

# Diálogos com Coutinho de Abreu

ESTUDOS OFERECIDOS NO ANIVERSÁRIO DO PROFESSOR

2020

## Organização

Alexandre de Soveral Martins

Paulo de Tarso Domingues

Carolina Cunha

Maria Elisabete Ramos

Ricardo Costa

Rui Pereira Dias



## **DIÁLOGOS COM COUTINHO DE ABREU**

ESTUDOS OFERECIDOS NO ANIVERSÁRIO DO PROFESSOR

ORGANIZAÇÃO

Alexandre de Soveral Martins

Paulo de Tarso Domingues

Carolina Cunha

Maria Elisabete Ramos

Ricardo Costa

Rui Pereira Dias

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almедina.net · editora@almедina.net

DESIGN DE CAPA

Morais Leitão

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Dezembro, 2020

DEPÓSITO LEGAL

O conteúdo desta publicação é da exclusiva responsabilidade dos seus autores. Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

---

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

DIÁLOGOS COM COUTINHO DE ABREU:

Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor

Org.: Alexandre de Soveral Martins... [et al.]

ISBN 978-972-40-8606-4

I – MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL

CDU 34

## APRESENTAÇÃO

No dia 20 de dezembro de 2020 o Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu completa 65 anos.

Para celebrar essa data, lembrámo-nos de organizar o que considerámos ser uma bela prenda de anos: um livro.

Uniu-nos o facto de termos sido todos orientados pelo Doutor Coutinho de Abreu quando escrevemos as nossas dissertações de Doutoramento – para além de uma amizade de anos feita.

Na construção da obra pedimos a colaboração de muitas outras mãos generosas. Juntámos os contributos dos que têm estado ao lado do Doutor Coutinho de Abreu em três iniciativas que impulsionou com o melhor do seu entusiasmo e que são, simultaneamente, projetos de futuro: o *IDET – Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho*, o *Código das Sociedades em Comentário* e a *Direito das Sociedades em Revista*.

Reunimos igualmente as palavras de autores de várias outras proveniências geográficas que cruzaram em algum momento os seus percursos com os do Doutor Coutinho de Abreu e que quiseram associar-se a esta festa.

Pretendemos que cada um dos autores procurasse dialogar com alguma das muitas ideias ou propostas que o Doutor Coutinho de Abreu avançou nos seus escritos. Foi como retomar uma conversa que ficou a meio. E não há melhor do que conversar com um Amigo.

É o resultado desses Diálogos que ficou reunido neste livro, entregue em mão ao aniversariante na data celebrada.

### *A Comissão Organizadora*

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS

PAULO DE TARSO DOMINGUES

CAROLINA CUNHA

MARIA ELISABETE RAMOS

RICARDO COSTA

RUI PEREIRA DIAS

# Órgãos de empresas públicas: entre o interesse público e o direito societário\*

RICARDO COSTA

Doutor e Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais)

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Membro do Instituto Jurídico da FDUC

## 1. Enquadramento legal e conceitos

O DL 133/2013, de 3 de Outubro (RSPE), estabelece o terceiro e actual “marco legislativo” na regulação do sector público empresarial<sup>1</sup>, abrangendo neste as *empresas públicas estaduais, institucionais e societárias*, e as *empresas* (denominadas legalmente como) «locais» (dos municípios, associações de

\* O presente texto integra-se nas actividades do Grupo de Investigação *As PME's: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade* do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Investigador Responsável: Prof. Doutor J. M. Coutinho de Abreu), no âmbito do Projecto «Desafios sociais, incerteza e direito» (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

<sup>1</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume I, *Introdução, Atos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 12.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 261-262 (a págs. 261-278 concentra-se a mais actualizada versão do que começou por ser publicado em “As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)”, *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes – Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, Tomo I, FDUC, Coimbra, 2014, págs. 45 e ss).

Para esta evolução (e história anterior), e suas diferentes filosofias, v., entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., com a colaboração de Luís Fábrica/Carla Amado Gomes/Jorge Pereira da Silva, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 381 e ss, ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Evolução do sector empresarial do Estado”, *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 25 e ss, EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado após a crise: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 133/2013”, *RDS*, 2013, n.º 3, págs. 465 e ss.

municípios e áreas metropolitanas; com natureza *necessariamente societária* e disciplinadas em especial, no momento vigente, pela L 50/2012, de 31 de Agosto (RSEL) – v. os arts. 1.º, 1, e 2.º, 1 («Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, o sector público empresarial abrange o sector empresarial do Estado e o sector empresarial local.»), do RSPE. Este regime tem natureza subsidiária relativamente ao sector empresarial regional (correspondente às regiões autónomas) e também a esse sector empresarial local – v. o art. 4.º do RSPE.

São empresas públicas estaduais institucionais as *entidades públicas empresariais* (EPE) – pessoas colectivas de direito público criadas pelo Estado e com «capital estatutário» detido pelo Estado (ou entidade pública equiparada) –, tal como reguladas em particular pelos arts. 56.º e ss do RSPE. De acordo com a definição de COUTINHO DE ABREU, “formam e/ou exploram organizações de meios produtivos de bens para a troca, de modo a satisfazerem interesses público-estaduais”<sup>2</sup>.

São empresas públicas estaduais societárias as *sociedades por quotas* e as *sociedades anónimas* (enquanto «sociedades de responsabilidade limitada»)<sup>3</sup> com (possibilidade de exercício, directo ou indirecto, de) «influência dominante» (conferida pelo *poder maioritário, capitalístico ou deliberativo*) do Estado e/ou outras *entidades públicas estaduais*<sup>4</sup>, constituídas nos termos do CSC ou através de acto legislativo (decreto-lei)<sup>5</sup> – v. os arts. 2.º, 1, 3.º, 5.º, 1, 9.º, 1, 13.º, 1, 35.º, 1, do RSPE.

<sup>2</sup> *Curso...*, Volume I cit., pág. 265; antes, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 117-118, “Sobre as novas empresas públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 59/98)”, *BFD*, Volume Comemorativo, 2003, pág. 558.

<sup>3</sup> Há quem admita que as sociedades em comandita possam ser chamadas a este lote, desde que o Estado ou outra entidade pública estadual seja sócio comanditado: EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, pág. 474.

<sup>4</sup> Nestas “deve ver-se não apenas pessoas coletivas de direito público (p. ex., institutos públicos), mas também pessoas coletivas de direito privado como as sociedades de capitais públicos ou de economia mista que mereçam a qualificação de empresas públicas” (COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., nt. 655 – pág. 263).

<sup>5</sup> V. PAULO OTERO, “Da criação de sociedades comerciais por decreto-lei”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Volume II, *Direito Comercial. Direito do Trabalho. Vária*, FDUL/Coimbra Editora, Lisboa, 2003, págs. 114 e ss, 126 e ss (ênfatizando: “a possibilidade de criação por decreto-lei de sociedades comerciais permite sempre a adaptação do regime da lei comum das sociedades comerciais às especificidades decorrentes da prossecução do interesse

São empresas locais as *sociedades por quotas* e as *sociedades anónimas* (enquanto «sociedades de responsabilidade limitada»), *pluripessoais* ou *unipessoais*, com (possibilidade de exercício, directo ou indirecto, de) «influência dominante» das «entidades públicas participantes» (municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas) e constituídas nos termos do CSC – v. os arts. 5.º e 19.º do RSEL<sup>7</sup>. De acordo com o art. 21.º do RSEL, «[a]s empresas locais regem-se pela presente lei, pela lei comercial, pelos estatutos e, subsidiariamente, pelo *regime do setor empresarial do Estado*, sem prejuízo das normas imperativas neste previstas».<sup>8-9</sup>

público subjacente às sociedades integrantes do sector empresarial do Estado” e funda-se nessa prossecução e na “eficiência do sector público”, alicerçadas directamente na Constituição, a págs. 134, 138); COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., pág. 265.

<sup>6</sup> O RSPE aplica-se «a todas as organizações empresariais que sejam criadas, constituídas[,] ou detidas por qualquer entidade administrativa ou empresarial pública, independentemente da forma jurídica que assumam e desde que estas últimas exerçam, direta ou indirectamente, uma influência dominante» (art. 3.º).

Não obstante o art. 2.º, 2 («O sector empresarial do Estado integra as empresas públicas e as empresas participadas.»), nas *empresas participadas (capital misto mas minoritariamente público)* definidas no art. 7.º, 1 («todas as organizações empresariais em que o Estado ou quaisquer outras entidades públicas, de carácter administrativo ou empresarial, detenham uma participação permanente, de forma direta ou indirecta, desde que o conjunto das participações públicas não origine influência dominante nos termos do artigo 9.º»), apenas as *participações de titularidade pública* se consideram integradas no sector público empresarial (art. 8.º, 2, RSPE: «a integração das empresas participadas no sector empresarial do Estado *aplica-se apenas à respetiva participação pública*, designadamente no que se refere ao seu registo e controlo, bem como ao exercício dos direitos de acionista, cujo conteúdo deve levar em consideração os princípios decorrentes do presente decreto-lei e demais legislação aplicável»).

<sup>7</sup> Por sua vez, o RSAL aplica-se sempre que estejamos perante «a constituição ou a mera participação em associações, cooperativas, fundações ou quaisquer outras entidades de natureza privada [ou cooperativa] pelos municípios, pelas associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, e pelas áreas metropolitanas” (art. 1.º, 3; v. arts. 56.º e ss; mas atente-se no art. 38.º).

As participações de *titularidade pública local*, às quais se aplica o RSAL (art. 1.º, 1), são «todas as participações sociais detidas pelos municípios, pelas associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, e pelas áreas metropolitanas em entidades constituídas ao abrigo da lei comercial que não assumam a natureza de empresas locais [«sociedades comerciais participadas» de acordo com o art. 4.º]» (art. 3.º RSAL; v. os respectivos arts. 51.º e ss, 61.º, 1, 66.º).

<sup>8</sup> Atentemos nos preceitos dos arts. 9.º, 1 e 2, do RSPE e 19.º, 1, do RSEL, respectivamente: «1 – Existe *influência dominante* sempre que as entidades públicas referidas nos artigos 3.º e 5.º se encontrem, relativamente às empresas ou entidades por si detidas, constituídas ou criadas,

em qualquer uma das situações seguintes: *a)* Detenham uma participação superior à maioria do capital; *b)* Disponham da maioria dos direitos de voto; *c)* Tenham a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização; *d)* Disponham de participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada./2 – Para efeitos do cômputo dos direitos de voto nos termos do disposto na alínea *b)* do número anterior, são ainda contabilizados, para além daqueles que são inerentes à titularidade direta da participação social das entidades públicas referidas nos artigos 3.º e 5.º, os direitos de voto: *a)* Detidos ou exercidos por terceiro em nome ou no interesse do titular da participação social; *b)* Detidos por entidade cuja maioria do capital, social ou estatutário, seja detida pelo titular da participação social; *c)* Detidos por sociedade com a qual o titular da participação social se encontre em relação de domínio ou de grupo; *d)* Detidos por titulares com os quais tenha sido celebrado acordo quanto ao exercício dos respetivos direitos de voto; *e)* Detidos por entidades, singulares ou coletivas, que tenham celebrado com o titular da participação social qualquer tipo de contrato ou acordo que confira a este último uma posição de influência dominante.»; «1 – São empresas locais as sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes possam exercer, de forma direta ou indireta, uma *influência dominante* em razão da verificação de um dos seguintes requisitos: *a)* Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; *b)* Direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização; *c)* Qualquer outra forma de controlo de gestão.»

Com esclarecimentos interpretativos, que apoio, v. ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais”, *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 69 e ss (sempre exigindo a “maioria do capital” ou a “maioria dos direitos de votos”, em diálogo com o art. 82.º, 2, da CRP [«O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas.»]); COUTINHO DE ABREU, “Sobre as novas empresas públicas...”, *loc. cit.*, págs. 555-556, *Curso...*, Volume I cit., págs. 263-264 (em esp. nts. 657 a 659 [para a al. *d)* do art. 9.º, 1: “Não é fácil descortinar a possibilidade de esta influência determinante assentar em participações ‘qualificadas’ minoritárias e sem poder de voto maioritário”]), 278-279; EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, pág. 474; no entanto, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I cit., págs. 391-392, 396-397, abrangia sem mais a “maioria de capitais públicos” e a existência de “direitos especiais de controlo”. Antes do regime de 2013, para uma crítica da opção restritivo-taxativa para a noção de «influência dominante», em detrimento de uma noção material de “influência significativa”, que deixa de fora da disciplina legal do sector empresarial público “muitas situações em que o Estado dispõe de faculdades que lhe permitem determinar a vida interna de empresas com, pelo menos, igual intensidade (ex: direitos especiais de veto no processo de formação de deliberações que incidam sobre matérias estratégicas; direito de nomeação do presidente da comissão executiva, etc.) e relativamente às quais se justificaria plenamente aplicar o regime jurídico-público desenhado para regular a situação particular das empresas públicas”, v. DUARTE

## 2. A estruturação orgânica das empresas públicas estaduais e das empresas locais – entre o regime geral e os regimes especiais na administração e fiscalização

De acordo com o art. 31.º, 3, do RSPE, a configuração dos órgãos de administração e fiscalização das empresas públicas societárias resulta da aplicação da disciplina prevista *em geral* no CSC para as sociedades por quotas e anónimas, articulada com a disciplina imposta *em especial* pelo RSPE. Por sua vez, o art. 25.º, 1, do RSEL obedece à mesma lógica de interacção de regimes, pois, sem prejuízo do disposto na lei especial, manda aplicar o «disposto na lei comercial» à natureza e às competências dos órgãos sociais das empresas locais societárias, por quotas ou anónimas.

No que toca às EPE, o RSPE optou por importar essa configuração dos modelos legais oferecidos exclusivamente no tipo da sociedade anónima (art. 60.º, 1), ainda que respeitando-se igualmente as especialidades de regime do sector público empresarial (art. 60.º, 2). Daqui resulta que, sendo geralmente anónimas as empresas públicas societárias, *as empresas públicas estaduais (na sua tipologia bivalente) são organizadas fundamentalmente tendo como módulo e matriz o tipo anónimo*. Assim, em qualquer caso, estão obrigadas a adoptar nos seus estatutos um dos três sistemas orgânicos que o CSC impõe como escolha (art. 278.º, 1): tradicional ou clássico (conselho de administração ou administrador único, conselho fiscal ou fiscal único) – arts. 390.º e ss, 413.º e ss, CSC; germânico (conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão) – arts. 423.º e ss, 434.º e ss, CSC; monístico (conselho de administração, integrando comissão de auditoria como órgão de fiscalização) – arts. 390.º e ss, 423.º e ss, CSC. Com essa escolha cumpre-se o comando do art. 30.º, 1, do RSPE («As empresas públicas assumem um modelo de governo societário que assegure a efetiva separação entre as funções de administração executiva e as funções de fiscalização.») e essa escolha

SCHMIDT LINO/PEDRO LOMBA, “Democratizar o governo das empresas públicas: o problema do duplo grau de agência”, *O governo das organizações. A vocação universal do Corporate Governance*, Governance Lab, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 689 e ss – a insuficiência estará agora coberta pela (muito aberta) al. d) do art. 9.º, 1, do RSPE.

<sup>9</sup> Sobre os fundamentos jusconstitucionais para uma “preferência implícita por formas jurídico-privadas de organização do sector empresarial do Estado”, v. PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 223 e ss, “Da criação de sociedades comerciais por decreto-lei”, *loc. cit.*, págs. 110 e ss.



implicará seguir a directriz do art. 31.º, 1, do mesmo RSPE («Os órgãos de administração e de fiscalização das empresas públicas são ajustados à dimensão e à complexidade de cada empresa, com vista a assegurar a eficácia do processo de tomada de decisões e a garantir uma efetiva capacidade de fiscalização e supervisão, aplicando-se, para este efeito, qualquer um dos tipos de sociedade de responsabilidade limitada previstos no Código das Sociedades Comerciais.»).

Se a opção for o tipo da sociedade por quotas – mais comum nas empresas locais –, a estrutura orgânica é conhecida e apenas uma só: gerência, conselho fiscal ou fiscal único – arts. 252.º e ss, CSC.

### 3. Órgão de administração

**3.1.** No que respeita ao órgão de administração (gerência, na sociedade por quotas; conselho de administração, sem ou com comissão de auditoria, e conselho de administração executivo, na sociedade anónima), as especificidades das leis sectoriais não são despiciendas, seja no sector estadual, seja no sector local.

Além disso, os membros do órgão de administração têm a qualidade e o estatuto de *gestores públicos*: «Só podem ser admitidos a prestar funções como titulares de órgãos de administração de empresas públicas pessoas singulares com comprovada idoneidade, mérito profissional, competência e experiência, bem como sentido de interesse público, sendo-lhes aplicável o disposto no Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março [EGP].» (art 21.º do RSPE); «Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, o Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, alterado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, e alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 8/2012, de 18 de janeiro, é subsidiariamente aplicável aos titulares dos órgãos de gestão ou de administração das empresas locais.» (art. 30.º, 4, do RSEL)<sup>10</sup>; arts. 1.º, 1

<sup>10</sup> Contudo, v. a excepção do art. 30.º, 5: «As regras relativas ao recrutamento e seleção previstas no Estatuto do Gestor Público não são aplicáveis aos membros dos órgãos das entidades públicas participantes que integrem os órgãos de gestão ou de administração das respetivas empresas locais, nem a quaisquer outros casos de exercício não remunerado das respetivas funções.»

(«Para os efeitos do presente decreto-lei, considera-se gestor público quem seja designado para órgão de gestão ou administração das empresas públicas abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro.»<sup>11</sup>), e 3.º do EGP<sup>12, 13</sup>.

<sup>11</sup> Entendendo-se a remissão para o DL 133/2013, actual RSPE, nomeadamente para a disciplina das empresas públicas do sector empresarial do Estado.

Note-se a exclusão do n.º 2 do art. 1.º, aditado pelo DL 39/2016, de 28 de Julho: «O presente decreto-lei não se aplica a quem seja designado para órgão de administração de instituições de crédito integradas no setor empresarial do Estado e qualificadas como ‘entidades supervisionadas significativas’, na aceção do ponto 16) do artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 468/2014, do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014.» Muito criticamente sobre a solução legal – “Passamos assim a poder ter gestores públicos de empresas públicas-instituições de crédito a quem o EGP não é aplicável (quando as empresas sejam «entidades supervisionadas significativas») e outros a quem é (gestores de empresas que não sejam entidades supervisionadas significativas); e pode dar-se o caso de os gestores públicos de uma mesma empresa ficarem e não ficarem (e vice-versa) sucessivamente sujeitos ao EGP, consoante o BCE (Banco Central Europeu) decida classificar ou não a empresa como entidade supervisionada significativa...” –, v. COUTINHO DE ABREU, “De novo a banca – tetos de voto; gestores públicos a céu-aberto”, *DSR*, volume 17, 2017, págs. 22-23.

<sup>12</sup> Quanto ao *modo de designação dos gestores públicos*, regem os arts. 13.º do EGP («1 – Os gestores públicos são designados por nomeação ou por eleição./2 – A nomeação é feita mediante resolução do Conselho de Ministros, devidamente fundamentada e publicada no Diário da República juntamente com uma nota relativa ao currículo académico e profissional do designado, sob proposta dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pelo respectivo sector de actividade./3 – A proposta referida no número anterior deve ser acompanhada de avaliação, não vinculativa, de currículo e de adequação de competências ao cargo de gestor público da personalidade a que respeita a proposta de designação, realizada pela Comissão de Recrutamento e Selecção para a Administração Pública./4 – Para efeitos do número anterior, a Comissão de Recrutamento e Selecção para a Administração Pública pode realizar entrevista de avaliação de competências exigíveis ao exercício das funções de gestor público e aplicar outros métodos de avaliação./5 – Não pode ocorrer a nomeação ou proposta para eleição entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-nomeado, salvo se se verificar a vacatura dos cargos em causa e a urgência da designação, caso em que as referidas nomeação ou proposta de que não tenha ainda resultado eleição dependem de confirmação pelo Governo recém-nomeado./6 – A eleição é feita nos termos da lei comercial.») e 26.º, 1, do RSEL («Os membros do órgão de gestão ou de administração das empresas locais são eleitos pela assembleia geral.»).

Para as *sociedades de capital minoritariamente público*, onde o Estado e/ou outra entidade pública não dispõe de influência dominante por via da maioria de capital ou dos direitos de voto (empresas participadas de acordo com o já revelado art. 7.º, 1, do RSPE), aplica-se o art. 392.º, 11, do CSC, que nos remete para o DL 76-C/75, de 21 de Fevereiro (v. art. 1.º, 1), e

**3.2.** Nos dois sistemas, clássico e germânico, é possível haver administrador único, previsto estatutariamente, de acordo com o previsto no CSC, desde, portanto, que o capital social não seja superior a € 200 000 (art. 31.º, 2 e 3, RSPE; arts. 390.º, 2, 424.º, 2, 278.º, 5, CSC).

Se o órgão for plural, o número supletivamente indicado pela lei (art. 31.º, 2, RSPE) é de três membros. Número mínimo?<sup>14</sup> Não creio. Antes, *número-regra*, «salvo quando a sua dimensão e complexidade ou a aplicação de regimes jurídicos especiais justifiquem uma composição diversa» (salvaguarda a 2.ª parte). Abre-se a porta a conselhos com dois administradores e a conselhos com quatro e mais administradores.

No caso da administração em estrutura monística, o conselho de administração no subórgão que não corresponde à comissão de auditoria (administradores-não auditores) pode ser composto, de acordo em particular com a interpretação feita do art. 278.º, 5, do CSC, no mínimo e segundo as diversas teses pugnadas entre nós, por um ou dois administradores (que, com os administradores-auditores, integram o conselho de administração como um

a L 63-A/2008, de 24 de Novembro, por último alterada e republicada pela L 23-A/2015, de 26 de Março («medidas de reforço de solidez financeira das instituições de crédito»; v. os arts. 14.º-A e 16.º-A, 1, b), 2 e 3), assim como o art. 392.º do CSC – assim é a posição há muito sustentada por COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...* cit., nt. 396 – págs. 152-153, “Artigo 392.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 254-255. De todo o modo, não sendo gestores públicos, «[o]s membros dos órgãos de administração das *empresas participadas, designados ou propostos pelas entidades públicas titulares da respetiva participação social, ficam sujeitos ao regime jurídico aplicável aos gestores públicos*, nos termos do respetivo estatuto» (art. 8.º, 3, RSPE) – para densificação, à luz dos regimes anteriores a 2013, v. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...* cit., págs. 156 e ss, “Sobre os gestores públicos”, *DSR*, volume 6, 2011, págs. 30 e ss, “Gestores públicos – Noção e responsabilidades”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume I, *Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 49 e ss.

<sup>13</sup> O estatuto dos gestores públicos *regionais*, titulares dos órgãos de administração das empresas públicas das regiões autónomas (DLR 12/2008/A, de 19 de Maio, em conjugação com o DLR 7/2008/A, de 24 de Março; DLR 12/2010/M, de 5 de Agosto, em conjugação com o DLR 13/10/M, também de 5 de Agosto; v. ainda o art. 4.º do RSPE), persegue no essencial a estrutura e as soluções do EGP.

<sup>14</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., pág. 268.

todo: art. 423.º-B, 1, CSC)<sup>15</sup>. No conjunto, teríamos órgãos com quatro<sup>16</sup> ou cinco membros. Todavia, não creio que a solução seja pura e simplesmente essa. Atendendo a que estamos perante dois subórgãos<sup>17</sup>, o conselho de administração sem comissão de auditoria deve cumprir, em regra, o art. 31.º, 2, do RSPE – três membros, dando origem a seis membros como número mínimo no total do conselho de administração com comissão de auditoria –, sem prejuízo de se ter dois membros (é razoável que se exclua aqui a hipótese de um só membro tendo em conta o sentido útil do art. 278.º, 5, do CSC) ou quatro e mais na administração não-auditada.

No domínio das empresas locais societárias, porém, não é admissível termos um órgão de administração unipessoal, seja nas SQ seja nas SA. O art. 26.º, 5, do RSEL impõe (com referência a *um número máximo*) que seja composto por dois ou três membros («é composto por um presidente e um máximo de dois vogais»). O que, aplicado em especial à sociedade anónima com modelo monístico, implicará que o subórgão de administração não-auditada terá dois ou (no máximo) três titulares, contribuindo para um número total (nesta perspectiva *mínimo*) de cinco ou seis membros (pois o número de membros da comissão de auditoria pode ser superior a três).

O RSEL, por outro lado, coloca freio nas remunerações dos gerentes e administradores nesses órgãos (sempre) plurais. A regra é só um deles ter funções remuneradas (art. 25.º, 3); no entanto, «[n]as empresas locais com uma média anual de proveitos, apurados nos últimos três anos, igual ou superior a cinco milhões de euros, podem ser remunerados *dois membros* do órgão de gestão ou de administração» (logo, todos eles se forem só dois), de acordo com o art. 25.º, 4. Porém, atente-se que, na área das *incompatibilidades*

<sup>15</sup> V. RICARDO COSTA, “Artigo 423.º-B”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 705-706.

<sup>16</sup> Assim, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., nt. 679 – pág. 268, em conjugação com *Curso de direito comercial*, Volume II, *Das sociedades*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 69-70.

<sup>17</sup> V. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp.: 2016), págs. 525 e ss, em esp. nt. 1088, nt. 1104 – pág. 542 e ss, “Comissão de auditoria e «administrador-auditor»: um estatuto ambivalente”, *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 82 e ss, “Artigo 423.º-B”, *loc. cit.*, págs. 700 e ss.

*específicas* ditadas pelo RSEL<sup>18</sup>, «[é] proibido o exercício simultâneo de funções, independentemente da sua natureza, nas entidades públicas participantes [os municípios, as associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia, e as áreas metropolitanas: art. 5.º] e de funções remuneradas, seja a que título for, em quaisquer empresas locais com sede na circunscrição territorial das respetivas entidades públicas participantes ou na circunscrição territorial da associação de municípios ou área metropolitana que aquelas integrem, consoante o que for mais abrangente» (art. 30.º, 1). E, quanto ao *valor das remunerações*, este «é limitado ao valor da remuneração de vereador a tempo inteiro da câmara municipal respetiva» (art. 30.º, 2)<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> “Aplicável embora não apenas a administradores”: COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume II cit., pág. 281.

<sup>19</sup> Quanto ao regime geral das remunerações dos gestores públicos, v. arts. 28.º e ss do EGP.

Doutrinalmente, v. COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 41 e ss; SOFIA TOMÉ D’ALTE, “Conceito de *corporate governance* e sua possível aplicação no modelo dos hospitais E.P.E.”, *O governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 138 e ss, com destaque para a discordância da “regra-travão” do art. 28.º, 1 («A remuneração dos gestores públicos integra um vencimento mensal que não pode ultrapassar o vencimento mensal do Primeiro-Ministro.»), em conjugação com os seus n.ºs 8 («Mediante autorização expressa no ato de designação ou eleição, os gestores podem optar pelo vencimento do lugar de origem, não podendo, todavia, exceder, salvo no caso do número seguinte, o vencimento mensal do Primeiro-Ministro.») e 9 («Nos casos previstos nos artigos 16.º e 17.º, quando se trate de empresas cuja principal função seja a produção de bens e serviços mercantis, incluindo serviços financeiros, e relativamente à qual se encontrem em regime de concorrência no mercado, mediante autorização expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gestores podem optar por valor com o limite da remuneração média dos últimos três anos do lugar de origem, aplicado o coeficiente de atualização resultante das correspondentes taxas de variação média anual do índice de preços no consumidor apurado pelo Instituto Nacional de Estatística, devendo ser objeto de despacho fundamentado e publicado no Diário da República.»), e com o “tecto-limite” do art. 30.º, 1, b) («Os contratos de gestão a celebrar com gestores públicos que exerçam funções executivas, previstos no artigo 18.º, contemplam, além das matérias aí indicadas, os seguintes pontos, nos termos do presente decreto-lei: Prémios de gestão passíveis de atribuição no final do exercício ou do mandato, que não podem ultrapassar metade da remuneração anual auferida, de acordo com o cumprimento dos critérios objetivos dos quais dependa a sua eventual atribuição, sem prejuízo do limite fixado nos respetivos estatutos.») – “opção que não se compatibiliza com a adoção de boas práticas na fixação das remunerações (...), uma vez que contraria o princípio básico normalmente designado *pay for performance*” e “impacto negativo no recrutamento de profissionais experientes e com perfil adequado para o exercício da atividade de gestor público”.

**3.3.** O n.º 4 do art. 31.º do RSPE distingue-se por obrigar a que «o conselho de administração das empresas públicas integra sempre um elemento designado ou proposto pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, que deve aprovar expressamente qualquer matéria cujo impacto financeiro na empresa pública seja superior a 1% do ativo líquido». Não é de todo um pressuposto irrelevante de composição para as empresas públicas (estaduais e não locais<sup>20</sup>), tanto mais que «[a] falta de anuência do membro do conselho de administração designado ou proposto pelo membro do Governo responsável pela área das finanças<sup>21</sup> relativamente a qualquer matéria referida no número anterior determina a sua submissão a deliberação da assembleia geral ou, não existindo este órgão, a despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do respetivo sector de atividade» (art. 31.º, 5, RSPE). É, na verdade, um pressuposto que, tal como acentua COUTINHO DE ABREU, evidencia o “(sobre)peso ‘financeirista’ na designação dos gestores públicos”<sup>22</sup>.

Quanto à necessidade de um membro designado por proposta do Ministério das Finanças, coloca-se a questão de saber qual a consequência da sua falta por força do desrespeito do comando legal do RSPE. A meu ver, essa desconformidade afecta a designação de todos os membros do conselho de administração (incluindo os da comissão de auditoria, no caso de sistema monístico), uma vez que essa imposição deve ser configurada verdadeiramente como condição de *validade de composição do órgão como um todo*, sob

<sup>20</sup> V. o art. 67.º do RSPE.

<sup>21</sup> Entenda-se: *indicação com proposta* do ministro das Finanças, tendo em conta os poderes de exercício do titular da «função acionista» (como diz a lei) ou “quotista” (arts. 37.º, 2, 38.º, 1, c), e 2, 39.º, 2, RSPE), como procedimento prévio para o acto de designação por *nomeação* por resolução do Conselho de Ministros no caso das EPE (art. 13.º, 1 a 4, EGP) e para o acto de designação por *eleição* (mesmo que sem procedimento eleitoral) por deliberação “da assembleia geral” ou decisão de sócio único no caso das empresas públicas societárias (arts. 38.º, 1, c), e 2, RSPE, 13.º, 6, EGP). Por seu turno, o art. 39.º, 5, do RSPE dispõe que «[c]ompete (...) aos ministérios sectoriais apresentar ao membro do Governo responsável pela área das finanças propostas de designação dos titulares dos órgãos de administração das empresas públicas, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 31.º e na alínea c) do n.º 1 do artigo anterior». Acertos e complementos podem ser vistos em COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 33-34, “Apontamentos sobre o regime jurídico dos gestores públicos”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Studia Iuridica* 107, *Ad Honorem* – 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 13-14.

<sup>22</sup> *Curso...*, Volume II cit., pág. 270.

pena de nulidade da designação de todos os membros por ofensa a norma imperativa sobre essa mesma composição. Se tal condição vier a falecer *supervenientemente*, a mesma lógica conduz-nos – caso não haja uma substituição que respeite a exigência legal – a uma hipótese de causa para *destituição* ou (solução ainda mais gravosa) *caducidade colectiva* de todos os membros.<sup>23</sup>

No que toca à falta de aprovação expressa dessas matérias por tal *membro resultante da vontade público-governamental*, essa omissão, em rigor, conduziria à anulabilidade das deliberações do conselho de administração. De facto, estamos perante a atribuição legal de um direito especial de pronúncia/veto a esse membro sobre tais matérias. Se houver deliberação do conselho de administração que não colha o voto favorável («anuência», refere a lei) desse membro titular do direito especial, a deliberação enferma de vício de procedimento *relevante* previsto no art. 411.º, 3, do CSC, conducente à *anulabilidade*<sup>24</sup>. Não estando fora de juízo o regime de arguição do art. 412.º, 1 e 2, do CSC, o efeito útil do que determina o art. 31.º, 5, do RSPE é a *prevalência sobre o n.º 3 desse art. 412.º, na parte respeitante às deliberações anuláveis*<sup>25</sup>. Isto é, a determinação, como disciplina especial, da tomada de deliberação subsequente da assembleia geral ou, no caso das EPE, de emissão de despacho governamental, previstas nesse n.º 5, tendo em vista ratificar a deliberação,

<sup>23</sup> V. o que por mim é sustentado, em “lugar paralelo”, para os requisitos de composição da comissão de auditoria (arts. 423.º-B, 4 e 5, CSC; 3.º, 2, da L 148/2015, para as “entidades de interesse público) e do conselho geral e de supervisão (art. 434.º, 4, com remissão para o art. 414.º, 4 a 6, CSC; também aplicável o art. 3.º, 2, da L 148/2015): RICARDO COSTA, “Artigo 423.º-B”, *loc. cit.*, págs. 708 e ss, em esp. pág. 711, “Artigo 434.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 806 e ss, em esp. nt. 20.

<sup>24</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, págs. 123 e ss.

<sup>25</sup> Onde se permite à assembleia dos accionistas, em detrimento da anulação, a “ratificação-sanação”, equiparada à renovação de deliberações anuláveis dos sócios (art. 62.º, 2, CSC), através da qual, segundo COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 135, “a assembleia geral substitui a deliberação anulável do conselho de administração por uma deliberação sua, mas com o mesmo conteúdo e sem prejuízo dos efeitos entretanto produzidos por aquela”, sendo a ratificação “lícita, quando a anulabilidade das deliberações do conselho resulte do vício de procedimento, não de vício de conteúdo”. Também na nt. 329 o nosso homenageado defende que, por maioria de razão com o poder de substituição de deliberações nulas, “é possível a assembleia geral substituir-alterar deliberação anulável do conselho ferida de vício de conteúdo, se esta não versar sobre matéria da exclusiva competência do conselho de administração”.

submetida a consideração derivada por estar viciada, com o mesmo conteúdo ou substituí-la por deliberação ou despacho com conteúdo próprio e alternativo (mesmo sendo da competência do conselho de administração, tendo em consideração a *habilitação própria* que o art. 31.º, 5, confere, em relação a «matéria cujo impacto financeiro na empresa pública seja superior a 1% do ativo líquido»).

**3.4.** O art. 31.º, 6, do RSPE de 2013 estatui que «[c]ada um dos órgãos de administração e de fiscalização das empresas públicas deve ter por objetivo a presença plural de homens e mulheres na sua composição» (v. também o art. 50.º, 2). Por sua vez, a L 62/2017, de 1 de Agosto, veio estabelecer «o regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das *entidades do setor público empresarial* [«entidades previstas nos artigos 3.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 133/2013»] e das empresas cotadas em bolsa» (art. 1.º, em conjugação com o art. 3.º, c)), sendo esse aplicável ao sector empresarial local (art. 2.º, 1).

As normas essenciais desse equilíbrio residem no art. 4.º da L 62/2017: «1 – A proporção de pessoas de cada sexo designadas para cada órgão de administração e de fiscalização de cada empresa não pode ser inferior a 33,3%, a partir de 1 de janeiro de 2018./2 – Se os órgãos de administração integrarem administradores executivos e não executivos, o limiar deve ser cumprido relativamente a ambos./3 – O limiar definido no n.º 1 não se aplica aos mandatos em curso, sem prejuízo do disposto no n.º 5./4 – Para efeitos do disposto nos números anteriores, os membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pelo respetivo setor de atividade, quando aplicável, apresentam propostas que permitam cumprir o limiar definido no n.º 1./5 – A renovação e a substituição no mandato obedecem ao limiar definido no n.º 1.» O incumprimento do *limiar mínimo* leva à «nulidade do ato de designação para os órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial» – uma vez mais com *nulidade da designação de todos os membros do órgão*, desta feita com expressa opção legal –, «devendo os membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pelo respetivo setor de atividade, quando aplicável, apresentar novas propostas que cum-

<sup>26</sup> Esta prescrição deve ser articulada com o art. 31.º, 4, do RSPE (ou neste consumida), de tal forma que a designação do membro de *indicação governamental* possa coincidir, ou contribuir, para a quota de 1/3 de repartição equilibrada prevista no n.º 1.



pram o limiar definido no n.º 1 do artigo 4.º, no prazo de 90 dias» (art. 6.º, 1, L 62/2017), sem prejuízo da «adoção dos procedimentos legais para o preenchimento, a título provisório, do cargo a que a nulidade respeita, desde que observados os limiares previstos no artigo 4.º» (art. 6.º, 7, L 62/2017)<sup>27</sup>.

**3.5.** O art. 32.º, 1, do RSPE permite que o conselho de administração possa integrar administradores executivos e não executivos. Por outras palavras (ou melhores palavras), a lei admite a *administração delegada orgânica*: na sociedade anónima, com a aplicação dos arts. 407.º, 1 e 2, do CSC (para a delegação restrita ou imprópria para «certas matérias de administração», assumidos por administradores “encarregados” dessas matérias), 407.º, 3 a 7 (para a delegação em sentido estrito ou própria, assente na constituição de uma comissão executiva para o exercício da «gestão corrente») e 408.º, 2 (para a representação pelos administradores delegados nesta última delegação), aplicáveis à estrutura monística para o subórgão conselho de administração e excluídos no conselho de administração executivo da estrutura germânica (art. 431.º, 3, *a contrario sensu*, também convocado para o regime da empresa pública societária); na sociedade por quotas, com a aplicação do art. 261.º, 2, do CSC («os gerentes deleguem nalgum ou nalguns deles competência para determinados negócios ou espécie de negócio, mas, mesmo

<sup>27</sup> Quais são esses procedimentos? A substituição do art. 393.º, 3 e ss, e do art. 253.º, 1 e 2, do CSC? Não – só se aplicam a situações de “falta individual definitiva” como efeito da extinção ou caducidade da relação administrativa no decurso do seu exercício de funções, após prévia designação e aceitação eficazes para o cargo (RICARDO COSTA, “Artigo 393.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 270-271, “Artigo 253.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume IV (Artigos 246.º a 270.º-G), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, págs. 92-93). O recurso a tribunal para a nomeação de administrador judicial, nos termos do art. 394.º do CSC? Desde que se verifique o pressuposto de ter decorrido mais de 180 dias sobre o termo do prazo para que foram designados os administradores anteriores à designação viciada, parece que será possível (não o sendo para a designação dos primeiros administradores ou gerentes). Mas restritivamente, claro está, na medida em que esse mecanismo, por falta de pluralidade de membros, não terá que observar a quota de repartição imposta pelo art. 6.º, 1. Algum outro mais, que não seja novo procedimento de designação válido?

nesses negócios, os gerentes-delegados só vinculam a sociedade se a delegação lhes atribuir expressamente tal poder»<sup>28, 29</sup>.

O n.º 1 do art. 32.º tem a decisiva função de afastar o relevo *estatutário* da eventual *pronúncia sobre a admissibilidade* de delegação interna e orgânica de poderes nas empresas públicas societárias ou institucionais. De modo que a delegação imprópria ou restrita não pode ser excluída por proibição do pacto (art. 407.º, 1, CSC, 1.ª parte), nem a delegação própria ou típica necessita de autorização do estatuto social para se habilitar a administração delegada (art. 407.º, 3, CSC), muito menos a delegação na SQ com gerência plural se encontra condicionada por ausência de cláusula estatutária restritiva. A lei especial prevalece sobre essas *dependências do estatuto* e entrega à deliberação do conselho de administração ou da gerência a decisão dos *termos e conteúdo* e *limites* da delegação.

No entanto, quanto à composição, a lei especial, de acordo com o art. 32.º, 2, tem uma limitação no domínio da *designação e composição dos administradores delegantes*: um ou mais devem “representar” a Direcção-Geral do Tesouro e Finanças (DGTF). Sob pena de acumulação implausível de regimes, julgo que essa injunção se cumpre em ligação com art. 31.º, 4, sendo o administrador designado por essa via de manifestação de vontade a ocupar necessariamente lugar (pelo menos esse, sem prejuízo de mais<sup>30</sup>) na administração delegada (identifique-se a natureza representativa da DGTF nesta conjugação, tendo particular atenção o que resulta do art. 39.º, 2, do RSPE), sob pena, ademais, de nulidade das designações (desde logo) de todos os administradores delegados (sem ou com comissão executiva). Acontece, porém, ter essa designação *espelhada na DGTF*, para esse efeito, de um detalhe que vale em seu benefício: tal administrador “não executivo” não sofre da incompatibilidade prevista no art. 22.º, 1, do EGP («É incompatível com a função

<sup>28</sup> Para se compreender estas delegações, v. (com os seus diálogos, entre si e com outros) COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades* cit., págs. 99 e ss, *Curso...*, Volume II cit., págs. 559 e ss, RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., nt. 1093 – págs. 534 e ss, nts. 1667 a 1670 – págs. 761 e ss, págs. 975-976.

<sup>29</sup> Não é desta delegação que se trata no art. 27.º do RSEL, uma vez que este normativo se ocupa da delegação de *poderes ou competências de autoridade* nas empresas locais pelas entidades públicas participantes (v. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Regime jurídico da atividade empresarial local*, Almedina, Coimbra, 2012, *sub art.* 27.º, págs. 147 e ss).

<sup>30</sup> Mesmo esses outros devem ser nomeados ou “eleitos” por intermédio do ministro das Finanças e com a indicação de proveniência da DGTF.

de gestor público o exercício de cargos de direcção da administração directa e indirecta do Estado, ou das autoridades reguladoras independentes, sem prejuízo do exercício de funções em regime de inerência.»), tal como determina esse art. 31.º, 2.ª parte.<sup>31</sup>

Quanto ao mais, os administradores e gerentes delegados (“executivos”) das empresas públicas estão submetidos a um *estatuto especial* (exclusividade-regra, acumulações permitidas), por aplicação do art. 20.º, 2 a 4, do EGP; os “não executivos” sujeitam-se às prescrições do art. 21.º do EGP.<sup>32</sup>

**3.6.** O órgão de administração de uma sociedade comercial – em rigor, a actuação dos seus titulares – é marcado pelo princípio de *autonomia da gestão*. O que se manifesta, tanto nas faculdades legais inderrogáveis como nas competências atribuídas pelas vias deliberativa e/ou estatutária, “em *soberania na capacidade de decisão, em discricionariedade de poderes no ‘quadro’ programado pelo objecto social, em iniciativa própria* para dar corpo à sua actividade e ao exercício das funções (desde logo, as de ‘alta direcção’ nas ‘políticas empresariais gerais’) e em *independência* da vontade, dos interesses e das ordens de quaisquer terceiros-entidades”<sup>33</sup>. Este princípio aparece consagrado com aparente irredutibilidade nos arts. 30.º, 2 («(...) os titulares da função acionista abstêm-se de interferir na atividade prosseguida pelo órgão de administração das empresas»), e 25.º, 1 («(...) os titulares dos órgãos de administração das empresas públicas gozam de autonomia na definição dos métodos, modelos e práticas de gestão concretamente aplicáveis ao desenvolvimento da respetiva atividade»), do RSPE, assim como no art. 10.º do EGP («Observado o disposto nas orientações fixadas ao abrigo da lei, (...) o conselho de administração goza de autonomia de gestão.»). Seria assim de excluir, por regra de respeito das atribuições do órgão administrativo, que o Estado (sócio ou titular de poder legislativo e político) ou entidade pública equiparada pudessem interferir, directa ou indirectamente, na gestão empresarial da sociedade comercial dominada, de capitais públicos exclusivos ou

<sup>31</sup> Sobra ainda o direito de serem designados trabalhadores para os órgãos de administração das empresas públicas: ats. 54.º, 5, f), 89.º, CRP; 423.º, 1, f), CT (apenas para as EPE...). O RSPE, o RSEL e o EGP são omissos...

<sup>32</sup> V., para ambos os estatutos, as análises de COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 36 e ss, “Apontamentos...”, *loc. cit.*, págs. 17 e ss.

<sup>33</sup> RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., pág. 782.

mistos, ou na gestão da EPE, por efeito do controlo dado pela sua posição constituinte-legal ou social ou (ainda) pela titularidade de direitos especiais *relevantes*<sup>34</sup>. Reflecte-se igualmente esse princípio na norma genérica do art. 24.º do RSEL («Os direitos societários nas empresas locais são exercidos nos termos da lei comercial (...)»).

Não obstante o ponto de partida, acontece que, como empresas *públicas* que são as previstas no quadro dos arts. 2.º, 1 + 3.º + 5.º, 1 + 9.º do RSPE<sup>35</sup>, “dominadas (direta ou indiretamente) por entidades públicas e visando só ou também finalidades públicas”<sup>36</sup>, o quadro de tal intervenção *legítima* na gestão é *positivamente alargado* (nomeadamente na comparação com o regime geral das sociedades<sup>37</sup>), em razão do cenário próprio dos direitos *excepcionais* inerentes à sua *função constituinte, accionista e quotista* – melhor dito, da sua *função influenciadora pelo domínio (integral ou prevalecente ou, no mínimo, decisivamente controlador)*<sup>38</sup>, com óbvia “égide do Ministro das Finanças sobre enti-

<sup>34</sup> Em conjugação com o poder maioritário: v. art. 9.º, 1, *d*), do RSEP.

<sup>35</sup> Em conjugação com o carácter excludente da aplicação do regime às “empresas participadas” (minoritariamente públicas) resultante dos arts. 7.º, 1, e 8.º, 2, do RSPE (v. *supra*, nt. (6)).

<sup>36</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., pág. 272.

<sup>37</sup> Para um quadro dessa intervenção, com problematização especial dos crescentes problemas e múltiplas variáveis da intervenção dos sócios accionistas nas matérias da administração, v. RICARDO COSTA, “A administração da sociedade PME e o sócio gestor”, *O sócio gestor*, Almedina, Coimbra, págs. 22 e ss.

<sup>38</sup> Cfr. arts 37.º («1 – Entende-se por função accionista o exercício dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas, bem como daquelas que por estas sejam constituídas, criadas ou detidas./2 – A função accionista é exercida pelo titular da participação social referida no número anterior, e cabe, nas empresas públicas do sector empresarial do Estado, ao membro do Governo responsável pela área das finanças, em articulação com o membro do Governo responsável pelo respetivo sector de atividade./3 – Nos casos em que as empresas públicas do sector empresarial do Estado ou outras entidades públicas sejam accionistas de outras empresas, a função accionista é exercida pelos órgãos de administração respetivos, com respeito pelas orientações que lhes sejam transmitidas nos termos do artigo 39.º.»), 39.º («1 – A função accionista nas empresas públicas do sector empresarial do Estado é exercida exclusivamente pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, com faculdade de delegação, sem prejuízo da devida articulação com o membro do Governo responsável pelo respetivo sector de atividade./2 – Os ministérios sectoriais colaboram com o membro do Governo responsável pela área das finanças no exercício da função accionista, através da DGTF, que reporta a informação recolhida à Unidade Técnica./3 – A colaboração referida no número anterior deve ser implementada entre o Ministério das Finanças e os restantes ministérios, com vista a assegurar a máxima eficácia da atividade operacional das empresas nos diferentes sectores de atividade

dades teoricamente dotadas de autonomia de gestão<sup>39</sup>. Esse alargamento amputador da autonomia é mesmo um *traço identitário* do RSPE, em oposição ao RSEL, que, não obstante o *papel normativamente acrescido das entidades públicas participantes como sócios e parceiros negociais*, fundamentalmente se entrega ao disposto pelo CSC (no quadro dos arts. 1.º, 1 + 2.º + 19.º, 1 + 37.º do RSEL). Por isso, é nesta contraposição que nos devemos colocar analiticamente.

A mais importante expressão dessa intervenção – como desde logo se salvaguarda literalmente nos preceitos referidos<sup>40</sup> – está traduzida no mecanismo das *orientações tripartidas* à gestão<sup>41</sup>. Isto é, quando se emitem as «orientações estratégicas» do Conselho de Ministros («define e aprova o conjunto de medidas ou diretrizes relevantes para o equilíbrio económico e financeiro do setor empresarial do Estado) – arts. 24.º, 1 e 3 («No âmbito do sector empresarial local, as orientações estratégicas são emitidas pelo titular da função acionista.»), 38.º, 1, *a*), RSPE<sup>42</sup> – e, sucessivamente, as «orientações «sectoriais» e «específicas» dos ministros pertinentes – arts. 39.º, 1, 4, *a*) e *b*), 38.º, 1, *a*), RSPE – comunicadas pela DGTF (art. 39.º, 6, 1.ª parte, RSPE) e reflectidas nos despachos governamentais e nas deliberações das assem-

em que se inserem.») e 40.º («O titular da função acionista participa de modo informado e ativo nas assembleias gerais das empresas em que detém participação, quando se trate de sociedades sob a forma comercial, ou através de despacho, no caso de entidades públicas empresariais.») do RSPE.

<sup>39</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 483-484.

<sup>40</sup> Recuperemos: «No quadro das orientações a que se refere o artigo 24.º e após definição das orientações e objetivos a que aludem as alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 38.º e o n.º 4 do artigo 39.º (...)» – art. 30.º, 2, RSPE –, «No quadro definido pelas orientações fixadas nos termos do artigo anterior (...)» – art. 25.º, 1, RSPE –, «(...) em conformidade com as orientações estratégicas previstas no artigo 37.º.» – art. 24.º RSEL.

<sup>41</sup> Visto no âmbito, para os regimes pretéritos, do “carácter instrumental das empresas públicas em relação ao planeamento económico” e de “uma ponte entre o antigo sistema da tutela (...) e o puro funcionamento de acordo com as regras da lei comercial” (EDUARDO PAZ FERREIRA, “Aspectos gerais do novo regime do sector empresarial do Estado”, *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 10-11 e 21-22).

<sup>42</sup> Para a globalidade do sector público empresarial do Estado, tais orientações constam ainda da Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 22 de Abril. Em síntese, v. DIMÍTILOS GOMES, “O Código de Governo das empresas públicas do sector empresarial do Estado (SEE)”, *Temas de integração*, n.ºs 27/28, 2009, págs. 71 e ss.

bleias gerais das sociedades (art. 38.º, 2, RSPE)<sup>43</sup>, nos «contratos de gestão» celebrados com os gestores públicos (art. 18.º, em esp. 1, *a*), do EGP), nas deliberações do órgão de administração e nos actos (executivos ou não) de gestão (arts. 24.º, 4, RSPE, 4.º EGP), nos planos de actividades, orçamentos e documentos de prestação de contas (arts. 39.º, 6, 2.ª parte, 7 a 11, 43.º, RSPE)<sup>44</sup>, bem como quando se verifica o cumprimento dessas “orientações” e, em consequência, os titulares do órgão de administração emitem «relatórios trimestrais fundamentados» sobre os resultados e o grau de execução da gestão (art. 25.º, 2 e 3, RSPE).<sup>45</sup> Nas empresas locais societárias, o feixe

<sup>43</sup> Salientando a problemática devida à “não coincidência entre o prazo das orientações estratégicas e os períodos de legislatura, momento em que as opções políticas poderão ser outras”, v. CARLOS BAPTISTA LOBO, “A função de actuação económica do Estado e o novo regime do sector público empresarial do Estado e das empresas públicas municipais”, *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 250.

<sup>44</sup> Conjugando esta malha, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., págs. 272, chegou ao seguinte esquema: “o ministro do setor define objetivos e emite orientações (n.º 4 [do art. 39.º]); a DGTF remete essas orientações e objetivos à empresa para que esta elabore propostas de planos de actividades e orçamento para o exercício seguinte (n.º 6); estas propostas são analisadas pela UT [Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial], que produz relatório dirigido ao ministro das finanças (n.ºs 7 e 8); este relatório, depois de aprovado pelo ministro das finanças, ‘acompanha as propostas de plano de actividades e orçamento, que não produzem quaisquer efeitos até à respetiva aprovação pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do setor de atividade’ (n.º 9)”.

Mesmo quando é minoritário, o Estado conserva o “direito jurídico-público” de dar instruções aos administradores por si designados (v. *supra*, nt. (12), na referência ao art. 8.º, 3, do RSPE), ficando, neste “fenómeno excepcional” das empresas participadas, sujeito às directivas ministeriais e “devendo (...) segui-las ainda quando o interesse público que as justifica apareça como interesse extra-social, inconciliável com o interesse da sociedade”: COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 32-33, “Gestores públicos – Noção e responsabilidades”, *loc. cit.*, págs. 50-51.

<sup>45</sup> De acordo com DUARTE SCHMIDT LINO/PEDRO LOMBA, “Democratizar o governo...”, *loc. cit.*, págs. 696-699, o poder de impor orientações assemelha-se à faculdade prevista no art. 503.º do CSC (direito de transmissão de *instruções vinculantes* nas relações societárias de grupo), mas, atentas as diferenças (o poder estadual exerce-se “independentemente da dimensão e da intensidade da sua participação social”), tal não é de sufragar nas empresas de capitais mistos públicos e privados, pois “cria uma situação de desequilíbrio a favor do Estado e por isso é criticável para a prevenção do conflito de interesses estrutural entre accionistas minoritários e maioritários, mas antes, pelo contrário, o agrava”. No entanto, para EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O sector empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, pág. 482, o mecanismo das orientações não reveste as características

das orientações está reduzido às *estratégicas*, da competência do órgão executivo da entidade pública participante (art. 37.º, 1 a 3, do RSEL<sup>46</sup>), reflectidas nas orientações *específicas* definidas por deliberação dos sócios ou decisão do sócio único (art. 37.º, 4, RSEL).

Por seu turno, mesmo depois de aprovados os planos de atividade e orçamento respeitadores das orientações estratégicas e sectoriais, a autonomia

típicas, nem equivalem em termos concretos, a ordens ou instruções, apesar da sua vinculatividade (mas v. o regime do DL 209/2000, de 2 de Setembro, diploma criador da «PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), S.A.», empresa pública com a finalidade da «gestão integrada, sob forma empresarial, da carteira de participações públicas e, através das empresas participadas de objecto especializado, [d]a gestão de património imobiliário», no qual se prevê, através do respectivo art. 4.º, 2, que «[s]ão não aplicáveis às relações entre o Estado e a PARPÚBLICA as normas dos artigos 501.º a 503.º do Código das Sociedades Comerciais»). Já para ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o conceito...”, *loc. cit.*, págs. 82-83, a situação é equiparável à de qualquer outra que “ocorre quando uma sociedade é accionista única ou maioritária de outra”, em que se “adoptam esquemas para acompanhar a vida das suas participadas e definem regras de actuação e orientações estratégicas para as respectivas administrações”. De todo o modo, como assinala COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 34-35, “Apontamentos...”, *loc. cit.*, pág. 15, esse poder desenha efectivamente o Estado-governo numa “*relação de supra-ordenação com os gestores públicos*”, em que “aparece com poderes bem mais altos do que os atribuídos por lei aos accionistas comuns e à assembleia” (embora também esclareça que “não se estabelecem ‘relações de grupo’ (propriamente ditas) entre o Estado ou as EPE, de um lado, e as sociedades por eles participadas, do outro (v. o art. 481.º, 1, do CSC)”: *Curso...*, Volume I cit., nt. 689 – pág. 274).

Questão adicional é conciliar esta disciplina com o art. 13.º, 2 («As empresas públicas referidas na alínea a) do número anterior [«Sociedades de responsabilidade limitada constituídas nos termos da lei comercial»] podem estabelecer relações de simples participação, de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais.») e 3 («Nas sociedades em relação de grupo, a sociedade dominante pode assumir a forma de sociedade gestora de participações sociais.») do RSPE, tendo em conta os arts. 3.º e 9.º, 2: será de restringir as orientações governamentais às *sociedades-empresas públicas dominantes e directoras*, onde se verifica o “exercício directo da função accionista e tutelar pelo Estado ou outras entidades públicas estaduais” (aparentemente neste sentido, ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Evolução do sector empresarial do Estado”, *loc. cit.*, pág. 58), e depois permitir fluir o direito societário das coligações. Neste sentido interpretativo abona a imposição do art. 37.º, 3, do RSPE: «Nos casos em que as empresas públicas do sector empresarial do Estado ou outras entidades públicas sejam acionistas de outras empresas, a função accionista é exercida pelos órgãos de administração respectivos, com respeito pelas orientações que lhes sejam transmitidas nos termos do artigo 39.º».

<sup>46</sup> No RSPE, o art. 24.º, 3, determina: «No âmbito do sector empresarial local, as orientações estratégicas são emitidas pelo titular da função accionista».

de gestão encontra-se cerceada, pelo menos potencial e casuisticamente, *em função dos resultados apresentados* – («A autonomia de gestão reconhecida aos titulares dos órgãos de administração das empresas públicas, no exercício das respetivas funções, pode ser restringida (...) quer ao nível operacional, quer ao nível do equilíbrio económico e financeiro, ou sempre que a avaliação do desempenho dos administradores e da qualidade da gestão, a efetuar pelos órgãos competentes, se revele negativa.»: art. 25.º, 4, RSPE) –, de tal modo que o «titular da função acionista» encontra neste preceito a legitimidade para, através dos mecanismos próprios (v. uma vez mais o art. 38.º, 2), *ordenar, instruir e recomendar na esfera de actuação dos membros do órgão de administração*<sup>47</sup>. No hemisfério das empresas locais, não encontramos norma análoga, mas alguns dos seus preceitos – em esp. o art. 42.º, 1, f), do RSEL, que constitui as «entidades públicas participantes» como credoras de informação «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» – parecem ter como fito a ulterior intervenção sobre a gestão, que, no entanto, deve seguir as regras para que tal se legitime no âmbito do CSC (arts. 259.º; 373.º, 2 e 3-405.º, 1, 442.º, 1 e 2).

Mas não só. Há uma outra camada de *ingerência na administração gestonária*, decorrente de *restrições da tutela pública* à liberdade de decisão *vinculativa* dos administradores ou gerentes das empresas públicas estaduais.

O art. 25.º, 5, do RSPE impõe, sem prejuízo de outras limitações estatutárias, algo mais expressamente: «(...) carecem sempre da *autorização prévia do titular da função acionista* as seguintes operações: a) Prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de existir qualquer tipo de participação do garante no capital social da entidade beneficiária; b) Celebração de todo e qualquer ato ou negócio jurídico do qual resultem

<sup>47</sup> E, portanto, encontrado está o trecho normativo para “um alargamento sem limites predefinidos das intervenções ministeriais na empresa”, quando, confrontando-se com a previsão legal, a verdade é que, “se o administrador não tem responsabilidade na situação, não há que restringir a sua autonomia”, e, “se tem responsabilidade, não há também que restringir a sua autonomia mas antes substituí-lo no exercício do cargo”, e *tertium non datur* (EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 482-483).

V., para o anterior regime estabelecido em 1999, RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., nt. 600 – pág. 287.



para a empresa responsabilidades financeiras efetivas ou contingentes que ultrapassem o orçamento anual, ou que não decorram do plano de investimentos aprovado pelo titular da função acionista»; o art. 36.º do mesmo RSPE manda depender da mesma aprovação os projetos de alteração dos estatutos sociais. Por outro lado, o art. 33.º, 4, do mesmo RSPE, estatui: «Sem prejuízo do disposto sobre a matéria nos respetivos estatutos, o conselho de administração das empresas públicas obtém *parecer prévio favorável do conselho fiscal*<sup>48</sup> para a realização de operações de financiamento ou para a celebração de atos ou negócios jurídicos dos quais resultem obrigações para a empresa superiores a 5% do ativo líquido, salvo nos casos em que os mesmos tenham sido aprovados nos planos de atividades e orçamento.» Por fim, os negócios de obtenção de crédito pelas empresas públicas não financeiras ficam condicionados pela inibição dos n.ºs 1 e 2 do art. 29.º e, se for o caso, pela necessidade de obtenção de autorização prévia da DGTF e da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública (ICGP, EPE), de acordo com os n.ºs 3 e 4 do mesmo art. 29.º do RSPE. Estamos perante verdadeiras *limitações legais aos poderes de vinculação dos administradores*, que, a não serem observadas, geram a *ineficácia em relação à empresa pública societária* (e também *institucional*, por unidade interpretativa) dos actos e negócios dos administradores ou gerentes (mesmo que com poderes vinculantes), nos termos gerais da aplicação dos arts. 260.º, 1, e 409.º, 1, do CSC<sup>49-50</sup>.

Por sua vez, o art. 11.º, 1, 3 e 4, do RSPE faz depender a aquisição ou alienação de participações sociais das empresas públicas de «autorização dos membros do Governo responsável pelas áreas das finanças e do setor de atividade», antecedida de parecer prévio da Unidade Técnica, sob pena de, expressamente consignada pela lei, *nulidade de todos os actos e negócios* (direc-

<sup>48</sup> Ou do conselho geral e de supervisão ou da comissão de auditoria, para o modelo germânico ou monístico de organização da anónima.

<sup>49</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume II cit., págs. 567-568.

<sup>50</sup> A lei acrescenta que a não observância do art. 25.º, 5, «assim como a realização de operações ou investimentos não previstos no plano de atividades e orçamento, constitui os titulares do órgão de administração de empresas públicas em *responsabilidade civil, criminal e financeira*, nos termos da lei» (art. 25.º, 6, RSPE). Tendo em conta esta disposição, parece ser de defender que essa realização *não autorizada* de operações e investimentos deverá seguir o mesmo regime de não vinculação.

tos, preliminares, instrumentais e acessórios) para esse efeito celebrados (art. 12.º, 1, RSPE)<sup>51</sup>.

Num outro plano, o dos *poderes de vigilância e das constringências* financeiras, registre-se: (a) o *controlo financeiro* das empresas públicas estaduais que compete ao Tribunal de Contas<sup>52</sup> e à Inspeção-Geral de Finanças (arts. 26.º RSPE, 39.º RSEL); (b) o cumprimento das *regras sobre endividamento* constantes dos arts. 27.º (com remissão para o art. 29.º) e, para o sector empresarial local, dos arts 65.º do RSPE e, mais concretamente, 40.º, 4 e ss, e 41.º do RSEL (para a obtenção e concessão de financiamentos); (c) o *princípio da unidade de tesouraria* regulado no art. 28.º do RSPE, que dá, como regra (n.º 1), a manutenção das disponibilidades e aplicações das empresas públicas não financeiras junto da ICGP (com a possibilidade de excepção fundamentada e autorizada pelo «titular da função acionista» nos termos do res-

<sup>51</sup> Discutindo a exigência da autorização à empresa pública que assuma a forma de SGPS, tendo em conta o previsto no art. 13.º, 3, do RSPE, v. EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 480-481.

Para a censura deste regime em face da violação da independência da gestão, no caso sindicado para as empresas de transporte ferroviário e tendo por base (em particular) o art. 5.º, 3 (em relação com o art. 4.º), da Directiva 91/440/CEE do Conselho, de 29 de Julho de 1991, relativa ao desenvolvimento dos caminhos-de-ferro comunitários (alterada pela Directiva 2001/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2001), v. o Acórdão do Tribunal de Justiça da UE (1.ª Secção, de 25/10/2012, Processo C-557/10, *Comissão Europeia contra República Portuguesa* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0557>; in *JOUE*, de 22/12/2012, C 399, pág. 3).

<sup>52</sup> Em esp., v. o art. 5.º, 2, c) (competência para «fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou»), em conjugação com o aludido art. 2.º, 1, 2, a) a c), da L 98/97, de 26 de Agosto (Lei de organização e processo no Tribunal de Contas). Sobre o regime do visto prévio dos actos e contratos das empresas públicas, v., criticamente e em abono da exclusão das empresas públicas do âmbito de tal fiscalização, EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 478 e ss.

pectivo n.º 3)<sup>53</sup>; (d) a proibição de *subsídios ao investimento* (ou «suplemento a participações de capital») e *transferências financeiras* pelas entidades públicas participantes nas empresas locais (art. 36.º RSEL), sem prejuízo dos «subsídios à exploração» objecto de previsão nos contratos-programa celebrados com as empresas locais (arts. 47.º, 2, 50.º, 2, RSEL).

Desta “teia complexa e burocratizada de orientações e controlos públicos, fortemente limitadora da autonomia de gestão” das empresas públicas e dos seus administradores, conclui COUTINHO DE ABREU que, sendo concebíveis vários graus entre a *autonomia* e a *heteronomia* na gestão e “estando aqui em causa a gestão de recursos públicos e a satisfação de interesses colectivos, a autonomia própria (ou tradicional) do privado há de ser limitada por imperativos do público. As EP não devem ser simplesmente entregues ao jogo do mercado e/ou ao arbítrio dos gestores públicos. E o (empresarial) ‘grupo Estado’ reclama orientação e coordenação”; porém, o legislador(-governo) “exagerou na dose ‘para a contenção de despesa e para o equilíbrio das contas públicas’(preâmbulo)”<sup>54</sup>. Na verdade, esta radicalização do poder público acaba por romper o equilíbrio pretendido entre a *tarefa de direcção política e estratégica* (“o que fazer” de acordo com a definição das políticas públicas) e a *tarefa de gestão* (“como fazer” na tradução dessas políticas no exercício das competências concretas), à qual se deveria conservar a autonomia insuprível e demandante de responsabilidade pelos resultados – o que, globalmente, manifestamente se desrespeita<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Sobre o ponto, v. EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 484-485, destacando-se o comprometimento da autonomia “patrimonial e reditícia”, “orçamental” e “de tesouraria”.

<sup>54</sup> *Curso...*, Volume II cit., págs. 273-274. Num outro escrito – *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, *Miscelâneas* n.º 3 – IDET, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 63-64 –, COUTINHO DE ABREU, seguindo doutrina alemã, insere muitos destes aspectos de regulação num denominado “direito das sociedades administrativo”.

Ainda mais críticos, pois o modelo legal de “absoluta publicização” das empresas públicas estaduais, “com constantes exigências de autorizações e controlos ministeriais”, “retiram a agilidade que determinou a sua criação e regulação legal” e, “em última análise, o carácter empresarial”, EDUARDO PAZ FERREIRA/ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MIGUEL SOUSA FERRO, “O setor empresarial do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 485-486.

<sup>55</sup> Para essa “distinção estrutural” entre política e administração como valor e princípio fundamental no contexto da *new public governance*, v. PEDRO GONÇALVES, “Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da ‘nem public governance’”, *O governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 11 e ss (especialmente 12 e 17), 18 e

**3.7.** Para o que ademais interessa, esta *filosofia publicista e governamentalizada* (ou *municipalizada* ou *regionalizada*) da administração empresarial pública, cruzada com a prossecução do interesse *público ou geral*, precipita-se na densificação do *cosmos obrigacional* dos gestores públicos.

**3.7.1.** No que respeita a *deveres legais específicos*, é notória a acentuação de obrigações relacionadas com *comunicações e informações relacionadas com o controlo público e com o conhecimento empresarial à comunidade*: v., no RSPE, os arts. 25.º, 2 e 3 (elaboração e apresentação dos «relatórios trimestrais fundamentados» da gestão, em face do plano de actividades e orçamento aprovados), 28.º, 3 (informação à DGTF pelas empresas não financeiras «sobre os montantes e as entidades em que se encontrem aplicadas as disponibilidades de tesouraria e aplicações financeiras»), 29.º, 5 (comunicação ao IGCP das operações financeiras pelas empresas não financeiras), 43.º (obrigação de «elaborar planos de actividades e orçamento adequados aos recursos e fontes de financiamento disponíveis»), 44.º (obrigações de divulgação de informação seleccionada e sensível), 45.º, 1 (informação do «titular da função acionista» e do público), 45.º, 2 (informação financeira anual à submissão de auditora externa)<sup>56</sup>, 46.º (elaboração de relatório anual sobre ocorrências, ou risco de ocorrências, de corrupção), 47.º (elaboração e divulgação de «código de ética»), 52.º (declaração de participações na empresa pública e de «quaisquer relações que mantenham com os seus fornecedores, clientes, instituições financeiras ou quaisquer outros parceiros de negócio, suscetíveis de gerar conflitos de interesse»), 54.º (apresentação anual do relatório de «boas práticas de governo societário», sindicada pelo órgão de fiscalização)<sup>57</sup>; no RSEL, v. os arts. 34.º, 2 (elaboração dos documentos contabilísticos para efeitos de fluxos financeiros com as entidades públicas participantes), 42.º, 1, e) (elaboração dos «relatórios trimestrais de execução trimestral»), 43.º, 1, f) (elaboração de «plano

ss (com destaque para o “contrato de gestão” como “um *elemento de articulação* entre política e administração”, a págs. 20 e ss e nt. 50), 23-24 (para o efeito do apuramento da responsabilidade e da definição das consequências decorrentes da avaliação da gestão autónoma no campo da obtenção dos objectivos ou resultados predefinidos/contratualizados).

<sup>56</sup> V. ainda o art. 45.º, 3: «A informação referida nos números e artigos anteriores é publicitada nos sítios na Internet de cada empresa e da Unidade Técnica, para efeitos do n.º 1 do artigo 53.º.»

<sup>57</sup> A este propósito, v. o art. 53.º, sobre o sítio da Internet da Unidade Técnica e de Monitorização.

de prevenção da corrupção e dos riscos de gestão»), 42.º (comunicação aos órgãos executivos das entidades públicas participantes dos principais documentos da gestão<sup>58</sup>) e 43.º (divulgação pública de informação igualmente selecionada e sensível), 47.º, 7, e 50.º, 2 (comunicação à Inspeção-Geral de Finanças e ao Tribunal de Contas dos contratos-programa celebrados com as entidades públicas participantes); sem esquecer o que determina, para as empresas locais, o art. 64.º do RSPE, indirectamente visando prestações de informação *instrumental para esse efeito* (vinculando a Direcção-Geral das Autarquias Locais); sem olvidar, finalmente, o que o EGP, na prescrição dedicada aos «deveres dos gestores», dedica, na al. e) do art. 5.º, a assegurar-se «a suficiência, a veracidade e a fiabilidade das informações relativas à empresa bem como a sua confidencialidade».

De outra banda, vemos que a *prestação de serviço público ou de interesse geral* como objecto-actividade implica o dever de elaboração e apresentação de «propostas de contratualização da prestação desse serviço» (art. 48.º, 1 e 2, RSPE) e as obrigações específicas desentranhadas da al. f) dos arts. 46.º, 1, do RSPE e 48.º, 1, do RSEL.

Por sua vez, incumbe aos administradores ou gerentes a realização dos *pedidos de autorização ou de parecer prévios* a que aludem os arts. 25.º, 5, 11.º, 1, 33.º, 4, e 29.º, 3 e 4, do RSPE.

Finalmente, atentemos no dever específico de *cumprimento das orientações e definições (do titular da “função accionista”) legalmente previstas no RSPE e no RSEL*, assim como das *obrigações clausuladas nos contratos de gestão*<sup>59</sup> – arts. 24.º, 5, 39.º, 4, 6, RSPE; 37.º, 3 e 4, RSEL; 4.º, 5.º, b), 18.º, 1, 24.º, 1, b), 25.º, 1, a) e b), 37.º, 2, EGP.

**3.7.2.** Quanto aos *deveres legais gerais* (art. 64.º do CSC), é manifesto que há que empreender uma reconfiguração do *dever geral de lealdade* (1, b)).

<sup>58</sup> Sob pena de «dissolução dos respectivos órgãos da empresa local, constituindo-se os seus titulares, na medida da culpa, na obrigação de indemnizar as entidades públicas participantes pelos prejuízos causados pela retenção previstas nos n.ºs 2 e seguintes do artigo 44.º» (n.º 2 do art. 42.º).

Este dever é conexo e instrumental ao cumprimento pelas entidades públicas participantes do seu dever de prestação de «informação institucional e económico-financeira» à Direcção-Geral das Autarquias Locais (art. 44.º, 1, RSEL).

<sup>59</sup> V. COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, pág. 35, “Apontamentos...”, *loc. cit.*, págs. 16-17.

Já defini, como critério, o que se impõe: “os administradores, no exercício das suas funções, devem considerar e intentar em exclusivo o interesse da sociedade, com a corresponsável obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios”; *conduta desleal* “é aquela que promove ou potencia, de forma direta ou indireta, situações de benefício, vantagem ou proveito próprio dos administradores (ou de terceiros, por si influenciados ou dominados (nomeadamente outra sociedade), ou de familiares), em prejuízo ou sem consideração pelo conjunto dos interesses diversos atinentes à sociedade, neles englobando-se desde logo os interesses comuns de sócios enquanto tais, e também os de trabalhadores e demais *stakeholders* relacionados com a sociedade”<sup>60</sup>.

Para o cumprimento do dever geral de lealdade para com o «interesse da sociedade», consagrado juspositivamente, a lei manda *atender* aos «interesses de longo prazo dos sócios» e *ponderar* «os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores». Trata-se de uma norma com uma *extensão considerável de interesses*. Logo, é importante salientar que o «interesse da sociedade» previsto no art. 64.º, 1, do CSC inscreve-se na *conjugação dos interesses dos sócios enquanto tais (comuns a todos eles, não extrassociais nem de ordem conjuntural) com os de outros sujeitos ligados à sociedade*, sendo de aceitar a *hierarquização* destes interesses no momento de o administrador-«gestor criterioso e ordenado» avaliar esse «interesse da sociedade»: em *plano principal ou prevalecente*, os interesses dos sócios, que não se esgotem no curto prazo; em *plano secundário*, os interesses dos restantes sujeitos<sup>61</sup>. No caso das empresas públicas, o art. 47.º do RSPE tem mesmo preceito sobre essa *consideração de interesses*, que até acrescenta algo ao elenco relevante de *stakeholders*: «As empresas públicas tratam com equidade todos os seus clientes e fornecedores e demais titulares de interesses legítimos, designadamente colaboradores da empresa, outros credores que não fornecedores ou, de um modo geral, *qualquer entidade que estabeleça alguma relação jurídica com a empresa.*»<sup>62</sup> E o EGP não

<sup>60</sup> Por último, RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, pontos 1.-5., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, págs. 787-788.

<sup>61</sup> RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, págs. 791-792.

<sup>62</sup> V. as alíneas A) e B) das Directrizes da OCDE sobre *Governança Corporativa das Empresas Estatais* (ed. 2015) e, para versão anterior, os comentários de MANUEL PORTO/JOÃO NUNO

deixa de se pronunciar (indirectamente) nesta sede: de acordo com o art. 5.º, g), incumbe ao gestor público o dever de «assegurar o tratamento equitativo dos acionistas» – ou seja, “respeitar o *princípio da igualdade* de tratamento dos sócios”, de modo que “os sócios em circunstâncias idênticas não-de ser tratados de modo idêntico, sem discriminações arbitrárias (objectivamente não justificadas)”<sup>63</sup>.

O que mais importa enfatizar, de todo o modo, é que, no caso do gestor de empresas públicas, este substrato da lealdade tem como limitação *material* e *exógena* a conformidade com o *princípio de observância do interesse público ou geral*. Não se pode deixar de subordinar o exercício da iniciativa económica pública à prossecução desse interesse, desde logo porque é o respeito por tal interesse que legitima constitucionalmente a intervenção económico-empresarial de cariz público. O que tem como consequência que a esta intervenção não se aplica “uma regra de liberdade própria da actuação das entidades privadas”, sendo o interesse público ou geral “o fundamento, o limite e o critério da actuação económica pública”<sup>64</sup>. Para esta conclusão conjugam-se normativamente os ditames dos arts. 24.º, 1, 39.º, 1, d) (definição do nível de serviço público e sua contratualização), 43.º («As empresas públicas estão obrigadas a cumprir a missão e os objetivos que lhes tenham sido fixados (...）」, em articulação com os arts. 38.º, 1, b), e 39.º, 4, c), 6), 48.º, 2 e 3 (no que toca designadamente à actuação para actividades financeiramente deficitárias), e 55.º, em esp. as als. d), e) e f) (princípios orientadores de gestão das empresas públicas encarregadas da «prestação de serviço público ou serviço de interesse geral»; nessa al. d) prevê-se a remuneração desses serviços também por

CALVÃO DA SILVA, “Corporate governance nas empresas públicas”, *Temas de integração*, n.ºs 27/28, 2009, págs. 379 e ss.

<sup>63</sup> COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, pág. 41, “Gestores públicos – Noção e responsabilidades”, *loc. cit.*, pág. 53.

Neste mesmo sentido, a alínea A) do Cap. VII das aludidas Directrizes da OCDE: «O conselho deverá atuar no melhor interesse da empresa e tratar todos os acionistas com equidade». V. igualmente MANUEL PORTO/JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Corporate governance nas empresas públicas”, *loc. cit.*, págs. 375 e ss.

<sup>64</sup> V. PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação...* cit., págs. 45 e ss, 122 e ss, com particular incidência na conjugação interpretativa dos preceitos constitucionais relevantes, nomeadamente os arts. 266.º, 1, 80.º, 1, c) a e), 83.º e 62.º, 2, da CRP, tendo em conta que a iniciativa económica pública funda-se em motivos de interesse público “relativos à concretização do modelo constitucional de Estado”.

dotações orçamentais, indemnizações compensatórias ou outros subsídios ou subvenções públicas, em especial devido aos investimentos necessários ao desenvolvimento de infraestruturas ou redes de distribuição», nessa al. *e*) prescreve-se um dever de zelo pela «eficácia da gestão das redes de serviços públicos, procurando, designadamente, que a produção, o transporte e a 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» e, por fim, a aludida al. *f*) manda cumprir «obrigações específicas, relacionadas com a segurança, com a continuidade e qualidade dos serviços e com a proteção do ambiente, devendo tais obrigações ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e suscetíveis de controlo», 47.º, 1 (padrões éticos e deontológicos de conduta), 49.º («As empresas públicas devem prosseguir objetivos de responsabilidade social e ambiental, a proteção dos consumidores, o investimento na valorização profissional, a promoção da igualdade e da não discriminação, a proteção do ambiente e o respeito por princípios de legalidade e ética empresarial.») e 50.º, 2 (planos de igualdade laboral e conciliação de vida)<sup>65</sup> do RSPE; no RSEL, os arts. 6.º, 1 («A constituição de empresas locais e as participações previstas no n.º 3 do artigo 1.º e no artigo 3.º devem ser fundamentadas na melhor prossecução do interesse público e, no caso da constituição de empresas locais, também na conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver.»), 31.º («A gestão das empresas locais deve articular-se com os objetivos prosseguidos pelas entidades públicas participantes no respetivo capital social, visando a satisfação das necessidades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, assegurando a viabilidade económica e o equilíbrio financeiro.»), 46.º (princípios orientadores da gestão das empresas locais encarregadas da «gestão de ser-

<sup>65</sup> Neste âmbito, v. ainda os arts. 36.º e 37.º, 1, do EGP (“ética” e “boas práticas”), uma espécie de normas *programáticas* que servem para o dever *típico* e *principal* de administrar e representar a sociedade, que encontram concretização nos princípios e directrizes de *governança* vazados na Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2007, de 28 de Março, e na Resolução da Assembleia da República n.º 53/2011, de 22 de Março (sobre estas, v. SOFIA TOMÉ D’ALTE, “Conceito de *corporate governance*...”, *loc. cit.*, págs. 120 e ss). Para os valores de “boa governança” no âmbito de uma administração pública “democrática” (transparência, imparcialidade, abertura e estímulo à participação dos cidadãos, prestação de contas e descentralização), v. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Ensaio...”, *loc. cit.*, págs. 24 e ss.



viços de interesse geral», em esp. as als. *d)*, *e)* e *f)*), 47.º, 1, 3 e 4 (benefício de «subsídios de exploração», para esse mesmo objecto, e realização de actividades a «preço subsidiado na ótica do interesse geral»), 49.º (princípios orientadores da gestão nas empresas locais encarregadas da «promoção do desenvolvimento local e regional») e 50.º, 1 e 2 (para este objecto, o regime do art. 47.º), apontam no mesmo sentido; e o art. 5.º, *a)* e *b)*, do EGP, impõe a obrigação de cumprimento dos objectivos da empresa e de concretização das orientações vinculantes (*públicas*, por natureza) que a lei predispõe.

Para o que interessa, esse *interesse público ou geral*, naturalmente mais evidente nos *serviços públicos ou de interesse geral*<sup>66</sup>, nas empresas societárias estaduais (unipessoais ou pluripessoais) com *capitais totalmente públicos* e nas empresas locais *integralmente detidas por entidades públicas participantes*, deve legitimar a conciliação com ou (até mesmo) a subjugação ou postergação (se estiver em conflito) do escopo lucrativo (inerente ao “interesse social” como parte do “interesse da sociedade”, claramente mais evidente nos sócios “privados”)<sup>67</sup>. – Essa primazia – em detrimento dos interesses dos sócios e dos sujeitos especialmente relacionados com a empresa pública – obriga a *particulares limitações numa gestão de recursos públicos, ordenada à satisfação de interesses colectivos*<sup>68-69</sup> e, por isso, nem sempre ao serviço (como “resultado mínimo”<sup>70</sup>) da procura do equilíbrio entre custos e receitas, antes funcionando (como sublinhou COUTINHO DE ABREU) em desequilíbrio por mor

<sup>66</sup> De acordo com os arts. 55.º do RSPE e 45.º-46.º do RSEL.

V., para esta delimitação e concretização de serviços, as propostas de SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 91 e ss. Perseguindo uma distinção entre “serviço público” e “serviço de interesse geral”, no contexto de uma “verdadeira fundamentação da iniciativa económica pública”, CARLOS BAPTISTA LOBO, “A função de actuação económica do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 252 e ss.

<sup>67</sup> Aqui se vê que não pode ter aplicação o princípio da “neutralidade competitiva”, admitido como regra no art. 15.º, 1, do RSPE («As empresas públicas desenvolvem a sua atividade nas mesmas condições e termos aplicáveis a qualquer empresa privada (...).»).

<sup>68</sup> Convirjo com COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I *cit.*, pág. 273, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, pág. 41.

<sup>69</sup> Encontramos no EGP uma alusão quase imperceptível, mas ainda assim bem significativa, ao condicionamento da gestão pública pela «conciliação dos interesses dos acionistas *com o interesse geral*» (art. 21.º, 2, *in fine*).

<sup>70</sup> COUTINHO DE ABREU, *Definição de empresa pública*, Separata do volume XXXIV do *Suplemento ao BFDUC*, Coimbra, 1990, pág. 142.

da actuação de “especiais encargos de interesse público”<sup>71</sup>. De tal sorte que *também é desleal* a conduta, para administradores verdadeiramente investidos

<sup>71</sup> V., com contributos relevantes para uma delicada problematização, COUTINHO DE ABREU, *Definição de empresa pública* cit., págs. 138 e ss, em esp. 145-146 (onde se encontra a transcrição), *Da empresarialidade...* cit., págs. 121 e ss, 153 e ss, “Sobre as novas empresas públicas...”, *loc. cit.*, págs. 562-564, 571-572, *Sociedade anónima, a sedutora [Hospitais, S.A., Portugal, S.A.]*, *Miscelâneas* n.º 1 – IDET, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 17, 25-27 (no âmbito das empresas públicas com actividade hospitalar), *Privatização de empresas públicas...* cit., págs. 67-68 (“Estando em jogo a gestão de recursos públicos e o interesse de todos, a autonomia própria do ‘privado’ há-de ser limitada por imperativos do ‘público’”), “Memorando da ‘Troika’ e sector público empresarial”, *O Memorando da “Troika” e as empresas*, *Colóquios* n.º 5 – IDET, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 186, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, pág. 41, “Gestores públicos – Noção e responsabilidades”, *loc. cit.*, pág. 54 (primazia aos interesses públicos nas sociedades de economia mista), *Curso...*, Volume I cit., págs. 276-277, 282-283; PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação...* cit., pág. 129, 276-277; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I cit., págs. 392 e ss (empresas públicas são “unidades produtivas que têm por finalidade institucional, intrínseca, dar lucro”); ANTÓNIO PINTO DUARTE, “Notas sobre o conceito...”, *loc. cit.*, págs. 76 e ss (manutenção do escopo lucrativo, desde logo por abranger, em sentido amplo, o “incremento patrimonial” e a “poupança de despesa”, sem menosprezar que, mesmo nas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, subsiste um critério assente em “padrões de rentabilidade empresarial”); CARLOS BAPTISTA LOBO, “A função de actuação económica do Estado...”, *loc. cit.*, págs. 251-252 (“invalida qualquer intervenção sem que haja interesse público (donde se conclui que a simples prossecução do lucro é insustentável)”, 255; SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A nova configuração...* cit., págs. 191 e ss, 205 e ss (“a produção de serviços públicos não tem de ser sempre influenciada por critérios de mercado, de competitividade, de concorrência ou de risco; mas, pelo contrário, já terá de ser sempre, impreterivelmente, influenciadas por critérios de racionalidade, obrigatoriedade, necessidade de prestação, e garantia de prestação, porque são essenciais à concretização de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados”), 238 e ss, 299-301, 349 e ss, 384 e ss (para a harmonização/compatibilização do “interesse social” com o “interesse público”); DUARTE SCHMIDT LINO/PEDRO LOMBA, “Democratizar o governo...”, *loc. cit.*, págs. 686, 703 e ss (o gestor público desempenha poderes “que não são unicamente *poderes de gestão* empresarial das empresas públicas”, uma vez que é verdadeiramente “titular de *poderes de governo* sobre as empresas públicas”, exercendo poderes que “não são obrigatoriamente poderes de autoridade, mas assumir-se-ão como poderes de controlo público sobre a actividade, os negócios ou os riscos que podem recair sobre as empresas públicas”); PEDRO VICENTE, “Setor empresarial público e *corporate governance* em Portugal”, *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, volume comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance, coord. de José Costa Pinto, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 180-182, 198; JOSÉ MIGUEL LUCAS, “Empresas públicas e *corporate governance* – Da definição da prossecução do interesse público ao controlo externo efetuado pela supervisão”, *RDS*, 2016, n.º 1, págs. 21-22 (“o interesse público – ou, talvez melhor, o interesse público tal como definido pelo

de uma *delegação pública*<sup>72</sup>, que viola, desrespeita, comprime ou restringe a valência desse princípio de *concretização do interesse público*<sup>73-74</sup>. E ainda é leal o comportamento gestório que, *em conformidade com a lei*<sup>75</sup>, se pauta por tal *densificação público-colectiva*.<sup>76</sup>

Estado – tem primazia, devendo os gestores públicos evitar retirar benefícios que correspondam a prejuízos para aquele”).

<sup>72</sup> E, se quisermos, ao serviço de pessoas jurídicas com personalidade dotada de *natureza jurídico-pública*: MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Da responsabilidade por dívidas das empresas públicas dotadas de personalidade jurídico-pública (E.P.E. e E.E.L.)”, *RDS*, 2009, n.º 3, pág. 780.

<sup>73</sup> É de particular relevância a “justa causa” para «dissolução» (destituição colectiva) do órgão de administração e da comissão executiva, prevista no art. 24.º, 1, *b*), do EGP, assente na «não observância, nos orçamentos de exploração e investimento, dos objectivos fixados pelo accionista de empresa ou pela tutela».

<sup>74</sup> Não se esqueça o art. 12.º, 1, do EGP: «Os gestores públicos são escolhidos de entre pessoas com comprovadas idoneidade, mérito profissional, competências e experiência de gestão, bem como *sentido de interesse público* e habilitadas, no mínimo, com o grau académico de licenciatura».

<sup>75</sup> Sublinhe-se este ponto da legalidade, uma vez que “o dever de lealdade impõe que os administradores tenham em vista interesses lícitos da sociedade, *não há lealdade protegida contra a lei*” (COUTINHO DE ABREU, “Corrupção privada, bom governo, transparência e responsabilidade sociedade das empresas (Nótulas interrogativas)”, *Estudos comemorativos dos 20 anos da Abreu Advogados*, coord. de Ricardo Costa/L. Gonçalves da Silva, Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB, n.º 4, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 390).

<sup>76</sup> Note-se que o RSPE apresenta, no seu art. 51.º, uma manifestação legal do dever de lealdade, enquanto verdadeiro *dever específico vinculado*: «Os membros dos órgãos de administração das empresas públicas *abstêm-se de intervir nas decisões que envolvam os seus próprios interesses, designadamente na aprovação de despesas por si realizadas.*» Trata-se, ao fim e ao cabo, de obrigação já coberta pelo art. 410.º, 6, do CSC e pelo art. 22.º, 7, do EGP («O gestor deve declarar-se impedido de tomar parte em deliberações quando nelas tenha interesse, por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa ou ainda quando tal suceda em relação 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.»). Refira-se, a este propósito, que o art. 11.º do EGP proíbe aos gestores públicos «a realização de quaisquer despesas confidenciais ou não documentadas», o que igualmente traduz, na perspectiva da independência desejada, uma refracção preventiva da lealdade. A mesma prevenção é oferecida pelo dever legal de, antes do início de funções, o gestor público indicar, por escrito, à Inspeccção-Geral de Finanças «todas as participações e interesses patrimoniais que detenha, directa ou indirectamente, na empresa na qual irá exercer funções ou em qualquer outra» (art. 22.º, 9, do EGP).

No que respeita ao EGP, e ainda no ponto dessas manifestações legais, o art. 5.º, *e*), 2.ª parte, e *f*), prescreve o dever de confidencialidade das informações empresariais e o dever de sigilo relativo a «factos e documentos cujo conhecimento resulte do exercício das suas funções» (incluindo «não divulgar ou utilizar, seja qual for a finalidade, em proveito próprio ou

Quanto ao *dever geral de cuidado* (“obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, assim como as prescrições e imposições (legais, negociais e delituais) que incidem sobre a atividade social, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o comportamento que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares”<sup>77</sup>), também se torna evidente que aquela limitação do interesse público vai ter incidência na mais crítica das suas manifestações: o dever de *tomar decisões substancialmente razoáveis*, dentro de um catálogo mais ou menos discricionário de alternativas possíveis e adequadas<sup>78</sup>. De facto, a diligência exigível ao “gestor criterioso e ordenado” público não pode deixar de se balizar, como em regra, pelo *interesse social* (interesse comum a todos os sócios enquanto tais na realização do máximo lucro através da atividade da sociedade<sup>79</sup>) e pelos «interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade» (art. 64.º, 1, b), CSC), *mas não pode ser indiferente, antes deve ser comprometido pelo interesse público ou geral* que, na espécie, vai decidir em última instância do juízo sobre o preenchimento ou não de uma gestão lícita e não culposa na tomada de decisão. Para critério desse interesse, o compromisso com uma *gestão sã e prudente no controlo racional dos custos e na promoção transparente das actividades empresariais* será o farol conveniente<sup>80</sup>.

Ainda quanto a manifestações deste dever geral, o art. 5.º, c) e d), do EGP obriga os gestores públicos a «[a]companhar, verificar e controlar a evolução das atividades e dos negócios da empresa em todas as suas componentes» e a

alheio, directamente ou por interposta pessoa, o conhecimento que advenha de tais factos ou documentos» (em ligação com o art. 25.º, 1, d)). Quanto aos administradores e gerentes delegantes/“não executivos”, o art. 21.º, 2, *in fine*, inibe «interesses negociais relacionados com a empresa, os seus principais clientes e fornecedores e outros accionistas que não o Estado».

Para este campo de manifestações legais da lealdade societário-gestória, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Cadernos n.º 5 – IDET, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 27 e ss, RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, págs. 789-790.

<sup>77</sup> RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, pág. 772.

<sup>78</sup> V. RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, págs. 774-775.

<sup>79</sup> COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983 (reimp.: 1999), págs. 120-121, *Da empresarialidade...* cit., págs. 226-227, 228, e *Curso...*, Volume II cit., págs. 278-279, 280-282 (“relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na consecução de lucro e o meio julgado apto a satisfazê-la”).

<sup>80</sup> V., em parte, com referências de suporte, JOSÉ MIGUEL LUCAS, “Empresas públicas...”, *loc. cit.*, págs. 18-20, 22-23, 44.

«[a]valiar e gerir os riscos inerentes à atividade da empresa”. Nada mais nada menos do que a consagração legal, ainda que parcial, do que já implicaria o desdobramento do dever inscrito no art. 64.º, 1, *a*), do CSC nos subdeveres de “(i) controlar, fiscalizar e inspecionar a organização e a condução da atividade da sociedade, as suas políticas, práticas, etc., seja no plano interno, seja no plano externo”, “(ii) se informar e de realizar uma investigação sobre a atendibilidade das informações que são adquiridas e que podem ser causa de danos, seja por via dos normais sistemas de vigilância, seja por vias ocasionais (produzindo informação ou solicitando-a por sua iniciativa), assim como efetuar avaliações sequenciais dessa obtenção e análise” e “(iii) de reagir às anomalias e irregularidades apreendidas e conhecidas”; sendo que “estes três subdeveres podem muitas vezes conjugar-se e absorvem-se em hipóteses concretas enquanto subdever (global e uno) de *controlar e vigiar a evolução económico-financeira da sociedade e o desempenho dos gestores* (não só administradores), *em geral* sobre a atuação dos restantes administradores, trabalhadores e colaboradores com funções de gestão, *em especial* na relação entre administradores delegantes/‘não executivos’ e administradores delegados/‘executivos’”<sup>81</sup> (v. ainda o art. 21.º, 2 a 4, do EGP, especificamente para a *vigilância* dos gestores delegantes/“executivos”, no contexto do art. 407.º, 8, 2.ª parte, do CSC).

#### 4. Órgão de fiscalização

**4.1.** As funções de fiscalização, na estrutura clássica ou tradicional da empresa pública estadual, cabem a um conselho fiscal ou a um fiscal único (arts. 33.º, 1, RSPE, 413.º, 1, *a*), CSC).

Tal significa que, em regra, não se poderá recorrer à modelação *reforçada* que é proporcionada pelo art. 413.º, 1, *b*), do CSC, a saber, conselho fiscal e ROC/SROC (não membro do conselho fiscal). Não será de seguir esse princípio legal, no entanto, se a empresa pública (estadual ou local) for qualificável como *entidade de interesse público*, ou seja, quando, «durante dois anos consecutivos, apresentem um volume de negócios superior a € 50 000 000, ou um ativo líquido total superior a € 300 000 000» (art. 3.º,

<sup>81</sup> RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, págs. 774-775.

l), do RJSAuditoria, aprovado pelo art. 2.º da L 148/2015, de 9 de Setembro). Nesse caso, naturalmente *superveniente à constituição* da empresa pública, aplica-se o art. 3.º, 1, dessa L 148/2015, que remete justamente para o art. 413.º, 1, b), do CSC, convertendo portanto como obrigatória essa modelação (estatutária, desde logo) do órgão de fiscalização (v. também o art. 278.º, 3, do CSC). Se assim for, aplica-se ainda o n.º 2 desse art. 3.º da L 148/2015 («Sem prejuízo de outras exigências legais aplicáveis em razão do setor de atividade, do tipo societário ou de outras especificidades, o órgão de fiscalização das entidades de interesse público está sujeito pelo menos aos seguintes requisitos de composição: a) Deve incluir pelo menos um membro que tenha habilitação académica adequada ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade; b) Os seus membros devem ter, no seu conjunto, formação e experiência prévias para o sector em que opera a entidade; e c) A maioria dos seus membros, incluindo o seu presidente, deve ser considerada independente, nos termos do n.º 5 do artigo 414.º do Código das Sociedades Comerciais.»).

Da outra banda, o recurso à solução do fiscal único, se não for excluído em concreto, implica que se observe o prescrito pelo art. 413.º, 1, a) – ser esse fiscalizador um ROC ou SROC –, 3 – necessidade de um suplente, também igualmente ROC/SROC – e 6 – aplicação das disposições legais respeitantes ao ROC e, subsidiariamente, da disciplina do conselho fiscal e dos seus membros.

**4.2.** Sendo conselho fiscal o seguido (estrutura clássica ou tradicional), o art. 33.º, 2, do RSEP obriga a que o número máximo de membros efectivos seja três. Por sua vez, o art. 413.º, 4, do CSC obriga a um número mínimo de três membros efectivos. Quantos são tais membros na empresa pública societária ou na EPE? Três, apenas e só, *em número fixo e inalterável* (pois o art. 33.º, 3, do RSPE faz aplicar ao conselho fiscal o regime do CSC). Com a *nuance* de um deles ser designado sob proposta da Direcção-Geral do Tesouro e Finanças (art. 33.º, 2, *in fine*, RSPE).

Sendo conselho geral e de supervisão (estrutura germânica), não há qualquer regra especial sobre a composição numérica, salvaguardando-se apenas o art. 434.º, 1, do CSC, de tal forma que o número de membros do órgão seja definido estatutariamente em número superior ao dos administradores.

Sendo comissão de auditoria (estrutura monística), aplica-se, com igual método de recurso ao CSC, o art. 423.º-B, 2, que não deixa qualquer dúvida: o

número mínimo é de três administradores-auditores. Mas o número máximo é também deixado na esfera da autonomia dos sujeitos decisores.

Não vemos razões para estas diferenças. O órgão de fiscalização de toda e qualquer estrutura da empresa pública estadual societária anônima e de EPE deveria ter, uma vez que esse é o critério para o conselho fiscal, sempre e invariavelmente três membros e sempre e invariavelmente a obrigatoriedade de designação vinculada da DGTS. Em suma, a uniformidade entre modelos seria de seguir transversalmente, com a aplicação do art. 33.º, 2, do RSPE a qualquer das modalidades previstas no art. 278.º, 1, do CSC, divisando-se como aconselhável a pertinente e necessária alteração para tal composição se referir a um valor sem possibilidade de variação.

Já na sociedade por quotas-empresa pública estadual, vale sem mais o art. 33.º, 2, do RSPE para o conselho fiscal. O que ainda mais dita aconselhar a solução *de iure condendo* que, transversal aos dois tipos de sociedades de responsabilidade limitada, vemos como preferível.

**4.3.** Nas sociedades-empresas locais, o art. 25.º, 2, do RSEL impõe que haja sempre «fiscal único». Esta regulação imperativa afasta, desde logo, o regime geral da sociedade por quotas, que, por força do art. 262.º, 1 a 3, do CSC, não têm que ter órgão de fiscalização (por inexistência ou por existência de ROC). Por seu turno, faz com que o conselho fiscal, seja na sociedade anônima, seja na sociedade por quotas, não possa ser adoptado como órgão de fiscalização *plural* (tal como se legitima no art. 278.º, 2, 2.ª parte, do CSC). E, no caso da sociedade anônima, *esta obrigatoriedade vale tão-somente para a estrutura clássica ou tradicional ou clássica*, uma vez que o aludido art. 25.º, 2, 2.ª parte, do RSEL será de *aplicação restrita a essa estrutura* do art. 278.º, a), do CSC e, em face da ausência de uma previsão que os exclua no âmbito do art. 19.º, 1, do RSEL, não terá o condão de afastar do cosmos da empresa pública local o conselho geral e de supervisão e a comissão de auditoria. Dito de outra forma: o art. 25.º, 2, não obsta a que as empresas locais-sociedades anónimas recorram às demais duas estruturas de organização, em que não se coloca a dicotomia conselho fiscal-fiscal único para o órgão de fiscalização<sup>82</sup>; se recorrerem à restante estrutura, este órgão será fiscal único (órgão singu-

<sup>82</sup> Em sentido contrário, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., pág. 281 (“só possam adotar a estrutura orgânica tradicional”).

lar), com o regime aplicável do CSC e a norma de competência do art. 25.º, 6, ainda do RSEL.

## 5. A assembleia e a paródia (ou não)

**5.1.** Quanto ao órgão *deliberativo-interno*<sup>83</sup>, commumente referida como sendo a “assembleia geral”, convém fazer as precisões que por vezes escapam.

Nas empresas públicas estaduais, não há órgão. Sem “substrato pessoal ou associativo”, isto é, sem sócio ou sócios, não há espaço (de reunião ou não) daquele(s) com os restantes órgãos da EPE para emitir deliberações ou decisões. E não se acoberta tal possibilidade no art. 60.º, 3, do RSPE («Os estatutos podem prever a existência de *outros órgãos, deliberativos ou consultivos, definindo as respetivas competências.*»)<sup>84</sup> O art. 38.º, 2, 2.ª parte, do RSPE espelha inequivocamente esta realidade: «O exercício da função acionista processa-se (...), *tratando-se de entidades públicas empresariais, por resolução do Conselho de Ministros ou por despacho do titular da função acionista.*»

Nas empresas públicas societárias e nas empresas locais, há sempre órgão para formação e expressão de vontade pelos sócios ou pelo sócio e imputável à sociedade pessoa jurídica – v. as referências, em esp., nos arts. 38.º, 2, 1.ª parte, 40.º, RSPE; 22.º-A, 26.º, 2 («As empresas locais dispõem sempre de uma assembleia geral (...).»), 25.º, 8, 26.º, 1, 2, 4 («A mesa da assembleia geral da empresa local é composta por um máximo de três elementos.» – para a SA, claro está), 62.º, 1, RSEL.

Se a sociedade-empresa pública (por quotas ou anónima) for unipessoal, dir-se-á que a assembleia (pelo menos) como órgão de reunião não existe; apenas se propicia, como refere COUTINHO DE ABREU, muita “paródia da assembleia”<sup>85</sup> – ou seja, a *ficção* de haver convocação, local, indicação dos sujeitos orgânicos presentes, procedimento colectivo, formalidades da acta (nomeadamente visível em SA unipessoais do Estado, e até em EPE, com

<sup>83</sup> Formulação crismada há muito por COUTINHO DE ABREU, vendo-se, por último, *Curso...*, Volume II cit., pág. 68.

<sup>84</sup> Para ambas as asserções, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., págs. 267-268.

<sup>85</sup> V. *Sociedade anónima, a sedutora...* cit., pág. 28, “Memorando da ‘Troika’ e sector público empresarial”, *loc. cit.*, pág. 187, *Curso...*, Volume I cit., págs. 267-268, 281, na sequência do primeiramente defendido em *Da empresarialidade...* cit., págs. 143 e ss, em esp. 145-147.



estatutos aprovados por decretos-leis). Não obstante isso ainda acontecer – por cautela, por ignorância, por desleixo... –, sem que seja, aliás, privativo da empresarialidade societária pública, note-se que a assembleia como órgão-função, isto é, como *centro de atribuição dos poderes, faculdades e competências* do sócio, existe sempre (v. o art. 270.º-E, 1, do CSC). E, como órgão-reunião – assente como *espaço de encontro físico e intersubjectivo do sócio com os membros dos outros órgãos da empresa pública societária e outros sujeitos concorrentes para as deliberações dos sócios*, pois só assim se concebe a conclusão que se segue –, o mais provável, simples e célere é o sócio não se constituir em assembleia. Mas pode acontecer assembleia-reunião<sup>86</sup> (e até deverá acontecer, em muitas circunstâncias), caso em que o *processo de constituição e de deliberação* em “assembleia geral” deve ser observado, ainda que com forçosas e manifestas simplificações. Sendo certo que, mesmo havendo reunião, tudo acaba na *decisão do sócio único (ou do(s) seu(s) representante(s))*, imperativamente registada por escrito (art. 270.º-E, 1, CSC, aplicável directamente na SQ, analogicamente na SA<sup>87</sup>)<sup>88</sup>.

*Sem prejuízo de ter ouvido umas “estórias” dos meus colegas de Curso, retardatários em formato quintanista da temível “cadeira” de Direito Comercial, conheci o Doutor Coutinho (de Abreu, apelido que nunca se cruzava, nem se cruza, na pessoalidade) nas aulas (longínquas mas memoráveis) do Curso de Mestrado. Desde essa altura estabeleceu-se entre nós uma quase inexplicável cumplicidade, feita de respeito e lealdade, crescente para o patamar inabalável da amizade e do compromisso, onde ficou e se enrobusteceu. Foi nesse momento e nesse ano (dito escolar do Mestrado) que se fez a grande viragem no meu percurso académico e de investigação no seio do Direito Privado: passar do Direito Civil puro e duro, onde comecei, para o Direito das Sociedades e, por efeito, para a amplitude do Direito Comercial.*

<sup>86</sup> Em sentido concordante, COUTINHO DE ABREU, *Sociedade anónima...* cit., pág. 28, *Curso...*, Volume II cit., págs. 68-69.

<sup>87</sup> Favorável: COUTINHO DE ABREU, “Artigo 54.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pág. 675.

<sup>88</sup> Para este ponto, desenvolvidamente, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para a clarificação do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 547 e ss, 579 e ss, e, mais sucintamente, *Unipessoalidade societária, Miscelâneas n.º 1 – IDET*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 112 e ss, “Artigo 270.º-E”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume IV (Artigos 246.º a 270.º-G), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, págs. 347 e ss, 351 e ss, 356 e ss.

*Desde então não mais deixei de ter acesso ao privilégio de comungar de todas as qualidades e méritos que reconhecemos ao Doutor Coutinho de Abreu, imbuídos naquele perfil que a tantos intimidava e a nós nunca se opôs. Ao invés. Desde então usufruí da bonomia com que sempre aceita as minhas incertezas, inevitavelmente um instrumento para me fazer interiorizar as exigências e as dificuldades de um percurso jurídico claro e completo. Desde então olhei invariavelmente insatisfeito para o que tantas vezes aspirou que fosse o meu caminho: uma outra escrita, menos prolixa e mais próxima do meu discurso oral, que tornasse simples e inteligível o que tinha eu desenvolvido nos meandros do raciocínio. Ainda hoje penso nessa minha evolução, que não teria feito sem as palavras, tantas vezes feitas de ironia (especialmente sobre as notas de rodapé, convertido este em metáfora!), outras vezes munidas da crítica que puxa a crítica, do Doutor Coutinho. Ora sentado na sua cadeira do gabinete de tantas e tantas horas de “combate”, ora pensativo a saborear aquele néctar nos almoços que tanto preza, ora firme no passo solarengo da conversa feita conselho no Pátio vigiado pelo piedoso Rei. Quanto ao mais, o que devo, não cabe aqui. Embora tenha cabido algo, escrito, nas páginas de apresentação dos livros correspondentes às minhas dissertações de Doutorado e de Mestrado, em que tive ao meu lado um orientador presente, sempre apostado em fazer das dúvidas e sobressaltos apenas e só mais uma oportunidade.*

*Fizemos muito em conjunto durante todos estes anos. Aulas, exames, congressos, seminários, cursos, comentários (com os volumes do CSC como desafio de uma vida), publicações, pareceres. O mais protuberante nem será isso nem sequer terá importância o que foi conseguido. O mais decisivo é termos percebido desde a primeira hora que partilhávamos valores e princípios e que, quanto a eles, éramos intransigentes. Também sobre uma certa ideia de “academia” e seus reflexos em tantos episódios e seus actores. Foram esses valores e princípios, aqueles a que obedecemos sem necessidade de mencionar, o que mais nos uniu. No fim, é essa partilha que une qualquer diálogo com o Doutor Coutinho de Abreu.*

*... muitos anos de Vida!*