

Da responsabilidade por dívidas das empresas públicas dotadas de personalidade jurídico-pública (E.P.E. e E.E.L.)

MESTRE MIGUEL ASSIS RAIMUNDO
miguelraimundo@fd.ul.pt

SUMÁRIO: 1. *Empresas públicas com personalidade jurídico-pública – o contexto.* 2. *Da responsabilidade das entidades públicas por dívidas das suas empresas sob forma jurídico-pública.* 3. *A responsabilidade das entidades públicas por dívidas das suas empresas face ao Direito da União Europeia.* 4. *Nota final.*

1. Empresas públicas com personalidade jurídico-pública – o contexto¹

1.1. Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril, consagrava uma noção de empresa pública restrita às entidades dotadas de personalidade colectiva de direito público (artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76); foi apenas mais tarde que começou a equacionar-se a possibilidade de certas sociedades comerciais detidas pelo Estado poderem ser consideradas como integrando uma noção mais ampla de empresa pública, fenómeno que ficou a dever-se não só à evolução dos quadros dogmáticos do Direito público, mas também ao influxo do Direito comunitário e à forma como o mesmo consagrava a noção de empresa pública para efeitos de regulação das relações entre essas empresas e os Estados Membros.

¹ Sobre todo este ponto, v. mais desenvolvidamente o que escrevemos em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, 2007, 40 ss..

Nesta linha, o Decreto-Lei n.º 260/76 viria a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que estabeleceu um novo quadro legal sobre a matéria, consagrando uma noção diferente, mais ampla, de empresa pública, que passou a abranger igualmente pessoas colectivas privadas submetidas a influência dominante do Estado (cf. artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99). Estas empresas, a que temos vindo a chamar “empresas públicas sob forma societária”, passaram aliás a ser as empresas públicas “por excelência”; a par dessas foi criada uma outra categoria, a das “entidades públicas empresariais”, que foi a sucessora das empresas públicas “tradicionais”, criadas segundo o modelo do Decreto-Lei n.º 260/76. O conjunto das empresas públicas (sob forma societária) sob influência dominante do Estado, das entidades públicas empresariais de âmbito estadual e das empresas participadas pelo Estado constitui agora o “sector empresarial do Estado” (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 558/99), realidade criada pelo Decreto-Lei n.º 558/99 e que permite designar unitariamente o conjunto das pessoas colectivas através das quais o Estado tem intervenção de tipo empresarial.

Reconhecendo a continuidade entre as novas “entidades públicas empresariais” e as “empresas públicas” do Direito imediatamente anterior, o n.º 2 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 558/99 veio dispor que as empresas públicas que fossem qualificadas como tal à luz do Decreto-Lei n.º 260/76, existentes à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 558/99, passariam a ser consideradas entidades públicas empresariais, estando sujeitas ao respectivo regime jurídico².

Com a aprovação do regime jurídico do sector empresarial local pela Lei n.º 53-F/2006, de 30 de Dezembro (RSEL), assistiu-se ao fecho do sistema global das empresas públicas, pois o diploma veio configurar o sector empresarial local, precisamente, de acordo com as coordenadas gerais traçadas no RSEE, colmatando a omissão legislativa de tratamento das empresas municipais societárias, que tinham ficado por regular na Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, a qual ainda era largamente tributária das concepções sobre a empresa pública que o Decreto-Lei n.º 260/76 consagrava³.

² O regime das E.P.E. é hoje o que resulta do Decreto-Lei n.º 558/99, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, que o alterou e republicou. Sublinhe-se que este último diploma não só veio introduzir alterações ao regime de 1999, como estabeleceu igualmente uma importante regra de prevalência do Decreto-Lei n.º 558/99, na sua redacção actual, sobre quaisquer disposições dos estatutos das empresas públicas que não sejam adequadas ao novo regime no prazo de seis meses após a entrada em vigor deste e que com ele conflituem.

³ Para mais pormenores sobre toda esta evolução, que aqui apenas se sintetiza em traços muito largos, cf. RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 40 ss., e SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A nova configuração do*

1.2. Não interessando ao presente estudo referir todo o regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais (E.P.E.) e às entidades empresariais locais (E.E.L.), o seu equivalente do sector empresarial local, é importante referir dois aspectos fundamentais: o primeiro diz respeito ao esquema técnico-jurídico utilizado para expressar a propriedade pública dessas empresas; o segundo diz respeito à afirmação de princípio sobre qual o regime jurídico aplicável à actividade deste tipo de empresa pública.

Relativamente ao primeiro ponto, a disposição fundamental é a do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 558/99. Do artigo 26.º resulta que as E.P.E. “têm um capital, designado por «capital estatutário», detido pelo Estado e destinado a responder às respectivas necessidades permanentes.” (artigo 26.º, n.º 1). Os aumentos e reduções de capital são efectuados nos termos previstos nos estatutos das empresas (artigo 26.º, n.º 2), e o recente n.º 3 do artigo 26.º, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, estabelece que a remuneração do capital estatutário é efectuada de acordo com o regime da distribuição dos lucros nas sociedades anónimas (já que até aqui, legislação específica, revogada pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, regulava essa matéria).

O capital estatutário das empresas públicas (sob a forma de E.P.E. ou E.E.L.) tem, de acordo com a Doutrina, um tratamento jurídico diferenciado face ao capital *social*, forma técnico-jurídica de expressar a propriedade sobre as sociedades comerciais. Com efeito, o capital estatutário é caracterizado pela *unidade, indivisibilidade e insusceptibilidade de ser transaccionado*⁴; a afectação desse tipo de capital apenas pode ser levada a cabo por acto jurídico-público (no caso das E.P.E., por decreto-lei), que de todo se afasta da lógica do negócio jurídico-privado; por fim, apenas entidades públicas podem ser titulares de capital estatutário (artigo 26.º, n.º 1 RSEE) pelo que existe uma restrição ao acesso à titularidade de um direito patrimonial.

O segundo ponto acima referido é o do regime-regra da actividade das E.P.E. A esse respeito, há que ter em conta sobretudo os artigos 23.º, n.º 1, 7.º,

Sector Empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos, 2007, 259 ss.; e especificamente sobre as alterações trazidas pelo regime do sector empresarial local, v. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, 2007, *passim*; CARLOS BAPTISTA LOBO, *Novo Regime Jurídico do Sector Empresarial Local*, AA/VV, *30 Anos de Poder Local na Constituição da República Portuguesa*, 2007, 79-115, *passim*.

⁴ RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 56. Como também aí afirmamos, a diferença entre capital estatutário e capital social é relativa, por exemplo, nos casos de sociedades anónimas de capitais exclusivamente estaduais criadas por acto legislativo, onde o capital social também não pode ser transaccionado, pois resulta de acto legislativo a sua integral afectação ao Estado.

8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 558/99. Da articulação dessas normas resulta que o regime-regra que norteia a actividade das E.P.E. é o regime jurídico-privado, com as ressalvas resultantes do próprio Decreto-Lei n.º 558/99, dos estatutos dessas empresas e, acrescentaríamos nós, embora seja evidente, com as ressalvas resultantes de outra legislação de Direito público que estabeleça aspectos de regime jurídico-público para as empresas públicas⁵ – ou genericamente para as pessoas colectivas de direito público.

O dito regime de Direito privado não é contudo – daí a referência aos artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 558/99 – a única referência para a determinação do regime jurídico destas entidades; isso resulta com toda a clareza do artigo 9.º do mesmo diploma, que admite a derrogação das normas aplicáveis à generalidade das empresas, caso isso seja imposto pela “missão” que à empresa pública cabe desempenhar.

2. Da responsabilidade das entidades públicas por dívidas das suas empresas sob forma jurídico-pública

2.1. No ordenamento jurídico português, não pode existir dúvida séria de que o princípio relativo à responsabilidade de uma pessoa colectiva pelas dívidas por si contraídas (qualquer que seja a respectiva fonte) é um princípio de responsabilidade pessoal e de isolamento do seu património face ao(s) património(s) da(s) pessoa(s) que faça(m) parte do seu substrato pessoal. Assim, pelas dívidas de uma associação responde o património desta e não o dos seus associados; pelas dívidas de uma sociedade comercial por quotas responde o seu património e não o dos sócios. A regra assim construída é um adquiredo da teoria da personalidade colectiva, vista como uma criação do Direito tendente a facilitar e estimular o exercício cooperativo de certas actividades em que as pessoas singulares não entrariam caso respondessem com o seu património pessoal.

Contudo, tal princípio de isolamento patrimonial já não pode actualmente ser entendido como irrestrito, sendo objecto de múltiplas excepções; excepções não só decorrentes da preocupação em evitar a utilização fraudulenta do

⁵ Por exemplo, o Código dos Contratos Públicos (artigo 2.º, n.º 2), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e já alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro; ou a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que se aplica também a empresas públicas [artigo 4.º, n.º 1, alínea *d*]).

mecanismo da personalidade colectiva em prejuízo de terceiros, como os credores (é o caso do instituto do levantamento ou desconsideração da personalidade colectiva), mas também decorrentes do reconhecimento de que há pessoas colectivas que actuam tão concertadamente, tão unitariamente, que isso deve ser reconhecido também em termos patrimoniais, admitindo-se, em certos casos, um fenómeno de responsabilidade paralela dos patrimónios sociais de mais do que uma pessoa colectiva pelas dívidas resultantes da actividade das várias entidades que compõem esse conjunto com actuação unitária (é o caso do mecanismo do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais – CSC⁶ – que veremos mais adiante).

É ainda de referir que se genericamente, mesmo no âmbito do Direito privado, é necessário acautelar os efeitos excessivos da ficção legal que em última análise é a personalidade colectiva, em Direito público existem ainda outras considerações que exigem que essas cautelas sejam reforçadas. Com efeito, a utilização pelo Estado (em sentido lato) do mecanismo da personalidade colectiva pública não pode constituir fundamento para afastar ou limitar a sua responsabilidade, por exemplo, por actos praticados no exercício de atribuições públicas. A esse respeito, o artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), em matéria de responsabilidade extracontratual, exige (e garante) uma responsabilidade pública integral, não limitada, por danos provocados no exercício de funções públicas. Seria fácil tornear essa garantia através da criação de pessoas jurídicas distintas, exercendo cada uma a sua parcela das atribuições públicas, e respondendo cada uma pelo exercício danoso dessas atribuições com o património que o Estado pretendesse atribuir a tais entidades. Os princípios e normas constitucionais, e designadamente a garantia constante do artigo 22.º da CRP, hão-de entender-se como frontalmente contrários a uma tal utilização da personalidade colectiva, seja ela pública ou privada⁷.

2.2. Aproximando um pouco mais a nossa análise do escopo do presente estudo, cumpre saber de que forma trata (ou não trata) especificamente o regime das empresas públicas da responsabilidade do Estado (ou de outra pessoa colectiva pública que tenha influência dominante na empresa) por dívidas dessas empresas, ou, o que é o mesmo, de que forma trata a separação patrimonial entre as duas entidades, Estado e empresa.

⁶ Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, com a redacção que por último lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto.

⁷ Cf. neste sentido JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, 211.

A primeira constatação a fazer é a de que o Decreto-Lei n.º 558/99 não contém qualquer disposição específica sobre a matéria em apreço, nem quanto às empresas públicas sob forma societária nem quanto às entidades públicas empresariais. Nisso, aliás, distingue-se do Decreto-Lei n.º 260/76, que como vimos, regulou as empresas públicas até à entrada em vigor daquele diploma. Com efeito, do n.º 4 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 260/76 resultava, sem margem para dúvidas, que a garantia patrimonial dos credores das empresas públicas tinha como limite o património destas⁸. Relembre-se: nesta altura, as empresas públicas eram apenas as *personas colectivas públicas de natureza empresarial*, antecessoras das actuais *entidades públicas empresariais*; ou seja, do Decreto-Lei n.º 260/76 nada resultava quanto às sociedades comerciais detidas pelo Estado.

A ausência de indicações expressas acerca da responsabilidade do Estado por dívidas destas empresas, por si só, não é obviamente suficiente para concluir pela existência dessa responsabilidade, por uma razão muito simples: como se viu, o princípio em matéria de personalidade colectiva é exactamente o oposto. O *princípio* é o do isolamento de patrimónios; a *excepção* é a comunicabilidade de patrimónios. Cabe, por isso, verificar se existe algum princípio ou regra, ainda que não presente no Decreto-Lei n.º 558/99, que imponha ao Estado responsabilidade pelas dívidas assumidas pelas entidades públicas empresariais.

2.3. De acordo com a remissão do artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99, o Direito aplicável à actividade das empresas públicas é o “direito privado”. Essa remissão surge, em termos sistemáticos, a propósito da determinação do regime jurídico das empresas públicas sob forma de sociedade comercial, e por essa razão é curial interpretá-la como uma remissão genérica, entre outros ramos de Direito, para o Direito societário privado.

Assim sendo, a tarefa a considerar é a da eventual aplicação, à relação entre o Estado e as entidades públicas empresariais (e à relação do Estado com os credores destas últimas), das normas dos artigos 84.º e 501.º a 504.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC); particularmente, tendo em conta as questões que nos ocupam, é necessário indagar da eventual aplicação dos artigos 84.º e 501.º do CSC, que de modos e por razões diferentes impõem uma e a mesma coisa: que o património do sócio/accionista único de uma sociedade comercial responda por dívidas da sociedade de cujo capital social é o único detentor.

⁸ RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 352. Cf. igualmente as referências aí citadas.

Importa conhecer as normas em questão no seu contexto, que é o do Direito societário. Assim, o artigo 501.º do CSC, na sua redacção actual, dispõe o seguinte:

Artigo 501.º

Responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada

1 – A sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste.

2 – A responsabilidade da sociedade directora não pode ser exigida antes de decorridos 30 dias sobre a constituição em mora da sociedade subordinada.

3 – Não pode mover-se execução contra a sociedade directora com base em título exequível contra a sociedade subordinada.

O artigo 501.º do CSC está previsto a propósito das sociedades anónimas em relação de subordinação, ou seja, unidas por um contrato celebrado nos termos dos artigos 493.º e seguintes do CSC, pelo qual uma sociedade (a sociedade subordinada) se coloca sob a direcção de uma outra (a sociedade directora), que por força do contrato pode emitir instruções que vinculam a actividade social daquela.

Contudo, não é esse o único (nem porventura o principal⁹) âmbito de aplicação do mecanismo de responsabilidade do artigo 501.º do CSC. Com efeito, o artigo 491.º do CSC manda aplicar também às sociedades em relação de domínio total várias regras previstas para as sociedades em subordinação; o artigo 501.º é um dos artigos abrangidos por essa remissão¹⁰. Uma relação de domínio total existe quando uma sociedade (a sociedade dominante) é detentora da totalidade das acções de outra sociedade (a sociedade dependente), formando as duas empresas, por força da lei, um grupo de empresas (v. artigos 488.º e seguintes do CSC).

⁹ANA RITA M. B. GOMES DE ANDRADE, *Responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas da sociedade-filha. Estudo crítico do artigo 501.º do CSC quando aplicável às sociedades em relação de domínio total*, inédito (relatório de Mestrado), 2006, 3.

¹⁰RICARDO COSTA, *As sociedades unipessoais*, AA/VV, *Problemas de Direito das Sociedades*, 2002, 25 ss., 29; JOSÉ A. Q. L. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed. revista e actualizada, 2002, 896 ss; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 5.ª ed., 2008, 595-596; RAÚL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, 1994, 127.

O regime do artigo 501.º do CSC, que tem a sua fonte no Direito societário alemão¹¹, consagra assim um regime de responsabilidade de uma sociedade por dívidas de outra sociedade com a qual se encontre em relação de subordinação ou de domínio.

A justificação, num caso como no outro, reside na protecção dos credores da sociedade cuja independência é prejudicada pelo contrato de subordinação ou pela existência de um único sócio. Esses credores poderiam ficar prejudicados pela permeabilidade entre os patrimónios das empresas do grupo, diminuindo de valor a garantia patrimonial dos seus créditos, representada pelo capital social intangível e por um direito de garantia exclusivo sobre o património social¹². A protecção dos credores é, reconhece-se, um dos principais motivos do surgimento e desenvolvimento de um “Direito dos grupos de empresas”¹³. Só interesses desta ordem de grandeza justificam aquela que é uma “derrogação ao princípio jurídico-societário tradicional da responsabilidade limitada dos sócios-quotistas e accionistas)” através da criação, a favor dos credores da sociedade subordinada/dependente, de uma “garantia excepcional”¹⁴; as sociedades funcionam em “modo colectivo” e isso implica a autonomia patrimonial como regra¹⁵, que é aqui excepcionada.

No que diz respeito ao regime da responsabilidade em causa, pode afirmar-se que se trata de uma responsabilidade *não integralmente solidária* – pois é exigido o decurso de um período de mora de 30 dias da sociedade subordinada/dominada relativamente ao cumprimento da dívida, antes de se poder demandar a sociedade directora (artigo 501.º, n.º 2); de uma responsabilidade *não subsidiária*, já que não exige a prévia execução dos bens da sociedade subordinada/dominada¹⁶; e de uma responsabilidade *pessoal e ilimitada*, pois atinge (todo) o património da sociedade directora/dominante, abrange “todas as obrigações da sociedade subordinada [ou dependente] que hajam sido constituídas antes da celebração [ou constituição da relação de domínio], durante a vigên-

¹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, 2005, 783-784.

¹² ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades ...*, 797.

¹³ MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, 2007, 205.

¹⁴ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, 798; MANUEL NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., *Studia Iuridica* 14, 1997, 14; PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 47 ss., 584.

¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, Vol. I – *Das sociedades em geral*, 2.ª ed., 2007, 241-242.

¹⁶ PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 584; ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades ...*, 806; VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas ...*, 123.

cia, e até ao termo do contrato de subordinação [ou da relação de domínio]”, “(...) independentemente das suas *natureza, fonte, modalidade* ou *montante*”, e pode mesmo “estender-se para lá do próprio passivo da sociedade subordinada, no caso de esta se encontrar integrada no perímetro de *grupos verticais*”¹⁷. É ainda irrelevante o motivo pelo qual a sociedade subordinada/dependente não cumpriu¹⁸, mantendo-se a responsabilidade mesmo que não tenha existido culpa da sociedade directora/dominante no cumprimento, o que permite falar numa responsabilidade *objectiva*¹⁹. De acordo com a que parece a melhor posição, há que reconhecer, nas relações internas, direito de regresso da sociedade directora/dominante sobre a sociedade subordinada/dependente sobre todas as prestações que a primeira haja satisfeito a credores da segunda²⁰.

Estabelece-se assim um sistema de “vasos comunicantes”²¹ entre as empresas em relação de subordinação ou domínio, que responde à dimensão unitária de funcionamento dessas empresas. Se funcionam em grupo, com uma intensidade particular na relação recíproca, respondem igualmente em grupo.

O artigo 84.º do CSC é também relevante para o nosso estudo porquanto o regime consagrado tem semelhanças evidentes com o do artigo 501.º do CSC quando aplicado às sociedades em relação de domínio total: ambos os preceitos consagram uma responsabilidade do sócio/accionista único pelas dívidas da sociedade por si detida integralmente. Não obstante, as diferenças entre os artigos 84.º e 501.º do CSC são claras, podendo ser assim sumariadas²²:

- a) No artigo 84.º o sujeito responsável é qualquer sócio único, seja ele pessoa singular ou colectiva; no artigo 501.º o sujeito responsável é apenas uma sociedade anónima, por quotas ou em comandita por acções;
- b) No artigo 84.º a unipessoalidade parece dever ter origem superveniente, por concentração de capital de uma sociedade originariamente pluripessoal nas mãos de um único sócio; no artigo 501.º a unipessoalidade pode ser originária;

¹⁷ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades ...*, 798, 802, 805. Interpolações nossas. V. também PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 584.

¹⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades ...*, 807.

¹⁹ Acórdão do STJ de 31-Mai.-2005 (FERNANDES MAGALHÃES), proc. 5A1413, disponível em www.dgsi.pt.

²⁰ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades ...*, 816-818.

²¹ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades ...*, 816.

²² Seguimos neste ponto a exposição de ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades ...*, 898-899.

- c) No artigo 84.º a responsabilidade apenas abrange as obrigações sociais contraídas posteriormente à verificação da unipessoalidade; no artigo 501.º a responsabilidade abrange, além dessas, quaisquer dívidas ainda não cumpridas à data do início da situação de unipessoalidade, independentemente do momento em que foram contraídas;
- d) No artigo 84.º a responsabilidade depende da violação, pelo sócio unipessoal, das regras da afectação e separação patrimoniais na gestão empresarial da sociedade unipessoal; no artigo 501.º esse pressuposto não existe;
- e) No artigo 84.º a responsabilidade só é exigível com a falência da sociedade unipessoal; no artigo 501.º a responsabilidade é exigível desde a constituição da relação de domínio total e independentemente da saúde financeira da sociedade dominada.

Assim, em síntese, enquanto o artigo 84.º do CSC é uma regra directamente tributária do instituto do levantamento ou desconsideração da personalidade colectiva, onde se permite, atendendo a um comportamento *abusivo* do sócio único, a responsabilização directa e ilimitada do seu património, por utilização ilícita do mecanismo da personalidade colectiva²³, o artigo 501.º, ainda que possa entender-se também como tendo objectivos e justificações parcialmente coincidentes com os daquela norma (*maxime* a tutela da confiança), não corresponde a qualquer sanção ou censura jurídica, mas simplesmente ao reconhecimento, até às suas últimas consequências, da actuação unitária de um grupo de empresas, que actua “em bloco” e por isso se entende que deve responder igualmente em bloco.

No entanto, as duas concretizações normativas surgem como fenómenos de desconsideração da personalidade colectiva e de relativização do princípio da autonomia patrimonial²⁴. Acompanhando Coutinho de Abreu, podemos afirmar que há dois tipos de desconsideração: o que passa pela imputação de actos de uma pessoa a outra, e o que passa pela responsabilização de uma pes-

²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, Vol. I, 2.ª ed., 2007, 241; PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 51.

²⁴ JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito comercial*, Vol. II, 2.ª ed., 2007, 176. Em geral sobre o tema, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva no Direito civil e comercial*, 2007, *passim*; e numa perspectiva comparada, v. HANNO MERKT/GERALD SPINDLER, *Direct Liability of Controlling Parties (Piercing the Corporate Veil) and Related Legal Constellations*, *European Company and Financial Law Review*, (Special Volume 1), 2006, 166 ss., *passim*.

soa colectiva por actos de outra²⁵; os casos dos artigos 84.º e 501.º entram neste último grupo²⁶.

2.4. Não obstante reconhecermos que se trata de posição discutível, é nosso entendimento que o artigo 501.º do CSC não é aplicável às entidades públicas empresariais. Isso por dois argumentos principais:

- a) Porque entendemos que não se verificam os pressupostos de aplicação do artigo 501.º do CSC, na relação Estado-entidade pública empresarial;
- b) Porque existem normas de Direito público, situadas fora do Decreto-Lei n.º 558/99, que entendemos aplicáveis às entidades públicas empresariais, no que toca à responsabilidade do Estado por dívidas destas empresas.

Em relação ao primeiro argumento, dir-se-á que a aplicação do artigo 501.º do CSC às sociedades em relação de domínio total pressupõe um quadro no qual a sociedade dominante dispõe de certos poderes sobre a sociedade dependente: os poderes constantes do artigo 503.º do CSC. Designadamente, o poder de dar instruções vinculativas, mesmo que desfavoráveis à sociedade dependente. É porque tais poderes existem que a perda de independência daí resultante leva à consagração de um regime que, como se viu, não é de responsabilidade *subsidiária*: ambas as entidades respondem como se fossem uma só.

Tal quadro de pressupostos não existe, nos mesmos termos, na relação entre o Estado e uma entidade pública empresarial. Com efeito, a influência dominante do Estado sobre uma E.P.E. não se faz sentir através de meios jurídico-privatísticos (como são os constantes dos artigos 503.º e 504.º do CSC) mas sim através de poderes jurídico-públicos de tutela e de superintendência (v. artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 558/99). Diremos mesmo mais: a criação, pelo Estado, de uma pessoa colectiva pública dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (v. artigo 23.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99), que integra a Administração indirecta do Estado, faz com que esta entidade *partilhe da reserva constitucional de autonomia atribuída à Administração indirecta enquanto forma de descentralização administrativa* – cf. artigos 6.º, 199.º, alínea d), e 267.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição²⁷. Deve considerar-se liminarmente excluída a

²⁵ COUTINHO DE ABREU, *Curso*, II, 178.

²⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso*, II, 180 e 183, respectivamente.

²⁷ Sobre o ponto, desenvolvidamente, RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia estatutária das empresas públicas e descentralização administrativa*, 2005.

hipótese de integrar as entidades públicas empresariais, que são pessoas colectivas públicas, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, na Administração directa do Estado, pois isso implicaria a atribuição de poder de direcção ao Estado e o reconhecimento de uma relação de *hierarquia* entre Estado e empresa. Tal relação é negada pelo regime jurídico dado às E.P.E., que menciona a existência dos poderes de superintendência e de tutela, e não o poder de direcção. E até por imposição constitucional, “(...) quem opta pela devolução de poderes não pode comportar-se como se tivesse optado pela integração, quem descentraliza tem de aceitar a descentralização (...)”²⁸.

Nem se diga que com esta conclusão se estabelece uma diferenciação infundada entre as empresas públicas sob forma societária e as E.P.E., porque o argumento prova demais: são múltiplas as diferenças de regime entre as duas categorias de empresa, em aspectos fundamentais. Basta dizer, por exemplo, que às E.P.E. não é aplicável o regime de insolvência que vale para a generalidade das empresas [v. artigo 34.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99, e artigo 2.º, n.º 2, alínea *a*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas]²⁹. Tais diferenças, a terem um fundamento – e o intérprete deve procurar encontrá-lo: artigo 9.º, n.º 3, do CC – justificam-se por motivos *substantivos*: as E.P.E. espelham uma ligação mais forte ao universo jurídico-público, enquanto as empresas públicas sob forma societária são (ou deviam ser) uma “antecâmara da privatização” efectiva de uma actividade, ou exercendo actividades puramente comerciais mas onde o Estado ainda pretenda, por motivos diversos, manter uma presença relevante³⁰.

Tudo o que se disse até aqui justifica que consideremos que o artigo 501.º do CSC é uma disposição cuja aplicação às entidades públicas empresariais poderia apresentar-se como precipitada e não atenta ao resto do regime jurídico deste tipo específico de entidade pública empresarial.

2.5. A afirmação de que o artigo 501.º do CSC não é aplicável às entidades públicas empresariais não pode, contudo, entender-se como uma negação

²⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito administrativo*, Vol. I, 3.ª ed. (com a colaboração de Luís Fábria, Carla Amado Gomes e J. Pereira da Silva), 2006, 905. Para uma análise aprofundada do conceito de descentralização administrativa em relação com as empresas públicas, v. por último GUERRA DA FONSECA, *Autonomia estatutária das empresas públicas ...*, 81 e ss.; e especificamente sobre a integração das empresas públicas na Administração indirecta, v. RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 61 e ss..

²⁹ RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 339 ss.; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, 2009, 85.

³⁰ Assim, RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 368.

dos princípios gerais de Direito, como o da primazia da materialidade subjacente ou o da tutela da confiança, nem como uma negação da realidade das relações entre o Estado e as E.P.E., que é uma relação de forte influência daquele nestas.

Por outras palavras, a não aplicação do artigo 501.º não tem por efeito desresponsabilizar o Estado pela actividade de uma entidade por si criada e que constitui *instrumento* de fins estaduais, fins que em última análise são fins *públicos*³¹. Esta última circunstância leva, em linha recta, à necessidade de encontrar um expediente técnico que permita ao Estado, único detentor do capital estatutário de uma E.P.E. e responsável último pelas actividades entregues a essa E.P.E., ser responsabilizado pelas dívidas assumidas e não cumpridas por esta última – sob pena de estar encontrada a forma de o Estado se desresponsabilizar das suas tarefas mediante a criação de entes instrumentais.

Assim, em primeiro lugar, consideramos plenamente aplicável às relações do Estado com as E.P.E. o instituto do levantamento da personalidade colectiva, com o seu figurino típico, desenhado sobretudo pelos jus-privatistas, mas crescentemente admitido no âmbito do Direito administrativo³², no sentido de permitir a imputação de uma acção de um ente a um outro ente, caso se verifique que este último, num caso particular ou numa série de casos, manipulou de forma fraudulenta o instituto da personalidade colectiva. Não há razões para entender que o instituto não seja aplicável em Direito administrativo, e existe já mesmo um exemplo da sua consagração legal no nosso ordenamento, no artigo 5.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas, na sua redacção actual, a propósito do sistema de visto prévio em contratos que impliquem despesa de fundos públicos³³.

³¹ Sublinhando essa ligação das empresas públicas a fins públicos, GUERRA DA FONSECA, *Autonomia estatutária das empresas públicas* ..., 228; RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 21 e ss..

³² JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. I, 2006, 633 e ss., *passim*; FRANÇOIS BRENET, *La nullité d'un contrat conclu par une association transparente, Contrats Publics. Actualité de la commande et des contrats publics*, 68 (Julho/Agosto), 2007, 58 e ss., *passim*; SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, 2004, *passim*.

³³ Sobre esse regime, que no fundo exige a sujeição a visto prévio dos actos ou contratos geradores de despesa formalmente imputáveis a entidades instrumentais não sujeitas a visto, mas substantivamente imputáveis a uma entidade pública sujeita a visto, v. RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 134–136.

Por outro lado, entendemos que mesmo fora dos casos de manipulação *ilícita* da personalidade colectiva, o Estado é responsável, em alguns casos, por dívidas das entidades públicas empresariais.

Com efeito, mesmo em relação às empresas públicas sob forma societária, a remissão do artigo 7.º, n.º 1, não tem contornos absolutos. O artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 558/99 admite “regimes derogatórios especiais” em matéria de regras de concorrência; para além disso, há claramente derrogações ao direito societário geral exigidas pela particular feição das sociedades anónimas estatais, sobretudo no que diz respeito às sociedades criadas por acto legislativo³⁴. Se é assim para as empresas públicas sob forma societária, por maioria de razão o será para as entidades públicas empresariais, já que o artigo 7.º, n.º 1 apenas a título subsidiário é aplicável a estas empresas (v. artigo 23.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99).

Assim, se a aplicação de um princípio ou regra de Direito privado resultar contrária às finalidades e traços de regime da entidade a regular, pensamos que o Decreto-Lei n.º 558/99, implicitamente, através do seu artigo 9.º, oferece credencial bastante para recusar a aplicação desse princípio ou regra. Trata-se aqui da aplicação particular de uma noção que tem feito carreira no universo jurídico-público e que é a da *insuficiência do Direito privado*: caso o Direito privado seja, em concreto, inadequado à prossecução dos fins próprios do universo jurídico-público, há que atenuar ou bloquear a aplicação do Direito privado a essa situação³⁵.

Pensamos que é esse o caso. Há um dado que não pode deixar de assumir relevância extrema em tudo o que diga respeito ao regime das entidades públicas empresariais: é a natureza jurídico-pública da sua personalidade jurídica. As entidades públicas empresariais não são um qualquer tipo de empresa pública: a afirmação da sua personalidade colectiva pública justifica, por si só, diversas consequências de regime que surgem associadas a essa qualificação. A forma da entidade pública empresarial expressa indubitavelmente uma conexão mais forte ao universo jurídico-público do que acontece com as empresas públicas sob forma societária.

³⁴ GIULIANO GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello stato, Servizi pubblici e appalti*, 4, 2004, 701-728, 717 e 725; RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 317 e 345, por exemplo.

³⁵ Noutro lugar recorremos à ideia de “insuficiência do Direito privado” para encontrar, em alguns casos, o regime aplicável às empresas públicas; v. RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 232, 256. A expressão deve-se a ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y constitución*, 1997, que a pp. 245 ss. se dedicou à crítica da tese da “suficiência do Direito privado” na protecção de direitos fundamentais quando intervenha uma empresa pública.

O dado da personalidade jurídico-pública das E.P.E. permite, em nosso entender, aproximá-las decisivamente, no que aqui interessa, do regime jurídico estabelecido para outras duas categorias de pessoas colectivas públicas: os *institutos públicos* e as *entidades empresariais locais*.

No que diz respeito aos institutos públicos, a Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, veio trazer o reconhecimento expresso, nos artigos 16.º, n.º 2, alínea d), e 36.º, n.º 6, da responsabilidade do Estado pelas respectivas dívidas, em caso de insuficiência do património do instituto público. Com efeito, dispõe essa norma que “Os institutos públicos devem ser extintos (...) Quando o Estado tiver de cumprir obrigações assumidas pelos órgãos do instituto para as quais o respectivo património se revele insuficiente”. O n.º 6 do artigo 36.º, por seu turno, estabelece de forma absolutamente clara que “Pelas obrigações do instituto responde apenas o seu património, mas os credores, uma vez executada a integralidade do património do mesmo ou extinto o instituto público, poderão demandar o Estado para satisfação dos seus créditos”. Está assim estabelecido um sistema de responsabilidade *subsidiária* do Estado, ou seja, um sistema de responsabilidade dependente da prévia excussão dos bens do instituto público.

É sabido que as E.P.E. são expressamente afastadas do âmbito de aplicação da Lei n.º 3/2004, pelo artigo 3.º, n.º 3, do diploma, o que aliás se compreende, pois não teria qualquer sentido que a estrutura orgânica dos institutos públicos (matéria da qual se ocupa a Lei n.º 3/2004) fosse estendida às E.P.E.; um dos traços essenciais do regime das empresas públicas é a sua significativa margem de auto-organização³⁶.

Contudo, verificada a inexistência de uma norma específica que estabeleça o tipo de responsabilidade do Estado face às E.P.E., e assumindo, como assumimos, que *algum tipo de responsabilidade tem necessariamente de existir*, parece plenamente justificado estender às E.P.E., por aplicação analógica³⁷, aquelas normas da Lei n.º 3/2004, porque se trata, manifestamente, de normas cuja *ratio legis* não se limita aos institutos públicos, mas a *todas as pessoas colectivas públicas criadas e dominadas pelo Estado, onde domina o elemento institucional sobre o*

³⁶ V., no entanto, sobre o alcance do artigo 3.º deste diploma quanto à indirecta inclusão das empresas públicas na Administração indirecta do Estado, o que se diz em RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 200.

³⁷ Sobre a admissibilidade da analogia em Direito administrativo, veja-se o acórdão da 2.ª subsecção do Contencioso Administrativo do STA, de 05-Mar.-1991 (AZEVEDO DE BRITO), rec. 25742, disponível em www.dgsi.pt (sumário).

elemento pessoal, e que prosseguem de forma relativamente autónoma os fins daquele – ou seja, são normas dotadas de uma validade geral³⁸.

Comprovando essa mesma validade geral, a norma em questão teve, já depois da Lei n.º 3/2004, uma outra aplicação, que de forma ainda mais evidente justifica a sua extensão às E.P.E.. Falamos, claro, do artigo 44.º, n.º 2, da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro.

A Lei n.º 53-F/2006 aprovou o novo regime do sector empresarial local, aproximando-o claramente do modelo do Decreto-Lei n.º 558/99 para o sector empresarial do Estado³⁹: tal como acontece a nível estadual, cunhou-se agora a noção de *sector empresarial local* (artigo 2.º da Lei n.º 53-F/2006), de sentido equivalente ao de *sector empresarial do Estado*; tal como acontece a nível estadual, acolheu-se um conceito de empresa municipal que assenta numa “modalidade-tipo”, que é a empresa *sob forma privada (societária)*, mas também abrange as pessoas colectivas públicas de natureza empresarial, que aqui são designadas *entidades empresariais locais* (em clara consonância com a designação estadual das *entidades públicas empresariais*) – veja-se a quase total correspondência entre o artigo 3.º da Lei n.º 53-F/2006 e o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99.

O artigo 44.º, n.º 2, da Lei n.º 53-F/2006, veio então dispor o seguinte, num artigo epigrafado “Reestruturação, fusão, extinção e transformação”:

As entidades empresariais locais devem ser extintas quando a autarquia ou associação responsável pela sua constituição tiver de cumprir obrigações assumidas pelos órgãos da entidade empresarial local para as quais o respectivo património se revele insuficiente.

Como se verifica, a solução é a mesma que foi adoptada a propósito dos institutos públicos no artigo 16.º, n.º 2, alínea *d*), da Lei n.º 3/2004: uma regra de responsabilidade subsidiária das entidades que dominam a empresa municipal (ou intermunicipal), com imposição do dever de extinção⁴⁰.

Mais: a regra do artigo 44.º, n.º 2, da Lei n.º 53-F/2006 não é aplicável a todas as empresas municipais, mas *apenas àquelas que têm personalidade jurídico-pública*, que são as entidades empresariais locais, indiciando uma diferença clara de regimes (pois quanto às empresas municipais sob forma societária, coeren-

³⁸ RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 353.

³⁹ GONÇALVES, *Regime Jurídico ...*, 14.

⁴⁰ Sobre os contornos deste dever de extinção cf. GONÇALVES, *Regime Jurídico ...*, 253.

temente, parece que deve reger o regime de Direito privado, excepto se a sua aplicação concreta o afastar). É difícil não entender este esquema como plenamente ajustado ao sector empresarial do Estado, onde existe igualmente a distinção entre empresas públicas sob forma societária e E.P.E.; seria bizarro (do ponto de vista da coerência do sistema e do princípio da igualdade) que a nível municipal, o Estado, por diploma legal, estabelecesse uma determinada regra de responsabilidade subsidiária das autarquias pelas dívidas das suas *entidades empresariais locais*, e que depois não a aplicasse, a nível estadual, às *entidades públicas empresariais*, que no sector empresarial do Estado têm o papel equivalente às primeiras.

Parece que este último desenvolvimento (ao nível do sector empresarial local) contribui de forma decisiva para a defesa da aplicação, às relações do Estado com as entidades públicas empresariais, de uma regra de *responsabilidade subsidiária do património do Estado por dívidas das E.P.E., após a excussão do património destas últimas, e importando o dever de extinguir a empresa quando uma tal situação ocorra*.

Poderá parecer injustificado este dever de extinção, mas na realidade parece-nos inteiramente razoável. Com efeito, uma empresa que chega à situação descrita parece ser uma empresa sem qualquer viabilidade. Ora a viabilidade, no sentido de cobertura tendencial dos prejuízos pelos proventos, é, do ponto de vista da boa gestão, uma condição de existência de uma pessoa colectiva pública *empresarial*. Repare-se que a extinção da empresa (ou do instituto público, como vimos) não significa que o Estado (ou a autarquia local) fique impedido de continuar a exercer aquela actividade; significa apenas que deve exercê-la com um enquadramento institucional diferente, utilizando um serviço não personalizado ou um serviço personalizado de natureza administrativa (um instituto público), para sublinhar o carácter deficitário da actividade em questão, a responsabilidade directa do Estado (ou da autarquia) pelos prejuízos dessa actividade, e a vinculação a um regime com controlos jurídico-públicos adequados a essa actividade.

Além desta função, a regra em questão cumpre ainda uma outra, que é a de transmitir aos responsáveis da empresa ou instituto uma ideia de assunção limitada de risco. Reconhece-se hoje que um dos motivos da ineficiência da Administração Pública é a ausência da noção de risco. Essencial, mesmo na Administração Pública, é pois a noção das consequências negativas da ineficiência: a noção de risco induz a eficiência.

3. A responsabilidade do Estado e das autarquias por dívidas das suas empresas face ao Direito da União Europeia

3.1. Pode com pertinência questionar-se se a conclusão a que chegámos (quer quanto às E.P.E., quer quanto às E.E.L.⁴¹) é conforme com o Direito da União Europeia, em concreto no que diz respeito ao cumprimento do Direito da União Europeia em matéria de auxílios de Estado e da igualdade entre empresas públicas e privadas. Esta questão tem sido colocada em Direitos de outros Estados-membros onde se colocam questões semelhantes ao nosso⁴²; na verdade, não passa despercebida a especial delicadeza das relações entre o Estado e as suas empresas do ponto de vista da susceptibilidade de outorga de auxílios de Estado ilegais, que está mesmo na base de um regime especial de transparência nas respectivas relações financeiras⁴³.

De acordo com o artigo 87.º (anterior artigo 90.º) do Tratado das Comunidades Europeias (TCE) e a interpretação que lhe tem sido dada, sobretudo nas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, um auxílio de estado existe quando estiverem verificados os seguintes elementos: (i) a atribuição de uma *vantagem* a uma empresa, independentemente da forma da sua concessão; (ii) o carácter *selectivo* da vantagem atribuída; (iii) o *efeito anti-concor-*

⁴¹ A dúvida também poderá colocar-se face às empresas públicas que revistam a forma de sociedades comerciais de capitais exclusivamente públicos, quer do sector empresarial do Estado, quer do sector empresarial regional, quer do sector empresarial local, pois para essas, em nosso entender, rege o artigo 501.º do CSC, não se justificando bloquear a remissão operada pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 558/99. Defendendo, para o Direito espanhol, que também não se justificam diferenças, neste ponto, entre os grupos de sociedades públicas e os grupos de sociedades privados, v. MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, 208, sem no entanto esquecer que a Autora defende essa posição no contexto do Direito espanhol, onde não existe uma regra com a abrangência da do artigo 501.º CSC, regra da qual, depreende-se, a mesma Autora discordaria (sobretudo, 209).

Respeitando a delimitação que fizemos neste trabalho, no texto trataremos apenas da questão relativa às empresas públicas com personalidade colectiva pública: E.P.E. e E.E.L.

⁴² V. a referência em GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche ...*, 718. Vejam-se também as Decisões da Comissão 94/259/CECA, de 12-Abr.-1994, relativa ao auxílio estatal a conceder pela Itália às empresas siderúrgicas do sector público (grupo siderúrgico ILVA), *Jornal Oficial*, n.º L 112 de 3-Mai.-1994; e 95/524/CE, de 7-Jun.-1995, relativa aos auxílios concedidos pelo Estado italiano à sociedade Iritecna SpA, *Jornal Oficial*, n.º L 300 de 13-Dez.-1995.

⁴³ MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, 211. Esse regime consta hoje da Directiva n.º 2006/111, de 16 de Novembro.

rencial da medida; (iv) a *afecção do comércio intra-comunitário*; (v) a *origem estadual* dos fundos que constituem a vantagem⁴⁴.

Por atribuição de vantagem entende-se a atribuição de uma vantagem *gratuita*, isto é, que não corresponde a uma contraprestação de qualquer actividade realizada pela entidade que recebe a vantagem; acresce que essa vantagem terá de resultar de fundos públicos e de ser imputável ao Estado; finalmente, é de referir que é indiferente qual o modo concreto em que se concretiza a vantagem (atribuição de um subsídio, concessão de crédito, isenção de pagamentos devidos por outras empresas na mesma situação, por exemplo), podendo a vantagem concretizar-se através de condutas passivas ou omissivas, como a perda de receitas públicas⁴⁵, e também que basta o carácter *potencial* da vantagem para que se esteja perante um auxílio de Estado.

O carácter *selectivo* da vantagem espelha a necessidade de se estar perante uma medida que não tenha eficácia geral; por outras palavras, exige-se que a medida *beneficie particularmente* uma determinada empresa, ou um determinado sector produtivo. A construção de infra-estruturas rodoviárias pelo Estado, por exemplo, beneficia múltiplas empresas, mas nem por isso é um auxílio de Estado (em princípio). É importante, contudo, distinguir as medidas de política económica geral, que não são auxílios de Estado, das *ajudas de carácter geral*, que apesar de aparentemente dotadas de generalidade, beneficiam de forma diferenciada certos sectores produtivos ou regiões. Embora não seja por vezes fácil aplicar o critério, para que uma medida seja apenas de política económica geral, e não constitua auxílio de Estado, é em princípio necessário que beneficie a economia do Estado-membro, bem como o seu território, de modo *uniforme*⁴⁶; se a medida for “susceptível de favorecer «certas empresas ou certas produções» relativamente a outras que se encontrem, na perspectiva do objectivo prosseguido pelo referido regime, numa situação factual e jurídica comparável” (acórdão TJCE de 22.06.2006, já citado), a medida é selectiva.

⁴⁴ MANUEL MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 2002, 52 ss.. Na jurisprudência, por exemplo, acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 22-Jun.-2006, *Comissão c. Bélgica e outro*, processos apensos C-182/03 e C-217/03; e de 1-Jul.-2008, *Chronopost SA e outros*, processos apensos 341/06P e 342/06P, disponíveis em www.curia.eu.int. V. ainda o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7-Jun.-2006, proc. T-613/97, também disponível no mesmo local.

⁴⁵ MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, 217; Acórdão do TJCE de 22-Jun.-2006 (n.ºs 86 e ss).

⁴⁶ MARTINS, *Auxílios de Estado ...*, 70 e ss.

A medida, para ser qualificada como auxílio de Estado, deve ter um efeito anti-concorrencial, ou seja, ser apta a colocar efectivamente a(s) entidade(s) que beneficie(m) de auxílio numa posição mais favorável em relação às entidades com as quais concorrem num mesmo mercado. Este elemento do conceito de auxílio tem autonomia porquanto é possível equacionar situações em que um auxílio não consiga conferir a uma empresa essa posição de vantagem efectiva que distorce a concorrência⁴⁷, embora em decisões recentes surja analisado conjuntamente com o requisito da afectação do comércio intra-comunitário (acórdão TJCE de 22.06.2006, por exemplo).

A medida deve afectar (efectiva ou potencialmente) o comércio intra-comunitário (mesmo que não seja esse o seu objectivo: releva aquilo a que já se chamou a “afectação-efeito”, não a “afectação-finalidade”⁴⁸). Pode dizer-se que afectar o comércio é “(...) influenciar de forma directa ou indirecta os fluxos comerciais de um dado produto entre os Estados-membros”⁴⁹. Essencial é que o equilíbrio de forças, as posições relativas das entidades que concorrem num certo mercado (o mercado da prestação de serviços de segurança, o mercado do fornecimento de veículos automóveis, etc.), sejam alterados por força do auxílio; que este torne mais difícil aos concorrentes comunitários da(s) empresa(s) beneficiária(s) do auxílio exercerem essa concorrência no mercado do Estado-membro que concede o auxílio. Desta forma, é decisivo *conhecer o mercado* no qual actua a entidade beneficiária, e a realidade desta, mais do que olhar ao valor quantitativo do auxílio⁵⁰. À partida, qualquer auxílio num mercado concorrencial, onde actuem empresas multinacionais de vários Estados-membros, permitirá considerar preenchido o requisito⁵¹.

Por último, a atribuição da vantagem deve ser imputável ao Estado e decorrer de fundos públicos; entendido o Estado aqui, como é comum no Direito da União Europeia, de forma bastante ampla, incluindo os chamados *poderes públicos* e outras entidades de mão pública (como institutos públicos ou mesmo empresas públicas).

3.2. Analisando os elementos do conceito de auxílio de Estado a nível do Direito comunitário, verifica-se, em nosso entender, que *é tendencialmente de*

⁴⁷ MARTINS, *Auxílios de Estado ...*, 84.

⁴⁸ MARTINS, *Auxílios de Estado ...*, 86.

⁴⁹ MARTINS, *Auxílios de Estado ...*, 88.

⁵⁰ MARTINS, *Auxílios de Estado ...*, 87.

⁵¹ V. acórdão TJCE de 22-Jun.-2006, já citado.

afastar a sua aplicação à regra da responsabilidade subsidiária do Estado e das autarquias pelas dívidas das E.P.E. e das E.E.L., respectivamente.

Com efeito, parecem-nos desde logo manifestamente não verificados os requisitos da existência de um efeito anti-concorrencial e da afectação do comércio intra-comunitário por esta regra, *sempre que aconteça, como é de regra, que a empresa pública disponha de um direito legitimamente atribuído de levar a cabo, em regime de exclusivo, uma actividade de interesse geral.* Assim, por exemplo, todos os hospitais organizados sob a forma de E.P.E. dispõem do exclusivo de actuar como estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde; diversas E.P.E. do sector das infra-estruturas (CP, REFER) beneficiam do direito, conferido por lei, de explorar através de concessão serviços de interesse económico geral (o serviço público de transporte ferroviário e o serviço público de gestão e disponibilização da rede ferroviária de transportes, respectivamente). Trata-se, nesses casos, das únicas empresas que, de acordo com o Direito português (cuja conformidade com o Direito comunitário não tem sido contestada), podem levar a cabo tais actividades; não têm, por isso, quaisquer concorrentes naqueles que são os seus “mercados” de actuação. Não seria adequado afirmar que esta regra de responsabilidade do Estado confere às E.P.E. uma posição relativa superior à das demais empresas do sector, porque *essas demais empresas concorrem num mercado diferente: o mercado não abrangido pelos direitos exclusivamente atribuídos àquelas empresas públicas.* Tudo o que vem de ser dito pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, às E.E.L.

O teste decisivo para a nossa posição é este: imaginando que a regra em questão (da responsabilidade do Estado ou das autarquias por dívidas das E.P.E. ou das E.E.L.) era revogada, os mercados que em Portugal se encontram ocupados por E.P.E. que têm exclusivos de actuação manter-se-iam inalterados, e as E.P.E. manter-se-iam em funcionamento enquanto concessionárias ou afectatárias dos serviços de interesse geral que lhes estão atribuídos, e isso enquanto durassem os direitos legalmente atribuídos a essas empresas, pois a opção de base permaneceria inalterada: o Estado manteria o controlo destas actividades, assume essas tarefas como suas, num duplo sentido: porque mantém o controlo através de concessão de um direito exclusivo, e porque atribui esse direito a uma única entidade: a E.P.E.⁵² A regra da responsabilidade do Estado por dívidas das E.P.E. não beneficia nem prejudica essas empresas face aos seus concorrentes, porque no cumprimento do seu objecto, que não é social mas *esta-*

⁵² Evidentemente, não cabe aqui discutir a conformidade dessa opção de base com o Direito Comunitário.

tutário, as E.P.E. não têm (legalmente, *não podem ter*) concorrentes. Por essa razão é que o artigo 86.º, n.º 2, do TCE confere um especial tratamento às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que explorem monopólios fiscais, dispensando-as das regras da concorrência, como é o caso das regras sobre auxílios de Estado.

3.3. Não se ignora, no entanto, que têm existido posições tendentes a considerar como auxílio de Estado indevido uma regra que preveja a responsabilidade ilimitada do Estado por dívidas de uma empresa.

Tais posições partem de uma perspectiva segundo a qual essa regra teria o efeito de uma garantia (equiparável à fiança) sem contrapartida adequada ou mesmo sem qualquer contrapartida paga pela empresa ao Estado; situação que, afirma-se, não se encontraria no mercado privado de capitais. De acordo com esta perspectiva, uma tal assunção de responsabilidade sem contrapartidas adequadas não se encontraria no mercado privado; por essa razão, ao fornecer o seu património como garantia implícita das dívidas de outrem, o Estado está a beneficiar uma entidade que de outra forma não se conseguiria financiar e por isso está potencialmente a prolongar, de forma artificial, a actividade dessa empresa no mercado. Recorda-se, em abono desta conclusão, uma afirmação irrefutável: a atribuição de garantias em condições mais favoráveis do que as fornecidas pelo mercado constitui uma das formas possíveis de auxílio de Estado, que aqui estaria presente. Em síntese, o Estado, em tais casos, não se comportaria como um *investidor privado em economia de mercado*, ou como um *investidor privado prudente*, o que significa que concederia, de forma ilegítima, um auxílio de Estado à(s) empresa(s) em questão.

Como se deixou antever, não concordamos com esta forma de ver o problema. Não concordamos, em primeiro lugar, com a utilização do critério chamado do “investidor privado prudente”, da forma como ele tem sido interpretado; mas, em segundo lugar, e decisivamente, *nem mesmo adoptando o critério do “investidor privado prudente” entendemos que haja qualquer actuação ilegítima do Estado*, pois consideramos que a utilização desse critério, *se se tomar como base a actuação dos reais investidores privados prudentes*, permite perceber que o Estado, ao criar e manter empresas de cujo capital é o único titular, não se distancia da prática de muitos e muitos agentes económicos privados.

A Comissão Europeia e a jurisprudência comunitária têm utilizado o critério do investidor privado prudente como forma de discernir, na tomada de participações sociais pelo Estado, na injeção de capitais públicos em empresas públicas e em geral na relação entre o Estado e as empresas por si participadas ou dominadas, aquilo que é o exercício legítimo dos poderes do “Estado-

-accionista” daquilo que já é, pelo contrário, a atribuição de verdadeiros auxílios de Estado desconformes com o Direito Comunitário.

Pode afirmar-se, de acordo com a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça, que as empresas públicas, quando acumulem essa qualidade com a exploração de um serviço de interesse económico geral, podem receber do Estado, em abstracto, quatro tipos de benefícios patrimoniais, com regimes diferenciados:

- a) O primeiro corresponde à contraprestação recebida pela empresa pela realização de prestações que não consubstanciam o cumprimento de obrigações de serviço público, e aí existe pura e simplesmente o pagamento de um preço de mercado; aqui, obviamente, não há violação do Direito comunitário.
- b) O segundo corresponde à contraprestação recebida pela empresa pelo cumprimento de obrigações de serviço público, traduzida em indemnizações compensatórias por essa parcela da actividade da empresa; aqui, também não existe violação do Direito comunitário.
- c) O terceiro corresponde às prestações (aquisição de participações sociais, subscrição de aumentos de capital, suprimentos e análogas) que decorrem do exercício pelo Estado da sua função de detentor do capital de uma empresa, e como tal interessado na sua subsistência; aqui, não há violação do Direito comunitário *desde que o Estado, na atribuição destas prestações, se comporte como um investidor privado prudente*;
- d) O quarto corresponde às vantagens atribuídas pelo Estado *que não se enquadrem nos três tipos anteriores*, e que constituem, por isso, auxílios de Estado ilegais, em violação do Direito comunitário.

Esta análise feita pelas instituições comunitárias é rigorosa, e pode significar que, por exemplo, seja qualificada como auxílio de Estado parte do montante que o Estado designe como compensação por obrigações de serviço público, *se se concluir que esse montante excede aquilo que seria necessário, do ponto de vista económico, para compensar essa obrigação de serviço público*; aí, o excesso será tratado como auxílio de Estado ilegal⁵³; ou mesmo que seja auxílio de Estado

⁵³ ANDREA BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale, Servizi Pubblici e appalti*, 2, 2004, 231-246, sobretudo 234 e ss.. Na jurisprudência do TJCE veja-se o acórdão de 24-Jul.-2003, *Altmark*, processo C-280/00, disponível em www.curia.eu.int, e o acórdão de 01-Jul.-2008, *Chronopost SA*, já citado.

um simples aumento de capital, se realizado fora daquilo que seria a conduta de um investidor privado nas mesmas condições⁵⁴.

O mesmo acontece com a aquisição de capital duma empresa pelo Estado, ou com a conversão de créditos em capital: se o Estado, aí, não se comportar como um investidor privado prudente, isto é, se não for possível divisar na sua actuação um objectivo de remuneração do capital investido que seja compatível com o que seria a actuação, em condições semelhantes, de um investidor privado que fizesse o mesmo investimento, teremos um auxílio de Estado, cujo valor se calcula pelo “diferencial entre as condições em que o Estado atribuiu os fundos a essa empresa e as condições em que seriam atribuídos fundos a uma empresa privada de dimensão semelhante, por um investidor privado operando em condições normais de mercado”⁵⁵.

Como acima se disse, não concordamos com a utilização do critério do investidor privado prudente, pelo menos do modo como esse critério tem sido utilizado: é demasiado restritivo por não dar atenção às motivações particulares que o Estado legitimamente tem ao intervir numa empresa (por exemplo, a concepção de retorno *a longo prazo* será necessariamente distinta no Estado e num grupo económico), e sobretudo é incoerente, já que aquilo que se exige ao Estado – que se comporte como um investidor privado prudente – não se exige, nem se controla, nos investimentos realizados por privados⁵⁶, que podem justificar-se por motivos alheios aos puramente económicos ou contabilísticos⁵⁷. A utilização desse critério é hoje um dado adquirido na jurisprudência comunitária⁵⁸, pelo que há que ter em conta a sua aplicação; no entanto, também há que salientar que colocações mais recentes parecem ter vindo a atenuar o rigor do carácter crescentemente *automático* com que, de forma preocupante, se vinha associando a forma da empresa pública com a percepção de auxílios de Estado indevidos; esses desenvolvimentos mais recentes sublinham,

⁵⁴ MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, 214.

⁵⁵ Cf. MARTINS, *Auxílios de Estado ...*, 176-177.

⁵⁶ Cf. MARTINS, *Auxílios de Estado ...*, 178 ss.

⁵⁷ Numa perspectiva um pouco diversa, mas com a mesma conclusão essencial, v. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A “business judgment rule” no quadro dos deveres gerais dos administradores, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III (Vária), 2007, 207-248, *maxime* 222 ss..

⁵⁸ Recentemente, veja-se um exemplo da aplicação do critério no acórdão do TJCE de 01-Jul.-2008, *Chronopost SA*, proferido pela Grande Secção do Tribunal. O Tribunal considerou correcta a aplicação, a certos investimentos feitos pela empresa pública francesa *La Poste* numa empresa por si controlada (a *SMFI-Chronopost*), da taxa de rendimento interno (TRI) praticada no mercado privado.

e bem, que ao exigir-se ao Estado, na relação com as suas empresas, mais do que se exige nas relações entre grupos de empresas privadas, poderá pôr-se em causa o fundamental princípio de neutralidade da União Europeia face à utilização, pelos Estados Membros, das formas empresariais (previsto no artigo 295.º do Tratado CE), ao *penalizar* os Estados por esse modo de organização da sua intervenção na sociedade⁵⁹.

Acresce ao que já se disse que mesmo aplicando o critério do investidor privado prudente no caso que nos ocupa, afastamos a existência de um auxílio de Estado na manutenção da regra da responsabilidade subsidiária ilimitada do Estado por dívidas das suas empresas. O argumento decisivo é o seguinte: como se comprova pela intensa utilização, na prática societária portuguesa (e não só) do mecanismo da relação de grupo entre sociedades através do domínio total, os investidores privados, ao contrário do que parece ser entendido pela Comissão Europeia, assumem em numerosos casos uma responsabilidade ilimitada por dívidas da sociedade dependente (que, como se viu, nem sequer é subsidiária, mas *solidária*, após 30 dias de mora no cumprimento pela sociedade dominada). Ao contrário do que também parece ser entendido pela Comissão, isso nem sempre está associado a uma remuneração: as sociedades que detêm a totalidade do capital de uma outra fazem-no muitas vezes apenas por considerarem que a responsabilidade unitária com essa empresa é compensada por ganhos de eficiência na afectação de tarefas entre os membros do grupo de empresas, por benefícios fiscais decorrentes do local onde a empresa dominada está sediada, por ganhos de imagem decorrentes da presença num determinado mercado, ou simplesmente pela agilização dos procedimentos internos da empresa que sem dúvida resulta da unipessoalidade. Numa palavra: não pode afirmar-se que a articulação da presença no capital de uma empresa pública com a regra da responsabilidade ilimitada das entidades públicas pelas dívidas das suas empresas contraria uma lógica de actuação como um investidor privado, quando se demonstra que os investidores privados recorrem a essa técnica de um modo perfeitamente consolidado, nem sempre com vista a ganhos estritamente financeiros.

Por outro lado, pensamos que a feição particular do regime aplicável às E.P.E. nas suas relações com o Estado, nesta matéria, permite dizer que o Estado não se está a comportar ao arrepio do que faria um investidor privado prudente. Dizemos isto pelo seguinte: como resulta do regime acima descrito, se o Estado tiver de cumprir obrigações de uma E.P.E. para cujo cumprimento o patri-

⁵⁹ MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, 215-216.

mónio desta última for insuficiente, fica obrigado a extingui-la. Esta regra é totalmente tributária de uma visão norteada pela racionalidade económica, e pretende *evitar*, e não fomentar, a manutenção artificial de empresas ineficientes em funcionamento⁶⁰. Se a empresa não se afigura como viável – e o funcionamento desta responsabilidade é um forte indício disso mesmo – o Estado está obrigado a fazer uma *contenção de prejuízos*, evitando que a empresa continue a ser simplesmente um sorvedouro de recursos. Este esquema não tem, crê-se, uma diferença essencial face ao critério que orientaria um investidor privado prudente que fosse accionista único de uma empresa: colocado perante a evidência do carácter deficitário e não sustentável de uma empresa do grupo, uma das opções racionais seria sem dúvida a de dissolver essa empresa.

Fazemos, apesar de tudo, uma ressalva: a análise da existência, ou não, de um auxílio de Estado na assunção de responsabilidade subsidiária ilimitada só pode com rigor ser feita *analizando o caso concreto de cada empresa pública relativamente à qual seja assumida essa responsabilidade*. Pode dar-se o caso, por exemplo, de sob qualquer ponto de vista, uma actividade ser tão ruínosa e arriscada que o simples facto da assunção de responsabilidade ilimitada poderá ser considerado como um comportamento puramente irracional do ponto de vista económico. Nesse caso, será de equacionar a aplicação aqui do regime dos auxílios de Estado; aliás, nesse caso, também se deveria questionar a validade jurídica da própria decisão de criar uma empresa que se apresenta, à partida, como absolutamente inviável: é que, como já se entendeu, essa decisão constituiria sem dúvida uma violação do princípio do interesse público e do seu corolário da boa gestão, da economia, da eficiência e da eficácia na utilização dos recursos públicos⁶¹.

4. Nota final

Não cessamos de encontrar dificuldades, contradições e perplexidades geradas pela utilização, pelas entidades públicas, da figura da empresa pública (e designadamente da entidade pública empresarial, que congrega as duas carac-

⁶⁰ Cf. o n.º 2.1.1 da Comunicação da Comissão relativa à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios estatais sob forma de garantias (2000/C71/07), publicada no JOCE C-71, de 11-Mar.-2000: a manutenção artificial de empresas que, sem o auxílio, seriam dissolvidas ou reestruturadas é uma distorção da concorrência.

⁶¹ Sobre esta questão, v. RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 21 e ss., 42 e nota 85, por exemplo.

terísticas, sempre difíceis de conciliar, de ser pessoa colectiva pública e simultaneamente, empresa). A clareza do regime jurídico da empresa pública em Portugal ressen-te-se, no fundo, da diversidade de fins e de meios que presidem à sua utilização: a empresa pública, hoje, tanto é meio de organização de serviços indubitavelmente públicos, garantidos pela Constituição (como acontece com os hospitais do SNS), como instrumento de manutenção da presença pública em sectores fundamentais, mas plenamente liberalizados, da economia (como acontece com a Caixa Geral de Depósitos) e ainda aparece, de forma surpreendente, como consequência de medidas de preservação da sustentabilidade de sectores da economia em tempo de crise (como sucedeu recentemente, com a nacionalização do Banco Português de Negócios⁶²).

A conclusão essencial que resulta do nosso estudo é esta: em nosso entender, o Estado é responsável subsidiariamente, após a excussão do património das E.P.E., pelas dívidas destas entidades, por aplicação analógica dos artigos 16.º, n.º 2, alínea *d*) e 36.º, n.º 6, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, e do artigo 44.º, n.º 2, da Lei n.º 53-F/2006, que consagram um regime (apenas) semelhante ao do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais.

Contudo, esta conclusão traz dificuldades de tomo. O extremo rigor colocado pelas instâncias comunitárias na apreciação da existência de auxílios de Estado ilegais, e o aperfeiçoamento técnico do conceito de auxílio de Estado – que permite integrar nesse conceito realidades que não pressupõem uma entrada directa de capital estatal, mas podem resumir-se a simples compromissos de fazer essa entrada, em situações de crise da empresa – levantam dúvidas acerca da compatibilidade desta situação com o Direito comunitário. No entanto, em última análise, ela parece-nos de manter e reafirmar, pelos motivos acima apontados, que não escondem uma *radical impossibilidade de submeter inteiramente a actuação do Estado-empresário à lógica de actuação de um investidor privado*, como sempre temos vindo a defender.

⁶² Objecto de análise, com o novo regime jurídico da apropriação pública por via de nacionalização, em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da nacionalização do BPN*, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (1), 2009, 57-91.