, cada um, determinadas funções, competindo-lhe para o efeito uma série de poderes que são exercidos por pessoas ao nível da formação e da emissão da vontade juridicamente imputável às sociedades. Os órgãos societários são fundamentalmente de três tipos:

- O órgão deliberativo (interno), composto pela Assembleia Geral, que nas sociedades unipessoais se reduz a um único sócio. Por ex. na CGD, S.A., o único acionista é o Estado. Nesses casos, falar em assembleia-geral tem de facto o seu quê de “paródia”¹⁷⁹, sendo mesmo considerada “*pura ficção*”¹⁸⁰.

- O órgão de administração e de representação externa. Designa-se gerência nas sociedades por quotas (art. 252 CSC) e nas sociedades anónimas pode ser conselho de administração ou conselho de administração executivo, ou então um administrador único em certos casos (arts. 278, 390/2, 424 CSC).

- O órgão de fiscalização ou de controlo (sobretudo da administração). As sociedades por quotas podem ter conselho fiscal ou fiscal único (arts. 262/1 CSC), que se torna obrigatório a partir de certa dimensão, a menos que, em alternativa, designem um ROC (art. 262/2-3 CSC). Por seu turno, as sociedades anónimas de estrutura tradicional têm fiscal único ROC ou conselho fiscal (incluindo ROC não sócio) ou conselho fiscal e ROC; as sociedades anónimas de estrutura germânica têm conselho geral e de supervisão e ROC não sócio; e as sociedades anónimas de estrutura monística têm uma comissão de auditoria integrada no conselho de administração e ROC (arts. 278, 413, 414, 434, 446 CSC).

- As sociedades que emitem ações cotadas em bolsa devem designar um *secretário da sociedade* e um suplente, competindo-lhe secretariar as reuniões dos órgãos sociais, lavrar atas, conservar e guardar os livros, expedir convocatórias, promover o registo de atos sociais a ele sujeitos (arts. 446-A e 446-B CSC).

As *participações sociais* dizem-se quotas nas sociedades por quotas, pertencendo a cada sócio apenas uma, cujo valor não pode ser inferior a € 1 (art. 219 CSC); nas sociedades anónimas dizem-se ações e o seu valor não pode ser inferior a 1 cêntimo, devendo representar a mesma fração no capital social ou o mesmo valor nominal (art. 276/1-4 CSC); devem ser nominativas, sendo proibidas as ações ao portador (art. 299 CSC alterado pela Lei n.º 15/2017, de 3 de maio). As participações sociais correspondem à posição unitária do sócio enquanto titular de direitos e de obrigações perante a sociedade. Enquanto objeto de relações jurídicas, são coisas nos termos do art. 202 CC.

¹⁷⁸ Em caso de declaração de insolvência de sociedade reduzida a sócio único este responderá ilimitadamente e a título principal por obrigações sociais nos termos do art. 84/1 CSC; nas sociedades em relação de grupo a sociedade totalmente dominante responderá para com os credores da sociedade dominada ou subordinada (arts. 491, 501 CSC), sendo que as empresas públicas societárias podem estabelecer relações de simples participação, de participações recíprocas, de domínio ou de grupo (neste último podendo ter a forma de SGPS), nos termos do CSC

¹⁷⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 271-2.

¹⁸⁰ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 407.

A transmissão das participações pode ser *mortis causa* ou *inter vivos*. Na transmissão *mortis causa*, as quotas transmitem-se aos sucessores, salvo estipulação em sentido diverso no pacto social, devendo nesse caso a sociedade amortizá-las, adquiri-las ou fazê-las adquirir por sócio ou terceiro (art. 225/1-2; v. arts. 232 e 220 CSC); ao passo que as ações se transmitem nos termos do direito comum das sucessões (art. 2024 CC). Na transmissão *inter vivos*, salvo estipulação diversa no pacto social, é livre a transmissão de quotas entre cônjuges, ascendentes e descendentes ou entre sócios; fora desses casos, carece de consentimento da sociedade para ser eficaz perante ela (art. 228 ss. CSC); as ações são livremente transmissíveis, embora o contrato social possa subordinar a transmissão ao consentimento da sociedade ou a requisitos subjetivos ou objetivos conformes com o interesse social, ou prever um direito de preferência dos outros acionistas (art. 328 CSC). Salvo indicação no contrato social a outro órgão, o consentimento compete à assembleia geral (art. 329/1 CSC).

Quanto ao *número mínimo* de sócios, em princípio, a sociedade deve ser constituída pelo menos por dois sócios (art. 7/2 CSC). Todavia, em alguns casos a lei exige número superior de sócios fundadores. Por ex., nas sociedades anónimas a regra geral é de 5 (cinco), embora possam ser apenas dois, tratando-se de sociedade de capitais mistos com participação pública maioritária (art. 273/1-2 CSC). Mas, em última análise, a sociedade pode ter apenas um sócio, as chamadas as sociedades unipessoais. É permitida a constituição de sociedade por um único sócio tanto nas sociedades por quotas (art. 278-A/1 CSC) como nas sociedades anónimas (art. 488/1 CSC).

O *capital social* representa em numerário a soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em bens suscetíveis de penhora, i.e. correspondentes a entradas em dinheiro e/ou em espécie¹⁸¹. Nas sociedades por quotas o capital social mínimo é livre (art. 201 CSC, já não exigindo os €5.000); nas sociedades anónimas é de €50.000 (art. 276/3 CSC), sendo de €120.000 para a *Societas Europea* (art. 4/2 do Regulamento n° 2157/2001).

2.3.2. Caracterização das empresas públicas societárias e distinção entre as “dominadas” e as “participadas”

Nos termos do RJSPE, são *empresas públicas societárias* as “organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante” (art. 5/1 RJSPE). Considera-se haver *influência dominante* se o Estado tiver a maioria do capital

¹⁸¹ Sobre o capital social, suas funções e vicissitudes nomeadamente em sede de reservas, lucros e perdas, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 417-455 (cap. VI); TARSO DOMINGUES, «Capital e património sociais, lucros e reservas», *Estudos de Direito das Sociedades*, p. 151-222, *Do capital social (Noção, princípios e funções)*, 2ª ed. Coimbra, 2004, e *Variações sobre o capital social*, Coimbra, 2009.

social da empresa, a maioria dos votos (direta ou indiretamente)¹⁸², o poder de designar ou destituir a maioria dos administradores ou membros do órgão de fiscalização, ou ainda o poder de determinar os processos decisórios ou as opções estratégicas da empresa por força de participações qualificadas ou direitos especiais (art. 9/1 RJSPE).

Não havendo influência dominante, diz-se participada a empresa na qual a entidade pública detenha, de forma direta ou indireta, uma participação permanente, i.e., superior a um ano, integrando-se no setor da entidade pública que tiver maior participação relativa no conjunto das participações do setor público (art. 7/1-2). Embora não sejam empresas públicas para efeitos do RJSPE, o exercício dos direitos de acionista deve considerar os princípios decorrentes deste regime (art. 8/2). Existindo influência dominante, o RJSPE aplica-se ainda “a todas as organizações empresariais que sejam criadas, constituídas, ou detidas por qualquer entidade administrativa ou empresarial pública, independentemente da forma jurídica que assumam” (art. 3).¹⁸³ Pense-se, por ex., em cooperativas, mas também em associações ou fundações com “natureza empresarial”.

As *empresas públicas societárias* podem assumir a forma de sociedade de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial (art. 13/1 RJSPE). Entre os tipos legais de sociedades comerciais, a responsabilidade limitada existe nas sociedades por quotas (art. 197 CSC), nas sociedades anónimas (art. 271 CSC) e nas sociedades em comandita relativamente aos sócios comanditários (art. 465/1 CSC); a responsabilidade dos sócios comanditados pelas obrigações sociais é subsidiária em relação à sociedade e solidária com os outros sócios, tal como sucede nas sociedades em nome coletivo (arts. 465/1-2ª parte e 175 CSC). Na prática, os tipos de sociedades por quota e anónimas são os mais utilizados, sendo os restantes meramente residuais senão mesmo simbólicos.¹⁸⁴

De todo o modo, embora o RJSPE não proíba expressamente a entrada do Estado como sócio comanditado numa sociedade em comandita, parece-nos que lhe está vedado constituir sociedades não apenas em nome coletivo mas também em comandita na qualidade de sócio comanditado, já que a teleologia do RJSPE será impedir o Estado de responder subsidiariamente pelas obrigações sociais com todos os seus bens suscetíveis de penhora, como resultaria da garantia geral das obrigações estabelecida no artigo 601 do Código Civil.¹⁸⁵

¹⁸² No cômputo dos votos consideram-se também relações de grupo, acordos de subordinação ou acordos parassociais (art. 9/2 RJSPE). Os acordos parassociais estão previstos e regulados no art. 17 do CSC: embora digam respeito à vida da sociedade, os acordos parassociais não a vinculam, gerando direitos e obrigações apenas para os sócios que deles sejam parte. Sobre os acordos parassociais, GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais sobre o exercício do direito de voto*, Lisboa, 1998, e, com mais indicações COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 154-8.

¹⁸³ Segundo o preâmbulo do DL 133/2013, este diploma terá operado “um efetivo alargamento do âmbito subjetivo de aplicação do regime das empresas públicas, passando a abranger todas as organizações empresariais em que o Estado ou outras entidades públicas, possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante”. Todavia, ficam excluídas as participações detidas pelo Estado no capital social de instituições de crédito, ao abrigo da aplicação de medidas de reforço de solidez financeira nos termos da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro.

¹⁸⁴ Durante muito tempo “privilégio” das sociedades comerciais, a responsabilidade limitada encontra-se agora também em sociedades profissionais, como as sociedades de advogados (art. 33/1-b da Lei 29/2004 de 10 de dezembro), e nas cooperativas (art. 23 do Código Cooperativo, aprovado pela Lei 119/2015, de 31 de agosto - limitação da responsabilidade do cooperante ao montante do capital subscrito).

¹⁸⁵ No sentido de que as sociedades em comandita não parecem entrar no campo de aplicação do art. 5 do RSPE, COUTINHO DE ABREU, «As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)», *BCE*

3. Constituição de empresa pública societária e procedimentos de constituição de sociedades comerciais

Há vários procedimentos constituintes ou modos de constituição de sociedades comerciais nos termos da lei comercial¹⁸⁶. A constituição de *empresas públicas societárias* rege-se pela lei comercial¹⁸⁷. Segundo o código das sociedades comerciais (doravante os artigos citados pertencem ao CSC, salvo outra indicação), o *modo tradicional* ou procedimento geral analisa-se em três atos principais: o contrato de sociedade (que deve ser reduzido a escrito - art. 7/1) ou negócio unilateral, nos casos em que tal é permitido (sociedade unipessoal - arts. 270-A e 488)¹⁸⁸, o registo (definitivo) e a publicação. Em alternativa, admite-se a celebração do contrato, registo prévio, formalização do contrato, registo definitivo e publicação (art. 18). As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir do registo definitivo do ato constituinte no registo comercial (arts. 5, 18/5 CSC e arts. 3/1-a e 15/1 do Código do Registo Comercial - CRC¹⁸⁹). O processo constituinte termina com a publicação do ato constituinte em sítio da Internet de acesso público (art. 166 CSC, art. 70 CRC - www.mj.gov.pt/publicacoes). Cabe à conservatória do registo comercial, a expensas da

LVII/1 (2014) p. 45-67. Todavia, no setor bancário, o Estado mais parece atuar, de facto, como *sócio comanditado*, quiçá para assegurar a banca enquanto setor sistémico ou serviço de interesse geral...

¹⁸⁶ COUTINHO ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 93-146 (cap. III); ELISABETE RAMOS, «Constituição de Sociedades Comerciais», *Estudos de Direito das Sociedades*, p. 41-84. Para desenvolvimentos, ver tb. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II *Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1968, cap. I, § 3, p. 39-57, 97-153, 270-318; PINTO MONTEIRO, «Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial», *RLJ* 136/3941 (2006); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 93-245; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 424-558; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª ed., p. 125-248; PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, p. 167-210.

¹⁸⁷ Ao abrigo da legislação anterior, o Estado constituiu diversas sociedades através de lei ou de decreto-lei, como sucedeu com a transformação de empresas públicas em sociedades (por ex. DL 7/91 - EDP, DL 312/91 - TAP, DL 287/93 - CGD, DL 404/98 - ANA), ficando o Estado como único sócio ou privatizando a totalidade ou parte do capital dessas empresas. Em outros casos o Estado constituiu sociedades como único sócio (por ex. DL 65/89 - CCB), DL 98-A/99 - Portugal 2004) ou em conjunto com outras entidades públicas (por ex. DL 145/92 - Lisboa 94). Ver também a PARPÚBLICA criada pelo DL 209/2000, de 2 de setembro, sucessora da Partest SGPS, S.A., criada pelo DL 452/91, de 11 de dezembro, por cisão do IPE, S.A., dos ativos nacionalizados diretamente e cuja reprivatização foi aberta pela Lei n.º 11/90, de 5 de abril, para desenvolver “processos de reprivatização” - vide COUTINHO DE ABREU, «Privatização de empresas públicas e empresarialização pública», *Miscelâneas N.º 3*, Coimbra, 2004, p. 57; PAULO OTERO, «Da criação de sociedades comerciais por decreto-lei», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Coimbra, 2003, p. 103-138. Por outro lado, teve igualmente lugar a empresarialização de institutos públicos, como sucedeu com a transformação do Instituto das Estradas de Portugal em entidade pública empresarial (EPE) através do DL 239/2004, de 21 de dezembro, que aprovou os respetivos estatutos e os publicou em anexo. Posteriormente, o Decreto-Lei 374/2007, de 7 de novembro, transformou a EP, EPE, na EP- Estradas de Portugal, S.A. e aprovou os respetivos estatutos, a qual, a 1 de junho de 2015, por força do Decreto-Lei 91/2015, de 29 de maio, seria incorporada, por fusão, na Rede Ferroviária Nacional – REFER, EPE (REFER, EPE), então transformada em sociedade anónima e passando a denominar-se “Infraestruturas de Portugal, S.A.” (IP, S.A.).

¹⁸⁸ Segundo o art. 273/2, a constituição de sociedade anónima pelo Estado como sócio maioritário não exigiria um mínimo de cinco sócios, mas pelo menos deveriam ser dois, pelo que a constituição de sociedade estatal unipessoal far-se-á por decreto-lei e não por negócio jurídico.

¹⁸⁹ Aprovado pelo DL 403/86, de 3 de dezembro, alterado dezenas de vezes.

sociedade, promover essa publicação. A publicação do ato constituinte é condição da sua eficácia ou oponibilidade a terceiros (art. 168/2 CSC).¹⁹⁰

Todavia, a constituição de empresa pública societária “depende sempre de autorização” do Ministro das Finanças e do ministro do respetivo setor de atividade, a qual deve ser instruída por parecer prévio (não vinculativo) da Unidade Técnica (art. 10/1-2) e publicada no sítio da Unidade Técnica (art. 10/4).¹⁹¹ A autorização é essencial para a validade de quaisquer atos ou negócios jurídicos, incluindo os preliminares, instrumentais ou acessórios relativos à constituição de empresas públicas, porquanto a sua falta os fere de nulidade (art. 12/1), para além de responsabilizar civil, penal e financeiramente quem os pratique, nos termos da lei (art. 12/2).¹⁹²

O *modo tradicional* ou procedimento geral analisa-se em três atos principais: o contrato de sociedade (art. 7/1); o registo (definitivo); e a publicação. Em alternativa, admite-se a celebração do contrato, registo prévio, formalização do contrato, registo definitivo e publicação (art. 18 CSC). As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir do registo definitivo do ato constituinte (art. 5 CSC). Para as sociedades anónimas e para as sociedades em comandita por ações é ainda previsto o procedimento especial de *subscrição pública* (art. 279 seg. CSC e arts. 13/1-a, 108 seg. CVM).

São ainda previstos os procedimentos simplificados de constituição de sociedades comerciais por quotas e anónimas no DL 111/05 e no DL 125/06, alterados pelo DL 247-B/08: a empresa na hora e a empresa online. A *empresa na hora* faz-se com escolha de estatuto de modelo previamente aprovado, firma social previamente criada e reservada a favor do Estado, registo do ato constituinte, e publicação do ato constituinte em 24 horas pelo serviço competente. A *empresa on-line* processa-se em sítio da Internet (Portaria 657-C/06 - www.empresonline.pt), sob direção do Registo Nacional de Pessoas Coletivas (RNPC) ou de outras conservatórias do registo comercial. Os interessados, munidos com os meios de certificação exigidos (incluindo o cartão do cidadão com assinatura digital ativada), transmitem *on-line* os estatutos sociais, o serviço competente regista o ato constituinte e promove a respetiva publicação.

As sociedades podem também ser criadas por fusão, cisão e transformação (arts. 7/4 e 97, 118, 130 CSC) ou no âmbito do saneamento por transmissão estipulado em plano de

¹⁹⁰ Note-se, por curiosidade só podem emitir obrigações as sociedades cujo contrato esteje definitivamente registado há mais de um ano, salvo se o Estado ou entidade pública equiparada detiver a maioria do capital social da sociedade ou as obrigações forem objeto de garantia prestada por instituição de crédito, pelo Estado ou entidade pública equiparada, como sejam as regiões autónomas, as autarquias locais, a Caixa Geral de Depósitos, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social e o IPE - Investimentos e Participações do Estado, S. A (art. 348/2-b/c e 545 CSC).

¹⁹¹ O referido parecer deve basear-se em “estudos técnicos sobre a viabilidade económica e financeira” da empresa a constituir e sobre os “ganhos de qualidade e eficiência resultantes da exploração da atividade em moldes empresariais” (art. 10/2), segundo parâmetros a fixar por despacho do Ministro das Finanças e que serão baseados em “indicadores claros, objetivos e quantificáveis, tendo em conta a atividade específica da empresa” e outros indicadores relativos ao “equilíbrio financeiro, à estrutura de capitais, ao desempenho económico e aos riscos de mercado”, bem como “a definição da respetiva metodologia de cálculo” (art. 10/3).

¹⁹² Idêntico regime vale para aquisição e alienação de participações sociais pelas empresas públicas do setor empresarial do Estado (arts. 11 e 12).

insolvência. Neste caso, o procedimento segue os seguintes passos: apresentação da proposta de plano de insolvência contendo em anexo os estatutos da sociedade; aprovação por deliberação da assembleia de credores; homologação judicial do plano; registo de constituição da sociedade; publicação.¹⁹³

3.1. Pacto social (elementos mínimos e eventuais; invalidades).

A constituição de uma sociedade por via negocial começa com a negociação e celebração do pacto social. Enquanto negócio jurídico, o pacto social deve ser formado e celebrado de acordo com as regras dos negócios jurídicos, designadamente no que respeita à capacidade e legitimidade das partes, bem como à forma e ao conteúdo do pacto, cuja inobservância fere o ato constituinte de invalidade.

Para começar, o pacto social deve ser reduzido a escrito, devendo o contrato de sociedade ser celebrado por escrito com reconhecimento presencial das assinaturas; se os sócios entrarem com bens para cuja transmissão se exija escritura pública ou documento particular autenticado, também o ato constituinte deve revestir essa forma (art. 7/1 CSC; art. 80/1-2-e CNot)¹⁹⁴. Na constituição *online* de sociedades (DL 125/06) os documentos e assinaturas eletrónicas, preenchidos os respetivos requisitos de certificação, valem como documentos escritos e assinaturas autógrafas nos termos do Regulamento eIDAS¹⁹⁵.

Quanto ao conteúdo, os estatutos devem mencionar obrigatoriamente (art. 9): nomes ou firmas de todos os sócios fundadores e sua identificação (arts. 46/1-c e 47/1 CNot), tipo, firma, objeto¹⁹⁶ (lícito e determinável), sede social ou estatutária¹⁹⁷, capital social¹⁹⁸, participação social (parte, quota ou ações), natureza (dinheiro, espécie ou indústria) e pagamentos já efetuados das entradas em dinheiro, descrição e especificação do valor dos bens admitidos como entrada em espécie, indicação de duração do exercício anual caso seja diferente do ano civil. Além disso, o estatuto deve ainda mencionar a atribuição aos sócios de vantagens especiais e pagamento de despesas de constituição (art. 16/1) e direitos especiais dos sócios (art. 24/1, por ex., direito à gerência). Nos estatutos das sociedades anónimas (art. 272) exige-se ainda menção do valor nominal e número de

¹⁹³ O plano de insolvência é considerado uma providência de recuperação empresarial alternativa que visa a satisfação dos interesses dos credores, aplicável, indistintamente, a pessoas singulares e a pessoas coletivas, sendo que, “*só depois da satisfação do interesse do devedor, surge, em segundo plano, como finalidade do instituto, a realização de um relevante interesse económico, ou seja, o da rápida reintegração do devedor na vida económico-jurídica*”, acórdão do STJ de 1 de julho de 2014, proc. 504/10.7TCGMR.S1 (Hélder Roque).

¹⁹⁴ O reconhecimento presencial das assinaturas parece ter valor de formalidade *ad substantiam*, constituindo requisito de validade do ato (arts. 41/1 e 42/1-e CSC; art. 220 CC), mas também é permitida a constituição de empresa online ou na hora.

¹⁹⁵ Regulamento (UE) 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE (eIDAS)

¹⁹⁶ A identificação do objeto releva, por ex., para qualificar comercialmente a atividade da sociedade (art. 1/2 CSC), obrigação de não concorrência (arts. 254, 398/3 CSC), limitação dos poderes da gerência/administração (arts. 6/4, 260, 409 CSC).

¹⁹⁷ A indicação do endereço importa designadamente para efeitos do direito à informação, local das assembleias gerais, competência judiciária territorial. Não se confunde com a sede principal e efetiva da administração, que determina a lei pessoal das sociedades (art. 3/1 CSC).

¹⁹⁸ Inexistente nas sociedades em nome coletivo constituídas exclusivamente com entradas em indústria.

ações, as condições particulares de transmissão de ações, a autorização para emissão de obrigações, a estrutura adotada para administração da sociedade (tradicional, germânica ou monística), o número de administradores (arts. 390 e 424).

Diversas normas legais facultam (não impõem) aos sócios a menção de outros elementos, tais como: penalidades para a falta de cumprimento da entrada (art. 27/3), transmissão do património da sociedade liquidada para algum ou alguns dos sócios (art. 146/5 e 148); por ex., nas sociedades por quotas, responsabilidade de sócio perante credores (art. 198/1), obrigações de prestações acessórias (art. 209/1), possibilidade de deliberações sobre prestações suplementares (art. 210), regulamentação da transmissão de quotas por morte (arts. 225 e 226), amortização de quotas (art. 232), exoneração e exclusão de sócios (art. 240/1 e 241/1), atos sujeitos a deliberação dos sócios (art. 246); nas sociedades anónimas, prestações acessórias (art. 328/1), limites à transmissão de ações nominativas (art. 328/2), regime especial de eleição de administradores (arts. 391/2, 392/1-6-10), autorização estatutária para a administração decidir aumentos do capital social (art. 456/1-2).

Outras disposições legais estabelecem supletivamente regras que, todavia, podem ser afastadas pelos estatutos ou por deliberações dos sócios (art. 9/3).¹⁹⁹ Por ex., período de duração da sociedade (art. 15), participação nos lucros/perdas diversa da proporção dos valores nominais das participações sociais (art. 22), diferimento de entradas em dinheiro (art. 26); distribuição de menos de metade dos lucros de exercício distribuíveis (arts. 217/1, 294/1), dispensa de consentimento relativamente a certas transmissões de quotas (art. 229/2) e contrapartidas pela amortização de quotas e modos de pagamento (art. 235/1); designação do presidente do Conselho de Administração de sociedade anónima pela Assembleia geral que eleja os seus membros (art. 395/1-2).

As *invalidades* do pacto social variam consoante tenha ou não sido registado. Antes do registo regem as disposições aplicáveis aos negócios jurídicos nulos ou anuláveis, com a ressalva do art. 52. Depois do registo, são taxativas as causas de invalidade do ato constituinte de sociedades por quotas, sociedades anónimas e SCA (art. 42), tais como a falta do número mínimo de sócios exigido por lei, firma, sede, objeto social, valor da entrada de cada sócio, objeto ilícito, inobservância de forma.²⁰⁰

3.2. Inscrição no registo comercial e publicação do ato constituinte

O pacto social deve ser inscrito no registo comercial (art. 18/5 CSC; arts. 3/1-a e 15/1 CRCCom). Qualquer interessado tem legitimidade para pedir o registo, que se deve realizar

¹⁹⁹ Distinguindo entre “*normas legais habilitantes*” supletivas e dispositivas, com abundante ilustração exemplificativa, COUTINHO ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 120-2 (cap. III).

²⁰⁰ Regime diverso do previsto no Código Civil (art. 289 CC) vale igualmente para as consequências da invalidade do ato. Dispõe o art. 52 que a declaração de nulidade ou anulação do contrato determina a entrada da sociedade em liquidação, nos termos do art. 165, sem prejuízo da eficácia dos negócios jurídicos concluídos anteriormente em nome da sociedade (o que em alguns casos só aproveita a terceiros de boa-fé - n.º 3), nem do dever de os sócios (salvo o incapaz cujo vício tenha ditado a invalidade do ato) realizarem as suas entradas ou de responderem pessoal e solidariamente perante terceiros nos termos da lei (n. 4 e 5). Assim, ao invés do efeito retroativo, a sociedade é tratada como “moribunda”, extinguindo-se no momento do encerramento da liquidação. Cf. COUTINHO ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 146-154 (sobre as invalidades do ato constituinte e suas consequências).

no prazo de 2 meses a contar do título constituinte (arts. 29/1, 30, 15/2), devidamente instruído (art. 32 CRCom) em qualquer conservatória do registo comercial, independentemente da sua localização geográfica (art. 28 DL 87/2001), incluindo por via eletrónica através do sítio da Internet da empresa *on-line* (art. 45/1 CRCom). O conservador aprecia a viabilidade do pedido de registo face às normas legais aplicáveis (art. 47 CR.Com), embora só possa ser recusado quanto à validade do ato constituinte quando for manifesta a sua nulidade (art. 48/1-d). Não havendo motivo legal de recusa deve ser efetuado no prazo de dez dias ou, em caso de urgência, um dia útil (art. 54 CRCom).

O processo constituinte termina com a *publicação* do ato constituinte em sítio da Internet de acesso público (art. 166 CSC, art. 70 CRCom).²⁰¹ Cabe à conservatória do registo comercial, a expensas da sociedade, promover essa publicação. A publicação do ato constituinte é condição da sua eficácia ou oponibilidade a terceiros (art. 168/2 CSC).

O registo produz *efeito constitutivo* da sociedade enquanto pessoa jurídica, uma vez que com o registo a sociedade adquire *personalidade jurídica* (art. 5) e assume *ipso iure* direitos e obrigações decorrentes de atos realizados em nome dela antes do registo (art. 19/1²⁰²), podendo ainda assumir outros (art. 19/2²⁰³), com efeitos retroativos à data da sua realização e liberatórios da responsabilidade prevista no art. 40 por dívidas da sociedade anteriores ao registo, a menos que por lei essa responsabilidade deva continuar (por ex. os sócios que atuaram em nome da sociedade antes do registo sem autorização dos restantes).²⁰⁴

Quanto às *relações externas* pós-contrato, mas anteriores ao registo, distingue-se consoante o tipo de sociedade (arts. 38-40). Nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas, respondem ilimitada e solidariamente todos os sócios que no negócio agirem em representação dela e os que autorizarem tais negócios; os restantes respondem até às importâncias das entradas a que se obrigaram, acrescidas das importâncias que tenham recebido a título de lucros ou de distribuição de reservas (art. 40/1). As sociedades, que já têm capacidade judiciária (art. 12-d CPC) e em nome de quem os negócios são celebrados (arts. 38-40), também respondem perante os credores, tal como sucede já antes da formalização do contrato (art. 36/2). Todavia, as sociedades já não respondem por obrigações que não podem assumir depois do registo (art. 19/4). Salvo autorização dos sócios ou ordem judicial, só o pagamento aos credores justifica a mobilização de parte do capital (ver por ex. arts. 202/5-b e 277/5-b). Os sócios que atuam em nome da sociedade respondem solidariamente entre si e com as sociedades, embora gozem do benefício da excussão prévia (art. 36/2 CSC, art. 997/1-2 CC).

²⁰¹ Nos termos da Portaria 590-A/2005 (alterada): www.mj.gov.pt/publicacoes

²⁰² Incluindo vantagens especiais e despesas de constituição previstas no estatuto; exploração de estabelecimento da sociedade; negócios jurídicos celebrados antes da celebração do ato constituinte e nele especificados e expressamente ratificados; negócios jurídicos celebrados pelos gerentes e administradores com autorização de todos os sócios no ato de constituição

²⁰³ Em especial, a assunção de negócios mediante decisão da administração na qual não podem participar os que neles tenham intervindo – art. 410/6.

²⁰⁴ Nas sociedades aparentes (art. 36/1), não existe sequer sociedade, tutelando-se a confiança de terceiros por via de responsabilidade solidária e ilimitada dos falsos sócios. E pelas dívidas contraídas antes da celebração do contrato de sociedade inválido (art. 36/2), aplicam-se as disposições sobre sociedades civis (ver 983 s CC).

4. Personalidade e capacidade jurídica das sociedades comerciais.

4.1. Significado da aquisição personalidade jurídica e sua possível desconsideração (exemplos)²⁰⁵

As pessoas singulares (humanas) adquirem personalidade no momento do nascimento completo e com vida (art. 66/1 CC), as associações no momento da celebração do contrato (art. 158/1 CC) e as fundações através do reconhecimento pela competente autoridade administrativa (art. 158/2 CC²⁰⁶). Já a situação das sociedades civis é muito discutida, por nem sequer se exigir uma forma especial para o contrato de sociedade civil (art. 981 CC). Todavia, por analogia com as associações, quando constituídas mediante escritura pública ou forma equivalente, poderiam adquirir também personalidade, a isso não obstante a responsabilidade pessoal e solidária dos sócios pelas obrigações sociais face à possibilidade de prévia excussão do património social (art. 997/1-2 CC).

Por seu turno, as sociedades comerciais só adquirem personalidade jurídica a partir da data do registo definitivo do ato constituinte (art. 5). A personalidade jurídica das sociedades (tal como de instituições, fundações, ou associações) significa que estas ficam investidas na qualidade de sujeitos autónomos de direitos e de obrigações, separados dos sócios (*Trennungsprinzip*). Nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas a personalidade jurídica serve primordialmente o interesse de limitação da responsabilidade dos sócios, que surgiu historicamente como privilégio dos mercadores, no sentido de que os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade assim como a sociedade não responde pelas dívidas pessoais dos sócios.

Todavia, não devemos absolutizar (ou “santificar”) a personalidade jurídica das sociedades comerciais. Por irradiação do instituto do abuso de direito (art. 334 CC), o “abuso da personalidade jurídica”²⁰⁷ pode justificar a sua desconsideração, no sentido de se imputarem responsabilidades aos sócios que formalmente caberiam à sociedade. Algumas normas legais parecem ter em conta esta doutrina: por ex., a responsabilidade do sócio único em caso de insolvência (art. 84); consideram-se concorrentes sócios ou administradores que tenham participação igual ou superior a 20% no capital de outras sociedades (arts. 254/3, 477).

A doutrina apresenta grupos de casos que ilustram a importância prática desta teoria²⁰⁸. Vejamos alguns, a título meramente indicativo, sem prejuízo da sua adequação a cada caso concreto, e tendo em conta a subsidiariedade desta figura²⁰⁹, como sejam:

²⁰⁵ COUTINHO ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II *Das sociedades*, p. 159-202 (cap. IV); SOVERAL MARTINS, «Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais», *Estudos de Direito das Sociedades*, p. 85-112. Ver tb. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, p. 58-96. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 40-90; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 259-80, 331-355; PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, p. 237-92, 315-323.

²⁰⁶ Ver a Lei 24/12, de 9 de julho, que aprova a Lei-Quadro das Fundações.

²⁰⁷ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II. Sobre o tema, MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*, Coimbra, 2000, e *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 259-80, 375-404; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, p. 197 ss; FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, Coimbra, 2012.

²⁰⁸ Definindo a desconsideração da personalidade coletiva das sociedades como “a derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjetiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respetivos

a) a equiparação da venda da totalidade ou da maioria das participações sociais ao trespasse para efeitos da obrigação implícita de não concorrência, e violação desta obrigação (resultante de trespasse ou do exercício de funções de gerência ou administração em sociedade) mediante constituição de sociedade unipessoal de sociedade com objeto concorrente (ou entrada como sócio maioritário ou administrador numa sociedade concorrente)²¹⁰;

b) a venda de estabelecimento a sociedade constituída pelo filho sem consentimento dos restantes filhos (art. 877 CC);

c) o impedimento de exercício do direito de voto, em situações de conflitos de interesses, não apenas do sócio, mas também da sociedade que detenha participações sociais na primeira sociedade (art. 251 CSC);

d) a responsabilidade da sociedade dominante em caso de domínio qualificado de uma sociedade sobre outra (art. 486 CSC), à semelhança da responsabilidade da subordinante pelas obrigações da subordinada (arts. 501, 491 CSC), solução que poderá assimilar-se à responsabilidade do comitente pelos atos do comissário.

4.2. O princípio da especialidade da capacidade jurídica das sociedades comerciais e suas exceções

A capacidade jurídica das pessoas coletivas de direito privado é regida pelo princípio da especialidade do fim, isto é, “abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins” (art. 160 CC). À semelhança do referido preceito do CC, dispõe o art. 6/1 CSC que “*A capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, excetuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular*”.

Assim, as sociedades comerciais não têm capacidade de gozo para serem titulares de direitos como o direito de uso e habitação (art. 1484 CC) nem para celebrarem negócios familiares ou sucessórios (como casamento, adoção, testamento). O fim das sociedades é o escopo lucrativo, o intuito de obter lucros para distribuí-los aos sócios (art. 980 CC).

sócios” e distinguindo entre “casos de imputação” e “casos de responsabilidade”, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 172-183. O art. 87 do Código Comercial de Moçambique estabelece, sob epígrafe ‘desconsideração da personalidade jurídica’, que “*Será desconsiderada a personalidade jurídica da empresa e responsabilizados os sócios, quando agirem culposa ou dolosamente, nos seguintes casos: a) a sociedade for utilizada como instrumento de fraude e abuso de poder económico; b) ocorrendo violação aos direitos essenciais do consumidor e do meio ambiente; c) em qualquer hipótese em que a personalidade jurídica for usada visando prejudicar os interesses do sócio, do trabalhador da empresa, de terceiro, do Estado e da comunidade onde actue a sociedade; d) na hipótese de falência de empresa do mesmo grupo de sociedades quando definido em legislação especial.*”

²⁰⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 85.

²¹⁰ Veja-se o acórdão do STJ de 30.09.2014, proc. 1195/08.0TYLSB,L1.S1, relativo a violação do dever de lealdade, em especial de não concorrência, por parte de gerente mediante constituição de sociedade unipessoal para exercício de atividade desviante de clientela. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica em caso de trespasse ver tb. o acórdão do STJ de 12.05.2011, proc. 280/07.0TBGVA.C1.S1. O Código Comercial de Macau equipara expressamente o sócio dominante quando transmita a sua participação social ao trespasante para efeitos da obrigação de não concorrência (art. 108/3).

Por conseguinte, a concessão de liberalidades e garantias, reais ou pessoais²¹¹, a dívidas de outras entidades sem contrapartidas, contraria em princípio o fim social (art. 6/2-3). Estando fora da capacidade societária, tais atos (e.g. doações, comodatos, mútuos gratuitos, prestação gratuita de garantias) são nulos, por violação de norma imperativa que tutela interesses não apenas dos sócios, mas também dos credores, não admitindo derrogação por vontade ainda que unânime dos sócios, quer no estatuto quer em deliberações (arts. 6/1, 9/3 e 56/1-d; art. 294 CC). Tais garantias prestadas a título gratuito a favor de terceiros são expressamente consideradas contrárias ao fim social. Ressalva-se, todavia, a possibilidade de haver *justificado interesse próprio* da sociedade garante (já não dos sócios ou de terceiros) ou de esta se encontrar em relação de domínio ou de grupo (art. 6/3). Com efeito, os atos gratuitos já podem entrar na capacidade societária se forem necessários ou convenientes à obtenção de lucros. O exemplo de escola é a beneficiária ser cliente importante da sociedade garante, tendo em conta o volume de negócios entre elas, em termos de a sobrevivência da garantida ser vital para a sobrevivência da garante.²¹²

De todo o modo, caberá à sociedade garante provar a inexistência de interesse próprio, como decidiu o STJ: “Quanto à prova da existência de justificado interesse próprio da sociedade garante na prestação de qualquer das mencionadas garantias, não deve a entidade garantida ser penalizada com a nulidade do acto de prestação de garantia se não almejar provar a existência do mencionado e justificado interesse próprio da sociedade garante, devendo aquele acto subsistir incólume se a sociedade garante não lograr provar a inexistência, in casu, do mesmo interesse.”²¹³

As doações implicam diminuição do património do doador (art. 940/1 CC), sejam transmissão de direitos para os donatários, assunção ou remissão de dívidas de terceiros (arts. 595, 863/2 CC). Todavia, existem liberalidades que servem o interesse da sociedade através da promoção da imagem da empresa e dos seus produtos, com ganhos de reputação ou de produtividade (e.g. prémios não gratuitos de desempenho dos

²¹¹ Exemplos das primeiras (reais) são a consignação de rendimentos (656 CC), o penhor (art. 666 CC) e a hipoteca (art. 686 CC); e, das segundas (pessoais), a fiança (art. 627 CC), o aval de letra de câmbio e a garantia autónoma. Quanto a esta última, como refere o STJ, “A garantia bancária autónoma, à primeira solicitação ou *on first demand* cria uma situação jurídica por força da qual o garante, ao ser interpelado pelo credor (com ou sem justificação documental conforme acordado), terá de pagar a quantia garantida, sem discussão, isto é, sem poder contestar o pagamento do que lhe é exigido” – acórdão de 14.10.2014, proc. 04B2883 (Barros Araújo). Trata-se de um contrato atípico, celebrado ao abrigo da liberdade contratual. Entre os instrumentos internacionais da *lex mercatória*, é regulada da *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit* (Nova York, 1995). Sobre a figura vide FERRER CORREIA, «Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária», *Revista de Direito e Economia* VIII/2 (1982); ALMEIDA COSTA, PINTO MONTEIRO, «Garantias Bancárias - O contrato de garantia à primeira solicitação – Parecer», *Colectânea de Jurisprudência* XI (1986); GALVÃO TELLES, «Garantia Bancária Autónoma», *O Direito* 120/III-IV (1988).

²¹² No sentido de que a capacidade jurídica para prestar garantias no âmbito de relações de domínio ou de grupo valerá em princípio apenas em favor das dominadas ou subordinadas, mas ressaltando justamente o caso de a dominante ser um fornecedor imprescindível da matéria-prima da sociedade garante dependente, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 195-201. Sobre as sociedades coligadas e os grupos societários, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 571-616; ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, Coimbra, 2002.

²¹³ Acórdão do STJ de 28.05.2013, proc. 300/04.0TVPR-T-A.P1.S1 (Fernandes do Vale).

trabalhadores), e benefícios fiscais nos termos da lei²¹⁴. Ora, não são havidas como contrárias ao fim da sociedade e por isso são compreendidas na capacidade societária as liberalidades que possam ser consideradas *usuais, segundo as circunstâncias da época* (Natal, Páscoa, eventos especiais) e *as condições da própria sociedade* (art. 6/2). Assim, a sociedade não terá capacidade para praticar liberalidades se não conseguir saldar primeiro as suas dívidas para.

4.3. Capacidade e objeto social

Diferente da limitação da capacidade das sociedades é o problema da sua vinculação por atos fora do respetivo objeto. Esta pressupõe aquela, mas é de alcance mais reduzido. Um ato estranho ao objeto social, embora possa ser válido se servir o escopo lucrativo da sociedade, não a vincula, i.e., não produz efeitos em relação à sociedade. Nos termos da regra geral do abuso de representação, o negócio abusivamente celebrado por uma pessoa em nome de outra é ineficaz em relação a esta, se não for por ela ratificado e na medida em que a outra parte conhecesse ou devesse conhecer o abuso (art. 269 e 268/1 CC). Ora, a capacidade das sociedades não é limitada pelas cláusulas estatutárias e deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objeto ou lhe proibam a prática de certos atos, mas estas constituem os órgãos da sociedade no dever de não excederem esse objeto ou de não praticarem esses atos (art. 6/4). O objeto da sociedade analisa-se nas atividades que a sociedade se propõe exercer, devendo ser indicadas no pacto social (art. 11/2). Nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas, os gerentes ou administradores têm poderes suficientes para as vincularem por atos alheios ao objeto social, embora a sociedade possa opor a terceiros as limitações resultantes do objeto social provando que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o ato praticado não respeitava essa cláusula e se entretanto a sociedade o não assumiu, por deliberação expressa ou tácita dos sócios (arts. 260/1, 409). A publicidade legal dada ao estatuto não faz prova suficiente (art. 260/3), embora a firma já o possa fazer se indicar claramente o objeto. De igual modo, se o terceiro foi sócio ou gerente da sociedade, deve considerar-se que não podia ignorar o objeto social da sociedade.²¹⁵

Os membros da administração serão civilmente responsáveis perante a sociedade pela prática de atos que excedam o objeto social (arts. 6/4, 64, 72) e podem até ser destituídos com justa causa se tais atos consubstanciarem uma violação grave dos seus deveres (arts. 257, 403, 430).

4.4. Capacidade das empresas públicas societárias e das EPE.

Nas empresas públicas societárias, rege igualmente a limitação da capacidade pelo fim social, o qual, todavia, não é necessariamente o lucro ou apenas o lucro. Em contraste, nas EPE o objeto social não releva apenas para efeitos de vinculação da entidade e possível responsabilidade dos seus administradores, mas desde logo para delimitar a

²¹⁴ Ver os artigos 61 e seg. do Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo DL 215/89, de 1 de julho, com alterações várias.

²¹⁵ Vide SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra, 1998; ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas (Vinculação: objecto social e representação plural)*, Coimbra, 2000.

capacidade jurídica deste tipo de empresas públicas, já que “abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objeto” (art. 58/2 RJSPE). Assim, os atos praticados fora do objeto estarão feridos de invalidade e não apenas de ineficácia.

4.1.1. A aplicação do direito privado às empresas públicas nas suas relações com terceiros (por ex. trabalhadores, arrendamentos, direitos industriais).

A capacidade das empresas públicas não é necessariamente limitada pelo fim lucrativo e rege-se pelo princípio da atuação segundo o direito privado e a neutralidade competitiva. Apesar de pertencerem ou serem dominadas pelo Estado, as empresas públicas têm personalidade jurídica própria e nas relações com terceiros as “empresas públicas regem-se pelo direito privado” (art. 14/1 RJSPE). Assim, por ex., os trabalhadores das empresas públicas ficam sujeitos ao regime jurídico do contrato individual de trabalho²¹⁶, sem prejuízo da lei da contratação coletiva (art. 17 RJSPE)²¹⁷, aplicando-se-lhes apenas as regras do regime do contrato de trabalho em funções públicas²¹⁸ relativas a subsídio de refeição, ajudas de custo e transporte, trabalho suplementar e trabalho noturno (art. 18 RJSPE). Enquanto sujeitos de direito privado, as empresas públicas ficam sujeitas à competência dos tribunais comuns, a determinar segundo as regras da competência judiciária material (art. 23/2 RJSPE).

Por outro lado, as empresas públicas “desenvolvem a sua atividade nas mesmas condições e termos aplicáveis a qualquer empresa privada”, estando “sujeitas às regras gerais da concorrência, nacionais e de direito da União Europeia” (art. 15/1 RJSPE).²¹⁹ Em especial, para impedir que a relação entre as entidades públicas e as suas empresas não restrinja, falseie ou impede a aplicação das regras da concorrência, as empresas públicas ficam sujeitas ao “princípio da transparência, devendo a sua contabilidade ser organizada nos termos legais, e de forma que permita identificar claramente todos os fluxos financeiros, operacionais e económicos existentes entre elas e as entidades públicas titulares do respetivo capital social ou estatutário” (art. 16/1 RJSPE), sendo-lhes expressamente vedada “a realização de quaisquer despesas não documentadas” (art. 16/2 RJSPE)²²⁰.

²¹⁶ Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (alterado diversas vezes).

²¹⁷ E sem prejuízo de ser permitida a cedência de interesse público de “funcionários públicos” a empresa públicas e de funcionários destas a órgãos ou serviços públicos abrangidos pela Lei dos vínculos, carreiras e remunerações (Lei 12-A/2008, de 27 de fevereiro) e da comissão de serviço de trabalhadores entre empresas públicas (arts. 19 e 20).

²¹⁸ Lei 59/2008, de 11 de setembro (com alterações várias).

²¹⁹ Lei 19/2012, de 8 de maio (com alterações); artigos 101 e seguintes do TFUE. As empresas públicas que prestam serviços económicos de interesse geral estão igualmente sujeitas ao direito da concorrência, designadamente em matéria de controlo da concessão de auxílios públicos a empresas, incluindo indemnizações compensatórias pela prestação de serviços económicos de interesse geral (Lei 19/2012, art. 65). Na União Europeia, refira-se o acórdão *Altmark* de 24 de julho de 2003 (proc. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415), no qual o Tribunal de Justiça estabeleceu os critérios para excluir as ‘subvenções públicas’ da noção de auxílios públicos. Sobre o tema *vide* Comunicação da Comissão, *Enquadramento comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público*, JO C 297 de 29.11.2005, p. 4.

²²⁰ O artigo remete para o DL 148/2003, de 11 de julho (com diversas alterações). Este diploma transpõe a Diretiva da transparência financeira, entretanto revogada pela Diretiva 2006/111/CE da

4.1.2. Sujeição ao direito público (e aos tribunais administrativos) relativamente a atos praticados no exercício de poderes de autoridade do Estado

Os princípios da sujeição ao direito privado e da neutralidade competitiva não são absolutos. Para começar, podem ser fixadas legalmente normas excepcionais e temporárias sobre retribuição e valorização remuneratória dos titulares dos órgãos sociais e dos trabalhadores das empresas públicas (art. 14/2 RJSPE). Depois, as empresas públicas podem ser investidas, por diploma legal ou contrato de concessão, no exercício de poderes de autoridade do Estado (*ius imperii*), designadamente expropriação por utilidade pública, utilização, proteção e gestão de infraestruturas afetas ao serviço público, e licenciamento e concessão da utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer atividade nos terrenos, edificações e outras infraestruturas que lhe estejam afetas (art. 22 RJSPE).²²¹ Para efeitos de determinação dos tribunais competentes relativamente a atos praticados ou contratos celebrados no exercício desses poderes de autoridade, as empresas públicas são equiparadas a entidades administrativas, isto é, ficam sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos²²², regendo-se pelo Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo DL 18/08, de 29 de janeiro (diversas vezes alterado).²²³

4.1.3. Sujeição a orientações estratégicas do Governo e necessidade de autorização do titular da função acionista para certos atos, como garantias a favor de terceiros e, de um modo geral, operações de endividamento

As empresas públicas estão sujeitas a *orientações estratégicas* do Governo, o qual, no exercício da sua função política aprova diretrizes para o equilíbrio económico e financeiro do setor empresarial do Estado, e que são vinculantes para os respetivos gestores públicos (art. 24/1-4 RJSPE). Se as orientações tiverem impacto orçamental, aumentando a despesa ou diminuindo a despesa, ficam sujeitas a *autorização* dos ministros das Finanças e do respetivo setor de atividade (art. 24/5 RJSPE).

As orientações são vinculativas apenas quanto aos fins, gozando os gestores de autonomia na definição dos métodos, modelos e práticas de gestão concretamente aplicáveis ao desenvolvimento da respetiva atividade (art. 25/1 RJSPE). Mas certas operações dependem sempre de autorização do titular da função acionista, por ex. a prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de qualquer participação no seu capital social (art. 25/5 RJSPE).

Comissão de 16 de novembro 2006 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas.

²²¹ Sobre o exercício de poderes públicos por entidades privadas, PEDRO C. GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, 2005.

²²² Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro (diversas vezes alterado).

²²³ No mesmo sentido, o Estatuto do gestor Público estabelece que o exercício de poderes próprios da função administrativa atribuídos a empresa pública obedece aos princípios gerais de direito administrativo (art. 9). Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdão *Mannesmann*, de 15 de janeiro de 1998, proc. n.º C-44/96), as empresas públicas são organismos de direito público para efeitos do regime da contratação pública verificados certos requisitos cumulativos. Sobre o tema, vide BERNARDO AZEVEDO, *Empresas Públicas e Contratação Pública*, p. 170-1, 227.

As empresas públicas estão sujeitas ao princípio da transparência financeira (art. 16/1 RJSPE). Devem organizar a contabilidade nos termos legais, e de forma poder identificar-se claramente os fluxos financeiros, operacionais e económicos existentes entre elas e as entidades públicas titulares do respetivo capital social ou estatutário, nos termos do DL 148/2003, de julho (alterado diversas vezes), que transpõe a Diretiva da Transparência Financeira²²⁴. As despesas não documentadas são-lhes expressamente vedadas (art. 16/2).

As empresas públicas têm obrigações de divulgação de informações (art. 44/1) e de transparência perante o titular da função acionista (art. 45/1), incluindo a submissão de informação financeira anual a uma auditoria externa a realizar por auditor registado na Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (art. 45/2), devendo ser publicitadas nos sítios na Internet da empresa e da Unidade Técnica. O controlo financeiro das empresas públicas é reforçado, uma vez que estão ainda sujeitas à jurisdição e ao controlo do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças (art. 26). Além disso, as empresas públicas societárias em relação de grupo ficam sujeitas à consolidação de contas nos termos dos arts. 508-A a 508-F CSC (art. 13/4). Trata-se de elaborar um relatório consolidado de gestão incluindo diversos assuntos e de o sujeitar a exame e certificação ou parecer por um revisor oficial de contas e pelo órgão de fiscalização da sociedade; além disso, o relatório deve ser registado no registo comercial e disponibilizado no sítio da Internet.

As empresas públicas estão sujeitas à jurisdição e ao controlo do Tribunal de Contas e da IGF (art. 26). Desde logo ao nível da elaboração e aprovação do plano de atividade e orçamento, só podem endividar-se nos termos do RJSPE ou das normas a fixar para cada ano económico pelo titular da função acionista (art. 27).²²⁵ Visa-se com isto “impedir o avolumar de situações que contribuam para o aumento da dívida e do desequilíbrio das contas do setor público”, como se lê no preâmbulo.²²⁶

As empresas públicas não financeiras que façam parte da Administração Pública nos termos do sistema europeu de contas nacionais e regionais²²⁷ e as empresas sobre as quais aquelas exerçam influência dominante são expressamente proibidas de obterem novo financiamento junto de instituições de crédito, salvo instituições financeiras de carácter multilateral (art. 29/1)²²⁸. As segundas podem sem autorizadas pelo Ministro das Finanças a obter esse financiamento, tendo em conta a sua relação financeira com as

²²⁴ Substituída pela Diretiva 2006/111/CE da Comissão de 16 de novembro 2006 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas.

²²⁵ Estão sujeitas também ao princípio da unidade de tesouraria, no sentido de que devem manter as suas disponibilidades e aplicações junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública – IGC, EPE, que informa trimestralmente a DGTF sobre os respetivos montantes (art. 28).

²²⁶ As empresas públicas regem-se também pelo *princípio da unidade de tesouraria*, no sentido de que as empresas públicas não financeiras mantêm as suas aplicações e disponibilidades junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP EPE (art. 28), o qual reporta trimestralmente essa informação à DGTF (art. 28).

²²⁷ Regulamento (UE) 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia Texto relevante para efeitos do EEE

²²⁸ Por ex. Banco Mundial, BERD, BEI: <<http://www.ppa.pt/entidades-financiadoras/principais-entidades-financiadoras-multilaterais-2/>>

primeiras, as condições da sua atividade em mercado e as suas necessidades e condições de financiamento junto de instituições de crédito (art. 29/2).

Por outro lado, depende de autorização prévia da Direção-Geral do Tesouro e Finanças (DGTF), o financiamento junto de instituições de crédito por parte das restantes empresas públicas não financeiras que apresentem numa base anual capital próprio negativo (art. 29/4); as que apresentem capital próprio positivo podem, de forma direta e autónoma, negociar e contrair financiamento por prazo superior a um ano e operações de derivados financeiros sobre taxas de juro ou de câmbio, incluindo os chamados SWAP²²⁹ (art. 29/5). Em ambas as situações, é necessário parecer prévio favorável do IGCP, EPE que é vinculativo (art. 29/8). As empresas públicas não financeiras devem comunicar todas as operações de financiamento contratadas no prazo de 30 dias após a celebração dos contratos ao IGCP, que elabora um relatório trimestral sobre o endividamento dessas empresas e o remete à DGTF (art. 29/6-7).

Ainda em matéria de endividamento, é necessário o parecer favorável do conselho fiscal para que o conselho de administração possa obter financiamento ou praticar atos jurídicos dos quais resultem obrigações para a empresa superiores a 5% do ativo líquido, salvo se já tiverem sido aprovados nos respetivos planos de atividades e orçamento (art. 33/4).

5. Participações sociais e a “função acionista” nas empresas públicas societárias

O Estado, enquanto acionista exclusivo ou maioritário, é titular de uma participação que lhe confere a chamada “função acionista”. Para compreender em que consiste esta “função acionista”, estudemos, ainda que sucintamente, as participações sociais.

5.1. Noção, modalidades, espécies e valores das participações sociais.

A qualidade de sócio de uma sociedade é atribuída pela titularidade de uma participação social, que é o “feixe” de direitos e de obrigações do sócio, isto é, “o conjunto unitário de direitos e obrigações atuais e potenciais do sócio (enquanto tal)”²³⁰

²²⁹ Na síntese do acórdão do STJ de 29 de janeiro de 2015, proc. n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1 (Bettencourt de Faria), “O contrato de swap de taxas de juro (também denominado interest rate swap) é definível como um acordo de vontades mediante o qual as partes, por referência a um determinado prazo, acordam entre si no pagamento recíproco de quantias pecuniárias as quais são apuradas com base na aplicação de uma taxa de juro (fixa ou variável) a um montante nocional previamente fixado entre aquelas e que não é trocado entre ambas. [...] O contrato de swap é usualmente qualificado como sendo um contrato a prazo, oneroso, consensual, meramente obrigacional, sinalagmático (em sentido amplo) e encontra-se previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 2.º do CVM (em virtude da transposição da Diretiva n.º 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004) e, além do mais, nos pontos 5.210 e 5.211 do Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2013), sendo, por isso, tido como legalmente nominado e legalmente atípico.” Sobre este instrumento financeiro, com mais indicações, CALVÃO DA SILVA, «Swap de taxa de juro: a sua legalidade e autonomia e inaplicabilidade da exceção do jogo e aposta», *RLJ* 142/3979 (2013) 26.

²³⁰ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 203; sobre as participações sociais, *ibidem*, p. 203-412 (o “longo” cap. V), SOVERAL MARTINS, ELISABETE RAMOS, «As Participações Sociais», in *Estudos de Direito das Sociedades*, p. 113-150. Ver tb. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, cap. III, § 3; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 249-382; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 559-603, 661-684;

A posição societária sócio enquanto parte da sociedade diz-se *originária* quando obtida por entrada na sociedade no momento da sua constituição ou em aumento de capital. Diz-se *derivada* quando adquirida por transmissão *mortis causa* ou *inter vivos*.

São espécies de participações sociais as quotas nas sociedades por quotas, as ações nas sociedades anónimas e nas sociedades em comandita por ações, bem como as partes nas sociedades em nome coletivo. As ações são apenas nominativas (art. 52 CVM²³¹), ordinárias ou especiais (sendo privilegiadas – art. 392/2²³² – ou diminuídas – 346/4) ou ações preferenciais sem voto (341)²³³. As partes e as quotas são divisíveis (arts. 219 e 221), enquanto as ações são indivisíveis (276/4).

O valor das participações sociais pode ser: a) *nominal*, i.e., o valor atribuído nos estatutos [art. 9/1-g), não podendo em princípio ser inferior a € 1 nas sociedades por quotas (art. 219/3), e nas sociedades anónimas todas têm o mesmo valor nominal, que não pode ser inferior a um cêntimo (art. 276/3]; b) *de subscrição*, podendo ser igual ou superior ao valor nominal (emissões ao par ou por cima do par – arts. 25/1, 298); c) *contabilístico*, apurado por referência ao valor do património social; ou d) *comercial*, correspondendo à cotação das ações admitidas à negociação em bolsa (art. 225 CVM) ou ao preço de transação particular (determinado em função do património, do aviamento, da importância da participação estratégica no conjunto das participações, etc.).

5.2. Direitos dos sócios em geral (modalidades, direitos gerais e direitos especiais)

As participações sociais são um feixe de direitos e de obrigações dos sócios. São direitos dos sócios quinhão nos lucros, participar nas deliberações dos sócios, obter informações sobre a vida da sociedade, ser designado para os órgãos de administração e de fiscalização (art. 21)²³⁴. Além disso, o sócio tem direito de preferência nos aumentos de capital (arts. 266, 458)²³⁵, direito de exoneração verificadas em certas circunstâncias (ex. arts. 137, 161/5) e direito à quota de liquidação (art. 156), e goza de legitimidade para atuar judicialmente nomeadamente para impugnar deliberações anuláveis (art. 59), responsabilizar membros da administração (art. 77) ou destituir gerentes com justa causa (art. 257/4).

OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª ed. p. 266-48; PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2ª ed. Coimbra, 2014.

²³¹ As ações ao portador foram abolidas, nomeadamente para prevenir branqueamento de capitais etc.

²³² Sobre estas ações, vide PITTA E CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as ações privilegiadas*, Coimbra, 1993. Quiça devido ao famoso caso BES, o regime das ações preferenciais sem voto e da emissão de obrigações (arts. 341-372-B) foi alterado pela DL 26/2015, de 6 de fevereiro, “com o objetivo de promover alternativas ao financiamento bancário, nomeadamente alargando as opções de financiamento através de instrumentos híbridos de capital [...] na linha da credibilização do instrumento e da proteção do investidor”.

²³³ O termo ação é utilizado no CSC como fração do capital social (art. 271), participação social (art. 272-a), e documento ou título que incorpora a posição societária (arts. 27, 304). Sobre as diferentes categorias de ações e as obrigações, ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 493-568.

²³⁴ É o direito de não ser excluído da possibilidade de ser designado para esses órgãos, podendo propor-se ou ser proposto a tal designação, e a ser designado se a proposta obtiver os votos necessários.

²³⁵ Sobre o tema, PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito de preferência dos sócios em aumento de capital nas sociedades por quotas e anónimas*, Coimbra, 1993.

No “feixe de direitos vários, de vária natureza e conteúdo”²³⁶, incluem-se *direitos de participação* nos órgãos societários, os *direitos patrimoniais* (quinhão nos lucros e na quota de liquidação, preferência) e os *direitos de controlo* (informação, ação judicial). Pela sua titularidade, distinguem-se *direitos gerais* e *direitos especiais*. Os primeiros pertencem, em regra, a todos os sócios da mesma sociedade (arts. 22/1, 288/1, 291/1, 341). Os segundos devem ser atribuídos mediante estipulação do contrato social a favor de algum sócio ou titular de categoria de ações, não podendo em princípio ser suprimidos ou coartados sem o consentimento do respetivo titular, sob pena de ineficácia, e seguem a respetiva participação social em caso de transmissão, exceto os de natureza não patrimonial nas sociedades por quotas, como o direito à gerência (art. 24). São exemplos de direitos especiais a participação nos lucros em proporção superior à participação no capital (arts. 22, 302/1), a desnecessidade de consentimento da sociedade para cessão de quota²³⁷ (arts. 228/2, 229/2), o voto duplo na sociedades por quotas (art. 250/2); o direito de designação de gerente (art. 83/1); e o direito especial à gerência (art. 257/3)²³⁸. Os direitos especiais podem ser atribuídos a todos os sócios salvo se a lei o proibir; não se confundem com as vantagens especiais concedidas a sócios pelo seu papel na fundação da sociedade (arts. 16, 19/4). O princípio da igualdade de tratamento dos sócios (*e.g.* arts. 213/4 e 344/2) não proíbe a atribuição de direitos especiais.

5.3. Direito de participar nas deliberações sociais.

Os sócios têm o direito de participar nas deliberações sociais (art. 21/1), contribuindo para a formação da vontade da sociedade. As deliberações sociais só podem ser tomadas por alguma das formas admitidas por lei para cada tipo de sociedade (art. 53/1 *numerus clausus*), a saber (arts. 54, 247/, 373/1, 472/1): em *assembleia-geral convocada*; em *assembleia universal*; *deliberações unânimes por escrito* (como em livro de atas); *deliberações por voto escrito*, salvo nas sociedades anónimas e S.C. (diferente do voto por correspondência – art. 22/1 CVM e art. 384/9). Salvo disposição em contrário prevista no contrato de sociedade, as AG podem ser efetuadas através de meios telemáticos, devendo a sociedade assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações, e procedendo ao registo do seu conteúdo e dos respetivos intervenientes (art. 377/6-b).

A participação plena nas deliberações significa que o sócio pode estar presente nas assembleias, diretamente ou mediante representante, discutindo os assuntos da ordem de

²³⁶ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, p. 349.

²³⁷ De outro modo, a cessão seria ineficaz perante a sociedade, *i.e.*, como decidiu o STJ no acórdão de 20 de setembro de 2012, proc. 3716/10.0TBVFR.P1.S1 (Silva Gonçalves): “*Enquanto a sociedade se não manifestar pela sua anuência à cessão de quotas, tudo se passa como se as quotas cedidas se configurem na titularidade dos cedentes, prosseguindo a actividade da sociedade neste contexto de dinâmica empresarial e sendo irrelevante para este efeito os contornos patrimoniais que esta cedência patrocinou*”. Por outro lado, no sentido de que a cessão de quotas “*se integra num contrato translativo, como, por ex., numa venda, permuta ou doação*”, sendo-lhe aplicáveis, nessa medida, os respectivos regimes legais, nomeadamente, em caso de compra e venda, o art. 913/1 do Código Civil, ver o acórdão do STJ de 07.01.2010, proc. 3269/04.8TBVFX.L1.S1 (Oliveira Vasconcelos).

²³⁸ A Lei-Quadro das Privatizações (Lei 11/90) atribuía direito de veto em ações privilegiadas nas SA resultantes de privatizações (art. 15/3). Todavia, esta norma foi revogada pela Lei 50/11.

trabalhos e outros assuntos que possam ser admitidos a deliberação, solicitar informações aos órgãos sociais, ser consultado quanto à tomada de deliberações por voto de escrito, e votar as propostas apresentadas a votação.

Rege o princípio capitalístico ou proporcional nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas, admitindo-se, porém, desvios por via estatutária, tais como o voto duplo e o limite de votos por acionista (arts. 250, 384, estabelecendo o mínimo de um voto por cada € 1000 de capital). Em caso de *conflito de interesses* entre o sócio e a sociedade relativamente à situação objeto de deliberação, o sócio encontra-se impedido de exercer o seu direito de voto (arts. 251, 384/6). Nas sociedades por quotas o *impedimento de voto* é ilustrado mediante um catálogo exemplificativo de situações de conflito de interesse, tais como liberação de uma obrigação do sócio, exclusão do sócio, prestação de consentimento para exercício de atividade concorrente pelo sócio-gerente, destituição da gerência por justa causa, qualquer relação entre o sócio e a sociedade estranha ao contrato social. Nas sociedades anónimas a lei estabelece uma lista de causas de impedimento de voto (art. 384/6), mas também não impede a aplicação analógica das situações previstas para as sociedades por quotas (por ex., autorização para exercício de atividade concorrente).²³⁹

Se o sócio votar apesar do impedimento de voto, esse voto é nulo (a proibição é imperativa) não devendo ser computado. Encontra-se por isso a deliberação ferida de *vício de procedimento*, que gera anulabilidade, podendo o órgão de fiscalização ou qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento impugnar a respetiva deliberação (arts. 58/1-a, 59/1-2 CSC; art. 176/2 CC). Se, todavia, a deliberação fosse aprovada mesmo sem o voto inválido, então prevalece a validade da deliberação, no chamado “teste de resistência” (art. 58/1-b, *in fine*, CSC).

5.4. Direito à informação

Todo o sócio tem direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei (arts. 21/1-c, 214-216, 288-292) e do contrato social²⁴⁰. O direito à informação pode ser regulamentado nos estatutos sociais dentro de certos limites, designadamente não impedindo o seu exercício efetivo (214). Distinguem-se três modos do direito à informação.²⁴¹

O direito à informação em sentido estrito, que consiste em fazer oralmente ou por escrito perguntas aos órgãos e obter respostas verdadeiras, completas e elucidativas sobre a gestão da sociedade ou assuntos sociais, incluindo sobre negócios da sociedade ou sobre a atuação dos membros dos órgãos, mormente da administração (arts. 214/1, 291/1). Nas sociedades anónimas o direito de fazer perguntas por escrito e obter respostas por escrito da administração é limitado aos acionistas cujas ações atinjam 10% do capital social. Em AG qualquer sócio pode solicitar oralmente a prestação de informações ao presidente da assembleia-geral.

²³⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 238.

²⁴⁰ Sobre este direito ver tb. PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, Coimbra, 1998.

²⁴¹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 245-54.

O direito de consulta pessoal dos livros de escrituração e de outros documentos sociais e o direito de os reproduzir nos termos do 576 CC. Nas sociedades anónimas o regime é mais restritivo, já que nem todos os documentos são consultáveis, sendo além disso limitado a sócios que tenham ações correspondentes a pelo menos 1% do capital social e aleguem motivo justificado para o efeito (arts. 288, 289). Não obstante, muitos documentos destas sociedades têm que ser publicados, máxime nas sociedades cotadas em bolsa, sendo por isso consultáveis por qualquer interessado, incluindo os acionistas, independentemente do valor das respetivas participações.

O direito de inspeção ou vistoria dos bens sociais (art. 214). Não está previsto para as sociedades anónimas, embora possa ser estatutariamente consagrado.

Nos termos do art. 290, a recusa da informação pedida em AG só é lícita quando a prestação da mesma puder, em termos de forte probabilidade, ocasionar grave prejuízo à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada (1) ou violação de segredo imposto por lei (2). O segredo imposto por lei consiste, por ex., em segredo de Estado ou em várias espécies de segredo profissional, como segredo bancário sobre o nome ou as contas de depósito dos clientes do banco (art. 78 RGIC), ou informação privilegiada (art. 378 CVM e art. 449 CSC), para além de saber fazer confidencial protegido como segredo comercial nos termos do CPI (por ex., algoritmos de programação tão preciosos no setor da informática).

O segredo é a alma do negócio. Todavia, fora da assembleia-geral, a informação só pode ser recusada pelos gerentes quando for de recear que o sócio a utilize para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta (por ex., quando sócio exerce atividade concorrente com a sociedade e pretende consultar as listas de clientes, condições de pagamento) e, bem assim, quando a prestação ocasionar violação de segredo imposto por lei no interesse de terceiro, como dados pessoais tratados licitamente pela empresa (art. 215/1). Nas sociedades anónimas nunca é lícito recusar o acesso aos documentos previstos no art. 289, sendo ainda prevista norma semelhante à das sociedades por quotas (art. 291)²⁴². Por ex., no acórdão de 24 de abril de 2014, proc. 287/12.6TBAMR.G1.S1 (Oliveira Vasconcelos), o STJ considerou “ilícita a recusa por parte de uma sociedade anónima em prestar informações sobre assuntos sociais pedidas por um acionista titular de pelo mesmo 10% do capital social, pedidas com a invocação que as mesmas se destinavam a apurar responsabilidades dos membros do órgão de administração se a sociedade não lograr provar que não era esse o fim visado pelo sócio”.

São anuláveis as deliberações tomadas em AG no caso de recusa injustificada de informações ou se determinadas informações não forem previamente disponibilizadas aos

²⁴² Julgando “ilícita a recusa por parte de uma sociedade anónima em prestar informações sobre assuntos sociais pedidas por um acionista titular de pelo mesmo 10% do capital social, pedidas com a invocação que as mesmas se destinavam a apurar responsabilidades dos membros do órgão de administração se a sociedade não lograr provar que não era esse o fim visado pelo sócio”, acórdão do STJ de 24.04.2014, proc. 287/12.6TBAMR.G1.S1 (Oliveira Vasconcelos).

sócios para consulta (arts. 214/2-5, 263/1, 289, 290/3), sobretudo por não ter sido proporcionada a consulta de documentos sociais (art. 58/1-a-b/4). A recusa ilícita por parte dos gerentes ou administradores fá-los incorrer em responsabilidade civil (arts. 72 seg., 79), e penal (arts. 518 e 519). Além disso, não cumprindo o dever de a prestar, poderão ser destituídos com justa causa (art. 257). O sócio a quem tenha sido ilicitamente recusada a informação pode requerer o inquérito judicial (arts. 216/1, 292; arts. 1048 seg. CPC). Ao mesmo tempo, se o sócio utilizar as informações de modo a causar injustamente prejuízo à sociedade ou a outros sócios responde nos termos gerais por esses prejuízos e fica sujeito a exclusão (art. 214/6; a exclusão não está expressamente prevista nas sociedades anónimas no art. 291/6, mas parece-nos que o silêncio da lei não significa afastamento desse remédio).

De notar ainda que os administradores-sócios, enquanto tais (não enquanto sócios), têm direito à informação, não apenas por poderem exigir dos restantes membros dos órgãos sociais qualquer informação respeitante à sociedade, mas também por poderem aceder diretamente a ela ou às suas fontes. Por ex., podem consultar livremente os documentos sociais, entrar nas instalações da sociedade, auscultar trabalhadores e prestadores de serviços, participar nas deliberações dos órgãos, e intervir nos negócios sociais. Todavia, quando admitidos a exercer atividade concorrente, o acesso à informação sensível poderá ficar condicionado.

5.5. Direito aos lucros e constituição de reservas

Os sócios têm o direito de quinhão nos lucros²⁴³ (art. 21/1-a e 22/3). Em princípio, participam nos lucros segundo a proporção dos valores das respetivas participações no capital; admite-se, porém, preceito especial ou convenção em contrário à regra da proporcionalidade (art. 22). Em todo o caso, não é permitido atribuir aos sócios o direito de receberem juros ou outra importância do seu capital (art. 21/2), nem a divisão de lucros pode ser deixada ao critério do tesoureiro (art. 22/4).

A distribuição de lucros deve ser, em princípio, objeto de deliberação dos sócios, mas não podem ser distribuídos os lucros do exercício necessários para cobrir prejuízos transitados ou para formar ou reconstituir reservas legais ou estatutárias (art. 33/1). As reservas legais são obrigatórias nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. São constituídas por uma percentagem nunca inferior à 20.^a parte dos lucros da sociedade até perfazer, pelo menos, € 2500 nas sociedades por quotas ou a 5.^a parte do capital social nas sociedades anónimas (arts. 218, 295 e 296). Por outro lado, em princípio não podem ser distribuídos lucros enquanto as despesas de constituição, de investigação e de desenvolvimento não estiverem completamente amortizadas, não havendo sequer lucros distribuíveis se o capital próprio da sociedade, incluindo o resultado líquido do exercício, tal como resulta das contas elaboradas e aprovadas nos termos legais, for inferior à soma

²⁴³ Sobre o direito aos lucros COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 428 ss; LOBO XAVIER, ÂNGELA COELHO, «Lucro obtido no exercício, lucro de balanço e lucro distribuível», *Revista Direito e Economia* XVIII (1992); CASSIANO DOS SANTOS, *A posição do accionista face aos lucros de balanço (O direito do accionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra, 1996; FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas nas Sociedades Anónimas*, Coimbra, 2011.

do capital social e das reservas que a lei ou o contrato não permitem distribuir aos sócios ou se se tornar inferior a esta soma em consequência da distribuição (art. 32/1-2).

Existindo lucros de exercício passíveis de distribuição, os sócios das sociedades por quotas ou os acionistas das sociedades anónimas têm direito a, pelo menos, metade desses lucros, “salvo diferente cláusula contratual ou deliberação tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social em assembleia geral para o efeito convocada” (arts. 217/1 e 294/1). Uma deliberação de não distribuição de lucros distribuíveis tomada por maioria simples será inválida por vício de procedimento (ausência da maioria exigida) e por vício de conteúdo (violação do direito aos lucros). A invalidade em causa é do tipo das anulabilidades uma vez que a lei não estabelece a nulidade para esse vício de procedimento e o direito dos sócios em crise é relativamente disponível.

5.6. Obrigações dos sócios

Ao constituírem ou entrarem em sociedade os sócios assumem diversas obrigações, designadamente as obrigações de realizar a entrada, sujeitar-se a perdas e respeitar o interesse social, a lei e os estatutos sob pena de exclusão (arts. 241). Podem ainda ser estabelecidas pelo estatuto ou por deliberação social certas obrigações especiais, como a responsabilidade perante credores sociais e a assunção de obrigações acessórias e/ou de prestações suplementares (arts. 209-210, 287), incluindo a *obrigação de suprimentos*²⁴⁴ (arts. 243-244).

5.6.1. Realizar a entrada

Quanto à *obrigação de entrada*, de acordo com o art. 20/1-a, as entradas podem ser realizadas em *dinheiro*, em *espécie* (por ex., bens móveis e imóveis, estabelecimento comercial, marcas, patentes, créditos, participações sociais, tanto a título real como obrigacional) ou, para sócios de responsabilidade ilimitada, em *indústria* (arts. 202/1, 277/1, 468). O capital social não pode ser inferior ao valor nominal das participações sociais (art. 25/1). Mas os valores das entradas podem ser superiores (por ex. art. 295/2-a).

As entradas fundadas em espécie devem ser objeto de relatório de avaliação por um ROC, sem interesses na sociedade, designado por deliberação social na qual estão impedidos de votar os sócios que efetuam as entradas (art. 28/3). Existindo erro na avaliação, o sócio responde pela diferença até ao valor nominal da sua participação (art. 25/2).

A entrada deve ser realizada até ao momento da celebração do contrato de sociedade, salvo entradas em dinheiro cuja realização possa ser estatutariamente diferida (art. 26), tal como sucede nas sociedades por quotas (art. 202 – permite o diferimento de metade, se o capital social mínimo estiver perfeito e pelo prazo máximo de 5 anos) e nas sociedades anónimas (art. 277 – diferimento de 70% do valor nominal das ações até 5 anos; na ausência de prazo estatutário, ver art. 777/1 CC). As entradas em dinheiro devem ser

²⁴⁴ Sobre o tema, A. MOTA PINTO, *Do contrato de suprimento (O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio)*, Coimbra, 2002. Para um caso julgado envolvendo o contrato de suprimento, vide acórdão do STJ de 26.11.2014, proc. 282/04.9TB AVR.C2.S1 (Tavares de Paiva).

depositadas em instituição de crédito numa conta aberta em nome da sociedade (arts. 202/3, 277/3).

5.6.2. Dever de lealdade e de respeito pelo interesse social

O *dever de lealdade* significa que os sócios não devem atuar de modo incompatível com o interesse social ou com interesses de outros sócios relacionados com a sociedade²⁴⁵. Funda-se no princípio da boa-fé, em sentido objetivo, tendo em conta a natureza da sociedade enquanto instrumento para a prossecução de determinado fim ou a satisfação de interesses sociais. Exemplos de normas que consagram implicitamente este dever são a proibição de deliberações abusivas (art. 58/1-b), a responsabilidade solidária pelo sócio com direito de designação de administrador/fiscalizador (art. 83), a responsabilidade por utilização da informação (arts. 241/6, 291/6), a exclusão de “quotista” por comportamento desleal (art. 242/1), o impedimento de voto por conflito de interesses (arts. 251, 384/6), as ofensas ao crédito e ao bom nome da sociedade (ver art. 484 CC).²⁴⁶

Na definição de *interesse social* debatem-se sobretudo duas teorias: a *teoria contratualista* e a *teoria institucionalista*.²⁴⁷ A conceção contratualista caracteriza o interesse social como interesse dos sócios enquanto tais. Está consagrado em normas legais relativas ao relacionamento dos sócios com a sociedade que tutelam os interesses dos sócios enquanto tais (e.g. arts. 58/1-b, 214/6, 251, 291/6). A constituição da sociedade visa um *interesse comum* que corresponde ao escopo lucrativo, embora na sua prossecução os sócios muitas vezes divirjam quanto aos meios. Em caso de conflito, é a maioria em votos (*princípio maioritário*) que decide, em princípio, o conteúdo do interesse social. As chamadas deliberações abusivas não afastarão esse princípio uma vez que assentam em votos indevidamente computados, por abusivos, e por isso são feridas de anulabilidade por vício de procedimento. Passando no teste de resistência, a deliberação é válida não obstante os votos abusivos. O interesse comum, no sentido da maximização do lucro enquanto a sociedade se mantiver e sem perder de vista o lucro final, evidencia-se antes em normas imperativas como as que proíbem, por ex., os pactos leoninos ou que impõem a constituição de reservas. O mesmo vale para normas dispositivas que exigem maiorias qualificadas, como sejam as deliberações que afetam o “casco” da sociedade (aumento de capital, fusões, etc.) ou as que incidem sobre a distribuição de lucros.

Quanto ao relacionamento da sociedade com terceiros, já a perspetiva institucionalista parece influenciar o critério da atuação dos administradores estabelecido no art. 64, nos termos do qual compete-lhes observar “*deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos*

²⁴⁵ Na literatura, recorde-se o romance satírico “Alves & C.^{as}”, no qual EÇA DE QUEIROZ mostra como a lealdade entre sócios de comércio pode até sobrepor-se a outras fidelidades, nomeadamente as conjugais...

²⁴⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 294-301 (ressalvando, todavia, que, sobretudo em sociedades com “forte estrutura personalística”, a satisfação do interesse social pode coincidir com a satisfação do interesse particular do sócio).

²⁴⁷ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 275-292. Ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 63-74.

outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores". Ou seja, a atuação dos administradores, pese embora servir em primeira linha os interesses dos sócios, enquanto tais, não deve reger-se estritamente por critérios de rentabilidade de curto prazo, antes deve ter como linha de horizonte a sustentabilidade da empresa a médio e longo prazo, considerando também os interesses de outros sujeitos, como trabalhadores, clientes e credores. Todavia, mesmo aí, o interesse social preponderante é, em última análise, o interesse dos sócios, apenas cedendo face à violação de normas imperativas (por ex. leis fiscais, direito da concorrência, proteção de dados pessoais) ou em estado de insolvência.

O *abuso de minoria* é apontado como um caso de violação do dever de lealdade, no sentido de o interesse social poder impor o voto em certo sentido a um sócio minoritário com poder para impedir certas deliberações, nomeadamente em situações de aumento de capital necessário e adequado à sobrevivência da sociedade²⁴⁸. O interesse social prevalece aqui sobre o interesse individual do sócio em não sofrer redução do seu poder societário. De todo o modo, o sócio minoritário poderá ter que indemnizar a sociedade e/ou ser excluído (art. 242), equacionando-se a possibilidade de ser condenado judicialmente a votar a favor da proposta de alteração estatutária, o que, todavia, parece contrariar a natureza do direito de voto.

O interesse social não se confunde com a chamada responsabilidade social das empresas, que se prende com valores extra societários (por ex. emprego, ambiente, consumidores) e não apenas dos sócios enquanto tais. Todavia, isso não significa que o direito societário possa acantonar-se como se fosse um gueto do sistema jurídico. Como refere o STJ: "*O acautelamento do interesse social não se confina apenas ao interesse societário tout court, ou seja, a uma atividade que vise lucros. A eticização do direito e da vida societária impõem uma atuação honesta, criteriosa e transparente compaginável com a tutela de terceiros que possam ser prejudicados pela atuação do ente societário através da atuação de quem delinea a sua estratégia e é responsável pela atuação da sociedade, o que convoca os princípios da atuação de boa-fé, da confiança e a da proibição do abuso do direito*".²⁴⁹

5.7. Vicissitudes.

5.7.1. Transmissão inter vivos e mortis causa das participações sociais

Nas sociedades por quotas, salvo previsão estatutária diversa, as quotas transmitem-se *mortis causa* para os sucessores dos sócios nos termos do direito comum das sucessões (art. 225). Caso não se transmita, deve a sociedade amortizá-las, adquiri-las ou fazê-las adquirir por sócio ou terceiro no prazo de 90 dias subsequentes ao conhecimento pela gerência da morte do sócio, sob pena de continuar nos sucessores. A contrapartida pela amortização da quota corresponderá ao seu valor de liquidação (art. 235). O pacto social

²⁴⁸ COUTINHO DE ABREU, *Direito comercial*, vol. II, p. 302-8, e «Abusos de Minoria», *Problemas do Direito das Sociedades*, Coimbra, 2002; COSTA BRANCO, *O abuso do direito da minoria societária*, Coimbra, 2014.

²⁴⁹ Acórdão de 30.09.2014, proc. 1195/08.0TYLSB,L1.S1 (Fonseca Ramos).

pode em alternativa atribuir aos sucessores o direito de exigir a amortização da quota (mediante declaração por escrito à sociedade no prazo de 90 dias) ou condicionar por algum modo o seu destino à vontade dos sucessores (art. 226). Recebida a declaração, a sociedade deve amortizar a quota, adquiri-la ou fazê-la adquirir, sob pena de os sucessores requererem a dissolução da sociedade por via administrativa (art. 226/2).

A transmissão de quotas entre vivos (art. 228) pode ser *voluntária* (cessão) ou *involuntária* (como venda e adjudicação judiciais – art. 239). É ineficaz para com a sociedade enquanto esta não a consentir, salvo cessão entre cônjuges, ascendentes e descendentes ou sócios (art. 228/2); porém, a validade desta cessão deve respeitar as normas do direito civil (e. g. arts. 877, 1762 CC). Além do consentimento, quando exigido, a cessão só é eficaz quando comunicada por escrito à sociedade ou por ela reconhecida (art. 228/3) e solicitada promoção do seu registo (art. 242-A). O contrato social pode proibir a cessão de quotas e dispensar ou exigir o consentimento da sociedade para todas ou algumas das cessões referidas no art. 228/2 (ver art. 229).

Por seu turno, nas sociedades anónimas, as ações tituladas transmitem-se por declaração de transmissão escrita no título a favor do transmissário e registo junto do emitente ou do intermediário financeiro que o represente (art. 102/1 CVM), e as ações escriturais transmitem-se pelo registo na conta do adquirente (art. 80/1 CVM). A transmissibilidade das ações não pode ser excluída pelo pacto (art. 328/1), mas a transmissão de ação nominativa pode ser estatutariamente limitada de três modos, que servem para “blindar” a sociedade: *consentimento da sociedade* (prestado por deliberação da AG ou se estatutariamente previsto pela Administração nos termos no art. 329) recusável com fundamento em qualquer interesse relevante seu (em transmissões *inter vivos* ou *mortis causa*); verificação de determinados requisitos subjetivos ou objetivos conformes com o interesse social (por ex. para impedir os concorrentes de entrarem na sociedade); direito de preferência dos outros acionistas e as condições do respetivo exercício (art. 328/2).

De modo a que futuros titulares das ações possam conhecer os limites estatutários à sua transmissão, devem os mesmos serem transcritos nos títulos ou nas contas de registo das ações, sob pena de inoponibilidade a terceiros de boa-fé (art. 328/4; sobre o exercício dos direitos, v. arts. 55, 83, 104/2 CVM). Cumpridos os requisitos formais, a cláusula de preferência tem eficácia *erga omnes*²⁵⁰. A introdução de limites à transmissão das ações pode fazer-se mediante alteração estatutária, mas carece de consentimento do titular da respetiva categoria de ações para ser eficaz contra ele; já não assim para a extinção ou diminuição desses limites (art. 328/3)²⁵¹.

5.7.2. Amortização de participações sociais

²⁵⁰ No acórdão de 12 de setembro de 2013, proc. 388/04.4TYLSB.L1.S1 (Sérgio Poças), o STJ decidiu que, para ter eficácia real, o direito de preferência convencional deve preencher “três requisitos cumulativos: que a eficácia real tenha sido convencionalizada por declaração expressa; que o direito de preferência respeite a bens imóveis ou a bens móveis sujeitos a registo; que esse direito de preferência tenha sido registado, nos termos da respetiva legislação”.

²⁵¹ Sobre o tema, SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do Contrato de Sociedade que Limitam a Transmissibilidade das Ações*, Coimbra, 2006.

Nas sociedades por quotas, a amortização de participações sociais significa que a quota é extinta mediante deliberação social. Pode ser compulsiva (com fundamento em facto legal ou estatutariamente previsto no momento da aquisição da quota ou aí inserido por deliberação unânime) ou consentida pelo sócio (na deliberação ou em documento anterior ou posterior a esta), mas exige (1) previsão legal ou estatutária, (2) liberação plena da quota, e (3), à data da deliberação, valor do património social líquido, depois de subtraído o montante da contrapartida da amortização, igual ou superior ao valor do capital somado ao da reserva legal, salvo se houver simultaneamente redução do capital. A contrapartida da amortização corresponde, salvo previsão estatutária ou acordo das partes, ao valor de liquidação da quota. A deliberação de amortização que não cumpra os referidos requisitos é nula (art. 56/1-d), salvo se for exigido consentimento do sócio, sendo então ineficaz (art. 55). A amortização válida e eficazmente deliberada torna-se eficaz relativamente ao titular da quota mediante comunicação feita ao mesmo pela gerência (art. 234/1).

Nas sociedades anónimas, a amortização de ações pode realizar-se através do reembolso ou da extinção das ações amortizadas. No primeiro caso, não ocorre redução do capital nem extinção das ações. Os sócios recebem o valor nominal de cada ação ou parte dele. Não carece de autorização estatutária, mas exige deliberação pela maioria exigida para alteração estatutária (arts. 346/1, 386/3-4). Por seu turno, a amortização por via de extinção deverá ser estatutariamente autorizada ou imposta definindo concretamente os factos que a fundamentam antes da subscrição das ações (art. 347).

5.7.3. Exoneração e exclusão de sócios (proibição da denúncia *ad nutum*)

A exoneração consiste na saída ou desvinculação voluntária do sócio da sociedade, com justificação legal ou estatutária (art. 240).²⁵² Um fundamento legal de exoneração é a entrada por erro, dolo, coação ou usura em sociedade definitivamente registada (art. 45/1).

Nas sociedades por quotas, a lei atribui o direito de exoneração se a quota estiver inteiramente liberada, nomeadamente em situações de: aumento de capital a subscrever total ou parcialmente por terceiros, mudança de objeto social, prorrogação da sociedade, não exclusão de sócio havendo justa causa para o efeito, proibição estatutária de cessão de quotas uma vez decorridos 10 anos sobre o ingresso na sociedade (art. 229/1). São permitidas todas as causas estatutárias de exoneração, incluindo uma previsão geral de justa causa judicialmente sindicável, com o limite de não se admitir a exoneração por vontade arbitrária do sócio (art. 240/8).

Como fundamentos estatutários possíveis refere a lei deliberações de fusão, cisão, e transformação contra as quais o sócio tenha votado contra (arts. 105, 137). O sócio deve comunicar a intenção de se exonerar à sociedade por escrito e no prazo de 90 dias do conhecimento do facto que justifica a exoneração. Recebida a comunicação, tem a sociedade 30 dias para amortizar, adquirir ou fazer adquirir por outro sócio ou terceiro a

²⁵² COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, vol. II, p. 394. Sobre a exoneração dos sócios ver também ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, Coimbra, 2014; SOUSA BOTELHO, *O Direito de Exoneração do Acionista Minoritário (A saída da sociedade aberta após a transferência)*, Coimbra, 2015.

quota do sócio exonerando. A exoneração efetiva-se quando a participação for amortizada-extinta ou adquirida por outrem.

Nas sociedades anónimas, rege o princípio da livre transmissibilidade das ações. Não obstante, além dos casos previstos nas disposições gerais, a exoneração pode ser judicialmente atribuída em casos, nomeadamente, de fusão, cisão ou transformação, e, em princípio, poderá ser estatutariamente previsto para outras situações, dentro dos limites decorrentes de normas imperativas.

Por seu turno, a *exclusão de sócios* significa o fim da relação do sócio, enquanto tal, com a sociedade apenas por vontade desta²⁵³. Por isso a exclusão não pode ser arbitrária, devendo ter fundamento na lei ou em cláusula estatutária. Nas sociedades por quotas são previstas algumas causas legais específicas, como a não realização da entrada (art. 204 – o chamado sócio remisso)²⁵⁴, o não cumprimento de prestação suplementar (art. 212) ou a utilização de informações obtidas de modo a prejudicar injustamente a sociedade ou outros sócios (arts. 214/6 e 291/4-b).

Além disso, é prevista uma cláusula geral de exclusão por decisão judicial: o comportamento desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade e causador atual ou potencial de prejuízos relevantes (art. 242/1). Servem de exemplo o aproveitamento em benefício próprio de oportunidades de negócio, a difusão de opiniões prejudiciais à sociedade, a apropriação ilícita de bens ou a utilização em proveito próprio do património social, a revelação de segredos de organização empresarial e atos de concorrência desleal contra a sociedade, ou a provocação de conflitos entre sócios.

Como causas de exclusão estatutárias podem ser previstas situações relativas à pessoa (por ex. insolvência do sócio declarada judicialmente, alcoolismo, senilidade) ou aos comportamentos do sócio, inclusive os descritos no art. 242/1. De todo o modo, a exclusão do sócio não pode ficar à livre discricionariedade da sociedade, sendo proibidas as cláusulas de exclusão *ad nutum*. Para as sociedades anónimas, são de admitir as cláusulas estatutárias de exclusão de acionistas e, apesar de a referida cláusula geral de exclusão de sócios de sociedades por quotas não contemplar expressamente as sociedades anónimas, a maioria da doutrina defende a sua aplicação, por analogia, à exclusão de acionistas.²⁵⁵

²⁵³ Ver, por todos, AVELÃS NUNES, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1968.

²⁵⁴ No sentido de que a “*falta de cumprimento da obrigação de entrada pelo sócio remisso constitui uma cláusula de exclusão legal, especificamente, enunciada, e não contratual, que opera, validamente, por deliberação dos sócios, sem necessidade do instrumento da sentença judicial, não obstante tratar-se de uma sociedade por quotas constituída por dois sócios, um dos quais propôs uma ação contra o outro*” – acórdão do STJ de 20.10.2010, proc. 2703/05.4TBMGR.C1.S1 (Hélder Roque).

²⁵⁵ COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, p. 416, com indicações.

6. Deliberações sociais²⁵⁶

6.1. Matérias da competência dos sócios

A lei atribui aos sócios competência para deliberar sobre determinados atos, tais como, nas sociedades por quotas, amortização de quotas, exclusão de sócios, destituição de gerentes, aprovação do relatório de gestão e das contas do exercício, atribuição de lucros, alteração do contrato de sociedade (art. 246/1). Outros atos, como a designação de gerentes, a alienação ou oneração de bens imóveis, a alienação, a oneração e a locação de estabelecimento competem igualmente a deliberação dos sócios, embora seja permitida a atribuição estatutária dessa competência à gerência (art. 246/2).

Nas sociedades anónimas, compete aos sócios deliberar sobre as matérias que lhes são atribuídas pela lei ou pelo contrato, e ainda sobre matérias não atribuídas aos outros órgãos, salvo matérias de gestão que só podem tratar a pedido do órgão de administração (art. 373/2-3). Exemplos de atribuições legais da coletividade dos sócios são a atribuição de lucros (art. 294), a alienação de ações próprias (art. 320/1), amortização de ações (art. 346), a emissão de obrigações convertíveis em ações ou noutros valores mobiliários (art. 365).

6.2. Modos de deliberação

Quanto aos modos de deliberação, as deliberações podem ser tomadas em assembleia geral (regularmente) convocada, em assembleia universal, ou na forma de deliberações unânimes por escrito ou, quando permitidas, por voto escrito. As deliberações podem ter vicissitudes que afetam a sua eficácia ou a sua validade. Distinguem-se *vícios de conteúdo* e *vícios de procedimento*, e a invalidade pode ser do tipo das nulidades ou das anulabilidades. Em certos casos, a deliberação é apenas ineficaz.

6.3. Deliberações ineficazes

Sem o consentimento do sócio legalmente exigido, as deliberações são absolutamente ineficazes (art. 55)²⁵⁷. É o que sucede, por ex., na supressão de direitos especiais, como o direito à gerência (art. 24) ou no aumento de obrigações estatutárias especiais, sejam obrigações acessórias ou prestações suplementares (art. 86/2) ou obrigação de efetuar suprimentos (art. 244/2).

²⁵⁶ Face à lei anterior ao CSC, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, cap. IV, § 2, p. 340-370; LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra, 1976, «Invalidade e ineficácia das deliberações sociais no Direito Português, constituído e constituendo; confronto com o Direito Espanhol», BFDUC 61 (1985); e «O regime das deliberações sociais no Projecto do Código das Sociedades», *Temas de Direito Comercial*, Coimbra, 1986. Para o regime em vigor, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 457-544 (cap. VII, secção I); PEDRO MAIA, «Deliberações dos Sócios», *Estudos de Direito das Sociedades*, p. 223-254. Ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 385-418, e «Invalidades das Deliberações Sociais», *Problemas do Direitos das Sociedades*, Coimbra, 2002; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 685-764; OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, p. 545-677; PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, p. 377-461.

²⁵⁷ As abstenções não se consideram votos emitidos (art. 250/3). As deliberações sujeitas a registo não registadas não produzem efeitos contra terceiros, mas estes podem prevalecer-se delas (art. 14/1 CRCom, art. 168/1 CSC).

Questão discutida é saber se a ata deliberativa é condição de eficácia das deliberações. A ata é um documento que regista as deliberações dos sócios (arts. 63/1, 247/6, 59/2-b), e outras informações relativas ao procedimento deliberativo adotado (por ex., sócios presentes ou representados, etc.). Em regra, são lançadas em livro de atas, incluindo em suporte eletrónico (arts. 31, 37, 39 CR.Com), embora também possam constar de documentos particulares avulsos ou de instrumento fora das notas ou instrumentos públicos avulsos – atas notariais (art. 63/4-6,-7 CSC, arts. 36/3, 103 seg. CNot).

As atas das sociedades por quotas são redigidas pelo presidente da AG e devem ser assinadas por todos os sócios presentes (art. 63). Nas sociedades anónimas, as atas são redigidas e assinadas pelo presidente e pelo secretário da mesa da AG (arts. 388/2, 374) ou, caso exista, pelo secretário (art. 446-B/1-b). As atas notariais são lavradas por notário e assinadas pelo notário e pelos presentes. As relativas a deliberações por voto escrito admitidas nas sociedades por quotas (e nas sociedades em comandita) são redigidas pelo gerente e por ele assinadas (arts. 247/6).²⁵⁸

6.4. Deliberações nulas por vícios de procedimento ou de conteúdo (exemplos)

A invalidade da deliberação pode resultar de *vício de procedimento* (o como se decidiu) ou de *vício de conteúdo* (o que se decidiu), consoante a norma, legal (imperativa ou não) ou estatutária, violada. Em regra, a deliberação só é nula por vício de conteúdo se violar normas imperativas, i.e., normas que tutelam interesses indisponíveis dos sócios ou interesses de terceiros, designadamente credores (art. 56/1-d). Já a violação de normas legais imperativas relativas ao procedimento deliberativo, salvo casos excecionais (art. 56/1-a/b), gera apenas anulabilidade (art. 58/1-a/c), uma vez que tais normas tutelam interesses (disponíveis) daqueles que eram sócios no momento da deliberação e que podem ser defendidos por ação anulatória. Pela mesma razão são apenas anuláveis as deliberações que, pelo seu conteúdo ou procedimento, ofendam normas legais dispositivas ou estatutárias.

Até se chegar à deliberação há todo um procedimento a cumprir e que passa, no essencial, pelas seguintes etapas: 1. Convocatória feita pela pessoa competente, na forma e no prazo legalmente previstos; 2. Disponibilização da informação obrigatória; 3. Constituição e organização da AG, incluindo a admissão de participantes, a verificação do quórum representativo e a designação do presidente (caso falte ou não esteja definido) para dirigir os trabalhos; 4. Apresentação de propostas; 5. Pedidos de informação e respostas; 6. Debate, com possibilidade de limitação ou interrupção das intervenções por parte do presidente; 7. Votação com prévio apuramento dos votantes e determinação da

²⁵⁸ Sobre o valor probatório do livro de atas e restante escrituração mercantil, ver art. 37 CCom e os arts. 42 (exibição judicial da escrituração mercantil) e 43 (exame da escrituração e documentos). A deliberação existe e a ata não é sua formalidade *ad substantiam*, pelo que não será nula por inexistir ata (art. 219 CC). A sua ausência também não vicia o procedimento deliberativo, pelo que a deliberação não é anulável (art. 58). Todavia, enquanto único meio probatório admitido para efeitos de registo, a ata será requisito probatório de eficácia da deliberação. No sentido de que “*a acta é meio - suprível - de prova, não condição de eficácia das deliberações*”, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 471 (sobre as atas, *ibidem* p. 462-472); ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 433-4.

forma de exercício do voto; 8. Contagem dos votos, apuramento e proclamação do resultado.²⁵⁹

São nulas por vício de procedimento as deliberações tomadas em assembleia-geral não convocada e as tomadas mediante voto escrito sem que todos os sócios tenham sido convidados a exercer esse direito, salvo se todos os sócios tiverem estado aí presentes ou representados ou dado por escrito o seu voto (art. 56/1-a-b/2). Em regra, a convocação da AG compete ao gerente ou a qualquer dos gerentes nas sociedades por quotas (art. 248/3) e ao presidente da mesa nas sociedades anónimas (art. 377/1). Em casos especiais pode ser convocada pelo órgão de fiscalização ou pelo tribunal (por ex. arts. 248, 377, 420). Nas sociedades por quotas realizar-se-á por carta registada, expedida com pelo menos 15 dias de antecedência (art. 248/3); nas sociedades anónimas faz-se, por regra, em anúncio público em sítio da Internet de acesso público com antecedência de um mês (art. 377 – pode ser prevista estatutariamente convocatória, com antecedência mínima de 21 dias, por carta registada ou por *email*, se o acionista concordar previamente, nas sociedades anónimas só com ações nominativas). A convocatória deve mencionar pelo menos o lugar, dia, hora, e a ordem do dia da reunião (arts. 248, 377).

São nulas as deliberações adotadas em AG não convocada ou na qual algum dos sócios não participou por não ter sido convocado ou ainda quando não reúna os referidos elementos essenciais da convocatória. Trata-se, todavia, de nulidade mista uma vez que o vício da falta de convocação pode ser sanado posteriormente por vontade de todos os sócios que não participaram nas deliberações (art. 56/3). Além disso, não há nulidade se, apesar de não ter havido convocatória (cumprindo os requisitos legais), todos os sócios estiverem presentes ou representados (art. 56/1-2ª parte). Neste caso, todos estando presentes e concordando em deliberar, ocorre a chamada existe assembleia universal (ou espontânea), que, em termos de procedimento, pode deliberar validamente (art. 54).

Nas sociedades por quotas são permitidas as deliberações por voto escrito (art. 247/1). Mas são nulas as deliberações tomadas mediante voto escrito se algum dos sócios com direito de voto não tiver sido convidado a exercer esse direito, “a não ser que todos eles tenham dado por escrito o seu voto” (art. 56/1b). O vício é, todavia, sanado se “os sócios ausentes e não representados ou não participantes na deliberação por escrito tiverem posteriormente dado pro escrito o seu assentimento à deliberação” (art. 56/3).

São nulas por vício de conteúdo, para começar, as *deliberações contrárias a preceitos legais imperativos*. No direito societário são imperativas as normas legais não ressalvam disposições estatutárias ou deliberações em contrário, ou que tutelam interesses de terceiros (por ex., credores) ou interesses indisponíveis dos sócios. São exemplos de preceitos imperativos: a proibição do pacto leonino (art. 22/3); a proibição de valor nominal de participação superior ao valor da entrada (art. 25/1); a obrigação de entrada (art. 27/1); a distribuição de reservas legais (art. 33)²⁶⁰; a limitação ou exclusão da

²⁵⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 403.

²⁶⁰ Ver, por ex., o acórdão do STJ de 10.05.2011, proc. 1179/08.9TBSTC.E1.S1.

responsabilidade dos administradores (art. 74); a obrigatoriedade de constituição de reserva legal mínima e limites da sua utilização (arts. 218, 295, 296); as matérias de competência deliberativa exclusiva dos sócios (art. 246/1).

São igualmente nulas por vício de conteúdo as deliberações ofensivas dos bons costumes, que aliás já resultava do Código Civil (nulidade do negócio cujo objeto é contrário aos bons costumes – art. 280/2 CC). Exemplifica-se com deliberações que autorizam os administradores a receber de terceiros, ou a oferecer-lhes “favores” lícitos para entrar em negociações com a sociedade. Em todo o caso, pode estar em causa a violação de normas anticorrupção, nos termos da Lei da Prevenção da Corrupção²⁶¹, pelo que nesses casos a deliberação será nula por violação de norma imperativa.

Finalmente são ainda nulas as *deliberações cujo conteúdo não esteja, por natureza, sujeito a deliberação dos sócios*. Abrangem-se aqui casos de usurpação de competências pela AG ou de interferências em negócios de terceiros ligados à empresa social, as situações de deliberações fora da capacidade da sociedade ou de objeto física ou legalmente impossível. Trata-se de causa invalidade algo redundante, uma vez que seriam já casos de nulidade por violação de normas imperativas (arts. 280/1, 406/1 e 863/1 CC; art. 6 CSC). Podemos identificar aqui situações como os negócios familiares e sucessórios, que não estão, por natureza, sujeitos a deliberação dos sócios.

6.5. Deliberações anuláveis por vícios de procedimento ou de conteúdo (exemplos)

São anuláveis as deliberações ilegais que não sejam nulas (incluindo as não precedidas de elementos mínimos de informação), as deliberações contrárias aos estatutos e as chamadas deliberações abusivas (art. 58).

Em regra, a inobservância das regras de procedimento fere a deliberação apenas de anulabilidade. Assim, por ex., são *deliberações anuláveis por vício de procedimento*, as aprovadas por AG não convocada por carta registada, sem publicação em sítio da internet ou antecedência exigida (arts. 248/3, 377/2), ou ter sido realizada com recusa injustificada de prestação a sócios de informação essencial sobre os assuntos em debate (arts. 290, 214/7), deliberação de distribuição de menos de metade do lucro de exercício distribuível ou alteração estatutária, fusão, cisão e transformação aprovadas por menos de $\frac{3}{4}$ dos votos correspondentes ao capital social²⁶² (arts. 217/1, 294/1; art. 265/1-3); deliberações não precedidas do fornecimento ao sócio de elementos mínimos de informação (art. 58/1-c/4). Segundo o STJ, “*Sem informação verdadeira, completa e elucidativa sobre a situação da sociedade, um qualquer seu sócio não se está habilitado a discutir construtivamente o tema da ordem do dia e a votar conscientemente. Não*

²⁶¹ Lei 54/2008, de 4 de setembro.

²⁶² Na síntese do STJ no acórdão de 12 de outubro de 2010, proc. 191/07.OTBVRM.G1.S1 (Urbano Dias), a “*regra geral enunciada no art. 294, n. 1, do Código das Sociedades Comerciais, e que atribui aos sócios o direito à partilha anual de metade dos lucros distribuíveis, tem natureza supletiva, podendo ser afastada por duas vias: pela existência de uma cláusula contratual em contrário, nada obstando à previsão da possibilidade de não haver qualquer distribuição no final do exercício ou, em caso de omissão no pacto, por deliberação da assembleia geral aprovada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social*”

*tendo sido respeitado este direito à informação, as deliberações tomadas em assembleia-geral são anuláveis”*²⁶³

Por outro lado, é necessário que a deliberação não corresponda à maioria dos votos exigida, em virtude de apuramento incorreto dos votos, para que o vício de procedimento justifique a anulabilidade da deliberação em causa (por ex., maioria formada com votos de sócios impedidos de votar ou deliberação abusiva que não passa no “teste de resistência”). O vício de procedimento pode resultar ainda de violação de norma estatutária (por ex. deliberação adotada com a maioria de votos legalmente necessária, mas desrespeitando a maioria qualificada exigida estatutariamente – arts. 250/3, 386/1).

Por seu turno, nas *deliberações anuláveis por vícios de conteúdo* está em causa violação de normas legais dispositivas (art. 58/1-a), i.e., derogáveis pelo estatuto social ou, quando a lei o permita, por deliberação dos sócios (art. 9/3). Por ex., a partilha de lucros não proporcional aos valores nominais das participações (art. 22/1). São aqui abrangidas também as chamadas *deliberações abusivas* (art. 58/1-b), i.e., as deliberações que, sem violar disposições específicas da lei ou do estatuto da sociedade, se destinam a satisfazer o propósito de algum sócio conseguir *vantagens especiais* para si ou para outrem em prejuízo da sociedade ou de outro sócio, ou o propósito de *prejudicar* aquela ou este – deliberações emulativas, salvo se se provar que a mesma deliberação teria sido adotada sem os votos abusivos – a chamada *prova de resistência*, i.e., se a sociedade provar que a deliberação teria sido tomada mesmo sem os votos abusivos. Entende-se que a figura das deliberações abusivas prevista no art. 58/1-b “representa apenas um afloramento do princípio”²⁶⁴ da proibição dos votos abusivos.

Apoiando-se na doutrina consagrada na lei alemã das sociedades por ações de 1965, defendia FERRER CORREIA, antes do CSC, que “o abuso do direito parece poder discernir-se muito nitidamente quando os sócios da maioria procuram com o voto servir interesses extrassociais, seus ou de terceiros, em prejuízo da sociedade ou em detrimento dos sócios minoritários”.²⁶⁵

De todo o modo, tendo em conta que são nulas as deliberações que ferem preceitos legais imperativos (art. 56/1-d, *in fine*) e que “a cláusula geral do abuso de direito é integrada por um conjunto de princípios injuntivos e portanto, que a norma que a contém – o art. 334 do Código Civil – é, também ela injuntiva”, deve entender-se que as deliberações e os votos abusivos “não são identificáveis com o abuso do direito” e que as

²⁶³ Acórdão de 17 de abril de 2007, proc. 07A869 (Urbano Dias). Para além do art. 58/4 ver ainda, quanto a elementos informativos, as normas sobre menções obrigatórias da convocatória (arts. 377/5, 94, 100/3, 120) e documentos consultáveis antes da assembleia (arts. 214/2, 263, 289). Alertando para a não automaticidade da invalidade em caso de vício de procedimento, i.e., contra a “anulabilidade de deliberações sociais fundada em argumentos meramente literais, lesiva do tráfico e da segurança jurídica”, PEDRO MAIA, «Invalidade de deliberação social por vício de procedimento», *ROA* 61/II (2001) 748.

²⁶⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 410. Sobre o princípio da lealdade subjacente à proibição dos votos abusivos, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 405-424.

²⁶⁵ FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II, p. 364. Sobre o tema, ver COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito (Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais)*, Coimbra, 1999; CALVÃO DA SILVA, «Conflito de Interesses e Abuso do Direito nas Sociedades», *Estudos Jurídicos (Pareceres)*, Coimbra, 2001.

deliberações dos sócios “que incorram em abuso do direito, em qualquer das suas figuras, são nulas e não simplesmente anuláveis”²⁶⁶.

6.6. Ação de declaração de nulidade e ação anulatória

A diferença entre nulidade e anulabilidade sobressai em termos processuais.

A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286 CC). Qualquer interessado abrange, nomeadamente, sócios, atuais ou futuros, com ou sem direito de voto, e independentemente do seu sentido de voto, administradores, credores sociais, incluindo trabalhadores.

Por seu turno, a anulabilidade só pode ser arguida, no prazo geral de 30 dias, pelo órgão de fiscalização ou pelos sócios que não tenham votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenham aprovado a deliberação expressa ou tacitamente (art. 59/1-2). “Tendo o voto sido secreto, considera-se que não votaram no sentido que fez vencimento apenas aqueles sócios que, na própria assembleia ou perante notário, nos cinco dias seguintes à assembleia tenham feito consignar que votaram contra a deliberação tomada” (art. 59/6).

6.7. A função acionista e as deliberações sociais nas empresas públicas

6.7.1. O “novo modelo” de exercício da função acionista

Nas sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicas, a participação social confere ao seu titular a chamada função acionista, que consiste no “exercício dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas” e “daquelas que por estas sejam constituídas criadas ou detidas” (art. 37/1 RJSPE). A função acionista é exercida pelo titular da referida participação, que corresponde, nas empresas estatais, ao ministro das Finanças em articulação com o ministro do setor de atividade da empresa através da DGTF (arts. 37/2 e 39/1 e 6 RJSPE).²⁶⁷

Para alcançar a “máxima eficácia da atividade operacional das empresas” nos diferentes setores de atividade, os ministérios setoriais definem e comunicam a política setorial a prosseguir, emitem orientações específicas aplicáveis a cada empresa, definem os objetivos específicos das, e o nível de serviço público a prestar pelas empresas públicas, promovendo as diligências necessárias com vista à sua contratualização; propõem ao Ministro das Finanças a designação dos titulares dos órgãos de administração das empresas públicas (art. 39/3-5 RJSPE).

As propostas de plano de atividades e orçamento das empresas públicas são analisadas pela Unidade Técnica, para apreciação, vertida em relatório sujeito a aprovação do Ministro das Finanças, da sua conformidade e compatibilidade com o equilíbrio das contas públicas e da execução orçamental das verbas atribuídas a cada ministério (art. 39/7-8 RJSPE). Neste “novo modelo” de exercício da função acionista, os planos de

²⁶⁶ Acórdão do TRC de 6.11.2012, proc. n.º 281/08.1TBVNO.C1 (Henriques Antunes).

²⁶⁷ Os órgãos de administração das empresas públicas estatais que detenham participações em outras empresas exercem a correspondente função acionista, tendo em conta as orientações estratégicas e setoriais do governo (art. 37/3).

atividades e orçamentos propostos pelas empresas “não produzem, porém, quaisquer efeitos até que seja obtida a respetiva aprovação, por parte dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças, titular da função acionista e do respetivo setor de atividade” (preâmbulo do DL 133/2013). Cabe ainda à Unidade Técnica avaliar anualmente o cumprimento das orientações, objetivos, obrigações e responsabilidade, bem como dos princípios da responsabilidade social e ambiental e desenvolvimento económico sustentável (art. 39/10 RJSPE)

6.7.2. Modo de exercício da função acionista

O conteúdo da função acionista consiste num conjunto de poderes e deveres de definir, para cada triénio, orientações de desenvolvimento trienal da atividade empresarial, e objetivos e resultados económicos e financeiros, bem como de propor, designar e destituir os titulares dos órgãos sociais ou estatutários em proporção dos direitos de voto ou do capital do seu titular, e ainda exercer as demais competências que assistam aos acionistas nos termos previstos para as sociedades anónimas pelo CSC (art. 38/1). Ou seja, os acionistas deliberam sobre as matérias que lhes são especialmente atribuídas pela lei ou pelo contrato e sobre as que não estejam compreendidas nas atribuições de outros órgãos da sociedade, só podendo deliberar sobre as matérias de gestão da sociedade a pedido do órgão de administração (art. 373 CSC). Todavia, nas empresas públicas societárias, a lei reserva certas matérias para o titular da função acionista, como sejam a prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de qualquer participação no seu capital social (art. 25/5 RJSPE).

Os poderes-deveres da função acionista são exercidos através de deliberação da assembleia geral nas empresas públicas societárias (art. 376/1 CSC) ou por resolução do Conselho de Ministros ou despacho do titular da função acionista tratando-se de entidades públicas empresariais (art. 38/2 RJSPE).

6.7.3. Práticas de bom-governo, relatório de transparência e relatório de prevenção da corrupção

No exercício da função acionista, cabe ao respetivo titular atuar segundo as práticas de bom governo das empresas públicas, participando de modo informativo e ativo nas *assembleias gerais* das respetivas empresas societárias ou através de *despacho* nas entidades públicas empresariais (art. 40 RJSPE). Há uma preocupação de proteger os acionistas minoritários nas empresas públicas societárias, já que o titular da função acionista deve assegurar que os modelos de governo adotados pelas empresas reflitam adequadamente a sua estrutura acionista de modo a que os acionistas minoritários possam exercer os seus direitos e acautelar os seus interesses (art. 41 RJSPE). Por outro lado, o titular da função acionista tem ainda um dever de cumprir tempestivamente as suas obrigações, enquanto cliente e fornecedor das respetivas empresas, atuando em condições e segundo critérios de mercado e, em especial, não discriminando nessa atuação relativamente às demais empresas (art. 42 RJSPE). Trata-se de uma decorrência do princípio da neutralidade competitiva, plasmado no artigo 15.

São ainda previstas algumas normas algo simbólicas, como a que estabelece o dever de as empresas públicas cumprirem a missão e os objetivos que lhe tiverem sido fixados, e de elaborarem planos de atividades e orçamento adequados aos recursos e fontes de financiamento disponíveis (art. 43 RJSPE). Outras normas, porém, são mais específicas, designadamente no que respeita às obrigações de divulgação de elementos como por ex. a composição da sua estrutura acionista, a identificação das participações sociais que detêm, a aquisição e alienação de participações sociais, bem como a participação em quaisquer entidades de natureza associativa ou fundacional, a prestação de garantias financeiras e assunção de dívidas ou passivos de outras entidades, a identidade e os elementos curriculares de todos os membros dos seus órgãos sociais bem como as respetivas remunerações e outros benefícios (art. 44/1 RJSPE). Para salvaguardar informação comercialmente sensível nomeadamente no que respeita a garantias financeiras, a administração pode solicitar justificadamente isenção de divulgação dessa informação ao titular da função acionista (art. 44/3 RJSPE). As informações referidas são divulgadas no sítio da internet da Unidade Técnica em regime de acesso livre e gratuito, nos termos do artigo 53 e em respeito pela legislação de proteção de dados pessoais²⁶⁸. Neste sítio da internet são também publicados outros elementos, nomeadamente o relatório de transparência e o relatório de prevenção da corrupção que as empresas públicas devem elaborar.

A bem da transparência do governo das empresas públicas, cada uma deve informar anualmente o titular da função acionista (Estado) e o público em geral sobre como foi prosseguida a sua missão, o grau de cumprimento dos objetivos, da política de responsabilidade social, desenvolvimento sustentável e os termos de prestação do serviço público, e bem assim sobre a sua competitividade em termos de investigação, inovação, desenvolvimento e integração de novas tecnologias no processo produtivo (art. 45/1 RJSPE). Além disso, devem submeter a informação financeira anual a uma auditoria externa, que será realizada por auditor registado na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) tratando-se de empresas classificadas nos Grupos A e B nos termos das Resoluções do Conselho de Ministros sobre vencimento dos gestores públicos (art. 45/2 RJSPE).

A *compliance* em matéria de corrupção e conflitos de interesses é igualmente visada pelo RJSPE. Com efeito, em matéria de prevenção da corrupção, as empresas públicas devem cumprir a legislação aplicável e elaborar anualmente um relatório de ocorrências ou risco de ocorrência de factos previstos no art. 2/1-a) da Lei da Prevenção da Corrupção²⁶⁹, i.e., factos de corrupção ativa ou passiva, de criminalidade económica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência, de apropriação ilegítima de bens públicos, de administração danosa, de peculato, de participação económica em negócio, de abuso de poder ou violação de dever de segredo, bem como de

²⁶⁸ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). De igual modo, as empresas públicas são abrangidas pelo regime da cibersegurança, aprovado pela Lei 46/2018, de 13 de agosto (art. 2/2-f).

²⁶⁹ Lei 54/2008, de 4 de setembro.

aquisições de imóveis ou valores mobiliários em consequência da obtenção ou utilização ilícitas de informação privilegiada no exercício de funções na Administração Pública ou no sector público empresarial.²⁷⁰

Além disso, cada empresa pública deve adotar ou aderir a um código de ética que estabeleça exigentes comportamentos éticos e deontológicos, e divulgar este código por todos os seus colaboradores, clientes, fornecedores e público em geral (art. 47/1 RJSPE). O tratamento equitativo é um dos princípios éticos fundamentais das empresas públicas (art. 47/2 RJSPE).

As empresas públicas que prestem serviços públicos ou serviços de interesse geral devem, salvo se o serviço tiver sido concessionado com definição dos termos de prestação, apresentar ao titular da função acionista e ao ministro setorial propostas de contratualização do serviço com metas quantitativas associadas a custos permanentemente auditáveis, modelo de financiamento com penalizações para o não cumprimento, critérios de avaliação e revisão contratuais, parâmetros de níveis de satisfação dos utentes e de compatibilidade com o esforço financeiro do Estado (art. 48/1-2 RJSPE). A remuneração da atividade prosseguida é acordada nos termos do regime jurídico aplicável à atribuição de subvenções públicas²⁷¹

Entre as obrigações e responsabilidade das empresas públicas em sede de *compliance* contam-se ainda, por ex., a responsabilidade social e ambiental e a proteção dos consumidores (art. 49 RJSPE), bem como políticas de “estímulo ao aumento da produtividade” que respeitem os trabalhadores (art. 50/1 RJSPE) e a efetiva igualdade de tratamento e de oportunidades entre homens e mulheres (art. 50/2 RJSPE).

Por outro lado, para prevenir conflitos de interesses os membros dos órgãos de administração das empresas públicas devem, nomeadamente, abster-se de intervir nas decisões que envolvam os seus próprios interesses, designadamente na aprovação de despesas por si realizadas (art. 51 RJSPE). As empresas públicas devem apresentar anualmente um relatório de boas práticas de governo societário com informação atual e completa sobre todos os pontos referidos, cabendo ao órgão de fiscalização emitir parecer sobre o cumprimento dessa obrigação (art. 54 RJSPE).²⁷²

6.7.4. Vicissitudes

A transformação, fusão ou cisão, ou extinção de empresas públicas, outrossim a alteração dos seus estatutos, faz-se por decreto-lei ou nos termos do Código das

²⁷⁰ A Lei 89/2017, de 21 de agosto, aprovou o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, transpondo o capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015.

²⁷¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto.

²⁷² O Código do Governo das Sociedades do Instituto Português de Corporate Governance (IPCG) serve de modelo. No plano internacional *vide* as Orientações da OCDE/OECD, *Guidelines on the Corporate Governance of State-Owned Enterprises* (Paris, 2005), a “caixa de ferramentas” disponibilizada pelo Banco Mundial no documento *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit* (Washington, 2014); e o E o Relatório *Transparency and disclosure measures for state-owned enterprises (SOEs): Stocktaking of national practices*, da Global Knowledge Sharing Network on Corporate Governance of State-owned Enterprises, 7-8 June, 2016; México City, 2016, com mais referências.

Sociedades Comerciais consoante se trata de entidade pública empresarial ou sociedade comercial (arts. 34/1, 35/1 e 36; para a fusão ou cisão *vide* arts. 97 e seg. do CSC).²⁷³

A administração de empresa pública pode propor ao titular da função acionista a transformação, fusão ou cisão da empresa, se esta apresentar capital próprio negativo durante três exercícios económicos consecutivos e se for razoavelmente provável que com tais atos se torne economicamente viável (art. 34/2), ficando a sua prática dependente de parecer prévio da UTAM e de autorização dos ministérios das finanças e do setor de atividade da empresa (art. 34/3).

Quanto à extinção de empresas públicas societárias, as sociedades comerciais constituídas por decreto-lei podem ser extintas pela mesma forma, enquanto as EPE não ficam sujeitas ao regime societário de dissolução e liquidação de sociedades, nem ao regime da insolvência e recuperação de empresas, salvo na medida do expressamente determinado pelo diploma de extinção (art. 35/1-2 RJSPE)²⁷⁴. Sendo que se uma empresa

²⁷³ O regime das fusões transpõe normas da União Europeia agora codificadas pela Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 relativa a determinados aspetos do direito das sociedades (codificação).

²⁷⁴ O CIRE estabelece também que as entidades públicas empresariais não estão sujeitas ao processo de insolvência (art. 2/2-a). O CIRE define o processo de insolvência como um processo de execução universal (art. 1) que tem por finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente (1), ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores (2). O CIRE prevê ainda a possibilidade de o devedor requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I, se estiver em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente (processo especial introduzido pela Lei 66-B/2012, de 31 de dezembro). Nos termos do CIRE, a declaração de insolvência é de âmbito universal, aplicando-se tanto a pessoas singulares como coletivas, entidades sem personalidade jurídica e quaisquer outros patrimónios autónomos (art. 2/1). Com efeito, são passíveis de serem declaradas insolventes quaisquer pessoas singulares ou coletivas, a herança jacente, associações sem personalidade jurídica, comissões especiais, sociedades civis, sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial até a data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem cooperativas antes do registo da sua constituição, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada; e quaisquer outros patrimónios autónomos. De fora do âmbito de aplicação da insolvência ficam as pessoas coletivas públicas, as entidades públicas empresariais e as empresas financeiras (empresas de seguros, instituições de crédito, sociedades financeiras, empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e organismos de investimento coletivo), à medida que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades (art. 2/2).

Considera-se em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (art. 3/1), ou, tratando-se de pessoas coletivas ou patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, quando o seu passivo for manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis (art. 3/2). No caso de apresentação pelo devedor à insolvência, a situação de insolvência iminente é equiparada à situação de insolvência atual (art. 3/4). No que respeita aos seus efeitos, a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a competir ao administrador da insolvência, que assume a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência, exceto a intervenção do devedor no âmbito do próprio processo de insolvência, seus incidentes e apensos, salvo expressa disposição em contrário; além disso, o devedor fica interdito de ceder rendimentos ou alienar bens futuros suscetíveis de penhora, qualquer que seja a sua natureza, mesmo tratando-se de rendimentos que obtenha ou de bens que adquira posteriormente ao encerramento do processo (art. 81/1-2/5). Os atos realizados pelo insolvente são, de um modo geral, ineficazes relativamente à massa insolvente (art. 81/4). De notar ainda que o DL 178/12, de 3 de agosto, criou o SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (alterado), e a Lei 22/13, de 26 de fevereiro, aprovou o novo Estatuto do Administrador Judicial. Sobre o direito da insolvência, MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 8.ª ed., 2018, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*

pública apresentar capitais próprios negativos durante o referido período, a sua administração tem obrigação de propor ao titular da função acionista medidas concretas destinadas a superar a situação deficitária ou a extinção da empresa, nos 90 dias subsequentes à aprovação das contas do terceiro exercício deficitário (art. 35/3 RJSPE).

A alteração dos estatutos deve ser fundamentada e aprovada pelo titular da função acionista (art. 36).

7. Administração e representação²⁷⁵

7.1. Modelos orgânicos de administração (modelo tradicional, modelo dualista, modelo monista)

Os órgãos de administração e representação variam consoante o tipo de sociedade e o modelo de governo adotado nas sociedades anónimas. Assim, nas sociedades por quotas o órgão chama-se gerência e, nas sociedades anónimas, conselho de administração (modelo tradicional), conselho de administração executivo (que integra uma comissão de auditoria, no modelo monista ou anglo-americano) ou conselho de administração executivo (juntamente com o conselho geral e de supervisão, no modelo germânico).

São vários os modos de designação dos administradores, nomeadamente eleição por deliberação dos sócios (arts. 252/2, 391, 392/º) ou do conselho geral de supervisão (art. 425/1-a/4), cláusula do contrato social (arts. 252/2, 391/1, 270-G) ou nomeação por sócio com direito especial (arts. 252/2, 83/1).

7.2. Conformação legal do conteúdo da relação entre o administrador e a sociedade

Entre a pessoa designada como administrador e a sociedade estabelece-se uma relação jurídica complexa com direitos e deveres recíprocos, respeitantes, por ex., à gestão e à representação, às remunerações, aos períodos de trabalho. Debatem-se várias teses sobre a natureza desta relação (contratualistas – mandato, prestação de serviços, contrato de trabalho –; unilateralistas, dualistas), embora a relação seja conformada fundamentalmente pela lei, ao fixar os poderes, direitos e deveres dos administradores, incluindo a remuneração, feita por deliberação dos sócios (arts. 255/1, 399/1), comissão de remunerações (art. 399/1), ou conselho geral de supervisão (art. 429). Não obstante, no essencial, o modelo legal da relação de administração parece enquadrar-se no mandato, com base contratual (v. art. 986/3 CC).

Anotado, 8.ª ed, Coimbra, 2015; SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra, 2017; CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, 2018, e *Regime Português da Insolvência. Uma Introdução*, 5ª ed., Coimbra, 2012; MENEZES CORDEIRO, *Perspectivas evolutivas do Direito da Insolvência*, 2013; MENEZES CORDEIRO, *Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência*, Coimbra, 2013.

²⁷⁵ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 545-608 (cap. VII, secção II). Ver tb. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, p. 421-465; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 789-941 (com estudo de direito comparado); OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5ª ed. p. 483-544, 678-798; PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, p. 323-357. Face à legislação anterior ao CSC FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, p. 319-338 (cap. IV).

No sentido de que a relação entre a sociedade e o gerente configura um mandato, pronunciou-se o STJ no acórdão de 27 de fevereiro de 2014, proc. 1835/07.9TBOA7.P1.S1 (Maria dos Prazeres Pizarro Beza): “A relação que se estabelece entre uma sociedade por quotas e os seus gerentes, e que lhes permite praticar actos que a vinculam, é uma relação de mandato, em que os gerentes actuam como representantes da sociedade”. O Estatuto do Gestor Público (DL 71/07) também caracteriza a relação como mandato (art. 26/3). Todavia, na doutrina, a teoria do mandato não tem merecido grande acolhimento.²⁷⁶

7.3. Validade e eficácia dos atos da gerência/administração (regra supletiva da conjugação maioritária)

As sociedades vinculam-se por intermédio dos titulares dos seus órgãos ou, nos termos em que são admitidos, de representantes voluntários. Administração e representação andam normalmente de mãos dadas (arts. 252/1, 405/2), falando-se em “*equivalência entre vinculação e representação*” ou “*representação orgânica*”²⁷⁷.

Nos órgãos de representação plurais pode haver, legal ou estatutariamente, “representação disjunta” (cada administrador tem o poder de vincular a sociedade) ou “representação conjunta integral”, maioritária ou minoritária (é necessária a intervenção de todos, da maioria ou da minoria deles). A regra imperativa para a representação passiva é a da “disjunção” (arts. 261/3, 408/3). Para a representação ativa vale nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas a regra dispositiva da “conjugação maioritária” (arts. 261/1, 408/1).

Nas sociedades anónimas de “estrutura monística” o conselho de administração pode delegar em um ou mais administradores, ou numa comissão executiva, a gestão corrente da sociedade, devendo a deliberação fixar os limites da delegação (art. 407/3-4); pode ainda atribuir-lhes poderes de vinculação da sociedade (art. 408/2). Idêntico regime vale para as sociedades por quotas (art. 261/2). Vigorando (supletiva ou estatutariamente) a conjugação, um só administrador não vincula a sociedade. Nas sociedades por quotas a deliberação é válida se reunir a maioria dos votos e o ato for praticado (ou ratificado) pela maioria dos gerentes (art. 261/1). Nas sociedades anónimas, a lei não refere expressamente a questão da validade, mas a solução será semelhante, no sentido de que a eficácia do ato face à sociedade pressupõe uma deliberação válida da administração (art. 408/1). O registo comercial dá publicidade aos termos de atuação e vinculação dos administradores das sociedades (arts. 701-a, 73, 74 CRCom).

²⁷⁶ Desde logo, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, p. 324-332. No sentido de que “a relação de administração não tem de ser contratual, e normalmente não é contratual”, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 549. Da nossa parte, não descortinamos óbice à natureza contratual, e tipicamente de mandato, da relação de administração. Nas empresas públicas a relação de administração é, aliás, modelada por um contrato de gestão [sobre o contrato de gestão de empresas, PINTO MONTEIRO, «O contrato de gestão de empresa (Parecer)», *Colectânea de Jurisprudência (ASTJ) 1995/III*]. Afigurando-se certo, em todo o caso, que a relação não terá natureza laboral, como sustenta MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 876. Sobre a administração das S.A., ver tb. PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra, 2002; NOGUEIRA SERENS, *Os administradores de sociedades anónimas*, Coimbra, 2012.

²⁷⁷ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 549-50.

7.4. Sentido e limites da vinculação da sociedade por atos dos gerentes/administradores fora do objeto social

Razões de proteção dos terceiros e de segurança jurídica justificam que os limites relativos à espécie e extensão dos atos praticáveis pelos administradores não obstem em geral à vinculação (arts. 260/1-3, 409/1-3). Segundo o STJ: “*A limitação dos poderes representativos dos administradores de sociedades comerciais, estabelecida em cláusula do contrato de sociedade, não resultante do objeto social – como é o caso de cláusula que exija a assinatura de dois administradores para obrigar a sociedade para com terceiros – não é oponível a terceiros*”²⁷⁸.

A sociedade não fica vinculada por atos para os quais não tem capacidade, nem por atos que dependem de deliberação dos sócios, já que sem esta não será legítima a intervenção dos administradores (por ex. a alienação ou oneração de quotas próprias e a exclusão de sócios - art. 246/1-b/c). A doutrina defende, todavia, que, interpretando os arts. 260/1 e 409/1 em conformidade com o art. 9 da Primeira Diretiva 68/151/CEE, do Conselho, a sociedade ficará vinculada também pelos atos que, apesar não estarem dentro dos poderes que a lei confere aos administradores, estão dentro dos poderes que a lei permite conferir-lhes estatutariamente, por ex. a alienação ou oneração de bens imóveis, trespasse, oneração ou locação de estabelecimento (art. 246/2-c)²⁷⁹.

Os estatutos podem proibir a prática de determinados atos, como a concessão de garantias a terceiros sem o consentimento da sociedade, ou estabelecer condições para esse efeito, por ex. fazer depender de deliberação dos sócios a aquisição de imóveis (art. 246/1) ou, em sociedades anónimas de ‘modelo germânico’, fazer depender a aquisição de estabelecimento de consentimento prévio do conselho geral e de supervisão (art. 442/1). Não obstante, a sociedade vincula-se por atos dos administradores praticados em desconformidade com disposições estatutárias limitadoras dos poderes de representação atribuídos por lei (arts. 260/1, 409/1, 431/3), salvo se: (1) esses atos desrespeitarem cláusula estatutária relativa ao objeto social, (2) a sociedade provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar – não sendo determinante para o efeito a publicidade pelo registo do pacto social –, tendo em conta as circunstâncias que o ato praticado não respeitava essa cláusula e (3) se, entretanto, a sociedade o não assumiu, por deliberação expressa ou tácita dos sócios (arts. 260/2-3, 409/2-3).

7.5. Representação voluntária

A representação voluntária diz respeito a mandatários ou procuradores da sociedade, e aos administradores que os nomeiam (arts. 252/6 e 391/7). Existem também os trabalhadores assalariados com esses poderes (art. 111/3 CT), incluindo os gerentes, auxiliares e caixeiros (arts. 248 seg. CCom). A extensão de poderes dos representantes

²⁷⁸ Acórdão do STJ de 09.02.2011, proc. 2971/07.7TBAGD-A.C1.S1 (Lopes do Rego). Já não assim relativamente a diretores da empresa que não façam parte da gerência ou administração – ver acórdão do STJ de 30.06.2011, proc. 1705/08.3TBGDM.P1.S1.

²⁷⁹ SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra, 1998.

voluntários não excede a dos “representantes orgânicos”²⁸⁰. Pode ser limitada pelos respetivos instrumentos de representação (procuração, mandato, trabalho), não sendo oponíveis a terceiros quando, sujeitos tais instrumentos a registo, este não tenha sido realizado (arts. 10-a/c, 15/1, 14/1 CRCom; art. 249 CCom). Neste sentido, o STJ decidiu que “*A deliberação de uma sociedade, que conferiu a sócio-gerente poderes de representação para a obrigar num contrato de compra e venda acoplado a um contrato de leasing do imóvel transferido para a entidade locatária, é instrumento suficiente e habilitante para a outorga da respectiva escritura de compra e venda e leasing imobiliário, apesar de tal deliberação não ter sido sujeita a registo*”.²⁸¹

A representação voluntária pode também ser atribuída a algum ou alguns administradores para matérias que cabem à administração. Nos termos do art. 407, salvo disposição estatutária em contrário, o conselho de administração pode encarregar algum ou alguns administradores de certas matérias de administração, sem prejuízo da competência normal e da responsabilidade dos outros administradores (nº 1 e 2); além disso, o contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade, salvo matérias excluídas por lei, e sem prejuízo da competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos (nº 3, 4 e 8).

7.6. Remuneração de gerentes/administradores

Nas sociedades por quotas, os gerentes têm direito a remuneração, cuja determinação compete aos sócios, mas não pode consistir em participação nos lucros da sociedade, salvo se os estatutos estabelecerem de modo diverso (art. 255/1/3). Qualquer sócio tem o direito de requerer, em processo de inquérito judicial, a redução das remunerações dos sócios gerentes, “quando forem gravemente desproporcionadas quer ao trabalho prestado quer à situação da sociedade” (art. 252/2).

Nas sociedades anónimas, a remuneração dos administradores pode ser certa, ou em parte certa e noutra parte variável. Quanto à parte variável, prevê-se apenas uma percentagem dos lucros de exercício distribuíveis (arts. 399/2-3, 429). Mas são lícitas (e praticadas) outras formas (variáveis) de remuneração. Designadamente as baseadas em ações (*stock options* e outras), quando aprovadas em AG. Havendo comissão de auditoria, como sucede no modelo monista, os seus membros recebem uma quantia fixa. A Lei 28/2009, de 19 de junho, impôs a divulgação anual das remunerações auferidas por todos e cada um dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização da sociedade de “*interesse público*”, como sociedades cotadas, sociedades financeiras, seguradoras, gestoras de fundos de capital de risco e de fundos de pensões etc. (art. 3).

²⁸⁰ No sentido de que a repartição de competências entre os órgãos não permite “atribuir a tais mandatários ou procuradores poderes gerais ou os mesmos poderes dos administradores”, SOVERAL MARTINS, *Administradores-Delegados e Comissões Executivas (Algumas Considerações)*, 2ª ed. Coimbra, 2011, p. 15.

²⁸¹ Acórdão do STJ de 13 de novembro de 2012, proc. 130/10.0TCFUN.L1.S1 (Gabriel Catarino).

7.7. Deveres (de lealdade e de cuidado) dos gerentes/administradores e os princípios de “corporate governance”

Recaem sobre os administradores dois “deveres-quadro” fundamentais: o dever de lealdade e o dever de cuidado (art. 64 CSC). Não são deveres exclusivos dos administradores, e na sua conformação, em concreto, devem ser modelados por referência ao conteúdo funcional dos administradores enquanto “deveres-quadro”.²⁸²

O *dever de cuidado* significa que o administrador deve ser diligente e empenhado, e não desleixado e complacente no controlo da organização e do funcionamento da sociedade, seguindo os procedimentos corretos e tomar decisões razoáveis no interesse da sociedade: o chamado “gestor criterioso, ordenado e razoavelmente prudente” (art. 64/1-a *in fine*). Assim, por ex., não é exigível ao gestor criterioso e prudente que domine toda a legislação aplicável à sua empresa, mas já lhe é exigível que não decida sem primeiro ouvir o departamento jurídico, interno ou externo.

O *dever de lealdade* é uma decorrência do princípio da boa-fé²⁸³ e significa que os administradores, quando atuam nessa qualidade, devem zelar apenas pelos interesses da sociedade. Pela negativa, este dever do administrador traduz-se na proibição de celebrar certos negócios com a sociedade (arts. 397, 428), na obrigação de não concorrência (arts. 254, 398/3, 428); na proibição de desviar oportunidades de negócio para a sociedade relativas ao seu domínio de atividade, e de utilizar em benefício próprio ou alheio os meios produtivos da sociedade ou informações da sociedade suscetíveis de influenciar o preço de mercado das ações por ela emitidas (o que configura abuso de informação criminalmente punível nos termos dos arts. 449, 450 CSC e 378 CVM); e o dever de não obter vantagens patrimoniais de terceiros ligadas à celebração de negócios entre a sociedade e esses terceiros²⁸⁴.

Estes são os deveres fundamentais de *corporate governance*, que podemos definir como “o conjunto de regras e princípios que o órgão de uma sociedade anónima aberta deve respeitar no exercício da respetiva atividade [e] que visam tornar transparente a administração da sociedade, definir a responsabilidade dos respetivos membros e assegurar que na mesma se refletem as diversas tendências acionistas”²⁸⁵. O Código de

²⁸² Cf. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social», *Reformas do Código das Sociedades*, IDET Colóquios n.º 3, Coimbra, 2007, p. 17.

²⁸³ MENEZES CORDEIRO, «Os Deveres Fundamentais dos Administradores», in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, coord. Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Coimbra, 2007, p. 48.

²⁸⁴ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 589-591. No sentido de que o “*dever de lealdade é indissociável do princípio de confiança, quer seja perante a sociedade, quer perante os sócios, quer perante terceiro*”, acórdão do STJ de 30.09.2014, proc. 1195/08.0TYLSB,L1.S1 (Fonseca Ramos).

²⁸⁵ OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 505. Sobre o tema, COUTINHO DE ABREU, «*Corporate Governance em Portugal*», *Miscelâneas n.º 8*, Coimbra, 2010; AA.VV. *Código do Governo das Sociedades Anotado*, Coimbra, 2012; AA.VV., *O Governo das Organizações (A vocação universal do corporate governance)*, Coimbra, 2011; CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Coimbra, 2011; SANTOS SILVA, ANTÓNIO VITORINO, ALVES, ARRIAGA DA CUNHA, ALVES MONTEIRO, *Livro Branco Sobre Corporate Governance em Portugal*, Lisboa, 2006; CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance” – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral de supervisão», *RLJ* 136 (2006); CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Coimbra, 2006, e *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, 2012; PEDRO MAIA, *Voto e Corporate Governance (Um novo paradigma*

*Governo das Sociedades do Instituto Português de Corporate Governance condensa as regras de bom governo societário, para efeitos de responsabilidade.*²⁸⁶

Segundo o STJ, em sede de responsabilidade dos administradores perante a sociedade e perante os sócios pelo não cumprimento das boas práticas de governo societário, a “expressão *corporate governance* abrange um conjunto de princípios válidos para uma gestão de empresa responsável abrangendo as regras jurídicas societárias aludidas no art. 64 do CSComerciais, as regras gerais de ordem civil, os deveres acessórios de base jurídica, as normas de gestão de tipo económico e os postulados morais e de bom senso que interfiram na concretização de conceitos indeterminados. [...] A violação de tais princípios por banda dos gerentes da sociedade faz impender sobre estes, não só o dever de ressarcir aquela dos danos que eventualmente lhe venha a causar, como também, dos danos que igualmente possam advir aos restantes sócios por via dessa sua atuação”²⁸⁷.

Os deveres de cuidado (atuação segundo elevados padrões de diligência profissional) e de lealdade no interesse da sociedade impendem igualmente sobre os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização (art. 64/2)

7.8. Responsabilidade dos gerentes/administradores e a *business judgment rule*

Pelo não cumprimento dos deveres de lealdade e de cuidado, os administradores *respondem civilmente* para com a sociedade pelos danos causados à sociedade decorrentes, salvo se provarem que procederam sem culpa (art. 72/1). Tal como na responsabilidade contratual se presume a culpa do devedor (art. 799/1 CC), também aqui se presume a culpa dos administradores e gerentes, responsabilizando-os “para com a própria sociedade”²⁸⁸.

Todavia, nos termos da regra do juízo empresarial (a *business judgment rule*), a responsabilidade é excluída se o administrador “provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial” (art. 72/2, introduzido pela reforma de 2006).²⁸⁹ Esses critérios terão em conta, desde logo, o escopo lucrativo das sociedades, embora não seja fácil determinar,

para a sociedade anónima), Coimbra, 2010. Especificamente sobre as empresas públicas, vide J. Marrecas Ferreira, *Os Problemas do Corporate Governance nas Empresas Públicas*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, 2009.

²⁸⁶ <https://cgov.pt/images/ficheiros/2018/codigo_de_governo_das_sociedades_ipcg_vf.pdf>

²⁸⁷ Acórdão do STJ de 14.02.2013, proc. 2542/07.8TBOER.L1.S1 (Ana Paula Boularot).

²⁸⁸ OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5 ed. p. 772.

²⁸⁹ No sentido de que a “bitola” do gestor criterioso e ordenado e a *business judgment rule* “dizem o mesmo: um em linguagem ‘anglo-saxónica’ e outro em termos continentais”, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 835. De facto, parecem ser duas faces de uma mesma moeda. No sentido de que a “influência norte-americana é relevante”, MARRECAS FERREIRA, *Os Problemas do Corporate Governance nas Empresas Públicas*, p. 73, parecendo a *business judgment rule* ser um “legal transplant” à luz dos *Principles of Corporate Governance* do *American Law Institute* (n.º 4.01). Sobre a responsabilidade dos administradores ver tb. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Coimbra, 1997; CARNEIRO FRADA, «A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores», *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 2007; RICARDO COSTA, «Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, 2007; ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante credores sociais*, Coimbra, 2002, e *Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, Coimbra, 2010; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET Cadernos n.º 5, Coimbra, 2010.

à partida, com absoluto rigor, em que consiste a “racionalidade empresarial”. O escopo lucrativo justifica que o administrador não seja, à partida, avesso ao risco de investimento, mas já não justifica a exposição da sociedade à lógica dos jogos de fortuna ou azar. O exercício de poderes de administração não é um divertimento nem um entretenimento, mas antes uma responsabilidade (solidária) perante os sócios e (subsidiária) perante terceiros²⁹⁰, e que pode até justificar o seguro obrigatório de responsabilidade civil dos administradores por danos causados à sociedade, aos sócios e a terceiros (arts. 396 e 445/3). Sendo que os gerentes/administradores não podem escudar-se no parecer favorável ou consentimento do órgão de fiscalização, que não os exonera de responsabilidade (art. 72/6). Este regime vale igualmente para os membros de órgãos de fiscalização, que respondem ainda “solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade por atos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização” (art. 82/2).

7.9. Modos de cessação da relação de administração e indemnização por destituição sem justa causa

A relação de administração pode cessar por diversas causas, como sejam a caducidade, a renúncia, o acordo revogatório, e a destituição (com ou sem justa causa).

Quanto à *caducidade*, salvo previsão estatutária diversa, os administradores de sociedades anónimas são designados por períodos de quatro anos (art. 391/3), e os gerentes de sociedades por quotas por tempo indeterminado (art. 256). Outras causas de caducidade incluem nomeadamente a morte do gerente/administrador ou a ocorrência de previsão estatutária (por ex., limite de idade).

O *acordo revogatório* consiste em rescisão por mútuo acordo com a sociedade, intervindo o órgão deliberativo-interno com poderes de representação (arts. 441-c, 443).

A *renúncia*, realiza-se na sociedade anónima por carta dirigida ao presidente do conselho de administração ou, sendo ele o renunciante, ao órgão de fiscalização (art. 404) ou do conselho de administração executivo ou, inexistindo este, do conselho geral e de supervisão (art. 433). Nas sociedades por quotas a renúncia é feita por escrito a qualquer gerente ou, não os havendo, ao órgão de fiscalização ou, não o havendo, a qualquer sócio (arts. 258/1). Pode ocorrer com ou sem *justa causa*. No primeiro caso, o renunciante não tem que indemnizar a sociedade pelos prejuízos daí derivados, salvo se numa sociedade anónima esta não for avisada com antecedência conveniente, e terá direito a indemnização nos termos gerais (art. 258).

Relativamente à *destituição* – certamente a forma de cessação da relação mais problemática, a julgar pelo volume de jurisprudência sobre o tema -, vale aqui a regra da *livre destituição* a todo o tempo e independentemente de justa causa (arts. 257/1, 403/1,

²⁹⁰ Os gerentes ou administradores respondem perante os credores sociais “quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos” (art. 78/1).

430/1)²⁹¹, ao contrário do direito do trabalho (art. 394 CT). Com efeito, “*O princípio geral da liberdade da destituição dos gerentes, em qualquer momento, em consequência de deliberação tomada em assembleia geral ou por voto escrito, por ato unilateral e discricionário dos sócios, é independente da existência de justa causa, excepto quando o pacto social confia a um sócio um direito especial à gerência, hipótese em que a destituição tem de ser efetuada, por via judicial, e com fundamento em justa causa*”²⁹².

A regra da livre destituição serve os interesses dos sócios de controlo. Os administradores têm autonomia e devem cumprir os deveres a que estão sujeitos (art. 64). Todavia, a menos que tenham um direito especial à gerência – pois então só por ação judicial e com fundamento em justa causa podem ser destituídos (art. 257/3 e 5, 403/3; v. ainda arts. 292/2-a e 450/1) –, os gerentes e administradores sofrem “*o dilema do administrador: ou obedece (embora saiba que não tem de obedecer e que o acatamento é contrário ao seu dever de diligência) e mantém-se no lugar, ou não acata as instruções e arrisca-se a ser destituído (apesar de sem justa causa)*...”²⁹³

Nos termos da lei, constituem *justa causa* de destituição, designadamente, a violação grave dos deveres do gerente e a sua incapacidade para o exercício normal das respetivas funções (arts. 257/6, 403/4). A justa causa pode ser *culposa* ou *objetiva*. Em qualquer caso, constitui justa causa em virtude de tornar-se *inexigível* à sociedade a manutenção da relação com o administrador. Segundo a caracterização do STJ, justa causa é “um conceito indeterminado, dotado de plasticidade adaptável casuisticamente para aferir se uma atuação se compagina com os direitos e deveres do exercente, postulados pelos princípios jurídicos nela implicados (tais como) os deveres de cuidado, de diligência e de lealdade, este na vertente da proibição de concorrência próprios da gestão societária, não sendo de desconsiderar a aplicação de princípios como o da confiança e da boa-fé, também nesta sede convocáveis”²⁹⁴.

A violação de deveres legais é justa causa de destituição, por ex. em casos de violação da obrigação de não concorrência (arts. 254/5 e 398/5), abuso de informação (arts. 449/4 e 450) ou prática de “crimes societários” (e.g. art. 509 e seg.). A situação de insolvência do administrador bem como a prática de crimes fora da atividade societária podem também relevar como justa causa, incluindo ofensas à integridade física cometidas entre gerentes. O STJ já definiu justa causa “como toda a ação praticada pelo gerente que merece a abominação generalizada dos demais associados e que, devido à reprobabilidade individual daquela sua conduta, faz desaparecer a habitual segurança e boa-fé que antes e até aí existia, deste modo tornando impraticável a prossecução desta habitual ligação funcional e, inexoravelmente, reclamada para uma fortalecida administração da sociedade”²⁹⁵; o STJ concretiza esta definição no caso considerando que: “Há justa causa para a sua destituição quando um dos gerentes sova outro, batendo-lhe com um pau na cabeça, após desentendimento entre ambos motivado por não estarem de acordo sobre o

²⁹¹ Porém, a justa causa é exigida para a destituição de gerentes com direito especial à gerência (art. 257) e membros da comissão de auditoria em sociedade anónima de tipo *monístico* (art. 423-E/1).

²⁹² Acórdão do STJ de 26/10/2010, proc. 2703/05.4TBMGR.C1.S1 (Hélder Roque).

²⁹³ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 588 (questionando se o respeito pela autonomia dos administradores não aconselharia a destituição apenas havendo justa causa – p. 589).

²⁹⁴ Acórdão do STJ de 30 de setembro de 2014, proc. 1195/08.0TYLSB.L1.S1 (Fonseca Ramos).

²⁹⁵ Acórdão do STJ 15 de maio de 2013, proc. 1686/10.3TBFLG1.G1.S1 (Silva Gonçalves).

sistema de climatização a operar na empresa e, por via disso, não mais reataram qualquer tipo de relacionamento”.²⁹⁶

De todo o modo, o ónus da prova da justa causa recai sobre a sociedade. Não havendo justa causa, o administrador destituído tem direito a indemnização (arts. 257/7, 403/5, 430/2). O valor pode ser fixado prévia e contratualmente (por ex. a título de cláusula penal) ou por acordo posterior à destituição, ainda que com o limite das remunerações que o administrador receberia até ao final do período para que fora designado, ou sendo gerente, pelo período de quatro anos²⁹⁷. A destituição mesmo sem justa causa é um direito potestativo das sociedades²⁹⁸.

Quanto à indemnização prevista no art. 257/7 discute-se se a perda de remuneração vale, ipso facto, como dano, ou se é necessário provar outros factos que provem que a situação económica do destituído se agravou em consequência da destituição. Por ex., o STJ considerou já que esse direito “não se basta com a prova da perda da remuneração correspondente ao exercício da gerência, antes reclamando a demonstração – com correspondente ónus de prova a cargo do destituído (art. 342, nº1, do CC) – de factos concretos reveladores de que a situação económica real do gerente é, após a destituição, pior do que aquela de que disfrutaria se não tivesse ocorrido a destituição”²⁹⁹. Sendo que os danos morais poderão ter gravidade suficiente para merecerem tutela jurídica (art. 496/1 CC), designadamente pelo modo como se fez a destituição³⁰⁰.

8. As práticas de bom governo de empresas públicas e o Estatuto do Gestor Público

O regime da administração das sociedades comerciais acima exposto aplica-se também às empresas públicas, salvo indicação em contrário. Não obstante, o RJSPE estabelece um conjunto de normas sobre o exercício da função acionista e boas práticas de governo societário que importa analisar.

8.1. Separação efetiva das funções de administração executiva das funções de fiscalização

Para começar, o modelo de governo societário das empresas públicas deve separar efetivamente as funções de administração executiva das funções de fiscalização (art. 30/1 RJSPE). Os titulares da função acionista intervêm na definição das orientações

²⁹⁶ Ver também, por ex., acórdão do STJ de 01.04.2014, proc. 8.717/06.0TBVFR.P1.S1.

²⁹⁷ De igual modo, em caso de revogação não justificada do mandato o mandatário tem direito a indemnização por perdas e danos (art. 245 CCom; v. tb. art. 1.172). Caso o *quantum respondeatur* não seja acordado pelas partes, caberá ao destituído provar a existência e o valor dos danos sofrido a título de lucros cessantes e danos emergentes, dentro do *plafond*, eventualmente acrescido de compensação danos não patrimoniais causados pelo modo ofensivo da destituição – COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 595-9. No sentido da inconstitucionalidade do limite máximo da indemnização em caso de destituição sem justa causa, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, p. 903.

²⁹⁸ Quanto à possível *reeleição de administradores destituídos com justa causa*, a lei prevê situações de impedimento (arts. 75/2, 450/4), mas que não devem ser consideradas taxativas, COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.^a ed. Coimbra, 2010, p. 170-1, e *Curso de Direito Comercial*, vol. II, p. 607-8.

²⁹⁹ Acórdão do STJ de 29 de janeiro de 2014, proc. 548/06.3TBARC.P1.S1 (Fernandes do Vale).

³⁰⁰ Ver ainda, por ex., o acórdão do STJ de 20.10.2010, proc. 2703/05.4TBMGR.C1.S1 (Hélder Roque).

estratégicas e setoriais, das orientações e objetivos trienais em termos de desenvolvimento da atividade empresarial e de resultados económicos e financeiros, da política setorial a prosseguir, das orientações específicas de cariz setorial aplicáveis a cada empresa, dos objetivos a alcançar pelas empresas públicas no exercício da respetiva atividade operacional, e na definição do nível de serviço a prestar pelas empresas e promover as diligências necessárias para a respetiva contratualização; fora disso, que não é pouco, os titulares da função acionista devem abster-se de interferir na atividade dos administradores (art. 30/2 RJSPE).

As empresas públicas podem estruturar os seus órgãos de administração e de fiscalização segundo qualquer um dos tipos de sociedade de responsabilidade limitada previstos no Código das Sociedades Comerciais, tendo em conta a dimensão e a complexidade de cada empresa, a eficácia do processo decisório e a efetiva capacidade de fiscalização e supervisão, sendo a configuração concreta configurada nos respetivos estatutos, respeitando o princípio da paridade de género (art. 31/1/3/6 RJSPE). Na prática, o tipo dominante, senão mesmo o único, é a sociedade anónima.

8.2. Requisitos de acesso ao estatuto de gestor/administrador público

Os titulares de órgãos de administração de empresas públicas têm que ser “pessoas singulares com comprovada idoneidade, mérito profissional, competência e experiência, bem como sentido de interesse público” (art. 21 RJSPE), ficando sujeitos ao Estatuto do Gestor Público. O órgão de administração será composto, em princípio, por três membros, embora possam ser mais ou menos, considerando a dimensão e complexidade da empresa, e até pode ser reduzido a administrador único nos termos do CSC (art. 31/2; *vide* arts. 252 e 390/2 CSC). Em todo o caso, a administração integrará um membro designado pelo Ministro das Finanças cabendo-lhe o poder especial de aprovar expressamente qualquer matéria cujo impacto financeiro na empresa seja superior a 1% do ativo líquido, suprível por deliberação da assembleia geral ou, não existindo AG, por despacho conjunto dos ministros das finanças e do setor de atividade (art. 31/4-5 RJSPE). Os administradores podem ser executivos e não executivos, integrando os segundos comissões especializadas e devendo contar com um ou mais representantes da DGTF (art. 32) RJSPE.

O *órgão de fiscalização* é um conselho fiscal, ou fiscal único nos termos do CSC (art. 413/1-a), salvo se a empresa adotar o modelo monista (conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria e revisor oficial de contas) ou o modelo dualista (conselho executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas), nos termos do art. 33/1 RJSPE. O conselho fiscal terá no máximo três membros efetivos, um dos quais a designar sob proposta da DGTF. Salvo disposição em contrário, o conselho fiscal regula-se pelas normas do CSC (art. 413 e seg.).

O Estatuto do Gestor Público (EGP)³⁰¹ concretiza a vinculação das empresas públicas a princípios de bom governo internacional reconhecidos, designadamente os da OCDE e da Comissão Europeia, tal como previsto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 121/2005, de 1 de agosto.³⁰² Enumera os deveres específicos dos gestores públicos, para efeitos de responsabilidade, mas também de avaliação do seu desempenho. Regula a designação de gestores públicos, as suas incompatibilidades e impedimentos, e a sua cessação de funções. E regula ainda aspetos sobre remuneração, regalias e pensões dos gestores públicos.

8.3. Designação de gestores, contratos de gestão e deveres específicos dos gestores públicos

Gestor público é a pessoa designada para órgão de gestão ou administração de empresas públicas (societárias ou EPE).³⁰³ Os gestores públicos devem ser pessoas com comprovada idoneidade, mérito profissional, competências, experiência de gestão, sentido de interesse público e detentoras, no mínimo, do grau académico de licenciatura (art. 12/1 EGP).³⁰⁴ São designados por nomeação ou por eleição (art. 13/1 EGP)³⁰⁵, embora, na realidade, não exista “diferença substancial entre ‘nomeação’ e ‘eleição’”³⁰⁶.

Nas EPE a nomeação é feita, sob proposta conjunta dos Ministros das Finanças e setorial, acompanhada de avaliação pela CRESAP, por resolução do Conselho de Ministros, devidamente fundamentada e publicada no DR juntamente com uma nota relativa ao currículo académico e profissional do nomeado (art. 13/2-4). Entre a convocação de eleições para a AR ou a demissão do Governo e a investidura no Parlamento do Governo recém-nomeado não podem ser nomeados ou propostos gestores públicos, salvo vacatura dos cargos em causa e urgência de designação, mas sujeitos a confirmação pelo Governo recém-nomeado (art. 13/4 EGP).

Por seu turno, nas empresas públicas societárias a designação por “eleição” faz-se nos termos da lei comercial, ou seja, em “assembleia geral” (arts. 376/1, 390/5, 391-393

³⁰¹ Aprovado pelo DL 71/2007, de 27 de março (várias vezes alterado).

³⁰² Vide LOPES PORTO, J.N. CALVÃO DA SILVA, «Corporate governance nas empresas públicas», *Temas de Integração* 27/28 (2009) p. 363-404.

³⁰³ Exceto instituições de crédito integradas no setor empresarial do Estado e qualificadas como entidades supervisionadas significativas nos termos do Regulamento-Quadro do MUS, por ex. a CGD (art. 1). Regulamento (UE) n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do MUS).

³⁰⁴ Compete ao ministro do setor definir o perfil adequado ao cargo e informar a Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública sobre esse perfil (art. 12/2), a qual regulamenta os critérios aplicáveis na avaliação de candidatos a cargos de gestor público, entre os quais, designadamente, as competências de liderança, colaboração, motivação, orientação estratégica, orientação para resultados, para o cidadão e serviço de interesse público, gestão da mudança e inovação, sensibilidade social, experiência profissional, formação académica e profissional (art. 12/3).

³⁰⁵ Sobre os critérios políticos na nomeação de gestores públicos vide <<https://cgov.pt/o-ipcg/452-redir>>

³⁰⁶ COUTINHO DE ABREU, «As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)», *BCE LVII/1* (2014) p. 56 (notando ainda a ausência de representantes dos trabalhadores na administração de empresas públicas, contrariando o comando constitucional: “No país do faz de conta, nem o EGP, nem o RSPE dizem algo sobre o assunto...” - p. 57).

CSC).³⁰⁷ O mandato dura 3 anos, renováveis consecutivamente no máximo por três vezes na mesma empresa pública, na falta de limitação legal ou estatutária mais curta (art. 15 EGP).

Os gestores podem ter funções executivas ou funções não executivas de acordo com o modelo de governo adotado pela empresa (art. 19 EGP). Os gestores executivos exercem as suas funções em regime de exclusividade, embora possam cumular com atividades exercidas por inerência; participação em conselhos consultivos, comissões de fiscalização ou outros organismos colegiais; docência em estabelecimentos de ensino superior ou de interesse público, mediante autorização, por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e do Setor ou nos termos do contrato de gestão; rendimentos de direitos de autor; funções não remuneradas em empresas do grupo (art. 20 EGP). Os gestores não executivos devem exercer as suas funções com independência face aos demais gestores e não podem ter interesses negociais relacionados com a empresa, os seus principais clientes e fornecedores e outros acionistas para além do Estado (art. 20/2). Compete-lhes acompanhar e avaliar continuamente a gestão da empresa pública pelos outros gestores de modo a assegurar a prossecução dos objetivos estratégicos da empresa, a eficiência das suas atividades e a conciliação dos interesses dos acionistas com o interesse geral, sendo-lhes facultados para o efeito todos os elementos necessários, designadamente em aspetos técnicos e financeiros, e uma permanente atualização da situação da empresa em todos os planos relevantes para a realização do seu objeto (art. 21/3-4).

Nas empresas estatais societárias podem existir administradores designados por cooptação, sujeita a ratificação pela assembleia geral (art. 14 EGP). Os gestores públicos podem ser designados em regime de comissão de serviço, seja na própria empresa seja de outra empresa do grupo (art. 16 EGP). É também possível exercer funções de gestor público em regime de mobilidade, por acordo de cedência de interesse público ou ocasional (art. 17 EGP).

As empresas públicas celebram *contratos de gestão* que estabelecem as formas de concretização das orientações governamentais³⁰⁸, os parâmetros de eficiência da gestão, outros objetivos específicos, e as remunerações (com especificação dos valores fixados para cada componente), prémios de gestão (que não podem ser superior a metade da remuneração anual auferida) e outras regalias ou benefícios aplicáveis aos demais colaboradores (art. 18/1). Os contratos devem ser celebrados no prazo de três meses a contar da designação do gestor, não podem prever indemnização ou qualquer outro tipo de compensação por cessação de funções, nem impedir a dissolução e demissão por mera

³⁰⁷ Devem ser facultados aos acionistas, na sede da sociedade, durante os 15 dias anteriores à data da assembleia geral, os nomes das pessoas a propor como membros dos órgãos sociais, as suas qualificações profissionais, a indicação das atividades profissionais exercidas nos últimos cinco anos, designadamente no que respeita a funções exercidas noutras empresas ou na própria sociedade, e o número de ações da sociedade de que são titulares (art. 289/1-d CSC).

³⁰⁸ Incluindo metas objetivas, quantificadas e mensuráveis anualmente durante a vigência do contrato de gestão e que representem uma melhoria operacional e financeira nos principais indicadores de gestão da empresa

conveniência, mas devem prever expressamente a avaliação de desempenho negativa como justificação de demissão (art. art. 18/2-5 EGP).

Para além da observância das orientações e recomendações governamentais e legais (art. 4), são deveres específicos dos gestores públicos (art. 5 EGP):

- cumprir os objetivos da empresa fixados pela assembleia geral ou, sendo caso disso, em contratos de gestão;

- concretizar as orientações legais e contratuais e a estratégia da empresa;

- acompanhar, verificar e controlar a evolução das atividades e dos negócios da empresas e avaliar e gerir os seus riscos inerentes, assegurar a suficiência, veracidade e a fiabilidade, bem como a confidencialidade, das informações da empresa;

- guardar sigilo sobre factos ou documentos de que tenha conhecimento no exercício das suas funções e não divulgar nem utilizar, em proveito próprio ou alheio, para quaisquer fins, diretamente ou interposta pessoa, esses conhecimentos.

Estes deveres densificam os dois deveres dos administradores de sociedades comerciais: o dever de lealdade e o dever de cuidado (art. 64 CSC).

Não obstante a observância das orientações legais e contratuais, o conselho de administração das empresas pública goza de autonomia de gestão (art. 10 EGP), não estando, por isso, sujeito a ordens por parte do Governo. Todavia, para a prática de diversos atos, carece de autorização ou aprovação governamental.³⁰⁹ Além disso, os gestores públicos não podem realizar despesas confidenciais ou não documentadas (art. 11 EGP).

Depois, o desempenho dos gestores públicos é objeto de avaliação sistemática segundo critérios legais, contratuais e fixados em assembleia geral, competindo aos Ministros das Finanças e do setor, nas entidades públicas empresariais, e mediante proposta do acionista único ou maioritário, formulada em assembleia geral, nas restantes empresas (art. 6 EGP). Se a empresa tiver gestores executivos e gestores não executivos, a avaliação do grau e das condições de cumprimento em cada exercício das orientações de gestão previstas no RJSPE compete à comissão de avaliação, caso exista, e que poderá ser designada pelos membros de um conselho geral e de supervisão, caso exista (art. 7 EGP).

Segundo o RJSPE, para além de serem civil, criminal e financeiramente responsáveis pela realização de tais operações não autorizadas bem como por quaisquer outras não previstas no plano de atividades e orçamento (art. 25/6)³¹⁰, os gestores respondem perante o titular da função acionista pelos resultados obtidos, devendo apresentar trimestralmente relatórios fundamentados, demonstrando o grau de execução dos objetivos fixados no plano de atividades e orçamento, que incluirá o plano de investimentos e respetivas fontes

³⁰⁹ Acentuando a posição de supremacia de que gozam os poderes públicos no quadro das empresas públicas societárias sobre os titulares dos seus órgãos de administração e gestão, COUTINHO DE ABREU, «Sobre os gestores públicos», *DSR - Direito das Sociedades em Revista* 2011/4, p. 35.

³¹⁰ O EGP estabelece igualmente o princípio da responsabilidade dos gestores públicos nos termos do qual os gestores públicos respondem penal, civil e financeiramente pelos seus atos e omissões enquanto gestores, nos termos da lei (art. 23).

de financiamento, e especificando as operações financeiras contratadas; se os resultados apresentados ou a avaliação de desempenho dos gestores e a qualidade da gestão não forem positivos, a autonomia de gestão pode ser restringida (art. 25/2-4).³¹¹

8.4. Incompatibilidade e impedimentos

Os gestores públicos estão sujeitos a um regime apertado de incompatibilidades e impedimentos. Não podem exercer simultaneamente cargos de direção da administração direta e indireta do Estado nem das autoridades reguladoras independentes, e os gestores não executivos não podem exercer quaisquer outras atividades temporárias ou permanentes na mesma empresa, nem em empresas privadas concorrentes no mesmo setor, e a sua designação para outras empresas públicas regionais ou locais deve ser especialmente fundamentada, em termos de necessidade ou conveniência, e autorizada pelos Ministros das Finanças e do respetivo setor, salvo tratando-se de empresas do mesmo grupo (art. 22/1-5 EGP).³¹²

Durante o exercício dos seus mandatos, os gestores públicos não podem celebrar quaisquer contratos de trabalho ou de prestação de serviços com as referidas empresas, para vigorar após a cessação das suas funções, e de igual modo devem declarar-se impedidos de participar em deliberações quando nelas tenham interesse, por si, como representante ou gestor de negócios de outra pessoa ou ainda quando tal suceda relativamente ao seu cônjuge, parente ou afim em linha reta ou até ao 2.º grau em linha colateral ou em relação com pessoa com quem viva em economia comum (art. 20/6-7). Os gestores públicos ficam ainda sujeitos a incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos previstas na Lei 64/93, de 26 de agosto, devendo antes do início de funções indicar por escrito à IGF todas as participações e interesses patrimoniais que detenha, direta ou indiretamente, na empresa para a qual foi designado ou em qualquer outra (art. 22/8-9).

8.5. Remuneração, regalias e pensões dos gestores públicos

A remuneração mensal dos gestores públicos de entidades públicas empresariais é fixada por resolução do Conselho de Ministros³¹³ e acompanhada pela CRESAP, segundo critérios decorrentes da complexidade, exigência e responsabilidade inerentes às respetivas funções e atendendo às práticas normais de mercado no respetivo setor (art. 28/3-5 EGP). Nas empresas públicas societárias (SA), a remuneração é fixada pela

³¹¹ As empresas públicas que prestam serviço público ou de interesse económico geral estão sujeitas a certos princípios como os da universalidade ou equidade, eficácia, (art. 55). Na prestação de serviços públicos essenciais devem ser respeitados os direitos dos utentes estabelecidos na Lei 23/96, de 26 de julho (várias vezes alterada), nos termos da qual são serviços públicos essenciais o fornecimento de água, energia elétrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, serviços de comunicações eletrónicas, postal, recolha e tratamento de águas residuais, gestão de resíduos sólidos urbanos (art. 1/2).

³¹² Os gestores públicos em situação de incompatibilidade ou acumulação de funções não conforme com o EGP tiveram um ano para terminar essas situações ou renunciar ao mandato, sem direito a qualquer indemnização ou subvenção (art. 39/4-5).

³¹³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 16/2012, de 14 de fevereiro de 2012.

Ver por ex. os vencimentos do conselho de administração do Teatro D. Maria II: http://www.tndm.pt/fotos/editor2/modelo_orgaos_sociais_e_modelo_governo.pdf

assembleia geral ou por uma comissão de remunerações por si designada ou pelo conselho geral e de supervisão (art. 28/6 EGP).³¹⁴

Quanto aos gestores não executivos, têm direito a uma remuneração fixa não superior a um quarto da remuneração dos gestores executivos, podendo subir para um terço se participarem efetivamente em comissões especiais de acompanhamento da empresa, mas não contemplando em qualquer caso despesas de representação (art. 29/1-3 EGP).

Relativamente a remunerações decorrentes de contratos de gestão, estes devem prever as remunerações (com especificação dos valores fixados para cada componente), prémios de gestão (que não podem ser superiores a metade da remuneração anual auferida) e outras regalias ou benefícios aplicáveis aos demais colaboradores (art. 30/1 EGP).

Os gestores públicos não podem utilizar *cartões de crédito* e afins para realizar despesas ao serviço da empresa, nem podem ser reembolsados de quaisquer despesas de representação pessoal e, além disso, o valor máximo de despesas de comunicações (telefone móvel, domiciliário e internet) é fixado pela assembleia geral na SA ou por despacho do ministro das finanças nas EPE, não podendo ultrapassar a soma do valor fixado para telefone móvel e domiciliário para cargos de direção superior de 1 grau da AP (art. 32/1-4 EGP).

Relativamente à utilização de viaturas por gestores públicos, o seu valor máximo é fixado por deliberação da assembleia geral nas empresas societárias ou por despacho do ministro das finanças nas entidades públicas empresariais³¹⁵, sendo o valor máximo de combustível e portagens afeto mensalmente às viaturas de serviço fixado em um quarto do valor do abono mensal das despesas de representação, não podendo os gestores ter qualquer direito de opção na aquisição de viaturas de serviço que lhes tenham sido afetas durante o exercício de funções (art. 33/1-4).

Os gestores públicos gozam ainda dos benefícios sociais conferidos aos trabalhadores da empresa em que exerçam funções, com exceção dos respeitantes a planos complementares de reforma, aposentação, sobrevivência ou invalidez; em matéria de pensões, beneficiam do regime geral de segurança social, a menos que optem por outro que os abranja, por ex. a CGA para os funcionários públicos (arts. 34 e 35).

Em matéria de *governo empresarial e transparência*, os gestores públicos sujeitam-se às normas éticas do setor de atividade da respetiva empresa e às boas práticas decorrentes dos usos internacionais, designadamente em matéria de transparência, respeito pela concorrência e pelos agentes de mercado e prestação de informação sobre a sua

³¹⁴ Na sequência do Memorandum da Troika, foi estabelecido um teto para a remuneração dos gestores públicos, dispondo que não podem auferir vencimento mensal superior ao do Primeiro-Ministro, acrescida de um abono mensal pago 12 vezes ao ano para despesas de representação no valor de 40% do respetivo vencimento; o referido teto aplica-se mesmo nos casos de o gestor ser autorizado a optar pelo vencimento do lugar de origem (art. 28/1-2/8 EGP). Sendo que os gestores públicos em mobilidade ou comissão de serviço em empresas mercantis, incluindo financeiras, que operam em regime de concorrência, podem ser autorizados pelo Ministro das Finanças, por despacho fundamentado e publicado no DR, a optarem pela remuneração média dos últimos três anos do lugar de origem, aplicado a taxa de inflação apurada pelo INE, mas não recebem despesas de representação se auferirem vencimento mensal superior ao do Primeiro-Ministro (art. 28/9-10).

³¹⁵ Nas sociedades de capitais exclusivamente públicos a diferença entre deliberação social e despacho será dificilmente descortinável, já que em ambos os casos caberá apenas ao Ministro das Finanças.

organização e atividades envolvidas (art. 37 EGP). O não acatamento destas regras poderá justificar a dissolução em bloco da administração ou a demissão individual de gestores.

8.6. Cessação de funções do gestor público

8.6.1. Dissolução (em bloco) ou demissão ou renúncia (individual), justificada ou por mera conveniência

A cessação de funções dos gestores públicos pode ser *em bloco*, por dissolução, ou *individual*, por demissão ou renúncia. A dissolução e a demissão podem ser justificadas ou por mera conveniência. No primeiro caso, justificam a dissolução do órgão de administração (conselho de administração, comissão executiva ou conselho de administração executivo) a violação grave de norma legal ou estatutária; a inobservância, nos orçamentos de exploração e de investimento, dos objetivos fixados pelo acionista ou pela tutela; o desvio substancial entre os orçamentos e a respectiva execução; a grave deterioração dos resultados do exercício ou da situação patrimonial quando imputável aos gestores (art. 24/1 EGP). Por seu turno, constituem justa causa de demissão a avaliação de desempenho negativa por não cumprimento dos objetivos, a violação grave de norma legal ou estatutária, incluindo regras sobre incompatibilidades e impedimentos, e a violação do sigilo profissional (art. 25/1 EGP).

A dissolução e a demissão devem ser devidamente fundamentadas, competem ao órgão que nomeou ou elegeu os gestores, devem ser precedidas de audiência do presidente do órgão de gestão ou do gestor individual, e produzem a cessação do mandato (de todos os membros do órgão dissolvido no caso de dissolução ou do gestor individual no caso da demissão) sem direito a qualquer subvenção ou compensação pela cessação (arts. 24/2-3 e 25/2-3 EGP). Por seu turno, a dissolução e demissão por mera conveniência ou livre, independentemente de justificação, pode ter lugar a qualquer momento e compete ao órgão de eleição ou designação (art. 26/2 EGP).

8.6.2. Indemnização do gestor no caso de dissolução ou demissão por mera conveniência

Havendo dissolução ou demissão por mera conveniência, o gestor público que já contar pelo menos 12 meses seguidos de exercício de funções tem direito a uma indemnização correspondente ao vencimento base que auferiria até ao final do respetivo mandato, com o limite de 12 meses (art. 26/3 EGP). Mas, se o gestor demitido regressar ao exercício de funções ou aceitar no prazo de 12 meses função ou cargo no setor público administrativo ou empresarial, ou se regressar às funções anteriormente desempenhadas para os gestores designados em comissão de serviço ou de cedência especial ou ocasional, a indemnização é reduzida ao montante da diferença entre o vencimento como gestor e o vencimento do lugar de origem à data da cessação de funções de gestor, ou o novo vencimento, havendo lugar a devolução da parte em excesso da indemnização que eventualmente haja sido paga (art. 26/3).

A cessação por renúncia faz-se nos termos da lei comercial, não carece de aceitação, embora deva ser comunicada aos órgãos de eleição ou de nomeação (art. 27). Pode ainda ocorrer cessação de funções por caducidade, nos termos gerais.

9. As empresas locais

9.1. Forma, objeto e modalidades das empresas locais

O RJAEL³¹⁶ regula a atividade empresarial local exercida pelos serviços municipalizados e pelas empresas locais (art. 2), bem como as participações locais em sociedades comerciais, ou seja, entidades constituídas ao abrigo da lei comercial que não assumam a natureza de empresas locais (art. 4). Analisaremos apenas o regime das empresas locais e dos serviços municipalizados.

A atividade empresarial local é exercida por municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas (art. 2), que são consideradas entidades públicas participantes (art. 5).

A *constituição* de empresas locais deve ser fundamentada na “melhor prossecução do interesse público” e “na conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver” (art. 6/1). A constituição de empresa local inibe as entidades públicas participantes de exercerem as mesmas atividades na pendência e na exata medida da sua externalização (art. 6/2).

As sociedades comerciais controladas conjuntamente por diversas pessoas coletivas de direito público pertencem ao setor de atividade da entidade que seja titular da maior participação ou que exerça qualquer outro tipo de influência dominante (art. 7/1). Por ex. a Metro Mondego, SA, pertence ao Estado.³¹⁷

Por outro lado, as empresas locais não podem, sob pena de nulidade dos atos ou contratos em causa, constituir ou adquirir quaisquer participações em sociedades comerciais, nem criar ou participar em associações, fundações ou cooperativas, exceto associações sem fins lucrativos de representação dos agentes do setor de atividade económica em que atua a empresa local (art. 38/1-2).

9.2. Serviços municipalizados

Os municípios podem municipalizar serviços de abastecimento público de água, saneamento de águas residuais urbanas, gestão de resíduos urbanos e limpeza pública,

³¹⁶ Aprovado pela Lei 50/2012, de 31 de agosto, e várias vezes alterado, a última das quais pela Lei 71/2018, de 31 de dezembro. Sobre as empresas locais, PACHECO DE AMORIM, *As empresas públicas no direito português (em especial, as empresas municipais)*, Coimbra, 2000; CÂNDIDO DE OIVEIRA, «Empresas municipais e intermunicipais: entre o Público e o Privado», *Os caminhos da privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, p. 131-146 (considerando que “o problema das empresas municipais poderá estar no perigo de, ao fugir do direito administrativo, fugir do direito” e apelando ao invés à adaptação do direito administrativo às “exigências de uma administração moderna e ágil” – p. 145-6); COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, p. 282-288; PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, Coimbra, 2007 (segundo a Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro), e do mesmo AUTOR, *Regime jurídico da atividade empresarial local*, Coimbra, 2012 (Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto); VAZ ALVARENGA, *Empresas Locais em Portugal - Atuação Empresarial à Luz da Lei 50/2012*, Curitiba, 2014 (tese mestrado em Direito Empresarial elaborada na FDUC sob nossa orientação).

³¹⁷ <http://www.metromondego.pt/>

transporte de passageiros, e distribuição de energia elétrica em baixa tensão (art. 10/1). Podem também ser criados serviços municipalizados para desenvolver outras atividades, quando integrem empresas locais dissolvidas nos termos do art. 62 do RJAEEL (art. 10/2). Os serviços municipalizados fazem parte da estrutura organizacional do município (art. 8/1) e a sua contabilidade rege-se pelas regras dos municípios (art. 11). Todavia, possuem organização autónoma (art. 9/2), são “geridos sob forma empresarial e visam satisfazer necessidades coletivas da população do município” (art. 9/1). A criação de um serviço municipalizado exige estar em causa uma atribuição municipal cuja gestão sob forma empresarial se justifique (art. 10/3).

A gestão dos serviços municipalizados cabe a um conselho de administração, composto por um presidente e dois vogais, os quais são nomeados pela câmara municipal de entre os seus membros, pela duração do seu mandato e sem direito a remuneração extra, podendo ser exonerados a todo o tempo (art. 12/1-3). O conselho de administração reúne quinzenalmente ou sempre que o seu presidente o convoque (art. 14)., para deliberar sobre matérias da sua competência, como sejam, nomeadamente, a gestão dos serviços municipalizados, preparar as opções do plano e o orçamento e elaborar os documentos de prestação de contas a apresentar à câmara municipal (art. 13). O conselho de administração pode delegar no diretor delegado a orientação técnica e a direção administrativa dos serviços municipalizados, a quem cabe, designadamente, preparar os trabalhos do conselho de administração e promover a execução das suas deliberações (art. 15/1-2).

Os serviços municipalizados têm orçamento próprio (art. 16/1). Todavia, é o orçamento municipal que cobre as perdas de exploração ou que fica com os resultados positivos, depois de abatidas as importâncias em dívida aos serviços municipalizados (art. 16/2).

O município pode extinguir serviços municipalizados e proceder à externalização da atividade em causa, através de uma solução organizacional alternativa, devendo para o efeito dispor de estudos que demonstrem a sua viabilidade económica e financeira (art. 18/1-2). A externalização da atividade passa, amiúde, pela constituição de uma empresa local.

9.3. Empresas locais (formas, objeto e modalidades)

São empresas locais as sociedades comerciais, de responsabilidade limitada, nas quais as entidades públicas possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante por deterem a maioria do capital ou dos direitos de voto, ou o direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização, ou ainda qualquer outra forma de controlo de gestão (art. 19/1-6).

É permitida a constituição de sociedades unipessoais por quota ou de sociedades anónimas unipessoais, nos termos da lei comercial (art. 19/2-3). Enquanto *sociedades comerciais*, as empresas locais são pessoas coletivas de direito privado, com natureza municipal, intermunicipal ou metropolitana, consoante o titular da influência dominante (art. 19/4), devendo indicar obrigatoriamente na denominação a sua natureza municipal, intermunicipal ou metropolitana, respetivamente E. M., E. I. M. ou E. M. T. (art. 19/5).

O objeto social das empresas locais é limitado à exploração de atividades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, de forma tendencialmente autossustentável, incluindo atividades de gestão de equipamentos e prestação de serviços na área da cultura (art. 20/1).

Empresas locais de gestão de serviços de interesse geral

São consideradas “empresas locais de gestão de serviços de interesse geral aquelas que, assegurando a universalidade, a continuidade dos serviços prestados, a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, a coesão económica e social local ou regional e a proteção dos utentes, e, sem prejuízo da eficiência económica, no respeito pelos princípios da não discriminação e da transparência, tenham exclusivamente por objeto uma ou mais das seguintes atividades: a) Promoção e gestão de equipamentos coletivos e prestação de serviços nas áreas da educação, ensino e formação profissional, ação social, cultura, saúde e desporto [sem prejuízo de poderem “desenvolver a sua atividade no mercado de bens e serviços junto de outros agentes económicos” – art. 46/2]; b) Promoção, gestão e fiscalização do estacionamento público urbano; c) Abastecimento público de água; d) Saneamento de águas residuais urbanas; e) Gestão de resíduos urbanos e limpeza pública; f) Transporte de passageiros; g) Distribuição de energia elétrica em baixa tensão” (Art. 45).

Apesar de adotarem forma societária comercial, o seu objeto não é necessariamente mercantil nem o seu fim é a obtenção de lucros, antes norteiam a prossecução da missão que lhe é atribuída por princípios orientadores firmados à luz do interesse geral.³¹⁸ Para o efeito, celebram contratos-programa com as entidades públicas participantes, sujeitos a aprovação pelo seu órgão deliberativo e a comunicação à IGF e, se não estiver sujeito a visto prévio, ao Tribunal de Contas (art. 47/1/6-7). Os contratos-programa estabelecem os subsídios à exploração e as metas em termos de eficácia ou eficiência pretendidas, por referência a indicações de medição da realização dos objetivos (art. 47/1-2). A prática de preços subsidiados carece de justificação objetiva e adoção de sistemas de contabilidade analítica que permitam comparar a diferença entre o exercício da atividade a preços de mercado e a preços subsidiados, e a necessária justificação na ótica do interesse geral (art. 47/5).

³¹⁸ A saber, nos termos do art. 46/1: “a) Prestar os serviços de interesse geral na respetiva circunscrição, sem discriminação dos utentes e das áreas territoriais sujeitas à sua atuação; b) Promover o acesso, em condições financeiras equilibradas, da generalidade dos cidadãos a bens e serviços essenciais, procurando adaptar as taxas e as contraprestações devidas às reais situações dos utilizadores, à luz do princípio da igualdade material; c) Assegurar o cumprimento das exigências de prestação de serviços de caráter universal relativamente a atividades económicas cujo acesso se encontre legalmente vedado a empresas com capitais exclusiva ou maioritariamente privados e a outras entidades da mesma natureza; d) Garantir o fornecimento de serviços ou a gestão de atividades que exijam avultados investimentos na criação ou no desenvolvimento de infraestruturas ou redes de distribuição; e) Zelar pela eficácia da gestão das redes de serviços públicos, procurando, designadamente, que a produção, o transporte e distribuição, a construção de infraestruturas e a prestação do conjunto de tais serviços se procedam de forma articulada, tendo em atenção as modificações organizacionais impostas por inovações técnicas ou tecnológicas; f) Cumprir obrigações específicas, relacionadas com a segurança da sua atividade, a continuidade e qualidade dos serviços e a proteção do ambiente, devendo tais obrigações ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e suscetíveis de controlo.”

Empresas locais de promoção do desenvolvimento local e regional

As empresas locais de promoção do desenvolvimento local e regional “são aquelas que, visando a promoção do crescimento económico, a eliminação de assimetrias e o reforço da coesão económica e social, no respeito pelos princípios da não discriminação e da transparência e sem prejuízo da eficiência económica, tenham exclusivamente por objeto uma ou mais das seguintes atividades: a) Promoção, manutenção e conservação de infraestruturas urbanísticas e gestão urbana; b) Renovação e reabilitação urbanas e gestão do património edificado; c) Promoção e gestão de imóveis de habitação social; d) Produção de energia elétrica; e) Promoção do desenvolvimento urbano e rural no âmbito intermunicipal” (art. 48/1).

Tal como as empresas locais de serviços de interesse geral, também as empresas locais de promoção do desenvolvimento local e regional devem prosseguir as missões que lhes estejam confiadas – sem prejuízo de poderem atuar no mercado de bens e serviços junto de outros agentes económicos - segundo princípios orientadores entre os quais não se conta (embora também não se exclua) a obtenção de lucros.³¹⁹ Para o efeito, celebram contratos-programa com as entidades públicas participantes, definindo a missão e o conteúdo das responsabilidades de desenvolvimento local e regional assumidas, e especificando o montante dos subsídios à exploração que as empresas locais têm o direito de receber como contrapartida das obrigações assumidas (art. 50).

A RJAEEL proíbe expressamente que o objeto das empresas locais seja constituído por ser atividades de natureza exclusivamente administrativa ou com o intuito exclusivamente mercantil (art. 20/2), ou atividades que não se insiram nas atribuições dos municípios (art. 20/5), sob pena de nulidade da deliberação de constituição ou de participação em empresas locais em contrário (art. 20/7).

Compete aos órgãos deliberativos de entidades públicas (e.g. assembleia municipal), sob proposta dos respetivos órgãos executivos, deliberar sobre a constituição de empresas locais ou adquirir participação dominante (art. 22/1). A constituição, sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, é inscrita no registo comercial e comunicada a diversas entidades públicas, nomeadamente à IGF e à DG das Autarquias Locais, cabendo a esta última manter no seu portal uma lista de todas as empresas locais (art. 22/2-4). A alteração dos estatutos das empresas locais compete às respetivas assembleias gerais (art. 22-A).

9.4. Direitos societários e governação de empresas locais

Os direitos societários nas empresas locais são exercidos nos termos da lei comercial, em conformidade com as orientações estratégicas definidas e revistas periodicamente

³¹⁹ São seus princípios orientadores (art. 49): “a) Contribuir para o desenvolvimento económico-social na respetiva circunscrição, sem discriminação das áreas territoriais sujeitas à sua atuação; b) Promover o crescimento económico local e regional; c) Desenvolver atividades empresariais integradas no contexto de políticas económicas estruturais de desenvolvimento tecnológico e criação de redes de distribuição; d) Promover o empreendedorismo de base local e regional; e) Garantir o fornecimento de serviços ou a gestão de atividades que exijam avultados investimentos na criação ou no desenvolvimento de infraestruturas; f) Cumprir obrigações específicas, relacionadas com a segurança da respetiva atividade, com a continuidade e qualidade dos serviços e com a proteção do ambiente e da qualidade de vida, de forma clara, transparente, não discriminatória e suscetível de controlo”.

pelo órgão executivo da entidade pública participante, designadamente a câmara municipal, as quais devem conter metas quantificadas e contemplar a celebração de contratos entre as entidades públicas participantes e as empresas locais e refletir-se nas orientações anuais aprovadas em assembleia geral e nos contratos de gestão com os gestores (arts. 24 e 37).

A estrutura e as competências dos órgãos sociais das empresas locais são também reguladas pela lei comercial, mas é obrigatória a existência de assembleia-geral e de fiscal único ROC ou sociedade de ROC (art. 25/1-2-5). É expressamente excluída a remuneração dos membros da assembleia geral (art. 25/8). Entre os membros da gerência ou administração só um tem direito a remuneração, salvo se a média anual de proveitos, apurados nos últimos três anos, for igual ou superior a cinco milhões de euros, subindo nesse caso para dois (ar. 25/3-4). O valor das remunerações não pode exceder o valor da remuneração de vereador a tempo inteiro da câmara municipal, tendo por referência a remuneração mais elevada dos vereadores a tempo inteiro se a empresa local for detida por mais de um município, por uma associação de municípios ou por uma área metropolitana (art. 30/2-3).

Os membros dos órgãos das empresas locais são eleitos pela assembleia geral, para a qual o órgão executivo da entidade pública participante designa um representante (art. 26/1-2). A mesa da assembleia geral tem no máximo três elementos, enquanto a gerência ou administração é composta por um presidente e no máximo dois vogais (art. 26/4-5). Os administradores regem-se subsidiariamente pelo Estatuto do Gestor Público (Lei 71/2007), com exclusão das suas regras relativas ao recrutamento e seleção, em relação aos membros dos órgãos das entidades públicas participantes que integrem os órgãos de gestão ou de administração das respetivas empresas locais, e em quaisquer outros casos de exercício não remunerado das respetivas funções (art. 30/4-5). De todo o modo, o gestor de empresas locais não pode exercer simultaneamente funções, independentemente da sua natureza, nas entidades públicas participantes nem funções remuneradas, seja a que título for, em quaisquer empresas locais com sede na circunscrição territorial das respetivas entidades públicas participantes, ou da associação de municípios ou área metropolitana que aquelas integrem, consoante o que for mais abrangente.

Por seu turno, o fiscal é único, sendo designado pelo órgão deliberativo da entidade pública participante sob proposta do órgão executivo (art. 26/3). Compete ao fiscal único emitir pareceres prévio sobre o financiamento e a assunção de quaisquer obrigações financeiras, sobre a necessidade da avaliação plurianual do equilíbrio de exploração da empresa local, sobre a celebração dos contratos-programa com empresas locais de serviços de interesse geral ou com empresas locais de promoção de desenvolvimento local e regional (devendo ser comunicados à IGF), e ainda sobre os instrumentos de gestão previsional, bem como sobre o relatório do órgão de gestão ou de administração e contas do exercício; mais lhe compete fiscalizar a ação da gerência ou administração, a regularidade dos livros, registos contabilísticos e documentos que lhes servem de suporte, verificar os valores patrimoniais da empresa local ou por ela recebidos em garantia, depósito ou outro título, emitir certificado legal das contas, reportar semestralmente ao órgão executivo da entidade pública participante sobre a situação económico-financeira da empresa, pronunciar-se sobre qualquer assunto de interesse para a empresa local, a

solicitação da gerência ou administração, e participar aos órgãos e entidades competentes as irregularidades, bem como os factos que considere reveladores de graves dificuldades na prossecução do objeto da empresa local (art. 2516).

Finalmente, é permitida a delegação de poderes pelas entidades públicas participantes nas empresas locais, se essa faculdade constar expressamente na deliberação constitutiva da empresa e nos respetivos estatutos, devendo essa deliberação especificar as prerrogativas do pessoal que exerça funções de autoridade, designadamente no âmbito de poderes de fiscalização (art. 27/1-2).

9.5. Princípio da viabilidade económico-financeira e racionalidade económica

A gestão das empresas locais é vinculada aos objetivos prosseguidos pelas entidades públicas participantes em termos de satisfação das necessidades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, mas devendo *assegurar a viabilidade económica e o equilíbrio financeiro* (art. 31, *italico nosso*). Aliás, sob pena de nulidade, a viabilidade económico-financeira do projeto e a *racionalidade económica* do exercício da atividade através de uma entidade empresarial devem ser demonstradas *ab initio*, mediante estudos técnicos prévios à deliberação constitutiva da empresa local (art. 32/1). Esses estudos devem identificar as necessidades a satisfazer, face à procura atual e potencial, o impacto financeiro dessa atividade nas contas, na orgânica e nos recursos humanos da entidade pública participante, e bem assim oferecer uma ponderação sobre o benefício social da empresa (art. 30/2), contabilizando eventuais direitos especiais ou exclusivos, na aceção da “Diretiva Transparência”, de que beneficiem como vantagem para aferir a sua viabilidade financeira (art. 30/5). Sendo que, anualmente, os órgãos sociais da empresa avaliam o desempenho da empresa local, devendo elaborar um relatório sobre a análise comparativa dos referidos estudos e a sua efetiva situação económico-social (art. 30/7).

Por razões de maior flexibilidade de gestão, o estatuto do pessoal das empresas locais rege-se pelo código do trabalho, sem prejuízo da matéria relativa à contratação coletiva (art. 28/1-2). É permitida a cedência de interesse público de pessoal com relação de emprego público para exercer funções nas empresas locais (art. 29). Todavia, a escolha de parceiros privados está sujeita aos procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico do código dos contratos públicos, consoante a atividade a prosseguir pela empresa local (art. 33). Aliás, as empresas locais estão sujeitas ao regime da concorrência e por isso os seus mecanismos de contratação devem ser transparentes e não discriminatórios, de modo a assegurar igualdade de oportunidades aos interessados (art. 34/1).

9.6. Contratação pública, subsídios à exploração e direito da concorrência

Para atribuírem subsídios à exploração, as entidades públicas participantes no capital social devem celebrar contratos-programa com as empresas locais (art. 30/4), as quais se regem pelo princípio da transparência financeira, ou seja, devem organizar a sua contabilidade de modo a permitir a identificação de quaisquer fluxos financeiros entre elas e as entidades participantes no capital social (art. 34/2). Todavia, são admitidas derrogações aos princípios da transparência e da isonomia, se a aplicação do regime da

concorrência puder frustrar, de direito ou de facto, a prestação do serviço de interesse económico geral pelas empresas locais (art. 34/3).

As entidades públicas participantes não podem conceder quaisquer formas de subsídios ao investimento ou em suplemento a participações de capital (art. 35/1), aos quais são equiparadas quaisquer quantias, pagas pelas entidades públicas participantes, para além das devidas pela prestação contratual das empresas locais a preços de mercado, em sede de contratação para adjudicação de aquisições de bens ou serviços, locações, fornecimentos ou empreitadas (art. 35/2). De todo o modo, os pagamentos efetuados pelas entidades públicas participantes ao abrigo de contratos-programa com empresas locais de serviços de interesse geral ou com empresas locais de promoção de desenvolvimento local e regional não se consideram subsídios à exploração (art. 35/4).

9.7. Princípio do equilíbrio de contas e dever de suprimento pela entidade pública participante

A legalidade, economia, eficácia e eficiência da gestão das empresas locais são objeto de controlo financeiro pela Inspeção-Geral de Finanças, sem prejuízo dos procedimentos de controlo interno que as empresas locais devem adotar para garantir a fiabilidade das contas e demais informações financeiras (art. 39).

Rege o princípio do equilíbrio de contas relativamente aos resultados anuais das empresas públicas (art. 40/1). Para o efeito, a entidade pública participante é obrigada a garantir o referido equilíbrio, cobrindo o défice da empresa, apesar de, tratando-se de sociedade comercial dominada, esta ser de responsabilidade limitada. Se o resultado for negativo antes de impostos, os sócios terão que equilibrar os resultados do exercício em causa, realizando uma transferência na proporção da respetiva participação social (art. 40/2), devendo os sócios de direito público prever nos seus orçamentos o montante previsional necessário à cobertura e, se essa verba for insuficiente, alterar ou rever os seus orçamentos na medida do necessário de modo a realizar a transferência no mês seguinte à apreciação das contas da empresa local, nos termos e nos prazos da lei comercial (art. 40/3-4; v. art. 376 e seg. CSC). Se o equilíbrio das contas só puder ser avaliado numa perspetiva plurianual, de modo a abranger a totalidade do período de investimento, deve ser apresentado um plano previsional de mapas de demonstração de fluxos de caixa líquidos atualizados na ótica do equilíbrio plurianual dos resultados à IGF, para apreciação, e aos sócios de direito público, para que estes prevejam esses encargos nos seus orçamentos anuais (art. 40/5-6).

Se o regime de equilíbrio das contas não for cumprido, os empréstimos contraídos pelas empresas locais (e o endividamento líquido das mesmas) relevam para os limites ao endividamento das entidades públicas participantes (art. 41/1).³²⁰ Em todo o caso, é vedado às empresas locais conceder empréstimos a favor dos sócios e prestar quaisquer formas de garantias, assim como as entidades públicas participantes não podem conceder empréstimos às empresas locais (art. 41/2-3); é também expressamente vedado às empresas locais ou sociedades comerciais dominadas a contratação de instrumentos

³²⁰ Além disso, o não cumprimento do regime de equilíbrio das contas não pode diminuir o endividamento líquido total de cada município, calculado nos termos da Lei das Finanças Locais (aprovada Lei 2/2007, de 15 de janeiro, alterada diversas vezes).

financeiros derivados de natureza especulativa (art. 41/6). Caiem nesta categoria os contratos de SWAP, embora a natureza especulativa não seja igual em todas as suas modalidades e por isso a ordem jurídica em geral os trate de modo diferenciado. Como referiu o Supremo Tribunal de Justiça, a propósito dos contratos de swap enquanto instrumentos financeiros de natureza especulativa, “A tolerância da ordem jurídica à especulação não é irrestrita e importa distinguir entre a especulação tida como proveitosa ao correcto funcionamento da economia e eticamente aceitável e a busca da álea em si mesma e independente de qualquer outro motivo que a sustente ou explique (i.e. com a especulação hasardeuse) e a que se reconduz, no fundo, a correspondente geração de proveitos a partir da simples aplicação de uma determinada taxa vigente num certo momento a um mero valor nocional, não se vislumbrando qualquer razão que legitime uma equivalência entre a finalidade de imunização de um risco pré-existente ao swap ou seu contemporâneo e a tomada independente de um risco gerado por este, tanto mais que tal corresponderia a assumir como aceitáveis e toleráveis, pela sociedade, os enormes riscos sociais e económico associados a essa prática.” Nesta ordem de ideias, se as partes não quiseram “acautelar qualquer risco, fica por comprovar a existência de um ‘casamento’ entre um hedger (que visa, por meio de um swap, prevenir um cenário de risco desfavorável) e um especulador (que formula previsões de sinal contrário e se dispõe a aceitar esse risco mediante o pagamento de uma compensação financeira), o que tornaria economicamente virtuosa (ou, por outras palavras, séria) e, nessa medida, aceitável e legítima a especulação.”³²¹

Para evitar que as entidades públicas participantes se afoguem em dívidas por causa das empresas locais, o RJAEL estabelece a sua dissolução obrigatória segundo a regra do défice superior a 50% no último triénio (art. 62).³²²

9.8. Deveres de informação e transparência

Sob pena de dissolução dos seus órgãos, as empresas locais devem informar os sócios, facultando-lhes, de forma completa e atempadamente e com vista ao seu acompanhamento e controlo, os projetos dos planos de atividades anuais e plurianuais, e dos orçamentos anuais, incluindo estimativa das operações financeiras com o Estado e as autarquias locais, os planos de investimento anuais e plurianuais e respetivas fontes de financiamento, os documentos de prestação anual de contas, os relatórios trimestrais de execução orçamental, e quaisquer outras informações e documentos solicitados para o acompanhamento sistemático da situação da empresa local e da sua atividade, com vista, designadamente, a assegurarem a boa gestão dos fundos públicos e a evolução institucional e económico-financeira (art. 42/1).

³²¹ Acórdão do STJ de 29 de janeiro de 2015, proc. n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1 (Bettencourt de Faria).

³²² Nos termos do art. 62/1, “as empresas locais são obrigatoriamente objeto de deliberação de dissolução, no prazo de seis meses, sempre que se verifique uma das seguintes situações: a) As vendas e prestações de serviços realizados durante os últimos três anos não cobrem, pelo menos, 50 /prct. dos gastos totais dos respetivos exercícios; b) Quando se verificar que, nos últimos três anos, o peso contributivo dos subsídios à exploração atribuídos pela entidade pública participante é superior a 50 /prct. das suas receitas; c) Quando se verificar que, nos últimos três anos, o valor do resultado operacional subtraído ao mesmo o valor correspondente às amortizações e às depreciações é negativo; d) Quando se verificar que, nos últimos três anos, o resultado líquido é negativo.”

Para além deste dever “interno”, as empresas locais devem ainda enviar anualmente os referidos elementos para a DG das Autarquias Locais, juntamente com outras informações e elementos (art. 42/2-3). E, de forma a promover a sua transparência, é obrigatório terem um sítio na Internet permanentemente atualizado com informação relativa ao contrato de sociedade e estatutos, estrutura do capital social, identidade dos membros dos órgãos sociais e respetiva nota curricular, montantes auferidos pelos membros remunerados dos órgãos sociais, número de trabalhadores (desagregado segundo a modalidade de vinculação), planos de atividades e de investimento anuais e plurianuais, orçamento anual, documentos de prestação anual de contas (designadamente o relatório anual do órgão de gestão ou de administração, o balanço, a demonstração de resultados e o parecer do órgão de fiscalização), plano de prevenção da corrupção e dos riscos de gestão, e os pareceres sobre o financiamento e a assunção de quaisquer obrigações financeiras, a necessidade da avaliação plurianual do equilíbrio de exploração da empresa local, e a celebração dos contratos-programa com empresas locais de serviços de interesse geral ou com empresas locais de promoção de desenvolvimento local e regional (devendo ser comunicados à IGF), e ainda sobre os instrumentos de gestão previsional (art. 43/2).

As entidades públicas participantes estão igualmente obrigadas a prestar à DG das Autarquias Locais a informação institucional e económico-financeira relativa às respetivas empresas locais, ficando sujeitas a uma retenção imediata e automática de 10 % do duodécimo das transferências correntes do Fundo Geral Municipal (FGM) enquanto durar a situação de incumprimento, subindo para 20% em caso de reincidência; tratando-se de associações de municípios ou áreas metropolitanas, são suspensas as transferências financeiras a seu favor previstas no Orçamento de Estado (art. 44/1-4). A sanção não se aplica se a entidade pública participante demonstrar que exerceu os respetivos direitos societários para efeitos do cumprimento dos deveres de informação (art. 44/7), ou seja, que solicitou aos órgãos sociais, mormente à gerência ou administração, as referidas informações.

Reflexão conclusiva

Ao longo do *Relatório* já fomos tecendo algumas considerações sobre a “natureza” das empresas públicas. Talvez seja, agora, o momento de fechar este Relatório com “chave de ouro”, discorrendo brevemente sobre o tema nobre da natureza jurídica do instituto.

Impõe-se, todavia, um exercício de humildade científica, no sentido de que a conclusão que deixamos é apenas provisória, já que uma tomada de posição final sobre a matéria exige uma reflexão ainda mais aturada e aprofundada. Não obstante, estamos já em condições de avançar com algumas conclusões:

1. As empresas existem no direito em sentido subjetivo e em sentido objetivo e as empresas públicas normalmente têm os dois sentidos.
2. Em sentido subjetivo, as empresas têm ou não o estatuto de comerciante consoante a atividade que exerçam, mas nas empresas públicas esse estatuto não deve ser atribuído às EPE por serem, tal como o Estado e outros entes públicos, pessoas coletivas de direito público, enquanto as EP societárias são pessoas coletivas de direito privado, mesmo que o Estado seja o seu único acionista.
3. As unidades produtivas das empresas públicas são estabelecimentos “comerciais” e ficam sujeitas ao respetivo regime de negociação (por ex. *trespasse*), sem prejuízo das normas de direito público aplicáveis à exploração e negociação destas unidades.
4. As empresas podem ser comerciais ou não comerciais em função do seu objeto e, por isso, as empresas públicas tanto podem ser comerciais como não comerciais.
5. As empresas podem ter escopo lucrativo ou não, sendo que, entre as empresas públicas, as EPE não têm fins lucrativos e mesmo as societárias não têm necessariamente fins lucrativos, em especial as empresas locais. De todo o modo, ao contrário da EPE (sucedâneas das antigas EP), as empresas públicas societárias devem ser “tendencialmente autossustentáveis” e constituídas e geridas em termos de racionalidade económica que justifique a sua viabilidade económico-financeira.
6. Apesar da responsabilidade limitada das empresas públicas societárias e da sua sujeição à insolvência, o Estado funciona, na prática, como um sócio “comanditado”, devendo, todavia, justificar esses auxílios nos do regime jurídico da concorrência interno e da União Europeia.
7. As entidades públicas participantes têm o dever de garantir o equilíbrio de contas das respetivas empresas locais, embora quando exceda a regra dos 50% no último triénio devam promover obrigatoriamente a sua dissolução.

Pelo exposto, inclinamo-nos para um entendimento dualista das empresas públicas, à semelhança da fisionomia jurídica das suas espécies legais. Por um lado, as empresas públicas societárias (estaduais ou locais), dominadas pelos entes públicos. Por outro lado, as entidades públicas empresarializadas (EPE), as quais, apesar de representarem uma

“fuga para o direito privado” são ainda pessoas coletivas de direito público e nessa medida não deixam de ser sujeitos de direito público.

Para terminar, recordamos sábias palavras do saudoso Prof. Rogério SOARES³²³:

“Ainda por outro modo se torna preocupante esta dimensão alargada do Estado-administrador. A indispensabilidade da sua actuação, o sentir-se um substituto da providência, desperta na Administração um desejo de eficiência a todo o custo, uma patética tecnocrática de devoção aos métodos e intenções das empresas privadas, com a inevitável consequência final dum murchar da dimensão ética da sua actividade. [...] O poder político, incapaz de responder a todas as solicitações, vem aceitar que se constituam novas figuras de Administração representativas dos interesses sociais, e que por uma qualquer fórmula ficam ligadas ao poder público, como que a salvar-lhe a face, mas a realizarem as suas tarefas com instrumentos e intenções diferentes dos da velha máquina estadual. O que não poucas vezes se traduz em que as limitações, pensadas e construídas para valer na Administração tradicional, não têm aqui o menor cabimento. E por isso acontece que o próprio Estado, mesmo sem ter necessidade, vai lançar mão de figuras organizatórias deste novo tipo ou de seus métodos, apenas com o desejo de ficar a dispor de uma liberdade de movimentos que os quadros clássicos não lhe permitiam. Esta mesma intenção explica o conhecido fenómeno da *fuga para o direito privado* e até a criação dum autêntico *direito administrativo privado*, fórmula que há alguns anos poderia parecer contraditória em si mesma.”

Coimbra, junho de 2019

³²³ R. ERHARDT SOARES, «Princípio da legalidade e administração constitutiva», *BFDUC* 57 (1981) p. 177-8.

Anexo – Evolução histórica das EP na legislação pós 25 de abril de 1974

1. As Empresas Públicas na época do Plano: DL 260/76, de 8 de abril

A primeira Lei das Empresas Públicas implementa o modelo de economia planificada ou dirigida numa sociedade em “transição para o socialismo”, segundo a Constituição da República Portuguesa na sua versão originária de 10 de abril de 1976 (art. 2.º - objetivo que depois ficaria inscrito apenas no preâmbulo da constituição), prevendo igualmente medidas de intervenção, nacionalização e socialização da economia (art. 82), desenvolvimento da propriedade social (art. 90) e estabelecendo, inclusive, que “O desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano económico, a apropriação coletiva dos principais meios de produção” (art. 10/2; v. tb. art. 50), e que “A organização económico-social da República Portuguesa assenta no desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras (art. 80).

Num contexto de economia dirigida ou planificada, a iniciativa económica privada era permitida dentro dos “quadros definidos pela Constituição, pela lei e pelo Plano [...] enquanto instrumento do progresso coletivo, sendo vedada em setores básicos definidos por lei (art. 85). Orientando, coordenando e disciplinando a organização económica e social do país, o Plano servia “a construção de uma economia socialista, através da transformação das relações de produção e de acumulação capitalistas” (art. 91/1).

O Plano, estruturado em longo prazo, médio prazo e plano anual (art. 93) e em regiões Plano (art. 95), seria imperativo para o setor público estadual e obrigatório, por força de contratos-programa, para outras atividades de interesse público, competindo-lhe ainda enquadrar as empresas dos outros setores (art. 92). O Plano seria elaborado sob coordenação de um Conselho Nacional do Plano, competindo à Assembleia da República a aprovação das suas grandes opções e ao Governo a coordenação central da sua execução (art. 94).

Neste contexto, o DL 260/76, de 8 de abril, estabeleceu as bases gerais das empresas públicas. Atribuía-se “máxima importância” ao papel destas empresas na sociedade portuguesa então em “fase de transição para o socialismo”, por terem o exclusivo ou o domínio de setores básicos da economia e por estarem “imperativamente sujeitas ao planeamento”, permitindo ao Governo controlar efetivamente a “execução das políticas de investimento formuladas nos planos económicos nacionais”, designadamente na exploração de serviços públicos e na criação de infraestruturas (1.º parágrafo do preâmbulo do DL 260/76). Lê-se ainda que a opção legislativa recaiu numa “posição intermédia” entre a diversidade de regimes nos países da Europa Ocidental e uma uniformidade e detalhe do regime próprio dos países socialistas da Europa de Leste.

Esta lei regula todas as empresas públicas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou de outras entidades públicas, “tendo em vista a construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e de uma economia socialista” (art. 1/1) e as empresas nacionalizadas (art. 1/2). Ficaram de fora as empresas bancárias e seguradoras, reguladas em legislação especial, e ainda as empresas organizadas sob a forma de sociedades, nos termos da lei comercial, tanto as de capital misto (públicos e privados) como de capital exclusivamente público (do Estado e de outras entidades públicas). Tanto as sociedades de economia mista, como as sociedades de capitais exclusivamente públicos reger-se-iam pelo direito societário (art. 48), em razão de nas primeiras o capital pertencer em parte a entidades privadas e de, nas segundas, pode justificar-se a forma societária, não obstante se considerar que a organização empresarial sob a forma de sociedades não seria “*a forma de organização jurídica mais adequada à especial natureza e às finalidades das empresas públicas*” (preâmbulo, 3, § 3, *italico nosso*).

Ou seja, as sociedades de economia mista e as sociedades de capitais exclusivamente públicos são permitidas, mas não seriam “empresas públicas” para efeitos desta lei, salvo remissão pelos respetivos estatutos para os princípios consagrados nesta lei (art. 48).

As empresas públicas gozam de personalidade jurídica e têm autonomia administrativa, financeira e patrimonial (art. 2/1), abrangendo a sua capacidade jurídica todos os direitos e

obrigações necessários à prossecução do seu objeto estatutário (art. 2/2). Na sua atividade as empresas públicas regem-se pelo direito privado (art. 3/1), desde logo no domínio laboral (art. 30^{1/2}), incluindo a previdência (art. 33) e a tributação dos trabalhadores (art. 35), e são geridas e tributadas como empresas privadas, sendo da competência dos tribunais judiciais o julgamento de todos os litígios envolvendo empresas públicas, incluindo ações de responsabilidade civil dos administradores (art. 46/1). Além disso, as empresas públicas deveriam sujeitar-se a inscrição no registo comercial (art. 47), o que sucederia através do DL 77/79, de 7 de abril, equiparando as empresas públicas que tivessem por objeto o exercício de uma atividade económica de carácter comercial ou industrial às sociedades comerciais para efeitos de inscrição no registo dos correlativos factos jurídicos a ele sujeitos, mas limitando-se essa equiparação às normas cujo conteúdo não pressupusesse a qualidade de comerciante (art. 1). Qualidade essa que lhes estaria vedada pela sua “ligação orgânica” com o Estado, que as cria ou extingue e que designa e exonera os seus administradores que devem executar o “planeamento económico nacional”, à semelhança das *public corporations* inglesas (ponto 4 do preâmbulo), e ao qual seria entregue o remanescente dos resultados de exercício após a constituição das reservas obrigatórias (art. 34/1). De resto, seria logo prevista a obrigação de sujeitar certos tipos de empresas públicas a um regime mais publicístico-administrativo, relativamente a alguns aspetos da sua atividade, do estatuto do seu pessoal e da tributação (arts. 3/2 e 34/2), sendo competentes os tribunais administrativos para julgar litígios relativos a atos administrativos praticados e contratos administrativos celebrados por empresas públicas atuando com prerrogativas de autoridade (art. 46/2).

A criação de empresas públicas caberia ao Conselho de Ministros, devendo as propostas ser acompanhadas de estudos técnicos e económico-financeiros, e formaliza-se por decreto referendado pelo Primeiro-Ministro e por vários outros ministros, que anexará os estatutos da empresa (art. 4) com determinadas especificações obrigatórias (art. 5), incluindo a inclusão das palavras Empresa Pública ou as iniciais E.P na denominação (art. 5/2) e formas de intervenção dos trabalhadores (art. 6).

Os órgãos das empresas públicas seriam obrigatoriamente o conselho de gerência e a comissão de fiscalização, e, nas de serviço público, o conselho geral, facultativo nas demais (art. 7). Ao conselho de gerência caberia a direção executiva da atividade da empresa, enquanto o conselho geral (art. 9), representando os vários interesses envolvidos, proporcionar-lhe-ia “os vários ângulos de apreciação dos problemas inerentes a essa atividade (preâmbulo 5 – art. 8).

A auditoria contabilística e financeira das empresas públicas foi confiada não a um serviço público de auditoria, cuja criação o Governo promoveria (art. 7/3), mas antes, a título transitório, a um órgão da própria empresa, a comissão de fiscalização (art. 10).

Por outro lado, o DL 260/76 regulou a intervenção do Governo nos órgãos da EP, considerado um dos “aspetos mais delicados e controversos” da elaboração deste regime. A intervenção justifica-se não apenas pelo impacto financeiro destas empresas no orçamento do Estado, mas também pelo papel enquanto “importante instrumento de execução da política económica governamental”. Ao mesmo tempo, considera-se que para alcançar uma “gestão eficiente e dinâmica” destas empresas é “condição necessária” reconhecer-lhes uma “razoável autonomia”, já que “uma excessiva ingerência do Ministro ou Ministros competentes na administração das empresas públicas destrói a iniciativa e a responsabilidade dos seus gestores” (preâmbulo 7/2).

O estatuto dos gestores é remetido para legislação especial, que seria o Decreto-Lei 831/76, de 25 de novembro, depois revogado e substituído pelo DL 464/82, de 9 de dezembro.

A administração tem “inteira liberdade” na gestão corrente, os Ministros intervindo apenas “na definição das grandes linhas de orientação e na autorização ou aprovação de atos da maior

¹ Sem prejuízo da contratação coletiva e ressalvando-se que o estatuto do pessoal das empresas que explorem serviços públicos pode ser um regime de direito administrativo baseado no então Estatuto do Funcionalismo Público, adaptado segundo a natureza específica da atividade de cada empresa (art. 30). Aliás, essas empresas quando exercem atividades fundamentais para a defesa nacional ou em monopólio podem regular aspetos do seu funcionamento segundo o direito público e ainda receber especiais privilégios ou prerrogativas de autoridade (art. 3/2).

² São previstas as comissões de serviço público para funcionários públicos para exercício de cargos nos órgãos das empresas e para trabalhadores das empresas públicas no Estado e em outros órgãos públicos, podendo o trabalhador optar em qualquer caso pelo vencimento de origem ou pelo correspondente às funções a desempenhar, a suportar em qualquer caso pela entidade onde exerçam efetivamente funções (art. 32).

importância na vida da empresa ou cujas implicações claramente a transcendam” (preâmbulo 7/3). O Ministro não poderia dar ordens concretas aos administradores das empresas públicas e os atos sujeitos a autorização ou aprovação constariam de uma lista taxativa a incluir no estatuto da empresa.

De todo o modo, competiria ao Ministro da Tutela a tutela económica e financeira das empresas públicas, incluindo o poder de dar diretivas e instruções genéricas aos seus administradores, autorizar ou aprovar os atos expressamente previstos na lista taxativa anexa aos estatutos de cada empresa (incluindo necessariamente orçamentos, constituição de reservas, empréstimos por prazo superior a sete anos, preços de venda ou tarifas, remunerações do pessoal – art. 13/2), exigir informações e documentos para acompanhar a atividade da empresa, ordenar inspeções e inquéritos ao funcionamento das empresas, independentemente da existência de indícios de irregularidades, e ainda quaisquer poderes conferidos por lei ou pelos estatutos das empresas (art. 13/1). As empresas públicas poderiam contrair empréstimos a curto, médio ou longo prazo, em moeda nacional ou estrangeira, e também em emitir obrigações. Todavia, a contração de empréstimos em moeda nacional por prazo superior a 7 anos ou a emissão de obrigações careciam de autorização da tutela (art. 13/2-e). Mas podiam receber empréstimos ou subsídios do Estado ou de outras entidades públicas sem juro (art. 20).

Por outro lado, as empresas públicas também teriam que elaborar o seu plano de produção de investimentos para efeitos de cabimento no plano nacional (art. 14).

O património das empresas públicas constituiria um património autónomo no sentido de que pelas suas dívidas responderiam apenas o respetivo património (art. 15/4).

A rentabilidade financeira não seria o objetivo exclusivo ou predominante das empresas públicas, dado servirem os objetivos do planeamento nacional, incluindo as políticas nos domínios do emprego, da independência nacional e da redistribuição de rendimentos (par. 8). Todavia, como critério de responsabilização dos gestores considera-se imprescindível estabelecer objetivos por empresa em termos de eficiência, que não comprometam irremediavelmente “a caminhada para o socialismo”, designadamente por empresas públicas ineficazes, desorganizadas e sorvedoras de dinheiros públicos comparadas com empresas privadas mais rentáveis em setores de atividade paralelos. Em especial, os subsídios do Governo não cobririam défices económicos decorrentes de ineficiências internas, antes devendo financiar necessidades de ordem social e a criação de infraestruturas, mas não cortando esses subsídios no caso de excedentes, já que poderão servir para a expansão interna da empresa através do investimento e até a criação de novas unidades de produção e desenvolvimento de infraestruturas básicas. De igual modo, o facto de o objetivo principal não ser a rentabilidade máxima do capital não justificaria, no domínio salarial, a “complacência irresponsável das administrações perante reivindicações não justificadas pelos níveis de produtividade alcançados ou que vão contra o desejável equilíbrio intersectorial e inter-regional em matéria de remunerações” (preâmbulo 8).

Neste sentido, o diploma consagra como princípio básico de gestão de empresa pública a sua condução “de acordo com os imperativos do planeamento económico nacional e segundo princípios de economicidade” suscetíveis de serem “objetivamente fixados e controlados em relação às diversas funções a atividades por ela desenvolvidas” (art. 21/1). Designadamente os preços deveriam cobrir os custos totais de exploração e assegurar níveis adequados de autofinanciamento e remuneração do capital investido, a menos que razões de política económica e social impusessem preços inferiores, devendo nesse caso ser compensados pelo Estado (art. 21-2/a).

Na formulação de política e avaliação de resultados, as empresas públicas utilizariam instrumentos previsionais e de controlo de gestão universalmente consagrados. Designadamente, em matéria de investimentos, as decisões seriam acompanhadas de análises e avaliações em termos de custos e benefícios económico-sociais no sentido da razoável utilização dos escassos recursos financeiros do país. Assim, como instrumentos de gestão previsional são previstos planos de atividade e financeiros anuais e plurianuais, orçamentos anuais, especificando pelo menos o investimento e a exploração (art. 22 e 23), a elaborar anualmente e submeter à aprovação do Ministro da Tutela, bem como semestralmente as respetivas “atualizações” (art. 24).

Cabe ao conselho de gerência proceder à amortização, reintegração de bens e reavaliação periódica de ativo imobilizado e constituição de reservas (art. 25). A constituição das seguintes

reservas é obrigatória: a) a reserva geral correspondente a 10% dos excedentes de cada exercício, destinada exclusivamente à cobertura de eventuais prejuízos de exercício; b) a reserva para investimentos, correspondente à parte dos resultados de exercício que lhe for destinada e às receitas provenientes de participações, dotações ou subsídios concedido a empresa para esse fim, e os rendimentos dos investimentos; c) o fundo para fins sociais, a fixar numa percentagem dos resultados e destinado a benefícios sociais e serviços coletivos dos trabalhadores da empresa (por ex. creche) (art. 26).

A contabilidade deveria permitir “a fácil verificação da correspondência entre os valores patrimoniais e contabilísticos” (art. 27). A prestação de contas far-se-ia documentalmente por relatório do conselho de gerência, balanço e demonstração de resultados, discriminação das participações no capital de sociedades e dos financiamentos realizados a médio e longo prazos e o mapa de origem e aplicação de fundos. Estes documentos, juntamente com o parecer do conselho fiscal, existindo, e da comissão de fiscalização, seriam enviados até ao final de março do ano seguinte para aprovação até ao dia 30 de abril pelo Ministro da Tutela, fazendo o seu silêncio como aprovação; e depois enviados ao órgão central de planeamento, sendo alguns publicados no Diário do Governo por conta da empresa (art. 28).

As contas das empresas públicas não seriam julgadas pelo Tribunal de Contas (art. 29).

O Governo poderia proceder ao agrupamento de empresas públicas (art. 36), bem como à sua extinção, seja para reorganizar as suas atividades (por cisão ou fusão com outra empresa), sejam apenas para terminar essa atividade, liquidando-a (art. 37/1). A extinção de empresas reger-se-ia apenas pela lei das empresas públicas não se aplicando as regras da dissolução de sociedades nem o regime da insolvência ou falência (art. 37/2).

A fusão, cisão e liquidação de empresa pública competiria ao Conselho de Ministros, através de decreto referendado (art. 38). A fusão far-se-ia por incorporação de uma empresa noutra, com transferência do respetivo património (ativo e passivo), ou criação de nova empresa, recebendo os patrimónios das empresas fundidas (art. 39). A cisão far-se-ia por extinção de empresa com divisão e atribuição do seu património a novas empresas, ou por destaque de parte do património da empresa para constituir uma nova empresa ou integrar outra já existente (art. 40).

A empresa pública em liquidação mantém a sua personalidade até à aprovação final das contas apresentadas pelos liquidatários, nomeados pelo decreto que extingue a empresa e com poderes para liquidar o património, incluindo a venda de imóveis (art. 42). A verificação do passivo ocorre pelo menos um mês após o decreto extintivo, graduando e avisando os credores pela imprensa ou, sendo identificáveis pela escrituração da empresa, por via postal (art. 43). O ativo realiza-se vendendo os bens e cobrando os créditos da empresa, podendo o Estado reservá-los para si entregando o correspondente valor, a determinar por avaliação, ao património em liquidação, incluindo por compensação de créditos (art. 44). Os credores comuns são pagos pro rata se a realização do ativo for insuficiente; havendo saldo positivo, é entregue ao Estado (art. 45).

2. As empresas públicas pós entrada na União Europeia: DL 558/99, de 17 de dezembro

O DL 260/76 foi revogado e substituído pelo DL 558/99, de 17 de dezembro, que estabeleceu o novo regime jurídico do setor empresarial do Estado (SEE) e das empresas públicas (arts. 1e 40).³

Este diploma procura abranger diversas entidades do SEE que não seriam reguladas pela anterior lei das empresas públicas, mas antes pelo direito societário, e redefine o conceito de empresa pública, europeizando-o. Com efeito, o SEE abrange as *empresas públicas* e as *empresas participadas* (art. 2/1). As empresas públicas abrangem, por um lado, as sociedades constituídas nos termos da lei comercial nas quais entidades estatais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, uma influência dominante por ser detentor da maioria do capital ou dos direitos de votos ou poder designar ou destituir a maioria dos membros do órgão

³ Além do Estado podem apenas ter setores empresariais próprios as regiões autónomas, os municípios e as suas associações, nos termos de legislação especial, sendo-lhes o DL 558/99 supletivamente aplicável, salvo o regime remuneratório imperativo e normas excecionais sobre retribuição e valorização salarial (art. 5).

de administração ou de fiscalização (art. 3/1), e, por outro, as entidades públicas empresariais (art. 3/2 e cap. III).⁴

Por seu turno, as empresas participadas são organizações empresariais com participação permanente de quaisquer entidades estaduais sem todavia gerar influência dominante através caracterizada. Considera-se permanente a participação sem objetivos exclusivamente financeiros nem intenção de influenciar a orientação ou gestão da empresa por parte da participante – presumindo-se como tal a representativa de mais de 10% do capital social da participada, exceto no setor financeiro -, na medida em que a duração da respetiva titularidade não exceda continua ou interpoladamente um ano (art. 2/2-4). Pertencem ao SEE as empresas participadas nas quais o Estado seja titular da maior participação relativa no conjunto das participações do setor público (art. 6/1). Nas empresas participadas os direitos de acionista do Estado ou de outras entidades estatais são exercidos pela DGTF ou pelos órgãos de gestão das entidades titulares (art. 36).

O fim principal das empresas públicas (e do SEE) não é a obtenção de lucros, antes têm por *missão* alcançar “níveis adequados de satisfação das necessidades da coletividade”, devendo “desenvolver-se “segundo parâmetros exigentes de qualidade, economia, eficiência e eficácia, contribuindo igualmente para o equilíbrio económico e financeiro do conjunto do setor público” (art. 4).

O regime jurídico geral do SEE “consagra o direito privado como o direito aplicável por excelência a toda a atividade empresarial, seja ela pública ou privada” (preâmbulo, 3 par.; art. 7). Assim, o regime do contrato de trabalho individual aplica-se ao pessoal das empresas públicas, sem prejuízo da contratação coletiva (art. 16). Todavia, os gestores e trabalhadores de empresas públicas têm direito ao subsídio de refeição e ao abono de ajudas de custo e transporte por deslocações em território português e ao estrangeiro, bem como à remuneração por trabalho suplementar e por trabalho noturno, nos termos previstos para os trabalhadores em funções públicas (art. 39).

É prevista a cedência de interesse público de funcionários públicos para empresas públicas e vice-versa (art. 17), e ainda a comissão de serviço entre empresas públicas (art. 17-A).

As empresas públicas podem ser investidas, por diploma legal ou contrato de concessão, no exercício de poderes de autoridade do Estado (*ius imperii*), designadamente expropriação por utilidade pública, utilização, proteção e gestão de infraestruturas afetas ao serviço público, e licenciamento e concessão da utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer atividade nos terrenos, edificações e outras infraestruturas que lhe estejam afetas (art. 14)⁵. Para efeitos de determinação dos tribunais competentes relativamente a atos praticados ou contratos celebrados no exercício desses poderes de autoridade, as empresas públicas são equiparadas as entidades administrativas, isto é, ficam sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos⁶, seguindo-se nos demais litígios as regras gerais de determinação da competência material dos tribunais (art. 18).

Este diploma procurou cumprir o enquadramento das empresas públicas no direito da União Europeia, sujeitando-as ao direito da concorrência (art. 8/1-2) e ao princípio da transparência financeira (Dir. 80/723/CEE), no sentido de na sua contabilidade serem identificáveis quaisquer fluxos financeiros entre elas e os entes públicos e garantir o cumprimento das regras da concorrência e das ajudas de estado (art. 8/3). Ressalva-se, todavia, o papel das empresas públicas nos serviços de interesse económico geral (que não tipifica exhaustivamente) ou na gestão do património do Estado (art. 9).

⁴ Segundo o preâmbulo do DL 133/2013, as EPE “deram continuidade ao conceito nuclear de empresa pública vertido no citado Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril”.

⁵ Nos termos do art. 84.º da CRP, “1. Pertencem ao domínio público: a) As águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos; b) As camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário; c) Os jazigos minerais, as nascentes de águas mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com exceção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção; d) As estradas; e) As linhas férreas nacionais; f) Outros bens como tal classificados por lei. 2. A lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites.”

⁶ Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro (diversas vezes alterado)

O DL 558/89 regulou a função acionista do Estado, atribuindo o exercício dos respetivos direitos à DG do Tesouro e Finanças, sob a direção do Ministro das Finanças, e garantindo a representação do Estado acionista no órgão de administração através de um membro não executivo ou, caso a orgânica da EP em causa não os preveja, no seu órgão de fiscalização (art. 10). Por outro lado, a constituição de sociedades e aquisição ou alienação de partes de capital por parte do Estado ou outra entidade estadual depende, sob pena de nulidade do negócio jurídico em causa, de autorização do Ministério das Finanças e do ministro do setor (cujo pedido será acompanhado por um estudo demonstrativo do interesse e viabilidade da operação), salvo tratando-se de aquisição por dação em cumprimento, doação, renúncia ou abandono (art. 37/1-3).

Procura-se melhorar a eficácia do setor empresarial do Estado articulando melhor aquele com o Estado acionista, sujeitando-as a orientações estratégicas de gestão e reforçando as suas obrigações de informação.

As orientações estratégicas de gestão são emitidas por resolução do Conselho de Ministros, podendo ser complementadas por orientações gerais ou específicas do Ministro das Finanças e do ministro do setor de atividade da empresa, quantificando metas e fixando parâmetros para efeitos de remuneração e de avaliação de desempenho dos gestores públicos (art. 11). O controlo financeiro das empresas públicas, designadamente em termos de sustentabilidade, legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão, compete à Inspeção-Geral das Finanças, sem prejuízo das competências do Tribunal de Contas, cabendo às empresas públicas adotar procedimentos de controlo interno adequados a garantir a fiabilidade das contas e demais informação financeira, bem como a articulação com a IGF e o referido Tribunal (art. 12; ver também art. 12 Lei 98/97, de 26 de agosto).

Em matéria de obrigações de informação, sem prejuízo das informações que devem prestar segundo a lei comercial, as empresas públicas estão sujeitas a deveres especiais de informação e controlo, que passam por facultar ao Ministro das Finanças e ao ministro responsável pelo respetivo setor de atividade projetos dos planos de atividades anuais e plurianuais, dos orçamentos anuais, planos de investimento anuais e plurianuais e respetivas fontes de financiamento, documentos de prestação anual de conta, relatórios trimestrais de execução orçamental, juntamente com os respetivos relatórios do órgão de fiscalização quando exigíveis, e ainda quaisquer informações e documentos solicitados para acompanhamento da atividade da empresa no que respeita designadamente à boa gestão dos fundos públicos e à evolução da sua situação económico-financeira (art. 13/1).

As empresas públicas continuam sujeitas à tutela, ainda que aliviada. Por exemplo, a administração de empresa pública deve pedir autorização ao Ministro das Finanças e ao ministro responsável pelo setor ou à assembleia geral, consoante seja EPE ou sociedade, para se endividar (operação equivalente fora do balanço) em valor superior a 30% do capital se isso não constar do plano de investimentos (art. 13/2).

As empresas públicas apresentam relatórios anuais contendo as respetivas orientações de gestão, a estrutura e composição e dos conselhos de administração e suas comissões especializadas, bem como a identificação e as funções de cada administrador (dentro e fora) da empresa, os eventuais processos de seleção dos administradores independentes, o modo e as condições de cumprimento de serviços de interesse económico geral (se for caso disso), exercício efetivo de poderes de autoridade, indicação dos administradores executivos e não executivos, número de reuniões do conselho de administração e sumula das respetivas deliberações, identificação dos auditores externos, montantes das remunerações dos administradores e método de fixação (incluindo quaisquer suplementos remuneratórios), relatórios dos administradores não executivos sobre os executivos, e relatórios de auditoria externa (art. 13-A). Boa parte destas informações deve ser publicada anualmente na 2.ª série do Diário da República (art. 13-B).

Os administradores de empresas públicas regem-se pelo estatuto do gestor público então em vigor (art. 15)⁷.

⁷ Então constante do DL 464/82, de 9 de dezembro, depois revogado e substituído pelo DL 71/2007, de 27 de março.

A estrutura de gestão das empresas públicas é determinada pelos Ministros das Finanças e do respetivo setor de atividade dentro dos seguintes parâmetros: o conselho de administração terá administradores executivos e não executivos, que integram (todos ou alguns) uma comissão de auditoria, ou, em alternativa, o conselho de administração integra apenas administradores executivos, podendo ser acompanhado por um conselho geral e de supervisão (art. 18-B). Ou seja, poderia optar-se pelo modelo monista anglo-americano ou pelo modelo dualista germânico.

O conselho de administração elabora e aprova um regimento com as tarefas ou pelouros de cada administrador, comissões eventuais a criar, periodicidade e regras das reuniões, e forma de publicitar as decisões (art. 18-G/1). O conselho geral ou de supervisão, bem como as comissões de auditoria e de avaliação elaboram igualmente os respetivos regimentos (art. 18-G/2-3).

Os administradores executivos compõem a comissão executiva, à qual compete assegurar a gestão quotidiana da empresa e exercer as funções que o conselho de administração nela delegue (art. 18-C). Os membros não executivos designam entre si uma comissão de avaliação e os que forem designados para a comissão de auditoria nomeiam entre si o seu presidente (art. 18-D); existindo conselho geral e de supervisão cabe-lhe nomear, de entre os seus membros, uma comissão de auditoria (art. 18-E/2). À comissão de auditoria compete escolher auditores externos independentes e qualificados, definir o âmbito e a extensão das auditorias interna e externa, aprovar os planos, os programas e os manuais de auditoria, zelar pela independência dos auditores externos e apreciar os seus relatórios, avaliar os sistemas de controlo interno e de risco, e comunicação ao conselho de administração e à assembleia geral os resultados da auditoria (art. 18-E/1).

Por seu turno, a comissão de avaliação apresenta anualmente um relatório circunstanciado de avaliação do grau e das condições de cumprimentos, em cada exercício, das orientações de gestão aplicáveis à empresa (art. 18-F/1). A comissão de avaliação é nomeada, existindo conselho geral e de supervisão, de entre os seus membros (art. 18-F/2).

Aspeto inovador do DL 558/99 é a regulação das empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, definidas como as empresas “cujas atividades devam assegurar a universalidade e continuidade dos serviços prestados, a coesão económica e social e a proteção dos consumidores, sem prejuízo da eficácia económica e do respeito dos princípios de não discriminação e transparência” (art. 19/1).

A gestão dos SIEG é atribuída e exercida por contrato de concessão (art. 19/2) e prosseguem das suas missões orientando-se pelos princípios da cobertura do território nacional, sem discriminação das zonas rurais e do interior, da promoção do acesso pela generalidade dos cidadãos em condições financeiras equilibradas e não discriminatórias a bens e serviços essenciais, da garantia de exercício de atividade económicas vedadas a empresas privadas, garantir o fornecimento de serviços ou gestão de atividades sem rendibilidade asseguradas (por ex. em virtude dos investimentos necessários em infraestruturas), zelar pela eficácia da gestão das redes de serviços públicos, e cumprir obrigações específicas em matéria de segurança, continuidade e qualidade dos serviços e proteção do ambiente (art. 20).⁸

O Estado celebra contratos de concessão de gestão de serviços de interesse económico geral com as empresas públicas encarregadas (art. 21). Para o efeito, atribui indemnizações compensatórias indispensáveis à prossecução do interesse público, mas que devem assegurar a adaptação permanente à evolução das circunstâncias (por ex. tecnológicas) e à satisfação de necessidades coletivas em termos de coesão social e luta contra a exclusão. Estes contratos com o Estado estão sujeitos a parecer prévio do Ministério das Finanças na medida em comprometam financeiramente o Estado ou outras entidades públicas.⁹ O Estado promove o direito de participação dos utentes dos serviços de interesse económico geral na definição dos objetivos das empresas públicas encarregadas destes serviços em termos a definir por decreto-lei (art. 22)

⁸ A Lei n.º 23/96, de 26 de julho, prevê como serviços públicos essenciais os fornecimentos de água, energia elétrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, d) Serviço de comunicações eletrónicas, bem como os serviços postais, e os serviços de recolha e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos (art. 1).

⁹ As indemnizações compensatórias são previstas na Lei do Orçamento de Estado e no respetivo DL de execução e aprovadas por Resolução do Conselho de Ministros, sendo a última a Resolução 22/2018, de 19 de novembro de 2018, que aprova a atribuição de indemnizações compensatórias às empresas prestadoras de serviço público.

Por outro lado, o DL 558/99 regulou no capítulo III as entidades públicas empresariais. São “pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado” (art. 23/1), por via de decreto-lei, aprovando os respetivos estatutos (e alterações – art. 35), devendo integrar a expressão “Entidade Pública Empresarial” ou as iniciais EPE na sua denominação (art. 24/1-2). As EPE sucedem às antigas “Empresas Públicas” (E.P.) reguladas pelo DL 260/76 (art. 23/2), nomeadamente para efeitos de registo comercial a que estão sujeitas, nos termos gerais (art. 28).

As EPE têm autonomia administrativa, financeira e patrimonial (art. 25/1) e capacidade jurídica para todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objeto (art. 25/2).¹⁰ Para satisfazer as suas necessidades permanentes são dotadas de capital, que pertence ao Estado e pode variar de acordo com os estatutos, processando-se a respetiva remuneração nos termos da distribuição de lucros do exercício das sociedades anónimas (art. 26/1-3).

O regime das sociedades anónimas fornece também as modalidades e designações das estruturas orgânicas de administração e fiscalização das EPE, regulando os respetivos estatutos a competência e o modo de designação dos seus membros e podendo ainda prever outros órgãos, com competências deliberativas ou meramente consultivas (art. 27).

As EPE estão sujeitas à tutela económica e financeira do Ministro das Finanças e do ministro responsável pelo setor de atividade de cada empresa, cabendo-lhe, para além de outros poderes expressamente referidos nos respetivos estatutos, aprovar os planos de atividades e de investimento, orçamentos e contas, dotações para capital, subsídios e indemnizações compensatórias, bem como homologar os preços ou tarifas a praticar por empresas que explorem SIEG ou direitos exclusivos, salvo se competir a entidades independentes (por ex. a ERSE na eletricidade¹¹) (art. 29).

O plano de atividades, o orçamento anual e os planos de investimentos (anuais e plurianuais) respeitarão as orientações de gestão referidas no artigo 11, as diretrizes definidas pelo Governo e, se for caso disso, por contratos de gestão ou contratos-programa, sendo remetidos para aprovação pelo Ministro das Finanças e pelo ministro do setor até ao dia 30 de novembro do ano anterior, podendo esse ser prazo ser antecipado por despacho conjunto dos referidos ministros (art. 31), a quem cabe igualmente aprovar os documentos de prestação de contas de cada ano (art. 32/1) e que devem ser remetidos à IGF e à DGTf nos prazos em que nas sociedades anónimas se deve proceder à disponibilização daqueles documentos aos acionistas (art. 32/1).

A transformação, fusão e cisão de EPE realizam-se através e nos termos de decreto-lei (art. 33), o mesmo valendo para a sua liquidação, não se lhes aplicando o regime societário nem da insolvência e recuperação de empresas, salvo nos termos previstos no diploma (art. 34).

¹⁰ Todavia, em circunstâncias excecionais devidamente justificadas, a gestão de EPE pode ser sujeita a regime especial por prazo não superior a dois anos em condições definidas por resolução do Conselho de Ministros, que determinará a cessação das funções administradores em exercício (art. 30).

¹¹ “Nos termos dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, cabe à ERSE estabelecer e aprovar os valores das tarifas e preços regulados, aplicáveis em Portugal continental e nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira”[...]” <http://www.erse.pt/pt/>

MÉTODOS DE ENSINO E DE AVALIAÇÃO

Os métodos de ensino e de avaliação obedecem ao Regulamento do curso de licenciatura em administração público-privada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. Métodos de ensino

Antes do início das atividades letivas, o docente responsável disponibiliza a ficha anual da unidade curricular, da qual consta o programa, os conteúdos, os objetivos e as competências a desenvolver, bem como os métodos de ensino e de avaliação e a bibliografia fundamental.

As aulas são teórico-práticas e de frequência obrigatória e decorrem no local e no horário definidos pelos órgãos competentes. O método de ensino é teórico-prático, analisando-se em três componentes fundamentais. Para começar, as matérias são apresentadas aos estudantes através da problematização de situações concretas. Depois, procede-se à exposição dos conteúdos programáticos da unidade curricular e ao estudo da bibliografia, da legislação e da jurisprudência relevantes. Finalmente, os conhecimentos teóricos são mobilizados para resolver casos práticos e discutir tópicos em sala de aula.

Procura-se, por este meio, promover uma aprendizagem dinâmica dos regimes jurídicos aplicáveis a partir de casos concretos. Nas aulas são projetadas as apresentações de apoio e realizados exercícios de pesquisa (por ex. buscas de legislação e jurisprudência, estudo de corpos sociais de empresas pesquisadas aleatoriamente). O docente elabora um sumário da matéria lecionada e disponibiliza-o para consulta na plataforma digital usada pela Faculdade (Nónio), além de disponibilizar por essa via materiais de estudo (textos de apoio, apresentações, legislação, casos práticos) e dar apoio aos estudantes (por ex., esclarecer dúvidas por email). O docente disponibiliza ainda um horário de atendimento presencial aos estudantes

2. Avaliação de conhecimentos

A avaliação de conhecimentos é realizada no regime de avaliação contínua, mediante 2 testes escritos, habitualmente com a duração de 75 minutos cada um e cujas datas são acordadas com os estudantes no início do semestre. A nota final corresponde à média das classificações obtidas em cada teste escrito, e, sendo caso disso, da prova oral. A fórmula de cálculo tornada pública através da ficha anual de unidade curricular.

Os estudantes excluídos do regime de avaliação contínua ficam submetidos à avaliação por exame final na época de recurso. A classificação de cada estudante traduz-se num valor inteiro compreendido entre 0 e 20 valores. Consideram-se aprovados os estudantes que obtenham a classificação final mínima de 10 valores. São admitidos à prova oral, para passagem, os estudantes que obtenham uma classificação de 8 ou 9 valores, ficando dispensados os que obtenham uma classificação igual ou superior a 10 valores, embora possam requerer a sua prestação para efeito de melhoria de nota, nos termos regulamentares.

A avaliação por exame final compreende uma prova escrita, com a duração de duas horas, e uma prova oral, com duração variável entre quinze e 60 minutos. Os alunos classificados com nota de 8 ou 9 são automaticamente admitidos à prova oral, ficando dispensados os alunos classificados com nota igual ou superior a 10 valores na prova escrita. É disponibilizado, entre o fim do exame e a publicação das notas, na plataforma digital da Faculdade um documento contendo os critérios de correção aplicáveis.

As provas escritas compreendem habitualmente 2 grupos, um primeiro com questões teóricas (valendo 7 valores) e o outro com casos práticos (valendo 13 valores).

As provas orais são realizadas perante um júri constituído por dois docentes, o regente, que preside, e um monitor da secção de Ciências Jurídico-Empresariais da FDUC. Aos alunos que se inscrevem para oral de melhoria é dada a oportunidade de fazerem uma breve apresentação, com cerca de 5 minutos, sobre um tema do programa da sua escolha, embora a prova oral possa incidir sobre toda a matéria sumariada.

A unidade curricular tem tido níveis elevados de sucesso escolar.

Considerações preliminares

Programa

Conteúdos

Métodos