



A ECONOMIA SOCIAL e CIVIL: ESTUDOS

COORDENAÇÃO
João Carlos Loureiro
Suzana Tavares da Silva



SPES

Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

SPES - Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

PRINT BY

CreateSpace

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN

978-989-26-1422-9

ISBN DIGITAL

978-989-26-1423-6

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1423-6>

DEPÓSITO LEGAL

390373/15

A ECONOMIA SOCIAL e CIVIL

ESTUDOS

COORDENAÇÃO
João Carlos Loureiro
Suzana Tavares da Silva

vol.º1 | 2017

(Página deixada propositadamente em branco)

SOCIALIDADE(S) EM ESTUDO(S): UMA COLECÇÃO E UM LIVRO

Brevíssima nota introdutória

João Carlos Loureiro

Suzana Tavares da Silva

Com esta obra, o Projecto SPES – Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social, inserido no Grupo Crise, Sustentabilidade e Cidadanias, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dá mais um passo na tarefa de promover uma reflexão de qualidade na sua área de investigação. O lançamento desta nova série permite alargar o círculo dos destinatários interessados em pensar, em registo inter- e intradisciplinar, temas como a socialidade, a economia social e civil, a(s) pobreza(s), a exclusão social, sem que a lista seja exaustiva. Neste português que há muito se globalizou, que integra a segunda maior comunidade mundial de leitores, onde se encontram os que cruzam palavras das línguas de Camões, Cervantes e Dante, procuraremos aprofundar caminhos de antigas e novas socialidades. Não descuraremos os momentos da grande teoria, numa dialógica abertura a saberes como a so-

ciologia, a economia, a teoria política, a história, a demografia; mas também não ignoraremos as exigências de uma dogmática capaz de apresentar adequadas chaves de leitura dos textos normativos. Não esqueceremos as práticas de uma socialidade que se diz no plural, numa multiplicidade de instituições e rostos: não por acaso, nesta linha de convocação da(s) prática(s), convidámos para os primeiros seminários representantes de um conjunto de instituições, da Caritas à União das Misericórdias Portuguesas, passando pela Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES) e pela Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade. Também a Fundação Montepio que, generosamente, tornou possível a edição dos dois primeiros volumes desta colecção (este e *Economia Social e Civil: Estudos de Fiscalidade*, coordenado por Suzana Tavares da Silva, que reúne contributos de estudantes de Mestrado, envolvidos no Projecto), ao patrocinar os Seminários *A economia social e civil: um retrato prático e perspectivas teóricas: que caminhos de futuro?* e *A economia social e civil: enquadramento normativo e dimensões praxiológicas*, que estão na base deste livro.

Já depois destas sessões lançámo-nos um Programa de Doutoramento em Direito Público que tem como mote *Pobreza, Constituição e Estado social*. Contribuir para superar défices de reflexão na área – a sua pobreza no sentido mais negativo da expressão – impõe que se ultrapasse a mera gestão de um quotidiano marcado pela superficialidade acrítica e se privilegie a abertura a um tempo longo, que, num primeiro momento, se diz no quadro do Horizonte 2020, sem nele se esgotar.

O percurso começa, pela mão de João Carlos Loureiro, com uma curta explicação da génese e natureza do projeto e das etapas então esboçadas, procedendo-se também a uma brevíssima cartografia conceitual em termos de economia social e civil.

José Carlos Vieira de Andrade considera *O papel do Estado na sociedade e na socialidade*. Em sede de Introdução (I), traça a rota do Estado social, cujas raízes situa no século XIX, contrapondo duas leituras ideológicas, que sustentam visões distintas dos direitos económicos, sociais e culturais: o socialismo

colectivista e as concepções democráticas e pluralistas, onde convergem a social-democracia e a democracia cristã. Mas este quadro pluralista também acolhe, quer perspectivas que privilegiam uma “conceção burocrática do Estado social” e o valor da igualdade, quer olhares centrados numa “conceção ‘solidarista’ ou subsidiária do Estado social”, que fazem da fraternidade mote da ação. A partir deste quadro teórico, Vieira de Andrade propõe uma viagem pelo Estado Social em Portugal, focando a sua análise na Constituição de 1976, para equacionar depois alguns desafios sociais que marcam a nossa contemporaneidade (II) e obrigam a repensar soluções, atentos à realidade (*vg.*, endividamento, envelhecimento). No percurso, propõe ainda duas etapas mais na reflexão: “uma concepção realista e solidária dos direitos fundamentais sociais” (III) e a “solução do Estado social como solução nacional” (IV).

Partindo de uma apresentação de Paulo Chitas, alicerçada numa obra também com a assinatura de Maria João Valente Rosa (*Portugal e a Europa: os números*, Lisboa, 2013), no quadro de uma análise da PORDATA, Francisco Sarsfield Cabral assina um *Comentário aos dados da socialidade em Portugal e na União Europeia*. Em sete pontos, percorre aspectos como a emigração e o crescimento económico na década de 60, bem como a existência de uma significativa poupança numa sociedade com níveis elevados de pobreza; a sustentabilidade financeira e a quebra de natalidade, com o seu impacto na socialidade; a debilidade da sociedade civil e o descrédito dos políticos e da política; a relevante dívida privada e a chaga da corrupção; os desequilíbrios entre o litoral e o interior; a diferença entre esta crise e anteriores; a globalização, a revolução tecnológica e as desigualdades.

Miguel Morgado, em registo marcado pela história das ideias, propõe-nos um ensaio sobre *Socialidade e civilidade: a utilidade de uma distinção*. Sublinhando que a *civilitas* é mais antiga do que a *socialitas*, contrapõe a primeira à barbárie, sublinhando a sua conexão com a vida boa. Quanto à socialidade, atribui a Pufendorf a paternidade da primeira grande reflexão sobre ela, situando-a, contrariamente à civilidade, no território pré-políti-

co, no estado de natureza. Advertindo para os perigos de uma redutora articulação socialidade/privado e civilidade/público, enlaça, por um lado, civilidade e patriotismo, e, por outro, socialidade e solidariedade. Ao fechar do texto, depois de convocar Montesquieu, acaba por esboçar uma aproximação possível entre socialidade e civilidade.

Ana Raquel Moniz, num texto intitulado *Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade*, apresenta *Esboços de um retrato jurisprudencial*, procedendo a uma interessante e estimulante articulação da teoria e dogmáticas constitucionais com um conjunto de arestos do Tribunal Constitucional. Não fazendo tábua rasa dos desafios trazidos pela crise, especialmente no plano da socialidade e do seu tratamento jurídico, sublinha os perigos de os juízes se deixarem tentar por uma “racionalidade estratégica”, que transmute ilegítimamente a natureza das suas decisões. No seu percurso, não deixa de considerar tópicos como dignidade humana, sustentabilidade, Estado social, socialidade, fraternidade e cidadania responsável. No mergulho jurisprudencial ensaiado, privilegia o período entre 2010 e 2014, convocando, *inter alia*, princípios como a proteção da confiança, a proibição do excesso e a igualdade, sem esquecer questões como o núcleo essencial ou conteúdo mínimo dos direitos sociais e a chamada proibição do retrocesso social.

José Casalta Nabais lança uma questão-directora: *Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado?* Começa por traçar o percurso evolutivo do financiamento estadual, analisando as diversas opções que se têm colocado em particular entre taxas e impostos, e culmina na crítica ao que denomina como duplicação do Estado fiscal. Segue-se a análise dos problemas da fiscalidade no séc. XXI, com especial ênfase para o adensar das exigências de financiamento que actualmente recaem sobre o sistema fiscal, como consequência directa das normas do Pacto de Estabilidade e Crescimento e da sua recente evolução para Tratado Orçamental, e que consubstanciam não raras vezes problemas de equidade fiscal intra- e intergeracional em decorrência de fenómenos como a erosão da base tributável e a concorrência fiscal internacional.

Maria Elizabete Gomes Ramos estuda *A gestão democrática das cooperativas*, centrando a sua atenção em alguns dos mais pertinentes problemas que caracterizam a *corporate governance* destas instituições. Partindo da essencialidade do princípio da gestão democrática, percorre os poderes dos diversos órgãos deste segundo actor mais importante da economia social em Portugal, sem esquecer as questões relativas aos directores de facto, aos deveres de lealdade e de cuidado dos dirigentes e gestores e da fiscalização da gestão. O texto trata ainda aliciantes problemas referentes à responsabilidade civil pela administração da cooperativa, desde a tradicional questão dogmática da culpa até à aplicação da *ação ut singuli* neste domínio e culmina com notas reflexivas sobre a identidade cooperativa e os desafios próximos.

Deolinda Aparício Meira propõe-se analisar *A governação da economia social*, tomando como ponto de partida a Lei de Bases da Economia Social (Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio). Procurando recortar o conceito a partir da sua dimensão jurídico-constitucional e de uma visão panorâmica do universo subjectivo que lhe dá corpo, não deixa de curar ainda dos princípios conformadores desta área da economia e do respectivo impacto na governação das entidades que o integram. Uma análise que não esquece notas de actualidade, como a relevância do princípio da transparência.

A fechar, Ana Paula Quelhas erige como tema *O financiamento da economia social*. Após a apresentação do panorama internacional das diversas fontes de financiamento da economia social, onde o financiamento público assume um destaque particular, o texto centra-se no problema da sustentabilidade, alertando para a necessidade de diversificação das fontes do financiamento. Somos ainda enriquecidos pela apresentação da realidade nacional, com destaque para os casos mais relevantes, e pelas reflexões sobre as vias de eficiência que podem ser trilhadas a partir da hibridização e do empreendedorismo social.

Em tempos qualificados de líquidos (Bauman), pós-modernos (Lyotard), pós-democráticos (Crouch), numa “idade de austeridade”, vêm-nos à memória palavras de Kierkegaard:

“O barco está nas mãos do cozinheiro de bordo. E o que o altifalante transmite já não é a rota, mas o que comemos amanhã”¹.

Por nós, não desistiremos de articular a questão da refeição de hoje e de amanhã, o combate sério às pobreza e exclusões, que marcam dramaticamente (tragicamente, em muitos casos, tragicamente) o destino de milhões, com a procura do sentido e da natureza da socialidade, recusando a prisão de cartilhas ideológicas, cegas perante a realidade e as pessoas concretas.

Pois “não há melhor resposta que o espetáculo da vida, vê-la desfiar seu fio, que também se chama vida” (João Cabral de Melo Neto²).

¹ *Diário Apud* Gianfranco RAVASI, *Roteiro dos navegantes: as respostas da fé*, Cascais, 2014, p. 12.

² “Morte e vida severina”, in: *Novas seletas: João Cabral de Melo Neto*, Rio de Janeiro, 2002, p. 100

SPES – SOCIALIDADE, POBREZA(S) E EXCLUSÃO SOCIAL

PROJETO, MEMÓRIA E CONCRETIZAÇÕES:
LINHAS DE APRESENTAÇÃO

*João Carlos Loureiro**

1. Primeiro, agradecer

A palavra primeira – também a palavra última – é agradecer. Um projeto e seminários não se podem realizar sem indispensáveis cooperações. Pretendendo ser espaço de diálogo, permitam-me que comece por agradecer a todos os que hoje nos honram e privilegiam com a sua presença. Palavras que, para além dos outros participantes, se dirigem, desde logo, aos palestrantes – aos que, para tomarmos a sério a memória grega, exercitam a retórica em diferentes registos comunicativos, a que poderão não faltar elementos polémicos. Com efeito, palestra é termo que, na matriz helénica, designa espaço de jogo e de retórica. Palavra de agradecimento que se estende aos moderadores, convocados para introduzir palestrantes e temas e coordenar debates. Agradecimento que, permitam-me todos,

* Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

particularize em termos institucionais. Se é verdade que, na lógica das coisas, o natural é que os homens passem e as instituições fiquem, também não é menos certo que as instituições, na sua maior ou menor visibilidade, dependem de rostos que as incarnem. Assim, fica aqui público agradecimento: ao Investigador Principal do Grupo, Senhor Doutor José Carlos Vieira de Andrade, pelo estimulante apoio ao projeto; ao Senhor Presidente do Instituto Jurídico, Doutor Rui Moura Ramos, que, rompendo atavismos e desânimos, tem ajudado a pôr de pé este empreendimento, continuação, por outros modos, da arte de investigar, e reconstituição de instituição criada em 1911; dar ainda conta, em agradecido registo, do pronto acolhimento da iniciativa pelo Diretor da Escola, Senhor Doutor António dos Santos Justo.

Mesmo que não se acompanhe, em tese, a obra de Carol Gilligan¹, que faz do cuidado (no caso, em termos de ética) uma nota diferenciadora do feminino, sempre será devida uma palavra de público reconhecimento a quem coorganiza. Com efeito, sem a disponibilidade, a capacidade organizadora (na linguagem do tempo, empreendedora) e a atenção aos pormenores da Senhora Doutora Suzana Tavares da Silva, dificilmente estaríamos hoje aqui congregados. E agradeço a todas as outras pessoas que, de forma discreta, mas eficaz, ajudaram a dar corpo à iniciativa e a honrar a melhor tradição de serviço público.

2. Projeto e rostos: breves palavras sobre a sua génese

Em Abril de 2013, apresentei ao Presidente do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, Senhor Doutor Rui Moura Ramos, as linhas de força de um projeto intitulado SPES – Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão social.

Em termos de objetivos, visava-se “articular ensino e investigação, concentrando recursos e organizando a investigação em torno do princípio da socialidade e da rede de conceitos em que se move a discussão (*v.g.*, Estado social e/ou pós-so-

¹ *In a different voice: psychological theory and women's development*, Cambridge (Mass.), 1982.

cial, comunidade de bem-estar, subsidiariedade, escassez, etc.), na sua articulação com a(s) pobreza(s) e a exclusão social”.

Para memória futura da gênese, refira-se ainda que Setembro foi mês decisivo, quando soube do trabalho da nossa Colega, Doutora Suzana Tavares da Silva, em matéria de socialidade, a partir do direito constitucional e do direito fiscal, corporizado, desde logo, em Seminários do 2.º Ciclo. Assim, num momento em que importava organizar os grupos de investigação do Instituto Jurídico, procurando escapar à tentação da fragmentação, logo ali esboçámos projeto, que tomou a sério também outra proposta, esta com a assinatura da Doutora Paula Margarida dos Santos Veiga, centrada nas cidadanias. A partir daqui, e contando ainda com o pronto concurso da Doutora Ana Raquel Moniz, também interessada e empenhada na temática, empreendeu-se um alargamento de grupo já existente, centrado em projeto sobre sustentabilidade energética e ambiental que tinha como Investigador Principal o Doutor José Carlos Vieira de Andrade. E assim se rebatizou o grupo, com o nome de *Crise, sustentabilidade e cidadanias*, reunindo agora mais de vinte doutores da Faculdade.

Na preparação do seminário, notámos que, ao menos para alguns, a expressão socialidade causava alguma estranheza. Evitando equívocos, permitam-me uma primeira e brevíssima clarificação, que certamente se tornará mais evidente no decurso dos trabalhos. Não se trata de um sinónimo da mera sociabilidade, do reconhecimento de que o homem, como sublinhava Altúsio², é animal simbiótico, sendo a relação uma nota constitutiva e não meramente aditiva da condição humana. O princípio socialidade aparecia, não raro, identificado com Estado social; no entanto, se nunca este teve o monopólio de realização das prestações sociais que permitem o acesso a um conjunto de bens sociais fundamentais, é verdade que, cada vez mais, se não pode esquecer o papel de entidades das esferas da economia social e civil, e o discurso do Estado garantidor

² *Politica methodice digesta* (trad: *La política: metodicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, Madrid, 1990).

ou de garantia, “abridor de portas”³, num quadro de redes de atores e normas. Só tomando o Estado na sua aceção de comunidade é que podemos persistir na tendencial sobreposição entre Estado e socialidade.

3. Memória ou contra o marcionismo cultural e jurídico

Rémi Brague, num texto intitulado *Europe, la voie romaine*⁴, alerta-nos para o marcionismo cultural que muitos hoje subscrevem. Falo da ideia de uma rotura com o passado, remetido para a irrelevância poeirenta de compêndios, num politicamente correto que ameaça equiparar por baixo as civilizações e desconhecer identidades. Recordamos que Marcião sustentou a radical incompatibilidade entre o Antigo e o Novo Testamento, eliminando do cânone os textos do primeiro, em termos de corte com a *traditio*. Poderíamos também falar de um marcionismo jurídico que abriu brechas até nas universidades, e que despreza não apenas os estudos romanísticos e históricos, mas remete, por exemplo, o próprio século XIX, importantíssimo para a análise que nos propomos em termos de socialidade, para apressada nota de rodapé, ignorando fontes. Sem prejuízo de a Universidade dever estar aberta à novidade, à investigação em curso, ela não deve ceder a acríticas modas, nem muito menos praticar o que Jacques Maritain denominou “cronolatria”⁵, sob pena de ser, ela própria, enquanto instituição, devorada ou, pelo menos, mutilada.

Abertos aos desafios e ao futuro, compreendemos que sem a memória, incluindo a próxima, seremos incapazes de

³ Colhemos a expressão em Franz REIMER, “Der Staat als Türöffner: Zugang – eine Kategorie des Sozialverfassungsrechts im Gewährleistungsstaat”, in: Andreas von ARNAULD/ Andreas MUSIL (Hg.), *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*, Tübingen, 2009.

⁴ Utilizamos a tradução italiana: *Il futuro dell’ Occidente: nel modello romano la salvezza dell’ Europa*, Milano, 2008, p. 186-188.

⁵ Jacques MARITAIN, *O camponês do Garona: um velho leigo no Concílio*, Lisboa, 1967, p. 23 (orig. : *Le paysan de la Garone: un vieux laïc s’interroge à propos du temps présent*, Paris).

ler corretamente os “sinais dos tempos”, marcados por crises e globalização. No caso português, aos três D – *Democratizar, Descolonizar, Desenvolver* – da Revolução, cujos quarenta anos evocamos, sucederam-se outros mais amargos, traduzidos na trilogia *Dívida (pública e privada), Demografia e Desemprego*, com profundo impacto no campo da socialidade.

Inseridos numa Escola com longa e inspiradora história, permito-me recordar, contra os fautores do “presentismo” (que Rémi Brague⁶, a partir do termo grego para presente, denominou “parontocentrismo”), que há também uma longa memória, entre nós, de reflexão na área que nos propomos tratar neste grupo de investigação. Quando celebramos 100 anos do *Boletim* da Faculdade, limito-me a mencionar que, logo no primeiro número, publicado em 1914, Marnoco e Sousa dá à estampa um texto sobre o direito operário⁷, inserido num filão de escritos da chamada economia social⁸, que continuam tradição de reflexão que não podemos aqui aprofundar.

4. Horizonte(s): da economia social e civil

Tendo o projeto a sua génese em 2013, recorda-se que a economia civil, expressão plural no seu sentido e concretizações, aparece como título de obra de Antonio Genovesi (*Lezioni di commercio o sia di economia civile*)⁹, nascido precisamente em 1713, a 1 de novembro, pelo que é ainda sob o signo das comemorações do tricentenário que iniciamos esta reflexão. Num mundo em que a ciência económica continua a celebrar Adam Smith e David Ricardo, este último integrando a diáspora sefardita, a escola napolitana da economia tem merecido,

⁶ “Pode o homem sobreviver à democracia?”, *Communio* 29 (2012/1), p. 75-90, p. 76.

⁷ “Caracteres da legislação operária”, *Boletim da Faculdade de Direito* 1 (1914), p. 95-109.

⁸ Um conjunto não exaustivo de referências sobre a economia social e o seu ensino, bem como, em geral, sobre a questão social em Portugal, pode ver-se em João Carlos LOUREIRO, *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco. Temas de direito da segurança social – I*, Coimbra, 2014.

⁹ Utilizamos aqui a recente reedição italiana: Milano, 2013.

entre nós e com contadas exceções, pouca referência¹⁰. E, contudo, Antonio Genovesi (que mereceu aporuguesamento para Genuense), discípulo de Giambattista Vico, foi não apenas o responsável pela primeira Cátedra de economia, em 1754, como o seu pensamento teve significativa influência também na Península Ibérica, tendo as referidas *Lezioni di economia civile* conhecido tradução espanhola e uma versão parcial em português, da autoria de um dos Mestres desta Faculdade, Ricardo Raimundo Nogueira¹¹.

Às vezes, economia social e civil aparecem como sinónimos, reenviando-nos para um território de instituições não lucrativas (*non-profit*), de terceiro setor, mas é possível distinguir entre empresas sociais e empresas civis¹². Contudo, a este nível de apresentação de um projeto, desenhado a traço grosso o nosso campo, não queremos fechar o debate que, precisamente, nos propomos fazer nos próximos anos, no quadro deste subgrupo e tendo como pano de fundo a linha *Crise, sustentabilidade e cidadanias*.

Reler Genovesi é recordar a importância das virtudes na economia, a necessidade de, também aqui, tomar a sério a tese de que esta vive, como escreveu Böckenförde¹³ a propó-

¹⁰ No que toca às linhas fundamentais da sua “economia civil” e da receção entre nós, v. Francisco Lourenço VAZ, *Instrução e economia: as ideias económicas no discurso da Ilustração portuguesa (1746-1820)*, Lisboa, 2002, Parte I; já antes, *Idem*, “A difusão das ideias económicas de António Genovesi em Portugal”, *Cultura – Revista de História de Teoria das Ideias* 11 (1999), p. 553-576.

¹¹ Antonio Genovesi, *Lições de economia civil e Política traduzidas das que escreveo em italiano o Abade Antonio Genovesi pelo D(or). Ricardo Raymundo Nogueira Lente de Leys na Universidade. Copiadas de seus proprios originaes por diligencia do D(or) Antonio Ribeiro dos Santos seu amigo e colega*, BNL, cod. 2168, sd, fls. 88 + 22. Sobre este ponto, cf. Airton Cerqueira-Leite SEELAENDER, “Economia Civil” e “Policia” no ensino do “Direito Pátrio” em Coimbra: Notas sobre as “Prelecções” de Ricardo Raymundo Nogueira”, *Tempo – Revista do Departamento de História da UFF* 15 (2011), p. 35-63.

¹²Luigino BRUNI/ Stefano ZAMAGNI, *Economia civile: efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004, p. 182-189.

¹³Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, in: *Idem, Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, 2^a1992, p. 92-114.

sito do Estado, de pressupostos que não pode garantir¹⁴. De outra forma, a ideia de capital social sublinha esta importância da “ecologia humana” para uma economia e uma socialidade adequadas e sustentáveis.

Reflexão que fazemos 25 anos depois da queda do Muro, rasgado que foi o espinhoso arame de uma Europa dividida, e que transformou também as condições da nossa socialidade, ao abrir nova frente de concorrência económica e novos portos para empresas deslocalizadas.

5. Seminários

Os seminários que agora propomos e dos quais o primeiro tem hoje lugar, tomam a sério o especial relevo da prática, a par das reflexões teóricas¹⁵ e, para nós juristas, também dogmáticas, abrindo as portas a um conjunto de atores que incarnam a economia social e civil. Assim, em abril contaremos com representantes do mutualismo, do cooperativismo, das instituições privadas de solidariedade social, dos campos do microcrédito, mas também das Fundações.

Limitando-nos ao seminário de hoje, começamos com uma tentativa de animatógrafo estatístico, procurando captar, pela mão de Paulo Chitas, coautor, com Maria João Rosa, de *Portugal e a Europa: os números*¹⁶, o lugar, em termos de socialidade, de Portugal no quadro europeu. Comunicação que será seguramente enriquecida pelos comentários de Francisco Sarsfield Cabral e de Miguel Morgado. O primeiro, jurista que, além do mais, se dedica ao comentário económico, não desconhece as injustiças do mercado, mas não o deita fora, lembrando que o “problema não é (...) tão simples como uma escolha moral entre o bem e o mal faria supor”¹⁷, sem deixar de ser inter-

¹⁴ Sobre o chamado “paradoxo de Böckenförde” aplicado a este domínio económico, vd. Stefano ZAMAGNI, *Per un’ economia a misura di persona*, Roma, 2012, p. 57.

¹⁵ Sobre esta unidade, Luigino BRUNI/ Stefano ZAMAGNI, *Dizionario di economia civile*, Roma, 2009, p. 12.

¹⁶ Lisboa, 2013.

¹⁷ “O mal na economia, na política e no mundo: visão ética e visão

pelado pelo rosto e a existência do justo sofredor, inocente, estampado em Job. Já Miguel Morgado, revisitor de grandes clássicos políticos na sua dissertação de doutoramento, *A aristocracia e os seus críticos*¹⁸, é também tradutor de um outro texto fundante que, aliás, Genovesi discute e, não raro, é limitado, para muitos juristas, a uma pequeníssima parte relativa à separação de poderes¹⁹, que não escapou a erróneas receções. Referimo-nos a *De l'esprit des lois*²⁰, de Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu, que, com propriedade e sem prejuízo de notórias diferenças, pode ser convocado para legitimar este ponto de partida que passa pela caracterização da sociedade portuguesa em quadro europeu (no caso, apenas em chave de socialidade). Com efeito, Montesquieu, jurista e juiz, mereceu de Raymond Aron²¹ o epíteto de fundador da sociologia.

Na etapa pós-prândio do seminário, começaremos por nos situar na discussão teórica em torno da socialidade, errónea e apressadamente identificada com o Estado social e até mesmo, de forma ainda mais redutora, com a sua compreensão patológica, o Estado providência. Na verdade, há uma autêntica socialidade antes do Estado social²², assente, por exemplo, na auto-organização, como se comprova pela memória mutualista. E este não acabou, antes coopera, nomeadamente na esfera da ação social, com um conjunto de atores sem fim lucrativo. Vieira de Andrade²³ há muito que tem defendido uma so-

trágica”, in: *Fé e cultura para o ano 2000*, Lisboa, 1985, p. 109-134, p. 111.

¹⁸ Lisboa, 2008.

¹⁹ Livro XI, Cap. VI. Rogério SOARES (*Direito público e sociedade técnica*, Coimbra, 2008, p. 131-132) sublinha que “[e]nquanto a quase totalidade da obra recebe uma atenção displicente, essa sua pequena parte ganha vida autónoma e torna-se um breviário dos pensadores revolucionários do fim do século XVIII e da sociedade política do século seguinte”.

²⁰ Quanto à tradução de Miguel Morgado, cf. *Do Espírito das Leis*, Lisboa, 2011.

²¹ *As etapas do pensamento sociológico*, Lisboa, 2002 (orig.: *Les étapes de la pensée sociologique*, 1965), p. 20, p. 31.

²² No caso português, e limitando-se apenas à Idade Moderna, cf., com uma enorme lista de pistas de leitura, Maria Antónia LOPES, *Proteção social em Portugal na Idade Moderna*, Coimbra, 2010.

²³ Vd., por exemplo, José Carlos Vieira de ANDRADE, “Suple-atividade do Estado e desenvolvimento”, in: Mário PINTO/ António Leite

cialidade garantidora dos direitos sociais, mas sem a confundir com um qualquer monopólio do Estado, antes sublinhando a importância do princípio da supletividade e a necessidade de *Repensar a relação entre o Estado e a Sociedade*²⁴. Tal como Guilherme d' Oliveira Martins, atento à memória, capaz de pensar a identidade e a diferença de um país²⁵, afirma lucidamente que “o Estado deixou de ter condições para garantir a cobertura integral de compromissos sociais para o futuro”²⁶, sendo necessário, pois, articular *Estado social e sociedade solidária*²⁷.

Casalta Nabais tem pensado a sustentabilidade fiscal do Estado²⁸, aliando rigor académico a mordaz ironia. Não apenas lembrando, na sua dissertação de doutoramento, *O dever fundamental de pagar impostos*, mas tecendo pertinentes *Reflexões sobre quem paga a conta do Estado social*²⁹. Num tempo marcado por uma “tendência para a panjusfundamentalização”³⁰, recorda os custos dos direitos³¹ num quadro marcado por uma soberania fiscal desafiada e externamente comprimida face a uma problemática concorrência internacional³².

Por último, mas não menos importante, Fernando Ri-

GARCIA/ João SEABRA, *Gaudium et Spes: uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois*, Lisboa, 1988, p. 113-124; Idem, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, agora, Coimbra, 52012; Idem, “Repensar a relação entre o Estado e a Sociedade”, *Nova Cidadania* (2006/37), p. 36-38.

²⁴ *Repensar a relação entre o Estado e a Sociedade*, cit.

²⁵ *Portugal: identidade e diferença*, Lisboa, 2007.

²⁶ “Estado social e sociedade solidária”, *Communio – Revista Internacional Católica* 29 (2012/4), p. 487-492, p. 491.

²⁷ *Estado social*, cit.

²⁸ Cf., por exemplo, “Da sustentabilidade do Estado fiscal”, in: José Casalta NABAIS/ Suzana Tavares da SILVA (Coord.), *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, Coimbra, 2011, p. 9-59.

²⁹ In: *Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*, vol. III, Coimbra, 2010, p. 111-144.

³⁰ “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in: José Casalta NABAIS, *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 87-129, p. 103-109.

³¹ “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, in: José Casalta NABAIS, *Por uma liberdade com responsabilidade*, cit., p. 163-196.

³² “A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas”, in: José Casalta NABAIS *Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*, vol. I, Coimbra, 2005, p. 183-218, p. 203-209.

beiro Mendes cruza, biograficamente, academia e política, recusando refugiar-se na torre e descendo ao fórum, que é como quem diz praça pública, tendo assumido responsabilidades de decisor, nas vestes de Secretário de Estado do XIII Governo Constitucional. Atento aos tempos, recordem-se o provocante *Conspiração Grisalha: Segurança Social, Competitividade e Gerações*, publicado em 2005, onde traça retrato do país. Permitam-me, a encerrar, citar breves linhas desta obra, em que alerta(va) para um país que não tomou a sério as questões da (in)justiça intergeracional. Imagina então Portugal como território onde “(...) se envelhecia sem horizontes, as pensões dos que tinham trabalhado e descontado eram muito assimétricas, a assistência social e médica apenas sofrível para a maioria. Os numerosos marginalizados eram sobretudo jovens e tinham grandes dificuldades. Uma rede de instituições particulares lá ia gerindo programas sociais que evitavam o pior. O que chocava mais era a debandada dos novos: os melhores tinham partido”³³.

Reflexão que continuaremos em abril, nos termos do programa publicitado, entrevendo-se já novos seminários para o próximo ano letivo, por exemplo, privilegiando os rostos da(s) pobreza(s) (*v.g.*, dos migrantes, das mulheres, dos idosos e das crianças).

SPES é, pois, projeto que, numa leitura alternativa do acrónimo, pode significar *Seminários Para o Estudo da Socialidade*.

6. Em jeito de conclusão

A terminar, reafirmando um agradecimento cordial, permitam-nos recordar outra memória coimbrã. No século passado, *Abril em Portugal*, levando o Choupal ao mundo, evocou uma “Coimbra das canções”, os trágicos amores de Pedro e Inês. Contudo, em chave de SPES, afirmamos antes uma Coimbra das razões e das ações, numa articulação entre a Faculdade e sociedade civil, conjugando D. Dinis e Santa Isabel. Em tempos de crise(s), cruzam-se reflexão e cuidado, uma

³³ Fernando Ribeiro MENDES, *Conspiração grisalha: segurança social, competitividade e gerações*, Oeiras, 2005, p. 295.

solicitude dogmáticamente (re)pensada que nos convoca hoje a ler a socialidade a partir de uma “razão cordial”³⁴, que, não esquece a memória, mas aponta para uma sustentada e sustentável “saudade do futuro”³⁵.

Para já, abram-se as portas à reflexão construtiva que não vê o mundo a preto e branco, que reconhece as mestiçagens do pensamento e toma a sério os dons e os tons da socialidade e da vida.

³⁴Vd., com as pertinentes indicações, João Carlos LOUREIRO, “Poder, bem e glória: considerações fragmentárias sobre política, ética e cristianismo”, *Humanística e Teologia* 32 (2011), p. 85-111, p. 102-103.

³⁵Para nos socorrermos de uma conhecida fórmula de Teixeira de PASCOAES (*Cantos indecisos*, onde fala de “saudades do futuro”).

(Página deixada propositadamente em branco)

O PAPEL DO ESTADO NA SOCIEDADE E NA SOCIALIDADE

José Carlos Vieira de Andrade

I. INTRODUÇÃO

1. A ideia moderna de Estado Social

1.1. Sabe-se que as ideias dominantes no longo século XIX, que serviram de sustentáculo à ideia liberal de Estado, advogavam um Estado forte, mas confinado às suas funções essenciais de defesa e segurança, protegendo a “vida, a liberdade e os bens” dos cidadãos, mas abstendo-se, em regra, de intervir na vida económica e social, salvo quando tal se mostrasse necessário.

A sociedade era concebida politicamente como mundo autónomo, assinalado pela liberdade e propriedade individual, e a solidariedade social manifestava-se nesse contexto privado – cada um era responsável pelo seu sustento e as carências, contingências e reveses da vida resolviam-se através de formas sociais de entreatajuda: no seio das famílias, das igrejas, das comunidades locais ou de organizações mutualistas.

Perante o Estado, os cidadãos gozavam de liberdades e tinham direitos fundamentais à vida, à integridade física e à propriedade, protegidos pela lei, pela polícia e pelos tribunais – mas não tinham direito a exigir serviços médicos ou pensões de sobrevivência.

A liberdade contratual era sagrada e o Estado, autor do moderno Código Civil, velava pelo cumprimento pontual das obrigações assumidas, deixando as relações económicas privadas, incluindo as relações de trabalho, desenvolver-se espontaneamente.

1.2. Também se sabe que o curto século XX inverteu, sobretudo na Europa, a doutrina liberal: as guerras, a “questão social” (as injustiças da liberdade contratual no mundo do trabalho) e a crise económica (ineficiência do mercado) impuseram um novo papel ao Estado.

E as novas doutrinas, anti-individualistas, proclamaram, em especial na Europa, a intervenção activa e dirigente do Estado na sociedade, não apenas para construção das infraestruturas e promoção da economia, como também para a garantia dos direitos dos trabalhadores e do bem estar e qualidade de vida dos cidadãos (*Welfare State*), através de um sistema alargado de serviços e prestações públicas – nas áreas da educação, saúde, segurança social, cultura.

2. Duas construções ideológicas de Estado Social

A ideia europeia de Estado Social fundou-se na ideia de *direitos económicos, sociais e culturais*, construída contra o entendimento liberal dominante nos países anglo-saxónicos, designadamente na América do Norte.

Mas desenharam-se duas concepções distintas de direitos sociais, que ainda hoje se defrontam, ainda que de forma mitigada.

De um lado a concepção do socialismo colectivista, segundo a qual a prossecução dos direitos sociais, para ser efectiva, pressupunha um comando real da sociedade pelos trabalhadores, no quadro de uma sociedade igualitária, assegurada (dominada) por um Estado tendencialmente totalitário (pelo menos até ser atingida a sociedade perfeita).

De outro lado, as concepções democráticas e pluralistas, defendidas politicamente, quer pela social democracia (marxismo democrático), quer pela democracia cristã (no quadro da doutrina social da Igreja católica), segundo as quais, numa sociedade livre e num Estado de Direito Democrático, os direitos sociais teriam de ser concebidos como direitos programáticos, necessitados de conformação legislativa – nuns casos, consagrados na Constituição como direitos fundamentais, em outros fora da Constituição (“constitucionalismo social”), como princípios jurídicos, normas organizatórias, garantias institucionais ou direitos subjectivos públicos.

No entanto, mesmo no quadro das sociedades pluralistas, as ideias de Estado Social e de direitos fundamentais sociais foram entendidas de forma diversa.

Vale para alguns uma concepção burocrática do Estado Social, segundo a qual a segurança social e, em geral, a realização dos direitos sociais, pela sua universalidade, tem de ser monopólio do Estado, enquanto fornecedor directo ou indirecto das prestações materiais respectivas, tal como dos bens e serviços essenciais, através de uma fórmula organizatória de serviço público administrativo, de modo que a intervenção privada nesse domínio teria de ser enquadrada na actuação pública e subordinada aos poderes públicos, como uma actividade delegada ou concessionada.

Vale para outros uma concepção “solidarista” ou subsidiária do Estado Social – segundo a qual a realização dos direitos sociais não implica necessariamente o monopólio do Estado na realização dos direitos sociais, mas tão só a responsabilidade deste pelo funcionamento efectivo do sistema e pela garantia da possibilidade de condições de vida condignas a todas as pessoas, admitindo o papel relevante da “acção social” e da prossecução privada de interesses comunitários.

Talvez se possa dizer que, para os primeiros, os direitos sociais são direitos de *igualdade* e, para os segundos, direitos de *fraternidade* – a diferença entre o Estado Social como criador da igualdade ou como promotor da diminuição das desigualdades.

3. *O Estado Social na Constituição portuguesa de 1976*

3.1. A Constituição portuguesa, saída de um processo revolucionário de orientação socialista, saldou-se, em matéria de direitos fundamentais sociais, num compromisso entre a corrente colectivista e a corrente pluralista democrática, numa síntese dialéctica que corresponde ao que se pode designar por “socialismo democrático” ou “Estado Social de Direito” – na época, no pressuposto óbvio de um Estado Soberano e na crença generalizada de um Estado Providência.

Entre as dimensões socialistas, sobressai a consagração dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais como direitos subjectivos – de início, condicionados à construção do socialismo e de uma “sociedade sem classes” (condição suprimida apenas na segunda revisão constitucional, em 1989); a ideia normativa de que os direitos sociais, enquanto direitos universais, se cumpririam através de um Estado Social de Serviço Público, com prestações tendencialmente gratuitas e financiadas por impostos, designadamente nas áreas da educação, da saúde e, em parte, da segurança social; a marginalização e sujeição a uma tutela estadual intensa da tradicional intervenção privada nessas áreas de realização da socialidade.

Entre as dimensões pluralistas e democráticas, destaca-se a dignidade da pessoa humana individual como matriz de todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais; o estabelecimento de um regime para os direitos sociais a prestações distinto do regime, normativamente mais forte, dos direitos liberdades e garantias – tendo em conta a sua indeterminação de conteúdo e a sua sujeição a uma reserva do possível e a conseqüente competência de conformação concretizadora pelo legislador ordinário; o reconhecimento, a par do sector público e do sector privado, e de algum modo “entre eles”, de um sector de economia social, não lucrativo, relevante em matéria de solidariedade social.

O compromisso constitucional manteve-se, no essencial, durante os últimos quarenta anos, apesar de uma evolução

clara do contexto político no sentido favorável ao pluralismo democrático, concretizada nas revisões constitucionais de 1982 e de 1989 e acentuada com a adesão à CEE e a participação na União Europeia.

3.2. É de sublinhar ainda que a Constituição separa os direitos sociais a prestações das “liberdades sociais” e de certos direitos dos trabalhadores, como a liberdade sindical, o direito à greve, o direito à segurança no emprego e o direito a criar comissões de trabalhadores – incluindo estes no catálogo dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Por outro lado, a extensa consagração formal dos direitos sociais no texto constitucional – direitos económicos dos trabalhadores e consumidores, direito à segurança social, direito à protecção da saúde, direito à habitação, direito a um ambiente de vida humano, saudável e ecologicamente equilibrado, direitos à protecção da juventude, das pessoas idosas e deficientes, os direitos ao ensino, à educação e à cultura – é acompanhada pela imposição ao Estado de tarefas concretas para assegurar a sua realização efectiva.

3.3. Neste quadro, os preceitos relativos aos direitos sociais têm uma força jurídica específica, constituindo:

a) *imposição legislativa concreta* das medidas *necessárias* para tornar executáveis os preceitos constitucionais – incluindo, por vezes, a garantia pública da existência de um sistema de prestações de bens e serviços –, cujo incumprimento dará lugar a uma inconstitucionalidade por *omissão* (artigo 283.º);

b) *padrão jurídico de controlo judicial de normas*, com *conteúdo mínimo imperativo*, susceptível de fundar uma inconstitucionalidade por acção, e *factor de interpretação normativa*, levando a preferir, entre várias interpretações possíveis das normas legais, a solução mais favorável ao direito fundamental;

c) *fundamento constitucional de restrição ou de limitação* de outros direitos fundamentais, em regra, de direitos, liberdades e garantias, designadamente quando a Constituição estabeleça *deveres especiais de protecção*;

d) *força irradiante*, conferindo uma certa *capacidade de resistência*, variável em intensidade, dos *direitos derivados* a prestações, enquanto direitos decorrentes das leis conformadoras, às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização dos direitos.

Ora, é justamente esta capacidade de resistência que tem sido posta à prova com as transformações sociais verificadas na transição para o século XXI, com os fenómenos da privatização e da globalização da economia, na medida em que foram acompanhadas por fenómenos de crise económica das sociedades e de crise financeira dos Estados soberanos, designadamente em certos países europeus, como Portugal.

II. OS DESAFIOS SOCIAIS DO SÉCULO XXI

1. As transformações da realidade social e política nestes tempos são profundas e decorrem de um conjunto de factos bem marcados, que caracterizam uma mudança do contexto da sociedade e da socialidade: o progresso científico e tecnológico, com reflexo exponencial na melhoria das expectativas sociais de bem estar e no aumento da qualidade e esperança de vida, designadamente nos países europeus; a escala transnacional e mundial das comunicações e das relações económicas virtualmente dominadas por um capitalismo financeiro; a incerteza estrutural, socialmente criada, de uma sociedade de risco; uma sociedade de consumo submetida às leis de mercado e aos valores da eficiência económica.

Neste contexto – a que não é estranho o fracasso estrondoso das políticas e das economias colectivistas do leste europeu - volta a pôr actualmente o problema das funções do Estado, designadamente na economia e na socialidade.

Os Estados integram-se em mercados, em vez de a economia se integrar nos Estados – não dominam a vida económica e estão enfraquecidos, jurídica e financeiramente, no mundo globalizado, perante a realidade de internacionalização e a afirmação de poderosos actores transnacionais.

No plano interno, transformam-se em Estados Reguladores e de Garantia – com a privatização sistemática das actividades económicas e dos serviços de interesse geral e a regulação incipiente da economia e dos mercados.

E é neste quadro que se assiste hoje, designadamente na Europa, a uma crise económica generalizada e a um envelhecimento da população – em comparação com os “trinta anos gloriosos” do pós-guerra (baby boom, industrialização, crescimento económico, pleno emprego) de algum modo revividos nos anos 90, com o triunfo mundial da economia de mercado, o capitalismo financeiro e o recurso ao crédito virtualmente ilimitado, e, no caso português, com a afluência dos fundos comunitários no quadro da CEE.

A expansão e mesmo exaltação económica deram lugar em 2008 a uma crise económica e financeira internacional, que já foi denominada de “Grande Recessão” (Stiglitz) e ao ressurgimento, sobretudo no sul da Europa, das “dívidas soberanas”.

O Estado Providência, enquanto Estado Social de Serviço Público, que, baseado no consenso keynesiano, prestava os serviços de interesse geral e assegurava o bem estar das populações, tornou-se *financeiramente insustentável* num contexto de globalização, de enfraquecimento geral dos Estados (em soberania e em capacidade financeira), de anomia do crescimento económico, de défice de regulação dos mercados financeiros e de desfasamento entre as possibilidades técnico-científicas e os meios económicos e financeiros públicos.

Em Portugal, a crise económica e financeira deflagra com especial estrépito, traduzida na soma de um crítico endividamento privado ao aumento incontrolável da dívida soberana, agravada por excessos do Estado infra-estruturador e, em certa medida, uma euforia do Estado Social, associados a um risco bancário, em grande medida resultante de um défice geral de regulação financeira.

2. O Estado português é, pois, um Estado seriamente endividado e mergulhado numa crise financeira e fiscal, no quadro de uma sociedade igualmente endividada e com recursos limitados.

Face à persistência da escassez (e de uma conseqüente *austera idade*), o grau de concretização dos direitos a prestações sociais corre o risco de se tornar estruturalmente insustentável a médio prazo, e até indefensável, se sobrecarregar em excesso as gerações futuras.

A realidade demonstra de forma inequívoca e, para muitos, trágica, aquilo que a ciência política formula: o Estado Social só é viável com base no crescimento económico.

É que não estamos apenas ante um problema conjuntural (emergência financeira de dívida soberana e de défice orçamental no quadro de um sistema monetário supranacional), mas, sim, perante um desafio mais complexo, que é de natureza “estrutural” ou “estratégica” e afecta a generalidade dos países, embora atinja com maior gravidade os países do sul da Europa.

Por um lado, a especial sensibilidade e vulnerabilidade dos direitos sociais à escassez de meios é um facto, não se explica satisfatoriamente como mera decorrência de uma pré-compreensão liberal ou neo-liberal que desvalorize (ou “pretenda destruir”) o Estado Social.

Resulta desde logo de que as despesas com as tarefas de soberania e de cidadania são primárias e prioritárias, porque se referem a tarefas exclusivas e obrigatórias do Estado, que este exerce em monopólio, que não pode partilhar com a sociedade e, muito menos, deixar à responsabilidade individual – e não é inteiramente assim com a educação, a saúde e a segurança social, que podem ser partilhadas com organizações sociais ou assumidas por muitos cidadãos e famílias.

Depois, é um facto generalizado que actualmente a despesa com as funções sociais constitui a maior fatia da despesa do Estado.

E não se trata apenas de verificar a *falência* financeira do Estado-Providência, em termos pragmáticos de *racionalidade económica* ou de *eficiência*. Ou a necessária moderação nos gastos e a adaptação aos tempos e às disponibilidades.

O que está em causa é também a própria justiça desse paradigma estadual.

Não no sentido ideológico, como proclama a alternativa neo-liberal – porque não se comprova que os resultados do pa-

radigma americano sejam ajustáveis à realidade europeia, muito menos que aí se assegure uma maior justiça ou bem-estar social.

Mas porque a realização actual dos direitos sociais não pode ignorar as disfunções humanas do sistema de monopólio da prestação de serviços públicos - designadamente, o défice de liberdade e de cidadania, o défice de responsabilidade ou solidariedade social que a estatização inevitavelmente provoca, bem como as novas desigualdades.

O défice de liberdade e de cidadania, ao criar dependências excessivas das pessoas perante o Estado, favorecendo o sacrifício da liberdade e da iniciativa (individual e familiar) à comodidade.

O défice de solidariedade social, na medida em que a prestação burocrática dos apoios tende a desincentivar, desarticlar e enfraquecer outras solidariedades, as que resultam de estruturas sociais de entreaajuda.

As novas desigualdades, na medida em que, para além de agravar desigualdades reais dentro dos grupos, pode fomentar situações de injustiça intrageracional e intergeracional.

III. UMA CONCEPÇÃO REALISTA E SOLIDÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

As perspectivas futuras do Estado Social exigem, por isso, que se repensem os conceitos básicos da socialidade e de direitos fundamentais sociais no actual contexto de incerteza e de escassez, tendo em conta as mutações sociais e políticas num horizonte que vai provavelmente abranger as próximas décadas do século XXI.

Neste contexto faria referência a quatro pilares dogmáticos de uma concepção realista e solidária dos direitos sociais como direitos fundamentais, que consubstanciam aspectos basilares de reforma do sistema, em ordem à preservação da essência do Estado Social.

Refiro-me, naturalmente, aos direitos sociais na sua dimensão de *direitos a prestações*, designadamente a prestações materiais do Estado, que requerem a alocação de bens escassos, no pressuposto de que a Constituição não determina o con-

teúdo dessas prestações e deixa à decisão política do legislador ordinário e do Governo a respectiva concretização – excluindo, por isso, as liberdades sociais (designadamente os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores) e os casos excepcionais dos direitos a prestações sociais específicas de conteúdo constitucionalmente determinado.

1. Em primeiro lugar, a matriz jusfundamental da dignidade humana no quadro do Estado Social implica, como regra absoluta, a garantia do *mínimo para uma existência condigna*.

Através da inclusão dos direitos económicos, sociais e culturais no conjunto dos direitos fundamentais, concebidos como verdadeiros direitos e não apenas como objectivos de actuação estadual, a Constituição portuguesa exige a salvaguarda do núcleo essencial do Estado Social: o Estado, numa sociedade desenvolvida e avançada, tem de assegurar o mínimo para uma existência condigna a todos os cidadãos (e residentes), seja o direito a não ser privado desse mínimo, seja a garantia de que lhes seja assegurado positivamente esse mínimo – aí não deve valer “a reserva do possível” como condição de realização dos direitos sociais.

Diga-se que esse mínimo não tem de ser o mínimo dos mínimos, não tendo de estar ligado à sobrevivência, representando, ele próprio, tal como a pobreza, um conceito evolutivo em função do desenvolvimento económico e social – nesse sentido o BVerfG entendeu (2010) que, na Alemanha, para além da existência física, devia assegurar-se a possibilidade de participação na vida social, cultural e política.

Por um lado, não é um objectivo ou um standard programático; representa sobretudo um limite extremo, abaixo do qual haverá um défice inconstitucional de protecção.

Por outro lado, a garantia projecta ainda uma outra dimensão positiva, posto que normativamente mais fraca, na medida em que dela decorre uma imposição ao Estado (ao legislador e ao Governo) do dever de combate activo à pobreza e à exclusão social, através da adopção de políticas públicas adequadas.

2. Em segundo lugar, a solidariedade implica, nos tempos de hoje, a coragem e a lucidez de assumir um novo entendimento da *igualdade* e da *universalidade* dos direitos sociais, não como direitos de todos, numa visão igualitarista, mas como direitos de todos, na medida em que careçam de protecção, visto que uma abstracção cega não se adapta aos novos padrões de diferenciações e de desigualdades, que não são apenas estruturais e verticais, são também conjunturais e horizontais, manifestando-se dentro de cada grupo de potenciais titulares dos direitos.

Isso implica um entendimento adequado da *universalidade* dos direitos como referente de justiça e de solidariedade – a titularidade dos direitos reporta-se a categorias abertas a todos –, e não como estrito critério igualitário e uniformizador.

Valerá, assim, uma concepção dos direitos sociais a prestações (direito à habitação, saúde, educação, segurança social, à especial protecção na doença, no desemprego, na velhice, na deficiência, na maternidade) como verdadeiros *direitos de carência*: de todos os que precisam, quando precisam e na medida em que precisam – assim, diferentes dos direitos, liberdades e garantias, que são, à partida e em princípio, garantidos a todos, em todos os momentos, da mesma maneira, com igual intensidade, sem prejuízo, naturalmente, das diferenciações resultantes das circunstâncias concretas relevantes no contexto do seu exercício (incluindo as situações de conflito de direitos).

Aliás, não estaremos senão, de algum modo, perante um regresso às origens dos direitos sociais, que nasceram justamente – lembrem-se os direitos dos trabalhadores por conta de outrem – como direitos das pessoas carenciadas de protecção, e que vai ao encontro da matriz do sistema dos *direitos fundamentais*: a protecção da *dignidade* humana das pessoas concretas em todas as situações de *vulnerabilidade*.

2.1. Desde logo, há a considerar que, diferentemente do que acontece com os direitos de liberdade e os direitos pessoais (e até com os direitos políticos) – que são direitos de todas as pessoas (ou de todos os cidadãos), igualmente, há direitos

sociais a prestações de que são titulares, em cada momento, apenas certas categorias de indivíduos (trabalhadores subordinados, cidadãos diminuídos, idosos, mães, jovens, etc.) e que implicam uma diferenciação de tratamento.

Claro que ainda aqui os direitos fundamentais pretendem ser direitos de igualdade. Não, certamente, da igualdade formal, abstracta, niveladora e uniformizadora, mas da igualdade material, que exige a consideração da realidade social concreta em que as pessoas se movem e, conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela sua situação no processo social, precisam de uma protecção diferente, necessária e adequada à sua igual dignidade de pessoas, incluindo a possibilidade ou o dever estadual de discriminação positiva.

Para utilizar uma expressão sugestiva acolhida pela doutrina, não está em causa o *equal treatment*, mas o *treatment as an equal*.

Não se trata de privilegiar castas, classes ou grupos fechados, mas de realizar efectivamente a igualdade em situações sociais específicas e, por isso mesmo, representadas em categorias abertas, que são ou podem ser preenchidas por qualquer pessoa. Está-se ainda a pensar em todos, na universalidade, e não em alguns, na particularidade.

Mas estamos perante direitos que são formulados como direitos especiais, relativamente aos quais, para além do conteúdo, é a própria titularidade que se refere, em cada momento, apenas a algumas pessoas, em função da necessidade específica de protecção.

2.2. Por outro lado, a concepção proposta importa a identificação ou qualificação da situação de *carência de protecção estadual* como *núcleo essencial* dos direitos sociais a prestações – que justifica benefícios especiais (desigualdades) e permite graduações (diferenciações) na qualidade e intensidade das prestações e nas eventuais contribuições dos beneficiários.

Admite-se que haja prestações sociais, designadamente subsídios, a que nem todos tenham direito – como, por exemplo, o abono de família ou o subsídio de desemprego –, ou a que nem todos tenham direito em condições de estrita igualda-

de –, as prestações sociais a cargo da comunidade podem estar sujeitas a uma “condição de recursos”, variar de intensidade em função das necessidades ou carências, ou ser associadas à imposição de obrigações.

Defende-se, deste modo, a superação do igualitarismo ideológico, enquanto imperativo de *gratuidade* da prestação *universal* de apoios, de cuidados e de serviços públicos, e do conseqüente dogma do financiamento total da socialidade por impostos – justificando-se, pelo contrário, a admissibilidade de contribuições, de propinas, de taxas moderadoras e de co-pagamentos por parte dos que podem contribuir ou pagar, sobretudo quando se trate da prestação institucionalizada de serviços que não sejam acessíveis a todos ou de que nem todos sejam, ou sejam igualmente, beneficiários.

Não está em causa aqui a titularidade (potencial), mas o exercício (real) do direito e os termos da prestação estadual – uma diferenciação das condições de prestação, tendo em vista uma distribuição equitativa dos recursos comuns.

2.3. Por fim, pode haver ainda uma diferenciação entre direitos em função do tipo de carências, pela diversidade de bens protegidos, designadamente pela sua mais ou menos íntima ligação à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade e da cidadania.

Aqui ressalta, por exemplo, a especificidade do direito à protecção da saúde na sua ligação mais estreita aos direitos liberdades e garantias, designadamente aos direitos à vida e à integridade física, ou a do direito à escolaridade básica, presente já nas constituições liberais, estreitamente ligado ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade – que porventura os tornará, na moldura da consciência jurídica geral, nos mais universais dos direitos sociais.

3. Um terceiro aspecto diz respeito à necessidade e conveniência da cooperação do Estado com o sector social e com o sector privado, articulando, de forma inteligente e adequada, as prestações sociais públicas e privadas – para a melhor e mais eficiente realização dos direitos sociais, no contexto de um du-

plo equilíbrio: entre o Estado e a Sociedade, entre a justiça social e a eficiência do mercado.

No paradigma actual de um Estado de Garantia, cabe aos poderes públicos assegurar o fornecimento de bens e a prestação de serviços essenciais para assegurar o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas – para além dos serviços económicos de interesse geral, designadamente nos domínios da educação, da saúde e da segurança social –, mas não necessariamente através de serviços, empresas ou estabelecimentos estatais em regime de monopólio. Importa acima de tudo assegurar o resultado, o grau de realização do bem-estar (ou da felicidade) das pessoas e famílias, a conseguir da forma mais adequada.

Não deve, aliás, esquecer-se que a solidariedade privada tem foros de antiguidade – historicamente, foi o Estado Social que a veio complementar com a solidariedade pública –, e que sempre perdeu, com maior ou menor autonomia, resistindo espontaneamente aos impulsos administrativistas, por vezes tendencialmente totalitários, do Estado. Não se trata aqui de privatizar parcialmente uma tarefa originária ou tradicional do Estado, mas de encontrar um equilíbrio adequado e eficiente para uma parceria antiga e natural nas sociedades livres.

Recomenda-se hoje a promoção desinibida e a cooperação aberta com o terceiro sector (cooperativo e de solidariedade social, sem fins lucrativos) e a contratação ou regulação pública do sector privado da economia social – preconizando a afirmação da ideia de solidariedade (*fraternidade*), contra o preconceito ideológico que desvaloriza de forma arrogante aquilo que um pensamento, que se julga politicamente correcto, vai apostrofando como “caridade” e “assistencialismo”, num exercício de desqualificação automática e maniqueísta do “outro”.

Esta cooperação alargada com a sociedade, por diversas formas, que se exprime hoje no conceito de “governança colaborativa”, pode ser, e é, constitucionalmente diferenciada, podendo e devendo o legislador adoptar modelos e medidas distintas, em função das áreas.

a) No domínio da educação, a cooperação resulta do imperativo constitucional de harmonização do dever estadual

de garantia de uma rede nacional de estabelecimentos de ensino, que cubra as necessidades de todo o país, com a liberdade de ensino e o direito de criação de escolas particulares, associados à liberdade de escolha pelos pais do projecto educativo para os seus filhos, bem como à autonomia das escolas, públicas e privadas.

b) No domínio da segurança social, a cooperação resulta da consagração constitucional das instituições particulares de solidariedade social, em reconhecimento da sua importante e tradicional utilidade pública, que se traduz na conjugação de dois princípios plasmados na respectiva Lei de Bases: i) *o princípio da subsidiariedade*, que “assenta no reconhecimento do papel essencial das pessoas, das famílias e de outras instituições não públicas na prossecução dos objectivos da segurança social, designadamente no desenvolvimento da acção social”; ii) *o princípio do primado da responsabilidade pública*, que consiste no “dever do Estado de criar condições necessárias à efectivação do direito à segurança social e de organizar, coordenar e subsidiar o sistema da segurança social”.

c) No domínio da saúde, há que ter em conta o imperativo constitucional de criação de um Serviço Nacional de Saúde público e universal (e tendencialmente gratuito), embora se admita, no quadro de uma economia livre, a contratualização da prestação de cuidados com o terceiro sector e com privados, ainda que sujeita a uma regulação pública intensa.

4. Em quarto lugar, impõe-se um entendimento razoável e desideologizado da força normativa dos direitos sociais a prestações – seja quanto à sua submissão a uma “*reserva do possível*”, seja quanto a uma alegada “*proibição do retrocesso*”.

Este entendimento razoável da obrigatoriedade das prestações públicas, correspectiva dos direitos sociais constitucionalmente protegidos, supõe uma qualificação das prestações sociais, em ordem a assegurar a sua *sustentabilidade*, que implica, designadamente em tempos de crise, a sua *reversibilidade*.

A tradicional condição da “reserva do possível”, em função dos recursos jurídica e materialmente disponíveis, tem

sido interpretada em favor dos direitos, postulando a *maximização possível* do grau de realização dos direitos como critério constitucional dirigido ao legislador (princípio da *otimização* dos direitos fundamentais).

No entanto, essa maximização tem de ser responsável e não pode ignorar a escassez dos bens disponíveis, as dificuldades financeiras do Estado e os limites constitucionais da sua autoridade – na lapidar formulação do Tribunal Constitucional alemão, há-de corresponder-lhe, em cada época histórica, “*aquilo que os indivíduos (e as famílias) podem razoavelmente esperar da sociedade*”.

É dizer que a realização prática dos direitos sociais está sujeita a condições de *sustentabilidade*, sobretudo financeira, mas também social, já que não pode legitimamente ser conseguida em excesso idealista, à custa desproporcionada dos contribuintes, sobretudo da tributação do trabalho, ignorando a justiça *intrageneracional*, nem no presente, através do endividamento, à custa excessiva das gerações vindouras, ignorando a *justiça intergeracional*.

Por sua vez, nos tempos rápidos do mundo actual, tem de considerar-se definitivamente ultrapassada pela realidade a ideia de uma “proibição do retrocesso” na realização dos direitos a prestações, baseada na utopia generosa ou na crença ingénua de um progresso constante e ilimitado.

De facto, num contexto complexo em que são visíveis e previsíveis oscilações entre ciclos de crescimento e ciclos de recessão económica, torna-se indispensável assegurar uma *justiça distributiva*.

Há-de admitir-se, assim, em períodos de crise, a reversibilidade das prestações sociais, um *retrocesso condicionado*, que se torna indispensável, mesmo fora e para além dos momentos de perturbação mais agudos, sempre que seja impraticável ou insustentável a manutenção do nível das prestações sociais por ausência de crescimento económico e escassez de recursos próprios disponíveis – na conhecida e já “viral” formulação de Holmes/ Sunstein, em complemento a Dworkin, “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”.

Porém, o grau de realização dos direitos sociais determinado por lei só pode ser diminuído pela via legislativa,

apesar de politicamente legitimada, na medida em que tal for necessário e justificado, e deve lembrar-se que os custos dos direitos sociais – como, aliás, de todos os serviços essenciais – não podem ser avaliados apenas do ponto de vista financeiro e económico, mas num quadro político geral, tendo em conta, designadamente, os custos sociais e também outras dimensões (de segurança, ambiental, cultural).

A reversibilidade ou a restrição de direitos pressupõe situações reconhecidas de escassez ou de crise económica e financeira, e deve estar sujeita a controlo judicial do respeito pela *razoabilidade sistémica* das medidas restritivas – num modo que o pensamento anglo-saxónico tem formulado como “*fair change of politics*”.

Neste quadro é, aliás, decisiva, designadamente sob um ponto de vista da separação dos poderes, a metodologia de controlo das medidas político-legislativas pela jurisprudência constitucional, tendo em conta que, não estando o conteúdo dos direitos sociais definido ao nível constitucional, a fiscalização judicial opera, em regra, pela avaliação da conformidade com princípios jurídicos – protecção da confiança legítima, igualdade, proporcionalidade, “igual proporcionalidade”.

Um controlo judicial que deve implicar, em regra, uma autocontenção, tendo em conta a legitimidade democrática dos governos, a policentralidade, dos problemas, a tecnicidade das matérias e a flexibilidade das escolhas políticas e orçamentais – negando deste modo um “neo-constitucionalismo” activista, sem necessariamente advogar um “pós-constitucionalismo” débil.

Assim, o controlo da constitucionalidade de medidas políticas de alcance económico e financeiro, designadamente das medidas restritivas, deve reconduzir-se, para ter coerência, solidez e previsibilidade, a um *controlo negativo de evidência*, reprimindo a manifesta violação de princípios jurídicos fundamentais, e não um controlo total, um controlo positivo da racionalidade ou sequer um controle estrito da proporcionalidade (designadamente quanto à necessidade da medida). É que, havendo sempre alternativas num contexto complexo e “policêntrico”, um controlo que vá além da evidência facil-

mente resvala para um ativismo judicial, em que o Tribunal passa a agir como contra-poder do decisor político democrático – estamos perante o poder de uma elite profissional, que pode correr o risco de transformar-se numa oligarquia, actuando sem bússola, subjectivamente, ou em função de ideologias ou de rasgos emocionais, em casos de restrição, muitas vezes, com tendências populistas.

5. Esta proposta aponta para uma reforma estrutural do Estado, mas também da Sociedade, porque envolve uma reforma das mentalidades, em dois níveis.

Por um lado, implica a superação da atávica dependência generalizada em face do Estado, na perspectiva da afirmação de um postulado: o de que, numa sociedade de homens livres, a dignidade humana está associada ao livre desenvolvimento da personalidade, que pressupõe, a par da solidariedade (combate à pobreza), o dever, de quem pode, de prover ao próprio sustento (capacitação das pessoas, contra o ócio, ideias já sublinhadas por Beveridge) – a falência social do mercado não pode conduzir a uma falência da liberdade.

Por outro lado, pressupõe o abandono da “ideologia presentista” mais recente, da impaciente “maximização imediata do bem-estar”, substituindo-a por uma ética de responsabilidade dirigida ao futuro, a fim de assegurar uma existência digna também às gerações próximas e futuras, numa afirmação da “dimensão intergeracional dos direitos fundamentais” (Häberle).

IV. A SOLUÇÃO DO ESTADO SOCIAL COMO SOLUÇÃO NACIONAL

Diga-se, por fim, que nos parece que, nos próximos anos, a protecção dos direitos sociais será conseguida fundamentalmente no plano estadual.

Apesar da globalização e dos fenómenos de integração supranacional, há um conjunto de áreas que, de acordo com princípios de subsidiariedade, continuam a pertencer aos Estados – para além da compreensão dos valores que define identidades culturais, há um conjunto de tarefas que continuam a ser assegurados por cada Estado, nos quadros da respectiva Constituição.

Como tem sido nos últimos tempos vigorosamente afirmado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no quadro da integração europeia, o monopólio do uso legítimo da força e a prossecução criminal, as decisões fundamentais em matéria fiscal, em matéria cultural e de sistema educativo, a regulação dos meios de comunicação social, as relações com as comunidades religiosas ainda são, no essencial, áreas próprias de decisão soberana dos Estados, bem como, hoje com especial acuidade, as políticas sociais, pois que, ainda que se refira uma solidariedade europeia, é ao Estado que, em última análise, cabe assegurar a protecção social dos seus cidadãos. Não é ao nível europeu que se consegue assegurar os direitos sociais, designadamente os direitos prestacionais.

Os instrumentos normativos e as organizações internacionais são importantes na afirmação dos direitos sociais, designadamente a nível europeu, através das convenções de direitos humanos, de direitos fundamentais, de direitos sociais e de direitos dos trabalhadores, tal como é cada vez mais relevante o diálogo jurisprudencial que se estabelece na resolução prática dos problemas concretos da socialidade.

São hoje reais as preocupações sociais da União Europeia, sobretudo a partir do Tratado de Amesterdão, e o chamado Modelo Social Europeu baseia-se numa comunidade de valores fundamentais, mas realiza-se pela via dos diversos sistemas nacionais – no respeito pela autonomia dos Estados, assegura apenas a colaboração e a coordenação de políticas so-

ciais dos Estados Membros em matéria de educação, saúde e segurança social, designadamente dos trabalhadores e cidadãos não activos em movimento na Europa (em que assume relevo a limitação do “turismo social”).

Não é de esperar que triunfe na União Europeia o modelo neo-liberal, preocupado apenas com a construção do mercado, remetendo as dimensões sociais para as Constituições dos Estados Membros – a negação do modelo é clara nas orientações europeias relativas ao comércio internacional, manifestadas, por exemplo, na cláusula laboral e na do respeito pelos direitos humanos básicos.

Mas também não é provável que triunfe o modelo neo-socialista ou neo-social democrata, de um “Estado Social Europeu”, com uma rede europeia de políticas sociais, associada à consagração de direitos sociais dos cidadãos europeus – a não ser nos termos limitados previstos na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e sobretudo no quadro de uma jurisprudência de casos concretos, baseada em princípios de não discriminação.

O processo de constitucionalização europeia é multi-dimensional e multitemporal: é ainda ao nível estadual que se define o núcleo essencial da cidadania social e é no plano nacional que é de esperar a coesão social e a solidariedade que assegurem, por exemplo, o combate à pobreza, a inclusão social, a prestação dos cuidados de saúde prolongados de qualidade e as pensões adequadas.

Os povos europeus já não vivem isolados, mas, como se verifica amplamente na crise financeira dos últimos anos, a solidariedade ainda é um conceito eminentemente nacional. Sejamos realistas: enquanto houver diferenças significativas entre níveis de vida dos países, não podemos esperar que, em matéria de prestações sociais, os cidadãos dos países mais ricos repartam irremediavelmente a sua prosperidade com os cidadãos dos países mais pobres – a razão económica e a razão emocional são ainda decisivas numa Europa das Nações.

Podemos esperar que assim não seja para sempre.

A ECONOMIA SOCIAL | CIVIL

Comentário aos dados da socialidade em Portugal e
na UE

Francisco Sarsfield Cabral

1.

Para começar, três apontamentos relacionados com dados referidos pelo Dr. Paulo Chitas, na sua excelente e clara exposição:

- a) É curioso verificar que a emigração portuguesa para a Europa (para França, sobretudo) atingiu o seu valor mais alto na década de 60 – que foi a década que registou as mais elevadas taxas de crescimento do PIB na nossa história económica. Decerto que havia outros factores para além dos económicos a incentivar essa emigração, como era o caso das guerras coloniais. Mas

esse contraste (forte emigração/alto crescimento económico) mostra como era pobre a grande maioria da população portuguesa há cinquenta anos.

- b) Nessa altura, os portugueses tinham uma taxa de poupança bastante elevada, apesar de serem pobres. É que a protecção social era fraca. Quando esta subiu, gerou-se a ideia de que já não seria preciso poupar, porque o Estado providenciaria. Mas a partir do momento em que a crise da dívida soberana obrigou a reduzir apoios sociais, as famílias assustaram-se e, racionalmente, voltaram a precaver-se contra eventualidades futuras, incluindo a ausência de uma pensão de reforma razoável. Por isso a poupança das famílias aumentou em Portugal nos últimos anos, ainda que o seu rendimento disponível tenha baixado.
- c) Durante muito tempo prevaleceu a ideia, que eu próprio tinha, de que Portugal era uma pequena economia aberta ao exterior. Ora o que se passou depois de entrarmos no euro – uma moeda forte, portanto dificultando a competitividade das nossas exportações – foi muitas empresas terem-se virado para o mercado interno (o dos chamados bens não transaccionáveis), para fugirem à competição externa. O bom comportamento das nossas exportações de bens e serviços nos últimos anos inverteu essa tendência de nos fecharmos sobre nós próprios. As exportações já equivalem a mais de 40% do PIB e ganharam quotas de mercado na Europa e fora da Europa.

2.

Os problemas de sustentabilidade financeira do Estado social são entre nós agravados pela quebra da natalidade e pelo envelhecimento geral da população, de que nos falou o Dr. Paulo Chitas.

Perante tal situação, lanço a questão de saber se será aceitável uma discriminação positiva em favor dos mais pobres nos apoios sociais. Sei que isto é criticado pelos puristas do Estado social, que defendem saúde, ensino, etc., gratuitos, devendo a repartição de rendimentos ser exclusivamente feita através dos impostos sobre o rendimento. Mas, havendo pouco dinheiro, creio que ele deveria ser prioritariamente encaminhado para quem passa pior.

3.

Um ponto não referido na exposição do Dr. Paulo Chittas – mas que todos conhecemos – é a secular debilidade da sociedade civil portuguesa, que assim é tradicionalmente muito dependente do Estado. Aí não parece ter havido grande evolução, apesar da integração na Europa comunitária e da acrescida competição num mundo globalizado.

Nós estamos tão obcecados pelo Estado que raramente nos damos conta de que a dívida das empresas (187% do PIB, a mais alta percentagem da zona euro) é muito superior à dívida do Estado (perto de 130% do PIB).

Ora os portugueses são, agora, o povo da UE mais descontente com os seus políticos e a sua democracia. Segundo o *Eurobarómetro* apenas 14% dos portugueses se confessam satisfeitos com a democracia. Dir-se-á que é o reflexo da crise financeira e económica em que estamos mergulhados. Mas aquela percentagem é bem superior em países que também atravessam crises graves, como a Grécia (19%), a Espanha (24%), a Itália (34%) ou a Irlanda (60%).

4.

Outro tema que merece análise é a corrupção. Há a ideia de que ela tem vindo a aumentar em Portugal. A sociedade portuguesa é muito tolerante, no dia-a-dia, quanto a actos

de corrupção – como não pedir factura, para evitar o IVA. Enquanto essa cultura permissiva for entre nós predominante o problema da corrupção não desaparecerá.

5.

Como é sabido, cresce há décadas o fosso entre o litoral e o interior do país. Fala-se muito do problema, mas ele persiste e agrava-se. Julgo ser preciso eliminar algumas ilusões, como a crença na possibilidade de manter as nossas aldeias. As aldeias estão condenadas a prazo mais ou menos curto, o que é uma tragédia pessoal para os cada vez menos numerosos velhos que ainda por lá estão.

Mais realista será promover algumas cidades no interior (veja-se Viseu) e algumas vilas com escala suficiente para justificarem equipamentos colectivos, serviços públicos e empresas.

6.

O clima de desânimo que marca a actual fase da vida nacional tem muito a ver com a frustração das expectativas de quem saiu há pouco da pobreza. Muita gente teve durante alguns anos a ilusão de já não ser pobre – só que essa prosperidade era a crédito (directa ou indirectamente) e com a economia quase estagnada. Agora custa muito renunciar a bens e serviços que são socialmente simbólicos, de *status*.

No passado, nomeadamente quando o FMI veio impor-nos austeridade em 1978 e 1983 (sob pena de não termos quem nos emprestasse dinheiro para importar bens alimentares essenciais ou petróleo), o nível de vida também baixou. Mas disfarçadamente: o escudo desvalorizava, o que encarecia as importações e acelerava a inflação. Funcionava a “ilusão monetária”, com as pessoas satisfeitas com aumentos de salários de 15 ou 20% - não se apercebendo de que, com uma inflação perto dos 30%, os seus salários reais estavam de facto a baixar.

Agora, com uma inflação muito baixa, é preciso descer salários nominais, o que se torna política e socialmente bem mais complicado.

7.

Um último ponto, que diz respeito não especificamente a Portugal mas ao mundo dito desenvolvido e a vários países emergentes. Refiro-me à tendência para o alargamento do leque de rendimentos; por outras palavras, são preocupantes as crescentes desigualdades económicas.

Entre países houve alguma aproximação. Por exemplo, a globalização e o maior recurso aos mecanismos de mercado tiraram centenas de milhões de chineses da miséria. Mas dentro dos países as desigualdades estão a acentuar-se – dos Estados Unidos à China.

O que inverte a tendência registada no tempo do capitalismo industrial, que levou a maioria dos proletários para a classe média. A mudança deu-se por volta de 1970 e é provocada por vários factores, com destaque para a globalização (os salários baixos dos países pobres fazem pressão para não subirem os salários dos países ricos em sectores onde haja concorrência entre eles) e sobretudo para os avanços na informática e da robótica.

Os progressos informáticos não dizem respeito apenas a tecnologias cada vez mais rápidas e eficazes; também conta, aí, a generalização do recurso à informática a crescentes áreas da actividade económica, designadamente nos serviços. Já circulam na Califórnia, a título experimental, automóveis sem condutor (da Google), algo impensável ainda há poucos anos. E a robotização na indústria faz com que esta já não seja uma grande fonte de empregos, como foi há décadas atrás.

Ora esta evolução valoriza os rendimentos de quem maneja com a vontade esses progressos informáticos e robóticos, prejudicando os “info-excluídos”. Como nos mostrou

o Dr. Paulo Chitas, a maioria dos trabalhadores portugueses possui baixas qualificações...

E há quem coloque dúvidas sobre a repetição daquilo que aconteceu na Revolução Industrial: de início as máquinas eliminaram empregos, mas, a prazo, acabaram por levar à criação de muitíssimos mais. Dois investigadores da Universidade de Oxford prevêem que nos próximos vinte anos desapareçam 47% dos empregos hoje existentes nos EUA.

Olhando para o passado recente, verifica-se que a classe média americana praticamente não melhorou de nível de vida nos últimos 40 anos. Algo semelhante aconteceu na Grã-Bretanha e na Alemanha na última década. Numa altura em que o Estado social se depara com dificuldades financeiras crescentes, até por razões demográficas, este é um dos maiores problemas sociais e políticos do século XXI, que não deixará de atingir Portugal.

SOCIALIDADE E CIVILIDADE:

A Utilidade de uma Distinção

Miguel Morgado

Se recuarmos até ao uso das suas versões latinas, socialidade parece ser uma noção mais recente do que civilidade (*socialitas* e *civilitas*). Ao mesmo tempo, parecem não querer ser sinónimas. Para os efeitos de uma discussão que não deve ser estritamente arqueológica, mas que deve ter relevância para as questões do nosso tempo, compreender a diferença entre as duas noções pode abrir caminho para a elucidação do que está a um nível mais profundo em causa. Não quero envolver-me em questões etimológicas, não só porque me falta a competência para o fazer, mas também porque estou mais interessado no uso que historicamente foi feito dessas duas noções.

Começemos pela civilidade. Começo por aqui porque, ao contrário da socialidade – que está mais dependente da sua apropriação pela linguagem técnico-científica –, a civilidade é uma palavra de uso corrente. O vocabulário comum do cidadão comum inclui-a e traduz um significado comumente partilhado sem grandes elaborações intelectuais. Ora, civilidade traduz algo como a polidez nas relações sociais, o autodomínio na expressão dos afectos ou na reivindicação dos desejos pessoais. Traduz reconhecimento do espaço e subjectividade do

outro. Induz a renúncia ao uso da violência na determinação das relações, e na resolução de divergências, entre indivíduos substituída pela negociação e acomodação recíproca. Está associada à acomodação à não-imposição unilateral das necessidades próprias e à tolerância face aos comportamentos alheios.

Podemos ler num artigo recente – não particularmente elucidativo, diga-se – sobre o fenómeno que a civilidade é “um ideal normativo do comportamento social que varia, ao longo do tempo e de um contexto cultural para outro, no seu conteúdo”¹. Noutro lugar, diz-se que a “civilidade é uma rede de restrições à execução social da moral” e que pode ser entendida como “um dever ou virtude de ‘segunda-ordem’”.² John Rawls, por sua vez, invoca que o “ideal de cidadania impõe um dever moral, e não legal – o dever de civilidade – de se ser capaz de explicar uns aos outros ... as questões fundamentais de como os princípios e as políticas que cada um advoga e apoia eleitoralmente podem ser sustentadas pelos valores políticos da razão pública”³. Recorde-se que “valores políticos da razão pública” na teoria de Rawls devem ser contrastados com as “doutrinas filosóficas abrangentes” que precisamente não sobrevivem ao teste processual da razão pública numa sociedade pluralista.⁴ Por fim, tomemos o exemplo do grande filósofo e historiador Collingwood. Ele colocou no centro das categorias da filosofia política a civilidade, e esta acaba por ser o esteio moral da ordem política. É com a civilidade que se reduz a tensão entre a diversidade de opiniões e pretensões dos indivíduos, por um lado, e a necessária acomodação – e respeito – pelos outros, pelas suas actividades e aspirações. Porém, para Collingwood a civilidade é a fonte de restrições, não chegando a ser um princípio substantivo de acção. Coloca limites ao que

¹ Britta BAUMGARTEN, Dieter Gosewinkel, Dieter Rucht, “Civility: introductory notes on the history and systematic analysis of a concept”, *European Review of History*, vol. 18, n. 3, 2011, p. 290.

² William A. EDMUNDSON, “Civility as a Political Constraint”, *Res Publica*. 8, 2002, p. 218.

³ John RAWLS, *Political Liberalism* (Nova Iorque: Columbia University Press, 1993), p. 37.

⁴ EDMUNDSON, p. 220.

se deve fazer, mas não fornece conteúdos quanto ao que devemos fazer. É um bem político de primeira ordem, mas, por não ter nenhum fundamento na natureza nem poder arrogar-se a categoria de “Lei”, carece de força regulatória imperativa. Contudo, colocando o problema nestes termos acabamos por fazer a civilidade deslizar para o conteúdo próprio da socialidade tal como Pufendorf a entendia, como veremos à frente. Talvez a grande diferença esteja no facto de Collingwood indicar a civilidade como uma condição para a realização da *vida boa*, algo que está evidentemente ausente em Pufendorf – ou para sermos mais rigorosos para com Collingwood, em Hobbes – e como um princípio geral que enquadra a distribuição de recursos económicos e a regulação da vida económica em geral numa dada comunidade.⁵

Michael Oakeshott não difere muito das interpretações contemporâneas maioritárias da civilidade. Ele considera a civilidade, ou “as virtudes da civilidade”, os bens intrínsecos da associação civil. No entanto, não sugere muito mais do que a fidelidade aos acordos entre indivíduos que são feitos no âmbito da associação civil. É uma linguagem comum que estrutura a relação “formal” moral específica da vida na nessa forma de associação humana. No fundo, é o reconhecimento recíproco de todos como seres morais iguais.⁶ Mas abre pelo menos uma via que, embora não o fazendo explicitamente e nem sendo provavelmente essa a sua intenção, atribui maior espessura relacional e substantiva à civilidade do que estas primeiras palavras fariam crer. Oakeshott levanta a importante questão de, na célebre discussão em torno do “público” e do “privado”, de determinar o critério dessa distinção. Esse critério não pode ser o “lugar”, nem sequer a qualidade da pessoa jurídica em acção. “Público” e “privado” só podem referir qualidade de relações entre pessoas. Porém, a distinção clara entre “público” e “privado” não resultam daqui porque, num certo sentido, “todas

⁵ Peter JOHNSON, “R. G. Collingwood on civility and economic licentiousness”, *International Journal of Social Economics*, vol. 37, n. 11, 2010, pp. 839-851.

⁶ Richard BOYD, “Michael Oakeshott on Civility, Civil Society and Civil Association”, *Political Studies*, vol. 52, 2004, pp. 611-

as situações são um encontro entre ‘privado’ e ‘público’, entre uma acção e um pronunciamento para procurar uma satisfação substantiva desejada e imaginada e as condições de civilidade que têm de ser subscritas no seu desempenho; e nenhuma situação é de um tipo exclusivo em detrimento do outro”.⁷ Isto quer dizer que se estamos sujeitos às regras da civilidade, então mesmo actos individuais, reservados e “privados”, assumem incontornavelmente um aspecto “público” central.

Mas, por outro lado, civilidade tem uma relação próxima com a noção de “civilização”. Ora, o contrário da civilização é a barbárie. A diferença entre o bárbaro – ou a barbárie – e a civilização tem de ser *civil*. A civilização foi descrita como “o processo de conversão do homem num cidadão, e não num escravo; um habitante de cidades, e não um rústico; um amante da paz, e não da guerra; um ser polido e não um rufia”. Mas é também e simultaneamente “o cultivo consciente da humanidade”, o que vale por dizer “o cultivo consciente da razão”. Assim, a civilização assenta em “dois pilares”: a “moral” e a “ciência”, em suma na razão prática e teórica⁸. Assim sendo, a civilidade tem de ser a expressão dos atributos humanos da liberdade, da razão, do uso da linguagem para o estabelecimento de uma conversação razoável, da consciência de si – na medida em que o contrário destes atributos aproxima-nos da nossa definição de barbárie. O *homo humanus* aparece por contraste com o *homo barbarus*⁹, distinção romana com dívida à separação grega entre o bárbaro e o grego, cujo maior critério diferenciador seria a *paideia* e a comunalidade do espaço cívico. Deste modo, *civilitas* está evidentemente relacionada com o *civis* (cidadão). Tem um conteúdo *cívico* que parece ser mais espesso do que a simples socialidade. Neste entendimento, civilidade seria algo como uma virtude política, ou pelo menos uma inclinação política, própria de um ser político *por natureza*.

⁷ Michael OAKESHOTT, *On Human Conduct* (Oxford: Clarendon Press, 1975), p. 183.

⁸ Leo STRAUSS, “German Nihilism”, *Interpretation*, 26, 1999, p. 365.

⁹ Rebekka A. KLEIN, *Sociality as the Human Condition. Anthropology in Economic, Philosophical and Theological Perspective*, trad. inglesa (Boston: Brill, 2011), p. 52.

Protágoras, no diálogo platónico com o seu nome, procura apresentar uma perspectiva sobre este assunto através da exposição de um mito, a saber, o de Prometeu. Quando os deuses criaram as espécies mortais, encarregaram Prometeu e Epimeteu de as separarem e lhes atribuírem os seus respectivos poderes e capacidades. Os dois combinaram que Epimeteu faria a distribuição dessas qualidades e que a inspecção final caberia a Prometeu. Seguindo uma lógica de compensação, Epimeteu atribuiu a cada espécie um conjunto de forças e destrezas que equilibravam fragilidades e carências. Assim foi para todos os animais e esse equilíbrio procurava garantir que nenhuma espécie enfrentasse a sua própria extinção como resultado de uma desprotecção natural. Cada espécie estaria diferentemente protegida contra as ameaças das outras espécies e dos elementos naturais. Mas Protágoras revela que Epimeteu não se distinguiu nesta tarefa pela sua sabedoria, e esgotou todas as capacidades e poderes na distribuição que deles fez pelos animais irracionais. O homem ficou para o fim e já sem capacidades que sobrassem para lhes serem atribuídas. Para seu choque, Prometeu chegou ao momento da inspecção e verificou que o homem ficara radicalmente desprotegido contra os outros animais e contra a inclemência dos elementos. O momento chegara para que todas as espécies emergissem para a superfície e iniciassem a sua vida, o que condenaria o género humano a uma rápida extinção. Prometeu, o supremo filantropo, decidiu então roubar a Hefesto e a Atena tanto a sabedoria nas artes práticas, como o fogo – instrumento indispensável para dar praticidade às artes práticas. Roubou-os e entregou-os ao género humano. Porém, essa sabedoria era apenas a sabedoria da sobrevivência. Não era ainda a sabedoria para viver em conjunto em sociedade. Essa era reserva de Zeus. Mas a sobrevivência da espécie humana num plano primordial foi garantida pela filantropia de Prometeu. E, diz Protágoras, não sem uma ponta de blasfémia, que esse dom divino é a causa de os homens serem os únicos animais a adorar os deuses.¹⁰

Apesar de tudo, a existência humana continuou a ser

¹⁰ PLATÃO, *Protágoras*, 320d-322a.

precária, segundo Protágoras. Os homens viviam isolados e não havia cidades. Como não possuíam a arte da política, não possuíam a arte da guerra. Não que os homens não tivessem tentado formar cidades. Mas elas não duravam porque os homens, quando viviam juntos, rapidamente se separavam como resultado das injúrias e injustiças que cometiam uns aos outros. Por essa razão, Zeus decidiu enviar Hermes para levar a justiça e um “sentido de vergonha” aos seres humanos. Sem elas, não haveria ordem nem laços de *philia*, um ingrediente central na vida em comum – na vida política em comum. Quando Hermes perguntou se devia distribuir a justiça e o “sentido de vergonha” por igual a todos, ou desigualmente em benefício de alguns e em detrimento dos demais, Zeus optou pela distribuição igualitária. Afinal de contas, parecia ser condição necessária para a realização da ordem. E definiu uma lei: morte a quem não participasse da justiça e do “sentido de vergonha”. Erradique-se esse homem como quem erradica uma doença. No fundo, ainda segundo Protágoras, a justiça e a “temperança” – que seria a manifestação do tal “sentido de vergonha” ou de pudor – constituem o núcleo básico da “virtude política ou cívica”.¹¹

Esta história ilustra alguns aspectos importantes. Note-se que a desprotecção natural ou fragilidade essencial da humanidade constitui uma razão para a união política. Os dotes técnicos dos homens não substituem a civilidade na tarefa de salvaguardar a sobrevivência da espécie. Coisas como a justiça e o pudor são indispensáveis. Num primeiro momento os homens só possuem destreza insuficiente para essa tarefa. A virtude política tem de se acrescentar à destreza técnica. Neste sentido, podemos tentar associar essa virtude política à civilidade.

Quando à *socialitas*, podemos dizer que o seu primeiro grande pensador foi Pufendorf, que se notabilizou no século XVII no período que mediou a explosão de Hobbes e a revelação de Locke, mas cuja reputação como filósofo do direito e da política só soçobriaria no século XIX. Para Pufendorf, a socialidade é “o fundamento universal do direito natural”.¹² O ho-

¹¹ Protágoras, 322b-323a.

¹² PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, prefácio.

mem tem uma natureza *socialis*, presumivelmente porque Deus o fez assim. Mas o facto de essa socialidade não corresponder a uma natureza política, e, o que vale pelo mesmo, ser situada no contexto do estado de natureza, uma condição de essencial desprotecção humana, denota imediatamente que a *socialitas* não coincide com a virtude política, ou com a civilidade, que damos por indispensável no mito reproduzido por Protágoras.

A preocupação de Pufendorf é proteger uma parte do legado de Grócio das críticas devastadoras de Hobbes, mas garantindo a prioridade da auto-preservação enquanto princípio de acção individual. O exercício parece ser inútil, dado que em Hobbes a prioridade da auto-preservação, em combinação com a tendencial igualdade de todos os homens, excluía a tese tradicional da sociabilidade natural do género humano. Pufendorf parece querer ambos os resultados: conservar algum sentido de sociabilidade natural, por mínimo que seja, e ao mesmo tempo conferir uma estrita lógica instrumental meios-fins, tipicamente hobbesiana, às razões da necessidade da convivência humana – na medida em que esta é indispensável para a consecução dos fins materiais de qualquer ser humano. A lei natural é, então, o conjunto de princípios derivados de uma ponderação dos “efeitos” ou “consequências” prováveis de determinados actos.¹³ De consequências ou efeitos bons, evidentemente, quer do ponto de vista individual, quer do ponto de vista social – porque não queremos separar o *utile* do *honestum*.

Pufendorf refere em vários momentos a essencial fragilidade da vida humana quando desprovida da companhia de outros homens. E ao mesmo tempo quer demonstrar que sem a “Lei” é impossível formar a sociedade, ou pelo menos mantê-la e conservá-la com paz e unidade. A razão por que a sociedade humana tem como condição absolutamente necessária a “Lei” deve-se ao simples facto de a natureza humana não conter como inclinação espontânea uma sociabilidade forte. As paixões e os desejos, e as próprias capacidades intelectuais dos homens, aparecem como obstáculos à expressão dessa sociabilidade. E não devemos subestimar a disposição para causar

¹³ PUFENDORF, *De jure*, II.3.10.

danos aos outros homens – uma *pravitas* potencial. Sem a “Lei” entendida como limite, ou como freio, aos movimentos naturais do homem, a convivência mutuamente benéfica torna-se impossível. Porém, as capacidades e inclinações naturais florescem precisamente num contexto social, na *societas*. Portanto, com a “Lei” essas capacidades florescem e enriquecem a vida humana; sem a “Lei” esses traços da natureza humana tornam a condição dos homens “deplorável”.¹⁴

A “Lei” tem então como primeiro princípio fundamental “promover e preservar uma sociabilidade pacífica com os outros, de acordo com o principal fim e disposição do género humano em geral”. Como quem quer o fim, quer os meios também, segue-se deste primeiro princípio a obrigação, entendida como limite à liberdade natural, de mobilizar “todos os meios que são necessários a esse fim, todas as acções que necessariamente conduzem a esta mútua *socialitas*”. O que perturba este fim é evidentemente “proibido”.¹⁵ Esta é a lei da paz e inclui “ser levado a prestar serviço ao nosso próximo”.¹⁶

Como refere Palladini, a *socialitas* não é para Pufendorf uma “característica da natureza humana, mas um tipo de comportamento que o homem tem de adoptar” com vista à sua auto-preservação e ao acesso a uma vida confortável.¹⁷ É uma outra forma de dizer que a “Lei” prescreve antes de mais nada a pacificidade, e prescreve sem reservas a prioridade da pacificidade sobre todas as restantes obrigações morais. A *socialitas* torna-se, não um “facto da natureza”, mas um “ideal a que os homens têm de aspirar”¹⁸. Na transição do estado de natureza para o Estado civil, a “Lei” natural que regula tenuemente o estado de natureza tem de ser interpretada, executada e, em termos jurídicos, substituída pela Lei civil, a Lei do Estado. O que é uma outra maneira de dizer que, em última análise, o sentido

¹⁴ *De jure*, II.1.8.

¹⁵ II.3.15.

¹⁶ II.2.9.

¹⁷ Fiammetta PALLADINI, “Pufendorf disciple of Hobbes: the nature of man and the state of nature: the doctrine of *socialitas*”, *History of European Ideas* 34, 2008, p. 30.

¹⁸ PALLADINI, p. 31.

geral e universal da Lei do Estado é a prescrição da socialidade no contexto da sociedade politicamente organizada. A Lei do Estado prescreve a socialidade e os meios de concretizá-la para que se assegurem as condições de estabilidade – e de florescimento – da sociedade humana. Ela adquire o estatuto próximo de um imperativo hipotético: se queres viver em paz, segurança e conforto, então sê sociável. Mais, a própria noção de “estado de natureza” pode ser interpretada como uma recomendação da sociabilidade pela ilustração das terríveis consequências da sua ausência, ou do seu não-exercício.¹⁹

Neste sentido muito circunscrito, mas ainda assim crucial, a distinção da *socialidade* e da *civilidade* aparece mais clara. Mas a distinção revela também algumas dificuldades. Destaco apenas um exemplo. Outros haveria. A concretização da *socialitas* por obediência à Lei só pode ser consumada através da existência de uma relação hierárquica ou de superordinação/subordinação. Sem essa disciplina exterior ao sujeito, a Lei tem um estatuto precário e portanto também o tem as possibilidades de concretização da *socialitas*. A civilidade não parece requerer essa condição externa à relação intersubjectiva. O que não quer dizer que a civilidade não integre como naturais relações de subordinação/superordinação. A desigualdade implícita na *socialidade* estável é tornada necessária não só para garantir a execução da Lei, mas também porque a condição de igualdade sem um juiz comum capaz de dirimir conflitos entre iguais é a descrição da condição *natural* da humanidade e, por isso, pré-social.

Seja como for, esta incursão ao passado das noções de socialidade e de civilidade pode também ser útil para clarificar a discussão contemporânea em torno da questão sobretudo da socialidade, invariavelmente enquadradas por doses muito maiores de abstracção.

Por conseguinte, a socialidade parece ser a inclinação ou o processo que nos torna seres “sociais”, ou a relação típica do ser social enquanto ser social. A civilidade parece ser a incli-

¹⁹ É neste sentido que caminha a interpretação de Jean BARBEYRAC. Ver versão BARBEYRAC de *De jure*, II.2.2, nota 3, pp. 138-139, vol. I.

nação ou o processo que nos torna seres “civis”, ou a relação típica do ser civil enquanto ser civil. Mas é preciso ter cautela. A distinção entre civilidade e socialidade não pode corresponder a nenhuma distinção paralela entre “público” e “privado”, a começar pelo simples facto da tremenda dificuldade que esta última distinção tradicional oferece a qualquer exame racional. E daqui nem quero sugerir que a imensa complexidade que subjaz à distinção entre “público” e “privado” seja a razão da dificuldade na distinção conceptual entre civilidade e socialidade. Correspondem a duas ordens diferentes de explicação e de interpretação.

Se a civilidade subjaz à relação *cívica* – dinamizada por um propósito comum ainda que possa ser consideravelmente vago –, isto é, a que reflecte o viver juntos na mesma comunidade política, uma comunidade que deve subsistir no tempo e além das nossas vidas, então a possibilidade de renunciar a essa relação é seriamente disruptiva. Se a socialidade subjaz à relação *social*, isto é, a que reflecte apenas propósitos comuns em acções circunscritas, contingentes, condicionais e voluntárias, então a possibilidade de renunciar a essa relação é um facto normal da vida, consideravelmente menos disruptivo.

Assim, se o desdobramento moral e prático mais intenso da civilidade aponta na direcção do patriotismo – entendido como uma camada mais profunda de sociabilidade providenciada por um sentido de comunidade delimitado por fronteiras objectivas (as da “pátria”); já o desdobramento moral e prático mais intenso da socialidade dir-se-ia ser a solidariedade. Curiosamente, se é verdade que ambas designam na linguagem comum uma disposição recomendável e elogiável para agir; não é menos verdade que ambas há muito suscitam por parte da filosofia fortes reservas quanto ao seu putativo estatuto de virtudes autênticas.

O patriotismo porque colide com a disposição cosmopolita, a que abraça todos os seres humanos na sua essencial igualdade moral independentemente de fronteiras arbitrárias do ponto de vista moral. Neste caso, o patriotismo dispondo o agente para a entrega total – com a própria morte, no caso

extremo – à sua comunidade acaba por trair uma espécie de egoísmo colectivo e arbitrário e de fechamento cego, em colisão com o altruísmo, a não-arbitrariedade moral e a clarividência implícitos pelo menos numa certa ideia de virtude.

E a solidariedade, a palavra que anda nas bocas do mundo político, mediático e das relações pessoais privadas, que parece fazer luzir todas as qualidades humanas, viu já ser-lhe negado o estatuto de virtude. A solidariedade não pode ser confundida com a justiça, a rainha das virtudes, segundo Cícero, e central para a noção autêntica de civilidade. E também não é generosidade, virtude imemorial incluindo entre os povos que não tinham filosofia. Etimologicamente, ser solidário significa pertencer a um conjunto *in solido*, ou seja, para o todo. É a referência do devedor solidário pelo total da soma em dívida contraída por si e por mais parceiros seus. Solidariedade reflete pois coesão ou comunhão de interesses – ou de sorte. Fazer parte de um corpo sólido – cujas partes estão bem unidas umas às outras – é ser solidário. Agora acrescenta-se que, enquanto estado de espírito, solidariedade é apenas o “sentimento ou a afirmação desta interdependência”. A solidariedade “objectiva” traduz a comunhão de interesses; a solidariedade “subjectiva” a tomada de consciência dessa comunhão. Ora bem, como aponta Comte-Sponville, do ponto de vista moral, a solidariedade só pode valer o que valem esses interesses em comunhão. Sendo a comunhão real, eu ajo pelos outros para me ajudar a mim próprio – uma espécie de egoísmo encapotado um pouco à semelhança do patriotismo. Se for ilusória, e não estando o meu interesse em jogo, e eu ajo em defesa do interesse dos outros, então porquê falar em solidariedade? Muito mais rigoroso será falar de justiça ou até de liberalidade. Solidariedade torna-se assim “mais a ausência de um defeito do que uma qualidade”. Bem se observa quando se regista que dizer “um homem é justo” não carece de extensões, mas dizer “um homem é solidário” acarreta acrescentar a resposta à pergunta óbvia que se segue: “solidário com quem? Com o quê?”²⁰

²⁰ André COMTE-SPONVILLE, *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, trad. Portuguesa (Lisboa: Editorial Presença, 1995), pp. 96-97.

Há quem apresente a socialidade como a sustentação da “perspectiva-nós” específica de um membro de um grupo. De um membro que se entende a si mesmo como uma parte de um todo que adquire personalidade própria e “intencionalidade colectiva”, e não de um membro que não abdica da sua integral individualidade. O membro que assume a perspectiva-nós pensa e age de acordo com o que seu grupo tenciona que ele pense e aja. Isto é, os propósitos e os valores, assim como a autoridade, são definidos pelo grupo e o membro do grupo absorve-os sem os formar, na condição de que esses elementos sejam genuinamente obra grupal, e não de alguns indivíduos com ascendente sobre o grupo. Estamos a falar, pois, de mais do que simples concertação entre agentes com propósitos próprios ainda que coincidentes.²¹ Esta tese é, sem dúvida, útil para compreender determinadas modalidades de cooperação (e de conformismo) e certas formas institucionais. E obedece à mesma insatisfação com a noção de socialidade que emerge da sua comparação com a civilidade. Uma insatisfação com noções de socialidade que evitam o adensar da experiência de comunalidade. Não deixa de ser curioso, no entanto, que esta formulação reproduza não intencionalmente a caracterização feita por Montesquieu da experiência republicana democrática da Antiguidade, a experiência cívica por excelência. O que nos tenta a dizer que a socialidade assim apresentada não se importa de ser o princípio da micro-*polis*, do grupo no seio da sociedade civil, e nesse sentido quer aproximar-se da civilidade.

²¹ Raimo TUOMELA, *The Philosophy of Sociality. The Shared point of view* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

SOCIALIDADE, SOLIDARIEDADE E SUSTENTABILIDADE: Esboços de um Retrato Jurisprudencial

Ana Raquel Gonçalves Moniz

§ 1. Introdução: justiça constitucional, direitos e socialidade

Sem prejuízo das dimensões sociológicas, económicas e financeiras que o conceito encerra (inclusivamente como radical do direito), a socialidade surge concebida na nossa Constituição como um princípio jurídico-constitucional – com uma projecção privilegiada (ainda que não exclusiva) no âmbito dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos económicos, sociais e culturais¹. A conjuntura que atravessamos, indelevelmente marcada por crises de diversa ordem, coloca a descoberto o relevo que a proteção das vulnerabilidades humanas encerra – proteção essa que resulta não apenas da consagração de expressões constitucionais da socialidade, mas que também decorre da ca-

¹ Sobre as projeções jurídico-constitucionais do princípio da socialidade, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 338 e ss... V. também Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291 e ss..

pacidade de os poderes públicos e, em particular, de os tribunais promoverem, sem se afastarem do diapasão da juridicidade, os valores subjacentes àquelas concretizações constitucionais.

Não se revela, pois, ocioso encarecer a função assumida pelos tribunais na concretização dos princípios constitucionais em geral (incluindo o princípio da socialidade) e dos direitos fundamentais (designadamente dos direitos sociais), em especial². Recorde-se pois, o significativo papel de criação/realização em concreto do direito assumido pelos juristas decidentes, e, no nosso específico âmbito, pelo Tribunal Constitucional³ – um papel que se reveste de especial importância no âmbito do Direito Constitucional, em atenção à peculiar abertura característica das normas constitucionais, que lhes permite afeiçãoarem-se às mutações históricas de uma comunidade em permanente devir⁴. Aliás, à própria superação de um entendimento estritamente positivista do direito não foi alheia a justiça constitucional ao pôr em evidência a circunstância de uma lei ser ilegítima na medida em que viola normas ou *princípios* constitucionalmente consagrados, sobretudo se pensarmos em matérias atinentes aos direitos fundamentais, em que o recurso

² Cf. também F. Alves CORREIA, «A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3951, ano 137.º, julho/agosto 2008, p. 355.

³ Sem esquecer que, no nosso ordenamento jurídico, todos os tribunais são órgãos de justiça constitucional, não podendo aplicar, nos feitos submetidos a julgamento, normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (artigo 204.º da CRP), parece ser em vista daquelas considerações que Rui MACHETE («A Constituição, o Tribunal Constitucional e o Processo Administrativo», in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 165) fala da «função pretoriana do Tribunal Constitucional». V. também, acentuando a continuidade e articulação entre as normas constitucionais e as normas ordinárias, PAREJO ALFONSO, «La Constitución en la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa. Algunos Pronunciamientos Ilustrativos», in: *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 7, maio/agosto 1999, pp. 194 e s..

⁴ Talqualmente ensina Rogério SOARES, «O Conceito Ocidental de Constituição», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º, n.º 3744, Julho 1986, p. 72. Cf. também, no que ao caráter especial (do ponto de vista do conteúdo, da estrutura e da situação) dos preceitos constitucionais tange, no âmbito particular dos direitos fundamentais, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 1987, pp. 119 e ss..

a conceitos indeterminados é frequente, ou em questões relacionadas com verdadeiras opções de carácter político e social⁵.

Tais aberturas ou porosidades não legitimarão, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, o juiz constitucional a controlar o próprio «mérito» (político) da solução escolhida pelo legislador dentro de várias alternativas que se revelem, de um ponto de vista jurídico-constitucional, irrepreensíveis⁶. Todavia, parece inegável existir uma natural (embora não necessária) associação entre a consagração constitucional de direitos fundamentais e a sua garantia judicial, através de uma jurisdição constitucional (independentemente do modelo de Justiça Constitucional seguido em cada Estado)⁷ – podendo-se apresentar a jurisdição constitucional como uma «jurisdição de direitos fundamentais»⁸. E esta asserção não deixa de ser verdadeira quando estão em causa os direitos sociais: sem prejuízo das dificuldades e controvérsias que, inicialmente, esta associação suscitou (por se entender que os juízes não teriam capacidade institucional ou legitimidade para a dilucidação destas questões), a tónica hoje reside antes no *quomodo* (e já não no *an*) do controlo jurisdicional em matéria de direitos sociais⁹.

⁵ Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, «La Democracia y el Lugar de la Ley», in: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 92, outubro/dezembro 1986, p. 619. Sublinhando o relevo da jurisprudência constitucional no âmbito dos direitos sociais, v. Jorge Reis NOVAIS, «O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – O Direito à Segurança Social», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, abril/junho 2005, pp. 4 e 14.

⁶ V., neste sentido, Gomes CANOTILHO, «A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional», in: Jorge MIRANDA (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lisboa, 1987, p. 361.

⁷ Cf. Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 6 e s..

⁸ F. Alves CORREIA, *Direito Constitucional: A Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 23 e s., e «A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII (especial), 2010, p. 35. ; Cardoso da COSTA, «Algumas Reflexões em Torno da Justiça Constitucional», in: *Perspectivas do Direito no Início do Século XXI*, Studia Iuridica 41, Boletim da Faculdade e Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 124 e s..

⁹ Assim, TUSHNET, «Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues», in: *E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público*, n.º 3, 2014, pp. 5 e s..

Nos parágrafos seguintes, procurar-se-ão algumas rotas de reflexão a partir da jurisprudência constitucional portuguesa. Sem a pretensão de esgotar a matéria, esboçar-se-á, como nos foi proposto, um mero de “retrato”, a captação de uma imagem sobre o modo como o Tribunal Constitucional tem encarado o problema da socialidade – mas uma imagem que se pretende dinâmica e suscetível de evolução, em consonância quer com a mutabilidade da realidade constitucional, quer com a função autonomamente reconstitutiva da normatividade desempenhada pela jurisprudência como estrato do sistema jurídico¹⁰.

§ 2. Dignidade humana, sustentabilidade e concretização jurisdicional-constitucional

A concretização dos direitos fundamentais (e, entre eles, dos direitos sociais) constitui uma das dimensões associadas ao princípio da sustentabilidade, enquanto princípio conformador da ordem jurídico-constitucional, na sua dimensão de dever de ação¹¹.

A referência, neste contexto, à sustentabilidade não se revela despicienda. Assumindo que este conceito não constitui apenas uma «palavra da moda», mas antes um «programa complexo»¹², que empresta um sentido renovado à própria noção de desenvolvimento, e que se não pode dissociar da digni-

¹⁰ Como acentua Castanheira NEVES, “mesmo quando tenha em normas pressupostas o seu critério, porque na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativo-constitutivos (os momentos normativo-constitutivos caracterizadores da mediação judicativo-decisória) que a convolam da mera aplicação de normas para uma verdadeira criação (constituição) de direito”, pelo que “o direito judicativamente afirmado na decisão concreta (...) [é] uma reconstitutiva concretização, integração e desenvolvimento prático-normativos desse direito abstracto segundo as exigências do específico problema do caso decidendo” (Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica 1, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 17 e 29, respetivamente).

¹¹ Cf. João LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos Direitos Adquiridos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 128.

¹² KAHL, «Einleitung...», cit., p. 32.

dade humana, enquanto “*princípio regulativo* primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de validade das respectivas normas”¹³. Na verdade, a promoção da dignidade humana constitui, por si só, um fator de desenvolvimento: o crescimento económico de um Estado e o aumento das respetivas receitas públicas têm de ser *responsavelmente* mobilizados para, em consonância com o imperativo da justiça distributiva, permitir a adoção de medidas sociais que garantam algum equilíbrio na distribuição da riqueza¹⁴ – equilíbrio esse que hoje não compara apenas grupos distintos de pessoas, mas que também confronta gerações, grupos etários em diferentes estágios da vida¹⁵.

A promoção da dignidade humana – enquanto princípio fundante da República Portuguesa e com capacidade para gerar o cumprimento de obrigações constitucionalmente impostas aos poderes públicos e, em especial, ao legislador – está, pois, incindivelmente ligada quer aos direitos, liberdades e garantias, quer aos direitos económicos, sociais e culturais. Assim, o cumprimento das obrigações impostas pela sustentabilidade social, enquanto dimensão ínsita ao princípio da dignidade humana concretiza-se quer através de instrumentos jurídicos (em especial, emissão de atos legislativos), quer através de prestações materiais.

Uma primeira projeção desta ideia consiste na consideração, jurisprudencialmente afirmada, de que a operacionalização dos direitos sociais constitui uma obrigação constitucional do Estado, e, desde logo, do (Estado-)legislador – em total consonância com a concepção segundo a qual as normas relativas aos direitos sociais assumem carácter preceptivo, constituindo imposições legiferantes, conferindo posições jurídicas

¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/90, de 29 de março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 15.º vol., 1990, pp. 357 e ss., ponto 8.

¹⁴ Cf. já Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., pp. 456 e ss., adotando um conceito amplo de desenvolvimento – que não passa, em exclusivo, por realidades como o incremento da industrialização ou o aumento do produto interno bruto –, em resposta às compreensões segundo as quais a democracia seria inimiga do crescimento económico.

¹⁵ V. também Suzana Tavares da SILVA, «O Problema da *Justiça Intergeracional* em Jeito de Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», in: *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 0, abril/junho 2013, p. 9.

subjetivas aos seus titulares e estabelecendo garantias institucionais¹⁶. Por um lado, entende o Tribunal Constitucional que cabe ao legislador o encargo de, em cada momento histórico, concretizar as exigências de princípios abertos, como o princípio da dignidade humana – razão pela qual apenas se poderão reputar de inconstitucionais medidas que impliquem “uma real inequívoca incompatibilidade (...) com o princípio” e representem, como tal, uma subversão da “matriz axiológica constitucional”¹⁷; além disso, da alínea *d*) do artigo 9.º da CRP extrai aquela Alta Jurisdição o dever do Estado de promover a efetivação de *todos* os direitos sociais¹⁸. Por outro lado, e perante algumas dúvidas que ainda subsistiam, o Tribunal Constitucional recusou a ideia de que só a ausência de legislação que garanta a efetivação de direitos, liberdades e garantias poderia configurar uma omissão inconstitucional para efeitos do artigo 283.º; pelo contrário, também as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais permitem fundar a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão, desde que em causa esteja uma ordem de legislar ou uma imposição legiferante. Assim sucedeu, *n. g.*, no Acórdão n.º 474/2002¹⁹, em que o Tribunal Constitucional deu por verificada a inconstitucionalidade por omissão parcial, em virtude de o legislador não ter concretizado o direito à assistência material no desemprego involuntário [contemplado na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 59.º da CRP] relativamente a todos os trabalhadores, excluindo a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública.

A consideração de que a concretização legislativa de direitos sociais pode representar uma obrigação constitucional permite dar um passo em frente, e questionar se tal implica necessariamente a afirmação de um princípio da proibição do retrocesso social. Urge, pois, indagar se se impede uma retração

¹⁶ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 363.

¹⁷ Cf. Acórdão n.º 105/90, ponto 8.

¹⁸ Cf. Acórdão n.º 590/2004, de 6 de outubro, in: *Diário da República*, II série, n.º 283, 03.12.2004, pp. 18129 e ss., ponto II-A.

¹⁹ Acórdão n.º 474/2002, de 19 de novembro, in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 292, 18.12.2002, pp. 7912 e ss.

no grau de concretização já alcançado dos direitos sociais ou, pelo menos, se inviabiliza a supressão ou abrogação do direito derivado a prestações²⁰ ou do núcleo essencial desses direitos que se encontra, em determinado momento, realizado²¹.

Numa fase da sua jurisprudência, o Tribunal Constitucional enfatizava ainda que “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”²².

A esta ideia contrapõe-se hoje a defesa, com Vieira de Andrade²³, de uma garantia de estabilidade, que oscila entre um grau mínimo (correspondente à proibição da eliminação das realizações dos direitos sociais que ponham em causa a dignidade humana) e máximo (quando as concretizações dos direitos sociais acabam por assumir uma dignidade materialmente constitucional), aliada à consideração de que não podem as alterações legislativas em matéria de direitos sociais traduzir-se na reposição de uma situação de inconstitucionalidade por omissão²⁴. Aliás, como também sublinhou já o Tribunal Cons-

²⁰ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 494.

²¹ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 339 e s.

²² Acórdão n.º 39/84, de 11 de abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 3.º, 1994, pp. 95 e ss., ponto 2.3.3..

²³ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 378.

²⁴ V. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 367, n. 31; Jorge MIRANDA, «Os Novos Paradigmas do Estado Social», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano IX, 2012, p. 195, e *Manual...*, cit., p. 494 (considerando que o princípio impede a abrogação das normas legais que, em concretização com as normas constitucionais, formam um sistema, nos termos de uma máxima composta por duas proposições: “1.º Só é obrigatório o que seja possível; 2.º mas tudo o que seja possível é obrigatório”). Cf. também Jorge Reis NOVAIS, «O Tribunal...», cit., p. 4 (ainda que não adiramos totalmente às conclusões do Autor).

Esta posição não se afigura muito distante da inicialmente avan-

titucional a propósito do direito à habitação²⁵, não poderemos olvidar que existem diversos meios para assegurar a concretização (pelo menos, do núcleo essencial) dos direitos sociais, cabendo ao legislador escolher os que considere mais adequados, no contexto de uma articulação entre os diferentes direitos e objetivos constitucionais. Assim, por si só, a eliminação de um complexo normativo não implica uma inconstitucionalidade, não detendo os cidadãos um direito à manutenção de um determinado regime legal ou à não frustração de expectativas – impor-se-á sempre a aferição da validade da norma em função de outros parâmetros jurídico-constitucionais (em especial, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos)²⁶. Neste horizonte, exige-se, pois, um equilíbrio entre

çada pelo Tribunal Constitucional, a propósito da revogação dos preceitos consagradores do Sistema Nacional de Saúde. Afirmava-se então: “que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção” (cf. Acórdão n.º 39/84, ponto 2.3.3.).

Não se ignora a perigosidade desta formulação, pois que foi a partir dela que aquela Alta Jurisdição acabou por formular o princípio (mais restritivo para a liberdade de conformação legislativa) da proibição do retrocesso social – a que o citado aresto acaba por, em certa medida, aderir. Julgamos, porém, que da consideração, segundo a qual se não podem alterar (e, sobretudo, eliminar) normas legislativas quando dessa eliminação resulte a reposição de uma inconstitucionalidade por omissão, não se pode deduzir um princípio de proibição do retrocesso social, nem uma destruição da autonomia legislativa ou da liberdade de conformação do legislador (cuja existência se impõe por força do princípio da separação de poderes). Proíbe-se tão-só que, quando a Constituição contenha uma obrigação de legislar ou uma imposição legiferante e o legislador a tenha cumprido, não possa um posterior ato legislativo pôr em causa (eliminando, sem substituir, por exemplo) a concretização constitucional já alcançada. Naturalmente, e como decorre do texto, não constituirá este o único parâmetro de controlo a mobilizar perante a fiscalização da constitucionalidade de normas que contendam com a matéria da socialidade (*maxime*, com os direitos sociais), as quais serão avaliadas em função dos princípios e normas jurídico-constitucionais pertinentes.

²⁵ Cf. Acórdão n.º 590/2004, ponto II-A.

²⁶ Acórdão n.º 287/90.

uma tentação dirigista do juiz constitucional e uma demasiado extensa deferência ao poder legislativo²⁷.

Mais do que obstar às alterações da concretização legislativa dos direitos sociais, o problema consiste hoje em equacionar quais os *limites da sustentabilidade no/do Estado social*. A questão principiou por assumir uma feição negativa – correspondente a um “direito à não ablação do rendimento necessário ao mínimo de existência condigna”²⁸ –, tendo o Tribunal Constitucional apreciado se os cidadãos teriam direito a um mínimo, que não poderia ser posto em causa pelo Estado (desde logo, pelo Estado-legislador) e que justificaria a restrição legislativa de outros direitos. Assim, e já com fundamento no princípio da dignidade humana, a jurisprudência constitucional afirmou a não inconstitucionalidade das normas sobre a impenhorabilidade das prestações sociais na medida em que constituam a garantia da percepção de um rendimento mínimo de subsistência e, como tal, da “*sobrevivência minimamente condigna do pensionista*”²⁹, tendo ainda, com argumentação similar, considerado inconstitucionais as normas que permitiam a penhora de prestações de natureza social (em especial, pensões) ou de vencimentos inferiores ao salário mínimo nacional³⁰, e de quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido³¹.

²⁷ Recorde-se que uma das críticas avançadas contra a Justiça Constitucional residiu já na circunstância de as decisões jurisdicionais alinharem pelas forças políticas dominantes. Sustentando esta tese, v. FUNSTON, «The Supreme Court and Critical Elections», in: *American Political Science Review*, n.º 3, vol. 69, setembro 1975, pp. 795 e ss. (esp.^{te} pp. 796, 800 e ss.).

²⁸ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 374.

²⁹ Cf. Acórdão n.º 349/91, de 3 de julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., 1991, pp. 507 e ss., pontos 6, 7, 9 e 10, louvando em posição já avançada pela Comissão Constitucional (cf. Acórdão da Comissão Constitucional n.º 479, de 25 março de 1983, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 327, junho 1983, pp. 415 e ss., relativo à impenhorabilidade das pensões da previdência social). V. ainda Acórdão n.º 411/93, de 29 de junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 25.º vol., 1993, pp. 615 e ss., ponto 6.

³⁰ Cf. Acórdão n.ºs 318/99, de 26 de maio, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 487, pp. 130 e ss.; 177/2002, de 23 de abril, in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 150, 02.07.2002, pp. 5158 e ss.; 96/2004, de 26 de fevereiro, in: *Diário da República*, II Série, n.º 78, 01.04.2004, pp. 5228 e ss..

³¹ Cf. Acórdão n.º 62/2002, de 6 de fevereiro, in: *Diário da República*, II Série, n.º 59, 11.03.2002, pp. 4711 e ss..

Contudo, o Tribunal Constitucional foi mais longe e, abstraindo do alcance legislativamente conferido aos direitos sociais, debruçou-se sobre a concretização mínima daqueles direitos exigida pelo princípio da dignidade humana suscetível de fundamentar uma pretensão *positiva* na esfera jurídica das pessoas, que tem como destinatário o Estado. Uma das expressões paradigmáticas da conjugação jurisdicional-constitucional entre dignidade humana e sustentabilidade social consiste no Acórdão n.º 509/2002, onde o Tribunal Constitucional se debruça sobre o sentido positivo da *garantia constitucional a um mínimo de (rectius, para uma³²) existência condigna*. O Tribunal vê-se agora confrontado com a questão de saber se, a par de uma pretensão negativa dos cidadãos a não se verem privados do mínimo de existência, também aquela garantia lhes confere uma pretensão positiva a exigir do Estado uma ação no sentido de lhes assegurar aquele mínimo. Louvando-se nos antecedentes da jurisprudência anterior, aquela Alta Jurisdição responde que a consagração constitucional do direito à segurança social e da tarefa (a cargo do sistema de segurança social) de proteção em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho implica a afirmação de uma pretensão dos cidadãos a que lhe sejam asseguradas, pelo Estado, as condições (o “mínimo indispensável”) para uma existência condigna – em total consonância com as exigências de sentido do princípio da dignidade humana³³.

Em suma, e, sobretudo num contexto de *escassez*³⁴, a

³² Seguimos, pois, Vieira de ANDRADE, «O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, janeiro/março 2004, p. 29.

³³ Cf. Acórdão 509/2002, esp.^{te} ponto 13.

³⁴ Sobre o impacto da «dogmática da escassez» neste horizonte, *v.*, por todos, João LOUREIRO, «A “Porta da Memória”: (Pós?)Constitucionalismo, Estado (Pós?)Social, (Pós?)Democracia e (Pós?)Capitalismo», in: *Estudos do Século XX*, n.º 13, 2013, pp. 118 e ss.. Cf. também Suzana Tavares da SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 187 e s., salientando a íntima conexão entre economia/finança e direitos sociais, e considerando que a mudança de paradigma económico implica uma alteração do paradigma da socialidade.

ideia de sustentabilidade aponta quer para um necessário equilíbrio entre princípios e valores jurídico-constitucionais potencialmente conflitantes, mas harmonizáveis mediante a convocação do princípio da concordância prática, quer para uma racionalização na sua realização jurisdicional³⁵. Por um lado, a garantia de prestações sociais encontra-se dependente de condições históricas, razão pela qual não pode a liberdade de conformação do legislador ser hipotecada a favor de determinadas realizações dos direitos sociais – sob pena de se pôr em causa a sustentabilidade económica, financeira e política do Estado. Por outro lado, os cidadãos têm direito a um certo nível de concretização dos direitos a prestações, que se encontra subtraído à discricionariedade legislativa, por consubstanciar uma exigência do princípio da dignidade humana – só assim se alcança a sustentabilidade social.

§ 3. Estado social, solidariedade e fraternidade

A alusão à dignidade humana leva ínsita a consideração de que a pessoa há de ser valorada, no plano ético-jurídico, como irrepetível, responsável por si e pela sua atuação, numa relação de razão e solidariedade com o outro³⁶. Quer dizer, o sentido último da dignidade humana reconduz-se não apenas ao reconhecimento da singularidade e da eticidade inerente a cada ser humano, que o Estado social deve respeitar, mas também à consideração de que a plena realização da pessoa se alcançará através de uma relação de *solidariedade* que a entretece com as demais³⁷ – e por cuja consecução os poderes públicos

³⁵ Relativamente à ideia de racionalização, cf. TUSHNET, «Social and Economic Rights...», cit., p. 7, acentuando que o reconhecimento de direitos sociais a um sujeito não pode ter um impacto financeiro tal que impeça a realização dos direitos dos demais cidadãos.

³⁶ Barbosa de MELO, «Profecia sobre a Pessoa no Mundo Global», in: *Cadernos de Bioética*, n.º 30, dezembro 2002, p. 34.

³⁷ Em sentido próximo, quanto à caracterização do princípio da dignidade humana, Cardoso da COSTA, «Le Principe du Respect de la Dignité de la Personne Humaine dans les Jurisprudences Européennes», in: *Le Principe du Respect de la Dignité de la Personne Humaine*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, p. 53.

são também (embora não os únicos) responsáveis. À sustentabilidade social alia-se, pois, o valor da solidariedade, enquanto fenómeno que exprime aquela relação, mais ou menos estável, entre pessoas que possuem um sentimento de pertença a determinada formação social, relativamente à qual manifestam uma *affectio societatis*³⁸. Considerando o Estado como a formação social por excelência, podemos afirmar, convocando as palavras de João Loureiro³⁹, “Estado social é aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se connexionam com bens básicos ou fundamentais (*v. g.*, saúde, segurança social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço”.

O entrecruzar dos conceitos de solidariedade e fraternidade (ou solidariedade horizontal⁴⁰) representa um apelo à revalorização de valores éticos na esfera jurídica. É verdade que, como salienta o Tribunal Constitucional⁴¹, “há valores e bens tidos como morais e que relevam, inequivocamente, na esfera jurídica”. Todavia, o que, neste momento, está em causa consiste em afirmar que os valores da solidariedade e da fraternidade devem considerar-se ínsitos a uma ordem jurídica que, como tal (como ordem *de direito*), se encontra alicerçada

³⁸ Noção que colhemos em Casalta NABAIS, «Algumas Considerações...», cit., pp. 147 e s.. O Autor efetua ainda uma distinção entre os planos objetivo e subjetivo da solidariedade: em sentido objetivo, a solidariedade designa a relação; numa aceção subjetiva, o conceito apela a uma ética social e traduz o sentimento e a consciência de pertença a uma comunidade.

³⁹ João LOUREIRO, «A “Porta da Memória”...», cit., p. 115. Cf. ainda João LOUREIRO, *Adens...*, cit., pp. 73 e ss..

⁴⁰ Entre nós, Casalta NABAIS, «Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, 1999, p. 150.

⁴¹ Acórdão n.º 144/2004, de 10 de março, in: *Diário da República*, II série, n.º 92, 19.04.2004, pp. 6082 e ss., ponto 6.

no princípio da dignidade humana⁴², o qual pressupõe uma especial atenção de todos relativamente àqueles que estejam em situação de carência.

Recorde-se ainda Barbosa de Melo, quando acentua que a estrutura interna da “trilogia democrática” (liberdade, igualdade e fraternidade) se articula segundo um modelo de coordenação, em que “os três princípios aparecem essencialmente equivalentes entre si, constituindo um conjunto de tal modo solidário e incindível que não é legítimo pensar e aplicar qualquer deles sem simultaneamente pensar e aplicar os restantes”⁴³. Por outro lado, esta compreensão não colide com a relevância (que não é sinónimo de absolutização), no contexto hodierno, dos valores da solidariedade e da fraternidade, na medida em que “todos os seres humanos são [devem ser] solidários entre si, assumindo em comum os ricos, os encargos e as vantagens da vida em comunidade”⁴⁴. A mobilização, neste horizonte, de um dos elementos da trilogia democrática – a fraternidade (para alguns, já erigida em princípio jurídico-constitucional⁴⁵) – pressupõe a contextualização do conceito nas ideias de «fraternidade revelada» (*fraternité révelée*), «fraternidade racionalizada» (*fraternité rationalisée*) e «fraternidade universal» (*fraternité universelle*), que remetem para as suas raízes teológicas judaico-cristãs, jusnaturalistas e franco-maçónicas⁴⁶. Na perspetiva política filosófica

⁴² Ainda que noutra contexto, o citado Acórdão n.º 144/2004 não deixa de afirmar a solidariedade como um dever que deriva do princípio da dignidade humana (ponto 6, *in fine*).

⁴³ Barbosa de MELO, *Democracia...*, cit., pp. 18 e s.. Aliás, a coordenação entre estes valores encontra expressão em conflitos de valores constitucionais (inclusivamente, direitos fundamentais), como acontece, por exemplo, com a configuração do direito de propriedade privada ou da liberdade de iniciativa económica privada no âmbito do Estado social [cf. MATTIONI, «Solidarità Giuridicizzazione della Fraternità», in: MARZANATI/MATTIONI (eds.), *La Fraternità come Principio del Diritto Pubblico*, Città Nuova, Roma, 2007, p. 21].

⁴⁴ Barbosa de MELO, «Introdução...», cit., p. 78.

⁴⁵ Cf. PIZZOLATO, *Il Principio Costituzionale di Fraternità – Itinerario di Ricerca a Partire dalla Costituzione Italiana*, Città Nuova, Roma, 2012.

⁴⁶ A construção dos apontados sentidos do conceito de fraternidade deve-se à elaboração dogmática de BORGETTO, *La Notion de Fraternité en Droit Public Français*, L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 19 e ss., 82 e ss..

liberal de finais de setecentos, a fraternidade concebe-se, na senda de Rousseau, como elemento catalisador da união de todos os homens na sociedade (*rectius*, na nação, enquanto projeção da pátria), articulando-se com a liberdade e a igualdade, formando o húmus no qual se fundamenta a democracia⁴⁷ – conceito que, paulatinamente, a Revolução haveria de complementar pela solidariedade⁴⁸, o qual ganhou um fôlego decisivo, como se sabe, no final da I Grande Guerra. A revalorização atual da noção de fraternidade representa uma consequência das insuficiências manifestadas pelo princípio da solidariedade e pela crise do “Estado-Providência”: em primeiro lugar, a fraternidade acrescenta uma dimensão mais humanizante à solidariedade; em segundo lugar, a solidariedade, construída com o propósito de alicerçar direitos e deveres sociais, deixou na sombra outras preocupações (como a intolerância ou a rejeição do outro) a que a fraternidade permite dar resposta, emergindo esta como princípio imprescindível à realização do Estado de direito democrático⁴⁹. A fraternidade surge agora intrinsecamente relacionada com o apelo a valores enquanto elemento caracterizador do sentido atual da democracia⁵⁰.

⁴⁷ Cf., *n. g.*, J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes de Droit Politique*, Librairie des Bibliothèques, Paris, 1889, p. 61, e, sobretudo, *Discours sur L’Economie Politique*, Emmanuel Du Villard Fils, Genève, 1758, pp. 37 e ss.. Sobre a interpretação perfilhada no texto, *n.* BORGETTO, *La Devisé...*, cit., pp. 17 e ss., e *La Notion...*, cit., pp. 29 e ss.; MATTIONI, «Solidarità...», cit., p. 17.

⁴⁸ Cf. BOGETTO, *La Notion...*, cit., pp. 95 e ss..

⁴⁹ V. BOGETTO, *La Notion...*, cit., p. 585. Neste mesmo sentido se orienta também o *Conseil Constitutionnel*, quando instado a densificar o princípio da fraternidade e a destringá-lo dos princípios da solidariedade e da justiça social: cf. «Rapport du Conseil Constitutionnel Français», in: *La Fraternité: IIIe Congrès – Association des Cours Constitutionnelles Ayant en Partage l’Usage du Français*, ACCPUF, Ottawa, 2003, pp. 266 e s. (disponível em http://www.accpuf.org/images/pdf/publications/actes_des_congres/c3/II-RAPNAT/france.pdf, setembro 2014).

⁵⁰ Assim, BOBBIO (*Il Futuro...*, cit., p. 29) que concretiza a ideia de fraternidade mediante o apelo a três valores fundamentais – a tolerância, a não-violência e a renovação gradual da sociedade – valores esses que, enquanto postulados do ideal democrático, permitiriam, respetivamente, que a democracia afastasse quaisquer formas de fanatismo, introduzisse regras de convivência entre os cidadãos, de molde a que os conflitos sociais e políticos fossem resolvidos sem derramamento de sangue, e fomentaria

A fraternidade, enquanto valor subjacente à reconstrução da democracia social, encontra hoje subsídios a partir de um quadro de fontes mais amplo⁵¹, estendendo-se, em termos espaciais, não apenas às relações intraestaduais (entre o Estado e os seus cidadãos), mas também às relações internacionais (interestaduais e entre os Estados e outros sujeitos de Direito Internacional), e às relações interpessoais tuteladas pelo Estado, afirmando-se, em termos temporais como uma fraternidade intrageracional, mas também como uma “fraternidade intergeracional”⁵². Trata-se, em suma, de promover, o equilíbrio entre o desenvolvimento de uma atitude de reconhecimento face às gerações passadas, de assunção de obrigações perante as gerações futuras⁵³ e de garantia da liberdade das gerações presentes.

No horizonte, poder-se-á destacar a jurisprudência do Tribunal Constitucional a propósito da obrigação de alimentos a filho menor, quando o respetivo cumprimento coloque o progenitor-devedor abaixo do mínimo de existência condigna⁵⁴. Como salienta a jurisprudência, a hipótese em causa gera uma colisão entre os direitos fundamentais do progenitor e os direitos fundamentais do filho menor⁵⁵, cuja solução, exigida pelo princípio da dignidade humana, pressupõe uma ponderação entre a garantia do mínimo de existência condigna do progenitor

o livre de debate entre os cidadãos, cuja troca de concepções e de experiências transformaria paulatinamente as relações entre eles e conduziria a uma verdadeira “revolução silenciosa”.

⁵¹ V. João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., pp. 26 e ss.

⁵² MARZANATI, «La Fraternità Intergenerazionale: Lo Sviluppo Sostenibile», in: MARZANATI/MATTIONI (eds.), *La Fraternità...*, cit., pp. 127 e ss.

⁵³ BIRNBACHER, «Responsibility...», cit., p. 37. Ainda que seja contestável que as gerações futuras tenham direitos – cf., *v. g.*, BECKERMAN, «The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice», in: TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, pp. 54 e ss. (aliás, o Autor chega a comparar a deferência perante as gerações futuras a um exemplo de fraternidade – *Op. cit.*, p. 58).

⁵⁴ V. Acórdãos n.ºs 306/2005, de 8 de junho (in: *Diário da República*, II Série, n.º 150, 05.08.2005, pp. 11186 e ss.), e 394/2014, de 7 de maio (in: *Diário da República*, II Série, n.º 108, 05.06.2014, pp. 14832 e ss.).

⁵⁵ Sem prejuízo da consideração segundo a qual “até que as necessidades básicas das crianças sejam satisfeitas, os pais não devem reter mais rendimento do que o requerido para providenciar às suas necessidades de auto-sobrevivência” (Acórdão n.º 306/2005, ponto 6).

e a garantia do mínimo de existência condigna do filho menor (esta última correspondente à garantia de um direito fundamental, contemplado no n.º 5 do artigo 36.º da Constituição, que tem como destinatários os pais, vinculados ao cumprimento de um dever fundamental). Tal significa que não pode a sobrevivência do menor ser alcançada pondo em causa a sobrevivência do progenitor⁵⁶. Atente-se, porém, que esta solução não implicará a ofensa da garantia do direito a um mínimo para uma existência condigna por parte do menor, intervindo aqui o Estado de forma subsidiária, no exercício da sua tarefa de proteção à infância (cf. artigo 69.º da CRP), *in casu*, através do instituto do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores⁵⁷. Estamos, pois, diante de um exemplo em que se busca uma visão humanizante da relação entre pais e filhos, que não tem de envolver o sacrifício de um dos sujeitos em favor do outro, e uma preocupação de toda a sociedade (mediante a interferência do Estado) em assegurar sempre (ainda que supletivamente) o bem-estar de todas as crianças.

Esta ideia de apelo ao equilíbrio entre as posições dos sujeitos pertencentes às (várias) gerações acabará por determinar uma mutação na discussão em torno da problemática da concretização dos direitos sociais: a disputa travar-se-á agora menos no plano unidade dogmático-sistemática dos dispositivos consagradores/concretizadores de direitos sociais e da autonomia da função legislativa no quadro do princípio da separação de poderes ou do respeito pelo princípio da alternância democrática, e mais no contexto do duplo problema da garantia das gerações passadas (mas ainda presentes) – em particular, das pessoas mais carenciadas – perante os poderes públicos atuais e da responsabilidade das gerações presentes pela garantia (ainda pública?) da subsistência das gerações futuras. Nesta linha entronca a construção do conceito de «liberdade sustentável», que aponta no

⁵⁶ Cf. Acórdãos n.ºs 306/2005, ponto 6, e 394/2014, pontos 5 e 6.

⁵⁷ Cf. Lei n.º 75/98, de 19 de novembro (garantia dos alimentos devidos a menores; alterada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro); e Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio (regula a garantia de alimentos devidos a menores, alterado pelo Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho, e pela Lei n.º 64/2012, de 20 de dezembro).

sentido da preservação ou da expansão das liberdades das gerações presentes que não comprometa a capacidade das gerações futuras para terem uma idêntica ou maior liberdade⁵⁸. Por outro lado, a dimensão horizontal da solidariedade a que o conceito de fraternidade faz apelo implica que a socialidade não se encontra apenas a cargo do Estado, mas convive quer com a intervenção espontânea dos grupos e dos cidadãos no auxílio a terceiros, quer com a delegação das tarefas em entidades da sociedade civil – aspetos que, articulados, demonstram a falência de um certo modelo de Estado social: o Estado de bem-estar⁵⁹.

§ 4. Solidariedade e cidadania responsável: a quem cabe a realização da socialidade?

A assunção, pelo Estado⁶⁰, da tarefa de realização da democracia social, enquanto consequência da ideia de justiça distributiva, carece, todavia, que nos interpelemos sobre os destinatários das responsabilidades pressupostas pela solidariedade, enquanto valores ínsitos no princípio da dignidade humana⁶¹.

A resposta mais imediata – quando problematizamos o tema no contexto dos direitos fundamentais, enquanto posições jurídicas substantivas dirigidas contra o Estado, no contexto de uma sociedade ainda marcada pela cultura do “Estado-providência” – aponta no sentido de que cabe a este último realizar a justiça social, enquanto consequência necessária da

⁵⁸ Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., p. 343.

⁵⁹ Cf. Casalta NABAIS, «Algumas Considerações...», cit., pp. 153 e ss..

⁶⁰ Ainda que, neste ponto, nos reportemos primordialmente à realização da socialidade dentro das fronteiras do Estado, não olvidamos que a responsabilidade pelos direitos sociais cabe também à comunidade internacional, como decorre do artigo 22.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (cujo Título IV – artigos 27.º a 38.º – tem justamente por epígrafe “Solidariedade”). Sobre esta questão, *v.* Jorge MIRANDA, «Os Novos Paradigmas...», cit., p. 185.

⁶¹ Considerando a responsabilidade e a solidariedade como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, cf. João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., pp. 193 e ss..

concretização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados. Trata-se, afinal, do corolário do surgimento da teoria do Estado social como Estado prestador.

Atente-se, porém, que o conceito de Estado aqui envolvido não deve ser tomado em sentido estrito, mas antes numa acepção ampla, que envolve todos os todos os poderes públicos, sem prejuízo do respeito pelo princípio da separação de poderes, designadamente no plano vertical, e, consequentemente, pelas autonomias constitucionalmente consagradas.

Sobre esta questão se debruçou igualmente o Tribunal Constitucional⁶², aquando da apreciação do regime jurídico da construção de habitações municipais (em concreto, sobre as medidas legislativas de concretização Programa de Construção de Habitações Económicas), no qual se estabelecia a isenção dos procedimentos municipais de controlo prévio de índole urbanística, quando as operações de loteamento, as obras de urbanização e as obras de construção civil fossem promovidas pela Administração estadual indireta (pelo então Instituto de Gestão e Alineação do Património Habitacional do Estado) na prossecução de fins de interesse público na área da habitação. No processo de fiscalização preventiva, o Presidente questionou se a solução não vulneraria a autonomia local.

Louvando-se nas alíneas *c)* e *e)* do artigo 9.º, bem como nos artigos 65.º e 66.º da Constituição, o Tribunal Constitucional entendeu que as normas em causa representavam “a concretização de imposições constitucionais dirigidas ao Estado”, constituindo “momentos de mediação semântica de normas da Constituição com determinações de fins e fixação de tarefas e, como tal, preenchem um espaço de ineliminável conformação legislativa”. E acrescenta: “ordenadas que estão ao princípio da democracia social, teleologicamente vinculadas aos seus postulados, aquelas normas desenvolvem, pelo próprio conteúdo material e contexto significativo, a múltipla funcionalidade de concretizar preceitos referentes à actuação global do Estado (cf., C.R.P., artigo 9.º) e preceitos de âmbito específico que garantem a efectivação de direitos originários a prestações

⁶² Acórdão n.º 432/93, de 13 de julho

(cf., C.R.P., artigos 65.º e 66.º)”. E com estas asserções – explica o Tribunal – não se pretende afirmar que a concretização do princípio da democracia social pelo legislador não tenha limites – desde logo os limites impostos pela autonomia local.

Maior relevância que o sentido da decisão do Tribunal Constitucional neste processo (rejeição da presença de matérias de interesse específico das comunidades autárquicas e, por conseguinte, da invasão da autonomia autárquica) reveste a circunstância de aquela Alta Jurisdição haver concluído que as autarquias locais, enquanto instrumento de organização democrática do Estado, não se devem considerar indiferentes à prossecução dos interesses associados à promoção habitacional “desde logo e ao menos na medida em que se desenvolvem no seu espaço geográfico”, constituindo a satisfação dos direitos aqui envolvidos “um domínio aberto à intervenção concorrente das autarquias e do Estado”. Neste sentido, o paradigma do Estado social exige “um processo político de cooperação entre o Estado, as entidades públicas e os cidadãos”.

Esta última referência aos cidadãos não se revela despendida, pois que nos permite avançar e defender (na sequência das considerações tecidas na parte final do número anterior) uma corresponsabilização de todos (e não apenas do Estado⁶³) pela realização da dignidade humana do outro – em consonância, quer com um sentido de solidariedade (e fraternidade) anterior ao próprio conceito de Estado social, quer com as modernas teorias do Estado garantidor, regulador e ativador.

Por este motivo, a realização da socialidade também se encontra devolvida à sociedade, que a exerce primordialmente através do terceiro setor. Se mergulha no tempo a concepção de que a sociedade tem um papel na garantia do respetivo bem-estar, hoje também se revela totalmente adequado o entendi-

⁶³ Também Suzana Tavares da SILVA (*Direitos...*, cit., pp. 206 e s.) assinala a erosão do postulado do Estado social segundo o qual a realização da socialidade caberia (exclusivamente) às entidades públicas. Não esqueçamos, aliás, que, em última análise, “não há direitos gratuitos”, porque todos eles se assumem como bens públicos em sentido estrito – Casalta NABAIS, «Reflexões sobre Quem Paga a Conta do Estado Social», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010, p. 52.

mento de que as tarefas associadas à promoção da qualidade de vida (como a educação, a cultura, a saúde ou a assistência social) não revestem natureza exclusivamente pública, mas são partilhadas com outras instituições e organizações sociais⁶⁴. A ideia de cooperação entre o Estado e o setor da economia social⁶⁵ decorre, desde logo, do n.º 5 do artigo 63.º da Constituição: num preceito dedicado à segurança social e à solidariedade, o legislador constituinte determina que o Estado apoie (e fiscalize) a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, quanto à prossecução dos objetivos de solidariedade social constitucionalmente previstos [em especial, no próprio artigo 63.º, mas também na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 67.º, na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 70.º, e nos artigos 69.º, 71.º e 72.º]⁶⁶. Assim, vigora neste horizonte um princípio de cooperação Reconhecendo que as instituições particulares de solidariedade social prosseguem “fins relevantes no nosso ordenamento jurídico”⁶⁷ e desenvolvem atividades de interesse público⁶⁸, o Tribunal Constitucional entende que, embora a organização do sistema de segurança social constitua uma tarefa do Estado, a ação pública deve conjugar-se e articular-se com a atuação das instituições particulares de solidariedade social; neste sentido, “a actividade de assistência e beneficência, exercida por particulares, sem fins lucrativos, essencialmente dirigida a pobres, doentes e ca-

⁶⁴ Vieira de ANDRADE, «Algumas Reflexões sobre os Direitos Fundamentais, Três Décadas Depois», in: *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V, 2006, p. 139, e «Repensar a Relação entre o Estado e a Sociedade», in: *Nova Cidadania*, n.º 31, ano VIII, janeiro/março 2007, p. 37.

⁶⁵ Cf. João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., pp. 259 e ss..

⁶⁶ Em geral, sobre a constitucionalidade da delegação da gestão e prestação de serviços de ação social em instituições particulares de solidariedade social, cf. Licínio LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 319 e ss..

⁶⁷ Acórdão n.º 39/88, de 9 de fevereiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., 1988, pp. 233 e ss., ponto 6.3.1..

⁶⁸ Acórdão n.º 50/88, de 3 de março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., 1988, pp. 571 e ss., ponto 6 – circunstância justificadora da previsão, em certas situações, de regimes jurídicos mais favoráveis – como sucedia no caso subjacente ao aresto (condições especiais no arrendamento).

renciados, com vista à satisfação das suas necessidades, não é, nem poderia ser, (...) estranha à própria actividade do Estado na prossecução de uma «democracia social»⁶⁹.

Entendemos, porém, que a realização da socialidade pelo Estado e pelo terceiro setor também não pode descomprometer individualmente os cidadãos, tornando-os, em absoluto, dependentes de terceiros. Recordemos, pois, com Dworkin⁷⁰, a dupla dimensão da dignidade humana – desdobrada no princípio do valor intrínseco (*principle of intrinsic value*) e no princípio da responsabilidade pessoal (*principle of personal responsibility*) –, a qual pressupõe simultaneamente que toda a vida humana possui um valor objetivo e intrínseco cujo potencial importa tutelar e que *cada pessoa tem a responsabilidade de realizar esse valor, cabendo-lhe escolher, com autonomia e sem coerção, as opções para atingir esse desiderato*. Trata-se de uma concepção com consequências não despidas: por um lado, pressupõe o reconhecimento *por todos* e a preocupação *de todos* de que a vida de *todas* as pessoas (e não apenas a sua) tem importância e não deve ser desperdiçada (*equal concern*) – dimensão que apela ao valor da igualdade; por outro lado, concebe a democracia como autogoverno, convocando o valor da liberdade (*self-government*)⁷¹.

Assim, a solidariedade que intercede na relação Estado-cidadão e nas relações interpessoais não deve constituir um pretexto para a desresponsabilização da pessoa, tornando-a

⁶⁹ Cf. Acórdão n.º 309/2001, de 3 de julho, in: *Diário da República*, II Série, n.º 268, 19.11.2001, pp. 19144 e ss., ponto 3.1. (também a propósito do regime especial do arrendamento).

⁷⁰ DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? – Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 9 e ss..

⁷¹ DWORKIN, *Is Democracy...*, cit., pp. 144 e ss.. Sem a pretensão de explorar a (e mergulhar na) complexidade do pensamento deste Autor (que, de resto, seria desajustada neste contexto), importa cruzar a dupla dimensão da dignidade humana avançada no texto com os dois princípios da dignidade humana – princípio do respeito próprio (*self-respect*) e princípio da autenticidade –, sintetizáveis na proposição “*good life and living well*”, que o Autor desenvolve em *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press/Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, pp. 202 e ss.. Conjugados, estes princípios determinam (numa versão muito simplificada) que cada um tem a responsabilidade de considerar a sua vida como importante e de a viver de acordo com os valores que considera relevantes.

sempre dependente da alteridade, antes promovendo-se antes um modelo de «ajuda para a autoajuda»⁷². Como enfatiza Vieira de Andrade⁷³, uma adequada compreensão dos direitos sociais acentua “a sua qualidade humana de direitos fundamentais de cidadãos livres e responsáveis numa sociedade livre”. Trata-se agora, e em primeira linha, de defender, além da promoção de uma “cultura de deveres”⁷⁴, a superação da passividade e o incremento do ativismo dos cidadãos, dispostos a empenhar-se na vida da *polis*, desenvolvendo capacidades (*capabilities*)⁷⁵ e cabendo-lhes aproveitar as oportunidades para alcançarem realizações razoáveis⁷⁶. Como expressivamente salienta Dworkin⁷⁷, a ignorância dos cidadãos leva a que os governantes os tratem como ignorantes, o que, por sua vez, determina que aqueles se tornem mais (ou, pelo menos, permaneçam) ignorantes. Neste sentido, a sustentabilidade não se alcança apenas (*rectius*, nem sobretudo) através da adoção de uma “atitude de passiva preservação”, mas antes mediante uma “atitude activa de prossecução”⁷⁸, que permita aos cidadãos libertarem-se da passividade, a “vassalagem moral” das sociedades democráticas contemporâneas⁷⁹. Na

⁷² João LOUREIRO, *Adens...*, cit., p. 97, louvando-se na doutrina alemã.

⁷³ Vieira de ANDRADE, «Repensar...», cit., p. 38.

⁷⁴ João LOUREIRO, *Adens...*, cit., pp. 21 e ss.

⁷⁵ Sobre a retórica das capacidades (*capabilities*), cf. NUSSBAUM, *Creating Capabilities – The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, esp.^{te} pp. 17 e ss.

⁷⁶ Assim, Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., pp. 463 e 466. Cf. também Helmut SCHMIDT, *Globalisierung – Politische, Ökonomische und Kulturelle Herausforderungen*, 2.^a ed., Wilhelm Goldmann Verlag, 2006, pp. 132 e ss.

⁷⁷ DWORKIN, *Is Democracy...*, cit., p. 128.

⁷⁸ Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., p. 340 (embora o Autor se refira apenas à sustentabilidade ambiental).

⁷⁹ Cf. Adela CORTINA, *Los Ciudadanos como Protagonistas*, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Barcelona, 1999, pp. 23 e ss.. É neste sentido que a Autora se refere a uma «moral de responsabilidade», que impele os cidadãos a tomar a sério a construção da realidade social (*Op. cit.*, p. 79). Neste sentido, também Jorge MIRANDA («Os Novos Paradigmas...», cit., p. 189) defende que a revitalização do Estado social passa pela democracia participativa, concebida como requisito da democracia inclusiva. Por seu lado, Gomes CANOTILHO («A Governance do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social», in: *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Studia Iuridica 89, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 146), fazendo a ponte entre esta ideia e a realização da socialidade, enfatiza

síntese lapidar de Casalta Nabais⁸⁰, “a solidariedade não é um problema nem exclusivamente do Estado, nem exclusivamente da sociedade, mas sim um problema simultaneamente de cada um dos cidadãos, da sociedade e da sua forma mais organizada (...) – o estado”.

§ 5. Justiça constitucional e(m) crise

As preocupações teóricas (mas, sobretudo, pragmáticas) associadas à sustentabilidade social agudizam-se em períodos de crise. E, recorde-se com Eça de Queiroz⁸¹, “a «crise» é a condição periódica da Europa”, cuja situação “quasi nunca deixou de ser medonha”, pelo que “raro se tem oferecido o momento em que um homem, derramando os olhos em redor, não julgue sentir a máquina a desconjuntar-se e tudo perecendo, mesmo o que é imperecível – a virtude e o espírito”. Se a crise bancária que marcou o ponto de partida da crise económica global não foi a primeira (mas, pelo contrário, estará perto da centésima⁸²), a especificidade, a raridade e as consequências (devastadoras?) do período que atravessamos residem nas proporções quase mundiais (já não restritas à situação da Europa) desta depressão⁸³. Consequências essas que tocam, naturalmente, o direito em geral – que tem como “notas irremissivelmente caracterizadoras” a humanidade, a historicidade e a positividade⁸⁴ – e o Direito Público, em especial.

que “só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da *polis*”, porquanto a democracia enquanto procedimento justo apenas se alcançará “*se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais*”,

⁸⁰ Casalta NABAIS, «Algumas Considerações...», cit., p. 174

⁸¹ Eça de QUEIROZ, «A Europa», in: *O Reporter*, 20.03.1888, p. 1, 3.^a coluna.

⁸² BRUNNERMEIER/CROCKET/GOODHART/HELLWIG/PERSAUD/SHIN, *The Fundamental Principles of Financial Regulation*, ICMB/CIMB, London, 2009, p. xi.

⁸³ GJERSTAD/SMITH, «Monetary Policy, Credit Extension, and Housing Bubbles: 2008 and 1929», in: *Critical Review*, n.ºs 2-3, vol. 21, 2009, pp. 269 e ss.. Para se compreender o alcance desta depressão (ou recessão), cf. também as considerações de Hans-Werner SINN, *Casino Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 5 e ss..

⁸⁴ *V.*, por todos, Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Di-*

Não será, portanto, de estranhar que os quatro últimos anos de jurisprudência constitucional se revelem particularmente férteis no que tange aos problemas que vimos analisando. Não se ignora, porém, que o condicionamento da concretização deste imperativo pela situação económica do País já havia sido afluído, em momentos anteriores, pelo Tribunal Constitucional, havendo, então, enfatizado que “a satisfação dos direitos económicos e sociais está interligada quer com a constituição económica (dependendo da aplicação das normas constitucionais respeitantes à organização económica do país), quer com circunstancialismos económicos e institucionais (por exemplo, o modo de organização e funcionamento da administração pública e a disponibilidade de recursos financeiros)”⁸⁵.

Sem uma preocupação de exaurir todas as dimensões inerentes à jurisprudência constitucional relativa à matéria que nos ocupa, dar-se-á conta das respetivas *rationes* e do sentido agora conferido a certos princípios e normas constitucionais. Em causa estarão, primacialmente, os Acórdãos n.ºs 3/2010 (aumento da idade da reforma e alteração das regras de cálculo das pensões), 399/2010 (alteração dos escalões contributivos do IRS), 396/2011 (redução das remunerações dos trabalhadores do sector público), 353/2012 (suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal pelo OE para 2012), 187/2013 (suspensão da pagamento do subsídio de férias pelo OE para 2013 e contribuição extraordinária de solidariedade), 474/2013 (regime da requalificação dos trabalhadores da Administração Pública), 794/2013 (aumento do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas), 862/2013 (convergência das pensões), 413/2014 (redução das remunerações dos trabalhadores do sector público pelo OE para 2014), 572/2014

rito, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 263 e s..

⁸⁵ Acórdão n.º 590/2004, de 6 de outubro in: *Diário da República*, II Série-A, n.º 283, 03.12.2004, pp. 18129 e ss., ponto II-A. Também a doutrina aponta a existência de pressupostos ou condições básicas para que o Estado possa levar a cabo as tarefas de socialidade: cf. Gomes CANOTILHO, «A Governance...», cit. p. 147; Jorge MIRANDA, *Manual...*, cit., p. 496 (olhando para a outra face do problema e identificando as situações excecionais que permitiriam a adoção de medidas suspensivas das tarefas sociais).

(contribuição extraordinária de solidariedade e contribuições para a ADSE), 574/2014 (duração das reduções remuneratórias), 575/2014 (contribuição de sustentabilidade) e 745/2014 (descontos para subsistemas de saúde)⁸⁶. Eis os eixos que têm orientado as últimas decisões do Tribunal Constitucional:

i) Condições de afirmação de um direito ou uma garantia fundamentais – A existência de um direito fundamental ou de um valor constitucional constitui o ponto de partida para qualquer argumentação do Tribunal: eis o que sucedeu no aresto relativo às reduções remuneratórias, onde se rejeitou a natureza jusfundamental da irredutibilidade dos salários perante variações económico-financeiras, sem prejuízo da caracterização como direito fundamental do direito à retribuição⁸⁷. Tal significa que a diminuição do *quantum* salarial não implica necessariamente uma violação do direito à retribuição, pelo que a retórica jurisprudencial dirigida à aferição da constitucionalidade da dimi-

⁸⁶ Acórdão n.º 3/2010, de 6 de janeiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 77.º vol., 2010, pp. 111 e ss.; Acórdão n.º 399/2010, de 27 de outubro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 79.º vol., 2010, pp. 75 e ss.; Acórdão n.º 396/2011, de 21 de setembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 82.º vol., 2011, pp. 17 e ss.; Acórdão n.º 353/2012, de 5 de julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 84.º vol., 2012, pp. 125 e ss.; Acórdão n.º 187/2013, de 5 de abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 86.º vol., 2013, pp. 77 e ss.; Acórdão n.º 474/2013, de 29 de agosto, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 87.º vol., 2013, pp. 61 e ss.; Acórdão n.º 794/2013, de 21 de novembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 88.º vol., 2013, pp. 341 e ss.. Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 88.º vol., 2013, pp. 61 e ss.; Acórdão n.º 413/2014, de 30 de maio, in: *Diário da República*, I Série, n.º 121, 26.06.2014, pp. 3420 e ss.; Acórdão n.º 572/2014, de 30 de julho, in: *Diário da República*, II Série, 21.08.2014, pp. 21763 e ss.; Acórdão n.º 574/2014, de 14 de agosto, in: *Diário da República*, I Série, n.º 169, 03.09.2014, pp. 4671 e ss.; Acórdão n.º 575/2014, de 14 de agosto, in: *Diário da República*, I Série, n.º 169, 03.09.2014, pp. 4691 e ss.; Acórdão n.º 745/2014, de 5 de novembro, in: *Diário da República*, II Série, n.º 233, 02.12.2014, pp. 30237 e ss..

Embora os primeiros arestos referenciados tenham sido proferidos em período anterior à assinatura do Memorando de Entendimento, poder-se-ão ainda integrar na jurisprudência que reflete sobre as diversas medidas adotadas para fazer face à crise económico-financeira.

⁸⁷ Cf. Acórdãos n.ºs 396/2011, ponto 7, e 187/2013, pontos 22 a 25. V. também Acórdão n.º 794/2013, ponto 26.

nuição das remunerações se orientará, neste tipo de casos, pela apreciação da eventual ofensa de princípios constitucionais, em especial, dos princípios da proteção da confiança, da proporcionalidade e da igualdade.

ii) Núcleo mínimo ou essencial dos direitos sociais – O Tribunal Constitucional regressa à afirmação da existência de um conteúdo mínimo diretamente aplicável nos direitos sociais (“resistente ao legislador”), mas salienta que este possui um âmbito mais restrito que o dos direitos, liberdades e garantias – razão pela qual a margem de conformação legislativa assume, neste horizonte, um alcance mais alargado, que variará consoante a maior ou menor determinabilidade das normas constitucionais⁸⁸. Assim, *n. g.*, no que tange ao direito à segurança social, esse conteúdo mínimo reflete-se apenas quando esteja em causa a subsistência mínima das pessoas, nos termos contemplados pelo n.º 3 do artigo 63.º; em tudo o que esteja para além deste núcleo caberá ao legislador efetuar as ponderações relativas à alocação dos (escassos) recursos económicos e financeiros⁸⁹. Neste sentido, por exemplo, o direito à segurança social surge concebido enquanto “direito como um todo” – abrangendo várias faculdades –, mas que, no seu conteúdo geral, não se encontra constitucionalmente densificado e assume, nessa medida, um carácter aberto⁹⁰. Para além da ofensa do conteúdo mínimo, a afetação inconstitucional destes direitos só se verifica perante uma violação dos princípios da proteção da confiança e da proporcionalidade⁹¹.

iii) Determinabilidade das normas – As medidas adotadas pelo legislador para enfrentar a crise assumem uma especial delicadeza, quando se traduzem em normas habilitadoras de atuações administrativas que possam afetar direitos fundamentais. O problema emergiu, em especial, no âmbito do Acórdão n.º

⁸⁸ Cf. Acórdão n.º 575/2014, ponto 17.

⁸⁹ Cf., *n. g.*, Acórdãos n.ºs 3/2010, ponto 2, logo no início, e 575/2014, pontos 17 e seguinte.

⁹⁰ Cf. Acórdão n.º 862/2013, ponto 19 no fim e ponto 20 no princípio. Cf. também Acórdão n.º 413/2014, ponto 88.

⁹¹ Cf. Acórdão n.º 862/2013, ponto 23.

474/2013, que apreciou o regime jurídico da requalificação dos trabalhadores da Administração Pública, designadamente sob a perspetiva do preenchimento das exigências de rigor, precisão e clareza, impostas pelo artigo 53.º da CRP⁹². A circunstância de as normas que habilitavam os órgãos administrativos a decidir sobre o início do procedimento de requalificação revelarem um “défice de precisão normativa” levou o Tribunal a considerar que se remetia a decisão para a arbitrariedade. Quer dizer, num domínio como o dos direitos fundamentais (*maxime*, no âmbito de restrições aos direitos, liberdades e garantias), deve o legislador emanar normas que possam efetivamente constituir um padrão de conduta para a Administração e um parâmetro de controlo para os tribunais. Uma mera referência às necessidades de redução orçamental dos serviços (com conseqüente necessidade de redução de trabalhadores) parece fazer reconduzir o intérprete (administrativo e jurisdicional) à mobilização de ponderações e critérios de índole *política*, os quais escapam, pois, ao âmbito das funções administrativa e judicial.

iv) Proibição do retrocesso social, respeito pelos direitos adquiridos e princípio da proteção da confiança – O sentido da articulação entre estes três vetores constitui o corolário da concepção relativa à força jurídica dos direitos sociais.

Por um lado, e na sequência de jurisprudência anterior, acentua-se que a concretização destes direitos convive com a autonomia legislativa, perfilhando-se um conceito restrito e não autónomo de proibição do retrocesso social – proibição que não operará *a se* (sob pena de pôr em causa a autonomia da função legislativa, mormente as características da liberdade constitutiva e da autorrevisibilidade⁹³), mas exigirá uma análise em dois níveis: *primo*, avaliar em que medida a Constituição contém uma ordem de legislar, em termos de eliminar (ou circunscrever significativamente) a liberdade do legislador no que tange à conformação do direito; *secundo*, e nos casos em que esta hipótese não se verifique, comprovar se as medidas

⁹² Cf. Acórdão n.º 474/2013, pontos 11 e 12.

⁹³ Cf. Acórdão n.º 575/2014, ponto 20.

legislativas redutoras do direito implicam a violação de outros valores e princípios constitucionais (em especial, o direito a um mínimo de existência condigna, subjacente ao princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança e o núcleo essencial do direito social)⁹⁴.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional sempre se mostrou tendencialmente cuidadoso na afirmação (da ofensa) de direitos adquiridos, havendo-se defendido que as posições jurídicas em causa apenas se encontrarão inconstitucionalmente afetadas quando cumpridas duas condições: *a*) a prévia subjetivização dos direitos (*i. e.*, a introdução ou aquisição de um direito na esfera jurídica do cidadão) e *b*) a existência de uma “violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural”⁹⁵.

A jurisprudência tem dificultado o preenchimento da primeira condição no que se refere às questões jurídico-constitucionais relacionadas com a atribuição de pensões, entendendo que, na realidade, os direitos em causa ainda não se constituíram na esfera jurídica dos cidadãos, mas constituem tão-só *direitos em formação* ou *direitos a constituir*⁹⁶ – sem prejuízo da pro-

⁹⁴ Cf. Acórdãos n.ºs 3/2010, ponto 3, 794/2013, ponto 18, e 575/2014, pontos 20 e seguinte, na senda de jurisprudência constitucional anterior: *v.* Acórdãos n.ºs 128/2009, de 12 de março, in: *Diário da República*, II Série, n.º 80, 24.04.2009, pp. 16743 e ss., ponto 8.2., 188/2009, de 22 de abril, in: *Diário da República*, II Série, n.º 95, 18.05.2009, pp. 19389 e ss., ponto 3.

⁹⁵ Cf. Acórdão n.º 101/92, de 17 de março, ponto 5.

⁹⁶ Cf. Acórdão n.º 3/2010, ponto 4 (ainda que, mais tarde, e louvando-se neste aresto, o Tribunal Constitucional tenha admitido a existência de “direitos a constituir cobertos por expectativas, eventualmente tuteladas do ponto de vista jurídico, dos futuros pensionistas” – cf. Acórdão n.º 413/2014, ponto 88). Tratando-se de pensões de sobrevivência, o Tribunal entende que o valor da confiança jurídica assume ainda *menor relevo* que no caso das pensões de reforma ou aposentação, porquanto a atribuição daquelas está sujeita a condicionalismos adicionais: além de não ser necessariamente vitalícia (extinguindo-se em consequência da verificação das vicissitudes previstas na lei) e não conferir a garantia do seu montante (existindo situações de recálculo), a atribuição das pensões de sobrevivência dependem sempre de uma facto futuro e incerto – a sobrevivência do cônjuge (ou unido de facto) ao beneficiário do regime de protecção social (cf. Acórdão n.º 413/2014, ponto 91).

teção que devam merecer mediante “soluções gradualistas”, *v. g.*, através da previsão de disposições transitórias ou de uma gradual entrada em vigor de novos regimes⁹⁷.

A segunda aponta no sentido de que a conformação legislativa das posições dos particulares e, em especial, dos direitos sociais que não atinja o seu conteúdo mínimo encontra-se limitada através do princípio da proteção da confiança. A convocação deste princípio não inviabiliza a possibilidade de alteração de regimes jurídicos *pro futuro*, sempre que a disciplina em vigor corresponda a uma mera opção político-legislativa⁹⁸. A afirmação da ofensa do princípio da proteção da confiança pressupõe a realização de dois tipos de testes: *a)* a avaliação da existência de uma situação de confiança digna de tutela, e *b)* a aferição da razoabilidade da solução, aquilatada através de um balanceamento ou ponderação entre os interesses públicos (justificativos da medida) e privados (desfavorecidos pela adoção da medida)⁹⁹. Verificar-se-á o requisito da confiança digna de tutela quando

Contornos distintos reveste a situação subjacente ao Acórdão n.º 187/2013 (ponto 58), em que estava em causa a suspensão total ou parcial do subsídio de férias dos reformados e pensionistas, havendo o Tribunal considerado que se tratava agora de “*direitos já constituídos*, posições jurídicas de cidadãos que adquiriram definitivamente o estatuto de pensionistas, com um conteúdo já perfeitamente definido pelas regras legais em vigor, no momento relevante para o seu cálculo”; ainda assim, a situação recebeu o mesmo tratamento jurídico, em face da existência de um interesse público relevante prevalecente. A afirmação do direito à pensão como direito adquirido dos aposentados voltou a surgir no Acórdão n.º 862/2013 (ponto 34), considerando-o mais protegido ou beneficiário de uma tutela mais reforçada que os direitos em formação. No mesmo sentido, *v.* ainda Acórdão n.º 572/2014, ponto 12.

⁹⁷ Cf. Acórdão n.º 862/2013, pontos 35 e 44.

⁹⁸ Acórdão n.º 3/2010, ponto 2, *in fine*.

⁹⁹ Cf., *v. g.*, Acórdãos n.ºs 396/2011, ponto 8, 474/2013, ponto 15, 794/2013, ponto 19, 413/2014, ponto 57, 572/2014, ponto 13, 575/2014, ponto 22. Neste momento, o Tribunal Constitucional volta a recuperar a jurisprudência anterior: *v.* Acórdãos n.ºs 287/90, de 30 de outubro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 17.º vol., 1990, pp. 159 e ss., ponto 28; 128/2009, ponto 8.2.; 188/2009, ponto 3.

Sobre a evolução do tratamento do princípio da proteção da confiança pela jurisprudência constitucional, *v.* Paulo MOTA PINTO, «A Proteção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in: Gonçalo RIBEIRO/Luís Pereira COUTINHO (org.), *O Tribunal...*, cit., pp. 138 e ss..

o Estado adote comportamentos suscetíveis gerar ou alimentar fundadas expectativas de continuidade, que serviram de base a condutas (ativas ou positivas) dos cidadãos; estará cumprida a fórmula do balanceamento se os interesses públicos sobrelevarem os interesses privados e, por conseguinte, se as razões de interesse público justificarem a não continuidade do comportamento que induziu a situação de legítima expectativa.

A orientação das decisões do Tribunal Constitucional neste horizonte oscila entre dois eixos. Por um lado, em algumas circunstâncias, entendeu-se que não existe qualquer confiança a tutelar – como aconteceu, por exemplo, nos Acórdãos n.ºs 399/2010 ou 187/2013, em que o Tribunal considerou não estar em causa uma mutação da ordem jurídica com que os destinatários não pudessem contar: primeiro, porque seria expectável que a conjuntura económico-financeira internacional afetasse igualmente o nosso País e criasse também dificuldades no equilíbrio orçamental, que o Estado teria de enfrentar através da adoção de soluções gravosas¹⁰⁰; mais tarde, porquanto existiam “indícios consistentes da necessidade de manutenção de medidas de contenção orçamental”^{101 102}. Por outro lado, como sucedeu, *n. g.*, no caso das reduções remuneratórias de 2011, o Tribunal Constitucional assumiu a existência de uma situação de confiança legítima, mas ajuizou que as medidas em causa visavam a salvaguarda de um interesse público prevalecente¹⁰³.

¹⁰⁰ Cf. Acórdão n.º 399/2010, ponto 12.1.

¹⁰¹ Cf. Acórdão n.º 187/2013, ponto 32.

¹⁰² As medidas consentidas pelo princípio da proteção da confiança à luz desta argumentação (em especial, as reduções remuneratórias) constituirão fundamento para, ulteriormente, o Tribunal Constitucional considerar que, tendo o legislador associado àquelas (não apenas as dificuldades económico-financeiras, mas também) ao benefício de maior estabilidade no emprego (quando comparado com as relações laborais privadas), vulneraria as legítimas expectativas dos trabalhadores que agora lhes fosse aplicado um regime mais gravoso de cessação da relação de trabalho. Cf. Acórdão n.º 474/2013, ponto 15.1.

¹⁰³ Cf. Acórdão n.º 396/2011, ponto 8. No Acórdão n.º 399/2010 (ponto 12.2), o Tribunal Constitucional sublinhou igualmente a imperatividade do interesse público que fundamentava a modificação dos escalões contributivos – “a prossecução de um legítimo e premente interesse de obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas”;

Não deixe, contudo, de se sublinhar, que, em certos momentos, a retórica argumentativa do Tribunal se aproximou perigosamente de um juízo de natureza política, porquanto o balanceamento empreendido se baseou, em larga medida, em considerações que pressupunham uma determinada estratégia quanto à gestão financeira dos recursos públicos – a este problema retornaremos, contudo, mais adiante.

iv) Princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo – Um dos traços da jurisprudência da crise consiste na circunstância de a invocação do princípio da proibição do excesso andar, na jurisprudência da crise, associada, em regra, à convocação de outros princípios jurídico-constitucionais – o que implicou, em regra, a ausência de uma análise aprofundada dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁴.

As considerações já tecidas sobre o princípio da proteção da confiança concluem pela significativa aproximação que o Tribunal Constitucional efetua ao princípio da proporcionalidade; na verdade, o último requisito do funcionamento do princípio da proteção da confiança apela justamente a uma ponderação entre custos (para os interesses privados) e benefícios (para os interesses públicos).

Mas o princípio da proporcionalidade (em especial, na dimensão de proporcionalidade em sentido estrito) surge igualmente associada ao princípio da razoabilidade, o qual pressupõe a realização de um juízo avaliativo sobre a razoabilidade

simplesmente, neste caso, e como salientámos (*supra*, em texto), o aresto já tinha considerado não existirem expectativas a tutelar. Situação idêntica se verificou no Acórdão n.º 794/2013, ponto 23. Também o Acórdão n.º 187/2013 (ponto 30) entendeu que o interesse público satisfeito pela medida justificou a alteração legislativa, considerando que esta se dirigiu à prossecução de um “interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável” (*in casu*, a preservação da capacidade de financiamento do Estado e, através dela, a realização das tarefas fundamentais a seu cargo). Quer dizer, a especificidade do Acórdão n.º 396/2011 (mencionado no texto) reside na circunstância de o Tribunal só não ter dado como comprovada a existência de uma situação de confiança legítima, em função da ponderação do interesse público.

¹⁰⁴ Assim não aconteceu, porém, no Acórdão n.º 745/2014, ponto 17.

das medidas impostas, tendo em consideração a esfera pessoal dos sujeitos atingidos – aspeto que conduzirá à inconstitucionalidade das soluções que impliquem uma “afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade”¹⁰⁵. Além disso, o Tribunal acentua a menor intensidade que a vinculação (ou o controlo da vinculação) a este princípio reveste quando está em causa o exercício da função legislativa (em especial, no confronto com a função administrativa) – com a consequência de que, nestes casos, as medidas só padecerão de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade quando a se revelarem manifestamente inadequadas, desequilibradas ou desnecessárias¹⁰⁶.

Esta atenção à esfera jurídica dos cidadãos afetados pela medida permite que o Tribunal aproxime também proporcionalidade e igualdade: diferenciando igualdade e igualitarismo, o Tribunal Constitucional¹⁰⁷ apela à doutrina da «igualdade proporcional» [a «nova fórmula» (*neue Formel*) do princípio da igualdade

¹⁰⁵ Cf. Acórdão n.º 413/2014, pontos 73 e 74 (a citação é do ponto 74).

¹⁰⁶ Cf. Acórdão n.º 745/2014, pontos 17 e 18, louvando-se também no Acórdão n.º 484/2000, de 22 de novembro, ponto 5 (in: *Diário da República*, II Série, n.º 3, 04.01.2001, pp. 136 e ss.), e em Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 272. V. também Acórdão n.º 108/99, de 10 de fevereiro, ponto 4.4.3.1. (in: *Diário da República*, II Série, n.º 77, 01.04.1999, pp. 4851 e ss.), onde o Tribunal Constitucional, a propósito do princípio da proporcionalidade, enfatiza a importância do equilíbrio entre este e a liberdade de conformação do legislador, ao qual, em primeira linha, cabe a realização das tarefas de ponderação e em cuja sabedoria se deverá confiar.

¹⁰⁷ Cf. Acórdãos n.ºs 353/2012, ponto 5, e 187/2013, pontos 33 e seguintes. Não foi, contudo, esta a primeira vez que o Tribunal Constitucional utilizou este conceito: já o Acórdão n.º 39/88, de 9 de fevereiro (in: *Diário da República*, I Série, n.º 52, 03.03.1988, pp. 740 e ss., ponto 5.3.), referia que “a igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado”. Esclarecendo-se logo a seguir o alcance destas afirmações: “O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação”.

decantada pelo *Bundesverfassungsgericht*¹⁰⁸], a qual exige, partindo da comparação das especificidades objetivas dos grupos afetados, “que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais se dê um tratamento desigual, mas proporcionado”¹⁰⁹. A invocação da “nova fórmula” do princípio da igualdade acaba por introduzir, na metódica de controlo deste último, as exigências de sentido do princípio da proporcionalidade, apontando para a emergência de um controlo mais apertado por parte do Tribunal Constitucional¹¹⁰.

¹⁰⁸ Completando a fórmula (correspondente à proibição do arbítrio) da metódica de controlo do princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional alemão construiu a nova fórmula do princípio da igualdade, nos termos da qual verifica-se uma ofensa deste princípio “quando um grupo de destinatários de uma norma é tratado de forma diferente de outros destinatários, apesar de entre ambos os grupos não existir uma diferença de tal tipo e de tal peso, que possa justificar o tratamento desigual” (“wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten”). Cf. a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 07.10.1980: «BVerfG: Präklusion von Parteivorbringen in der Berufungsinstanz», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, pp. 271 e s. (ponto II – 1). Refletindo sobre a evolução da metódica de controlo do princípio da igualdade, na doutrina, *v.*, por exemplo, KUBE, «Rechtliche Gleichheit und Tatsächliche Verschiedenheit», in: MELLINGHOFF/PALM (orgs.), *Gleichheit im Verfassungsstaat*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, pp. 27 e ss..

¹⁰⁹ Se, na maioria dos Acórdãos referentes às medidas de crise, o Tribunal Constitucional se absteve de, isoladamente (*i. e.*, sem apelo simultâneo a outros princípios jurídico-constitucionais, *maxime*, proteção da confiança e igualdade), efetuar os testes do princípio da proporcionalidade, tal já não se verificou no Acórdão n.º 413/2014, onde, a propósito da redução do montante das pensões de sobrevivência, se analisaram *ex professo* as dimensões de adequação, necessidade e justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (cf. ponto 94). Recuperando esta argumentação, cf. Acórdão n.º 572/2014, pontos 16 e 17, a propósito da contribuição extraordinária de solidariedade, tendo o Tribunal aprofundado, em especial, a dimensão de proporcionalidade em sentido estrito (pontos 18 e seguintes).

¹¹⁰ Criticando esta opção do Tribunal Constitucional, cf. Miguel Nogueira de BRITO, «Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional», in: Gonçalo RIBEIRO/Luís Pereira COUTINHO (org.), *O Tribunal...*, cit., pp. 107 e ss., esp.^{te} pp. 123 e ss.. Considerando que existiram deficiências na aplicação do princípio da igualdade proporcional pelo Tribunal Constitucional, cf. Miguel Nogueira

v) *Princípio da igualdade; em especial, a igualdade perante os encargos públicos* – As exigências do princípio da igualdade constituem um limite pluridimensional à conformação legislativa. À luz da recente jurisprudência, o Tribunal parece apontar para uma análise deste princípio em duas dimensões (com relevo normativo não coincidente): a igualdade sincrónica e a igualdade diacrónica (associando esta última à justiça intergeracional)

Na avaliação da *igualdade sincrónica*, o Tribunal Constitucional tem posto a tónica na diferenciação não arbitrária, ponderando, em especial, a *ratio* da diferença gerada pela medida. Trata-se de uma questão observada, sobretudo, a partir do princípio da igualdade perante os encargos públicos, o qual exige que todos os cidadãos contribuam, de acordo com a sua capacidade, para a satisfação de necessidades públicas. Neste contexto, o Tribunal acaba por privilegiar a articulação entre a vertente da necessidade ou exigibilidade do princípio da proporcionalidade e o princípio da igualdade. Assim, no Acórdão n.º 396/2011¹¹¹, embora reconhecendo a existência de um quadro de possibilidades alternativas para a realização do interesse público em causa (consolidação orçamental), o Tribunal entendeu que as reduções remuneratórias ainda se incluíam no âmbito da liberdade de conformação do legislador¹¹². A questão cuja resposta sempre se imporá consistia em determinar se, embora a decisão sobre o *modus* de realização do interesse público se enquadre ainda na autonomia legislativa, pode o Tribunal Constitucional deixar de apreciar com rigor e profundi-

de BRITO/Luís Pereira COUTINHO, «A “Igualdade Proporcional”, Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão n.º 187/2013», in: *Direito e Política*, n.º 4, julho/outubro 2013, pp. 186 e ss.

¹¹¹ Cf. Acórdão n.º 396/2011, ponto 9.

¹¹² Considerando, aliás, que “quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos”: o fundamento para a diferenciação residiria na circunstância de aquela categoria de pessoas se encontrar vinculada à prossecução do interesse público, pelo que o respetivo sacrifício adicional não consubstanciava um tratamento injustificadamente desigual. Trata-se de um argumento que, em jurisprudência posterior, o Tribunal Constitucional continuou a confirmar, ainda que, a final, tenha decidido no sentido da inconstitucionalidade (cf. Acórdãos n.ºs 353/2012, ponto 5, 187/2013, ponto 35, *in fine*, 413/2014, ponto 30).

dade se, face a outras medidas igualmente na disponibilidade do legislador que satisfaçam o interesse público em causa, a concretamente escolhida se revela a menos onerosa para os cidadãos (se atendermos à perspectiva do princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade) e se sujeita todos os cidadãos a igual sacrifício na contribuição para os encargos públicos (na ótica do princípio da igualdade). Se esta questão foi deixada, de algum modo, na penumbra no citado Acórdão n.º 396/2011¹¹³, constituiu objeto de análise mais detida (mas também já com outro sentido) nos Acórdãos n.º 353/2012¹¹⁴ e 187/2013¹¹⁵, convocando as exigências de sentido da “igualdade proporcional” e entendendo que as diferenciações de tratamento vulneram a Constituição quando ultrapassam os limites da proibição do excesso e se traduzem numa “repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada”, num “tratamento injustificadamente desigual” ou “inequitativo”, insuscetível de justificação pelas vantagens que comporta para as finalidades satisfeitas pelas medidas. Expressamente, o Acórdão n.º 413/2014 acentua que o problema da constitucionalidade das soluções adotadas (*in casu*, a redução remuneratória) não se encontra no fundamento da diferenciação, mas localiza-se antes na *medida* dessa diferenciação; esta análise impõe que se afira se “a variação de tratamento introduzida ocorr[e] na proporção em que se manifesta, em cada fase do processo de consolidação, a premência do interesse público que a justifica”¹¹⁶.

¹¹³ Assim parece suceder quando, no Acórdão n.º 396/2011 (ponto 9) o Tribunal Constitucional afirma: “o não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável”.

¹¹⁴ Cf. Acórdão n.º 353/2012, ponto 5.

¹¹⁵ Cf. Acórdão n.º 187/2013, pontos 27, *in fine*, e 28, 37, 44.

¹¹⁶ Cf. Acórdão n.º 413/2014, pontos 33 e 34 (a citação pertence a este último ponto).

É, todavia, ainda possível identificar uma outra linha argumentativa na jurisprudência constitucional: a *igualdade diacrónica*. A jurisprudência constitucional tem-se debruçado sobre esta matéria, desde logo, quando reflete sobre o sentido da sucessão de normativos no tempo e sobre a convergência do regime de proteção social da função pública com o regime geral da segurança social. O Tribunal volta a acentuar que, por si só, a diacronia legislativa – a qual determina uma diferenciação de tratamento de cidadãos – não importa uma violação do princípio da igualdade; um outro entendimento – sublinha a jurisprudência – acabaria por redundar na inviabilização da capacidade de conformação legislativa, equivalendo, na prática, à afirmação de uma proibição geral de retrocesso social. A proteção da igualdade diacrónica pressupõe, pois, uma conjugação com os princípios da proteção da confiança e da proporcionalidade¹¹⁷.

vi) Excecionalidade e transitoriedade – Estamos agora não tanto diante de um princípio orientador da decisão, mas de um pressuposto que se encontra subjacente à retórica argumentativa do Tribunal Constitucional – ou, se o quisermos dizer com João Loureiro¹¹⁸, como um *topos* das decisões jurisdicionais no contexto em causa. Trata-se agora de indagar qual a resposta à questão (avançada por Benedita Urbano¹¹⁹) de saber se a ocorrência de uma grave crise económico-financeira pode justificar um controlo diferente do habitual. Na verdade, aquela Alta Jurisdição tem acentuado a natureza transitória (ainda que plurianual) das alterações legislativas em matéria de socialida-

¹¹⁷ Cf. Acórdão n.º 3/2010, ponto 5, final e Acórdão 188/2009.

¹¹⁸ João LOUREIRO, «Constitutionalism, Welfare and Crises», in: *E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público*, n.º 3, 2014, p. 10; numa visão de síntese, o Autor defende que este *topos* deve ser filtrado pelo interesse público (*Op. cit.*, p. 9).

¹¹⁹ Benedita URBANO, «Estado de Crise Económico-Financeira e o Papel do Tribunal Constitucional», in: *A Crise e o Direito Público*, ICJP, Lisboa, 2013, p. 7 (disponível em http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf); a Autora conclui que o direito da crise autoriza uma atuação distinta dos juizes constitucionais, norteadada pela conciliação entre legalidade e necessidade, considerando que “o principal papel dos juizes será o de acomodar a constituição às situações de crise e de emergência” (*Op. cit.*, p. 23).

de, associando-as ao cumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado português e, em especial, do Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica¹²⁰. Esta índole excecional das medidas justificou uma análise diferenciada, porquanto aquelas visam apenas responder, com brevidade, uma situação conjuntural, e constituirão objeto de correção, com urgência, para padrões de normalidade¹²¹. Além disso, o facto de a transitoriedade das medidas se encontrar conexas com a observância do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro fundamentou a respetiva duração plurianual (*boc sensu*, durante a vigência dos compromissos assumidos¹²²) e, por conseguinte, um juízo de não inconstitucionalidade por violação do princípio da proteção da confiança¹²³. A diferente análise a que as medidas se encontram sujeitas em função da sua transitoriedade, excecionalidade e impreteribilidade para o cumprimento dos compromissos internacionais a que o Estado português se vinculou e/ou das metas financeiras impostas pelo Direito Europeu acaba por constituir o núcleo central da argumentação do Acórdão n.º 574/2014: o Tribunal

¹²⁰ Sem prejuízo das discussões dogmáticas em torno da natureza e da constitucionalidade deste documento: *n. e. g.*, Eduardo Correia BAPTISTA, «Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, ano 71, abril/junho 2011, pp. 477 e ss.; José de Melo ALEXANDRINO, «Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades», in: Gonçalo RIBEIRO/Luís Pereira COUTINHO (org.), *O Tribunal...*, cit., pp. 53 e ss., 62 e s..

¹²¹ Cf. Acórdãos n.ºs 399/2010, ponto 12.3., 396/2011, ponto 5, final, 187/2013, ponto 11.

¹²² Ainda que, como também se acentuou no Acórdão n.º 413/2014 (ponto 19), não tenha de existir uma coincidência absoluta entre a duração dos compromissos internacionais (que terminariam a meio de 2014) e a duração das medidas (que poderiam prolongar-se até ao limite da vigência do Orçamento, e, por conseguinte, até ao final de 2014), na medida em que todo o exercício de 2014 se encontrava comprometido pelo cumprimento dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado português.

¹²³ Neste sentido, e talqualmente já assinalámos, entendeu o Tribunal a propósito da manutenção das reduções remuneratórias no OE para 2013, “não se trata[va] de uma mutação da ordem jurídica com que os destinatários das normas dela constantes, no contexto global em que foi introduzida, não pudessem verdadeiramente contar” (cf. Acórdão n.º 187/2013, ponto 26).

parece acentuar agora que, se as razões de excecionalidade e urgência admitam que se subtraia a avaliação da constitucionalidade das medidas ao escrutínio de princípios constitucionais (*in casu*, ao princípio da igualdade), o desaparecimento daquelas razões (e, por conseguinte, o regresso à “normalidade” económico-financeira que ocorrerá a partir de 2016) já impõe uma solução diferenciada, por se tratar de medidas adotadas fora de um quadro de emergência e de intervenção legislativa conjuntural¹²⁴.

Mas o argumento da transitoriedade e excecionalidade recebeu ainda um outro tratamento por parte da jurisdição constitucional: se, inicialmente, o Tribunal parece ter aceitado a urgência das medidas e a capacidade destas para, com imediatividade, satisfazer o interesse público que lhes estava subjacente (em especial, a consolidação das contas públicas demandada pelos compromissos internacionalmente assumidos) – acolhendo, como que implicitamente, a vigência pontual de uma espécie de estado de necessidade que permitiria dar por cumprido o princípio da necessidade dos meios (uma vez admitida a legitimidade dos fins)¹²⁵ –, em momento posterior¹²⁶, começa a ponderar se o decurso do tempo não deverá conduzir o legislador a encontrar medidas sucedâneas e, como tal, a impor-lhe um ónus de fundamentação acrescido no que tange à vertente da necessidade.

As dificuldades adensam-se em duas hipóteses: (a) quando, na perspetiva do Tribunal, existem indicadores que contrariam o afirmado carácter transitório das medidas, as quais, a final, parecem assumir natureza permanente ou definitiva, consubstanciando elementos caracterizadores de políticas públicas (relacionadas, *in casu*, com o programa de revisão estrutural da despesa e com a reforma da Administração Pública)¹²⁷; ou (b)

¹²⁴ Comparem-se, em especial, os pontos 16 e 17 do Acórdão n.º 574/2014.

¹²⁵ V., porém, Maria Benedita URBANO, «A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?», in: Gonçalo RIBEIRO/Luís Pereira COUTINHO (org.), *O Tribunal...*, cit., pp. 14 e s..

¹²⁶ Cf. Acórdão n.º 187/2013, ponto 41.

¹²⁷ Equacionando o problema, cf. Acórdão n.º 413/2014, ponto 20, embora acabando por analisar as medidas em causa (reduções remuneratóri-

quando o Tribunal entende que se pretende fundamentar a constitucionalidade de uma medida estrutural (e, por conseguinte, permanente) mediante a comparação com (os efeitos de) uma medida transitória, a qual, dada a sua natureza, não introduz qualquer modelação do conteúdo das posições jurídicas afetadas¹²⁸.

vii) Sustentabilidade e justiça (intrageneracional e intergeracional) – Embora o não afirme explicitamente, o Tribunal Constitucional tem realizado uma tarefa de concordância prática entre, por um lado, as exigências de sentido dos princípios da proteção da confiança e igualdade e, por outro lado, as dimensões postuladas pelo princípio da sustentabilidade¹²⁹ e da solidariedade intergeracional¹³⁰. Salienta a jurisprudência que tal princípio assume um relevo especial num sistema previdencial assente no princípio contributivo ou do autofinanciamento, extraindo-se da autonomia orçamental e financeira da segurança social o princípio da autossustentabilidade daquele sistema¹³¹. Por esse motivo, pode revelar-se necessária a alteração de regimes jurídicos já existentes, quando estes se demonstrem inadequados às atuais circunstanciais e a respetiva manutenção importe um desequilíbrio entre gerações – sob pena de, no limite, se pôr em causa a subsistência de um sistema de segurança social para as gerações futuras, infringindo, nessa altura, o imperativo consti-

as dos trabalhadores do setor público) sob a perspetiva da transitoriedade, porquanto a norma que as prevê – constante do OE para 2014 – tem uma vigência circunscrita a este ano e, pelo menos formalmente, a duração daquelas medidas atinge apenas o ano de 2014. Cf. também Acórdão n.º 572/2014, pontos 10 e 22, com uma reflexão similar a propósito do caráter transitório ou permanente da contribuição extraordinária de solidariedade.

¹²⁸ Cf. Acórdão n.º 575/2014, ponto 12, onde o Tribunal Constitucional considerou que se não poderia perspetivar a análise da constitucionalidade dos efeitos da contribuição de sustentabilidade, por referência ao impacto da contribuição extraordinária de solidariedade à situação jurídica dos afetados.

¹²⁹ Cf. Acórdão n.º 3/2010, ponto 4, no final.

¹³⁰ Cf. Acórdão n.º 862/2013, ponto 31. Ver também Acórdão n.º 437/2006.

¹³¹ Cf. Acórdão n.º 862/2013, ponto 29, na senda de Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 1105 e s., anotação III ao artigo 105.º.

tucional emergente do artigo 63.º da CRP¹³². Tais modificações não deverão, contudo, dar lugar à adoção de medidas avulsas e conjunturais (embora sem duração definida) de consolidação orçamental pelo lado da despesa, mas, apelando para uma ideia de solidariedade sistémica, constituirão a base para uma eventual reforma estrutural do sistema previdencial público globalmente considerado, tendo, naturalmente, como pano de fundo as exigências constitucionais emergentes do artigo 63.º e a salvaguarda da justiça intrageracional e intergeracional¹³³.

§ 6. Reflexões finais: o perigo da interferência de uma racionalidade estratégica nas decisões do Tribunal Constitucional

Um dos maiores riscos que a Justiça Constitucional poderá atravessar neste momento reconduz-se à sua desvirtuação, e, em concreto, à transformação da natureza das decisões do Tribunal Constitucional, que enfrentam o perigo de se tornarem políticas, em vez de jurídicas – sem prejuízo das dificuldades acrescidas pela mobilização de princípios que pressupõem a realização de ponderações complexas, como acontece com o princípio da proporcionalidade ou com o princípio da racionalidade. Trata-se de um problema intimamente conexionado com o fenómeno do ativismo judiciário e com o âmbito de possibilidades de manipulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em atenção a fatores extrajurídicos – como sucederá, por excelência, quando se passarem a considerar os resultados económico-financeiros como o critério determinante da fundamentação dos Acórdãos do Tribunal Constitucional.

Parece-nos inquestionável que a institucionalização progressiva da Justiça Constitucional em novos espaços de democracia corresponde ao “renascimento e aprofundamen-

¹³² Cf. Acórdão n.º 575/2014, ponto 24 (*n* também ponto 27, *in principio*).

¹³³ Cf. Acórdão n.º 862/2013, ponto 33, logo a primeira frase, e ponto 37, no fim, 39, no fim, 40, no fim, 42, 43; Acórdão n.º 575/2014, pontos 30, 34 e 35.

to do constitucionalismo democrático e pluralista”¹³⁴. Assim, o controlo da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional apenas desempenhará adequadamente o papel – que é o seu – de garantia da Constituição contra os abusos perpetrados pelos outros poderes do Estado (de “limite e instância juridicamente crítica do poder político”¹³⁵), se as respetivas sentenças se assumirem como *juízos jurídicos* (juízos de direito), radicados na *ratio* (e não na *voluntas*)¹³⁶. As dificuldades adensam-se (e as potencialidades de a decisão resvalar para um dirigismo estratégico intensificam-se) quando a Justiça Constitucional é confrontada com a necessidade de superar a ideia de que a função jurisdicional não tem força para garantir os direitos em tempo de crise¹³⁷, e é, subsequentemente, arrastada para controvérsias de natureza político-partidária, as quais não conseguem ser suficientemente solucionadas pelas forças políticas dominantes, acabando estes conflitos por ser resolvidos pelas decisões do Tribunal Constitucional¹³⁸.

¹³⁴ Cardoso da COSTA, «Algumas Reflexões...», cit., p. 118.

¹³⁵ Castanheira NEVES, «Da “Jurisdição”...», cit., p. 193.

¹³⁶ Talvez seja este o sentido a conferir à afirmação do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012, segundo a qual “[a] Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir”. Diríamos antes: ainda que, em casos devidamente justificados, a Constituição possa ser alterada para corresponder à evolução do sentir da comunidade politicamente organizada, o juízo *jurídico* sobre a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional não pode fazer prevalecer objetivos económicos ou financeiros sobre a constitucionalidade; nesse momento, transmudar-se-ia um juízo jurídico numa decisão política.

¹³⁷ COLE, «Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis», in: *Michigan Law Review*, vol. 101, agosto 2003, pp. 2565 e s., 2568 e ss. (qualificando esta atitude como de *conventional wisdom*, mas criticando o seu pessimismo).

¹³⁸ Enfatizando a circunstância de as forças políticas procurarem, conscientemente, que as suas disputas sejam solucionadas pela Justiça Constitucional – sem que esta tenha legitimidade, competência ou mesmo apetência para corresponder a tal “convite” –, originando uma *independent judicial policymaking*, cf. GRABER, «The Nonmajoritarian Difficulty: Legisla-

Admitimos que, dentro de certos termos, o juiz constitucional deve considerar os resultados decisórios como um dos critérios de decisão – mas tal apenas poderá suceder nos casos em que exista uma discrepância entre a decisão e a intencionalidade normativa da norma que a suporta. Não se admite, pois, qualquer possibilidade de o juiz, por referência a questões extrajurídicas, não considerar inconstitucional uma norma (legal, designadamente) que, quando confrontada com a Constituição, se revela com ela inconciliável. Estas hipóteses corresponderiam àquelas em que o sentido e o conteúdo da decisão se encontrariam contaminados pelos respetivos efeitos políticos, económicos e sociais. Uma posição diversa negaria, por completo, a natureza *jurídica* ineliminável à decisão de (in) constitucionalidade num Estado de direito.

Estas considerações mantêm-se ainda quando está em causa não o sentido da decisão, mas os respetivos efeitos. Parece-nos que, em qualquer das hipóteses cobertas pelo n.º 4 do artigo 282.º da CRP, as razões que justificam a restrição de efeitos devem ainda receber uma leitura jurídica (e não político-finalisticamente orientada)¹³⁹ – consonante com a natureza (também jurídica) do juízo de inconstitucionalidade. Considerando que o relevo do resultado da decisão há de ser sempre um relevo normativo (que não político-social ou económico-financeiro), interpretar-se-á o n.º 4 do artigo 282.º da CRP no sentido de que o Tribunal Constitucional poderá limitar os efeitos da sentença tão-só se o respeito pela intencionalidade normativa da(s) norma(s) constitucional(is) assim o determinar: impor-se-á, naturalmente, um apelo aos princípios e valores constitucionais, mas também aos princípios normativos (ainda que estes não recebam uma positivação/concretização no texto constitucional)¹⁴⁰.

tive Deference to the Judiciary», in: *Studies in American Political Development*, n.º 7, primavera 1993, pp. 35 e ss.

¹³⁹ Cf. também Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 710, recusando a natureza política do juízo em causa e apelando para os valores constitucionais como elementos codeterminantes do sentido da expressão “interesse público de excepcional relevo”.

¹⁴⁰ Sobre esta questão, remetemos para as considerações mais de-

E com esta afirmação, também não pretendemos resuscitar uma espécie de dirigismo constitucional (na concretização da socialidade)¹⁴¹, nem sucumbir a um qualquer «neojoaquimismo constitucional»¹⁴². A ambas as tentações opõe-se, desde logo, a consideração de que a Constituição, enquanto fonte *de direito*, não se encontra instrumentalizada ou funcionalizada à obtenção de determinados resultados políticos. Mas à mesma conclusão se chegará mediante a invocação da natureza da Constituição, que, enquanto fonte *de caráter aberto*, não se reconduz (nem deve reconduzir) a um programa de governo¹⁴³.

Na verdade, a acentuação da nota jurídica das decisões da Justiça Constitucional, (também) nas matérias que contendem com a socialidade, não se pode dissociar do princípio da separação de poderes e da preservação da autonomia da função legislativa e da liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade legislativa. A racionalidade (exclusivamente) normativa que há de presidir às decisões do Tribunal Constitucional impõe, como corresponsivo, o afastamento da interferência de considerações de natureza estratégica. Atente-se,

envolvidas que tecemos em «O Problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional: *Ratio* e *Voluntas*, *Synépeia* e *Epieikeia*?», in: *Juíço ou decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito – VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social*, Instituto Jurídico, Coimbra, no prelo, § 6 – β).

¹⁴¹ As falências atuais das constituições dirigentes foram já identificadas por Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. VIII e ss. (Prefácio), e “Brançosos” e *Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.^a ed., Coimbra, 2008, pp. 107 e ss..

Debruçando-se sobre esta temática, no âmbito da análise da “jurisprudência da crise”, v. Paulo Mota PINTO, «A Proteção...», cit., pp. 173 e ss.; Rui MEDEIROS, «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional», in: Gonçalo RIBEIRO/Luís Pereira COUTINHO (org.), *O Tribunal...*, cit., pp. 278 e ss..

¹⁴² João LOUREIRO, «Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: Entre o Transitório e o Permanente», in: Gonçalo RIBEIRO/Luís Pereira COUTINHO (org.), *O Tribunal...*, cit., pp. 190 e s., e «*Fiat constitutio, pereat mundus?* Neojoaquimismo, constitucionalismo e escassez», in: *Revista Portuguesa de Filosofia*, n.ºs 2-3, 2014, pp. 231 e ss., esp.^{ic} pp. 238 e ss., e «Constitutionalism...», cit., pp. 7 e s..

¹⁴³ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 380.

porém, que esta recusa de uma racionalidade estratégica possui *dois* corolários: por um lado, não pode o juiz constitucional invadir a esfera do legislador, realizando ponderações, de pendor finalístico-estratégico, para as quais não tem legitimidade, nem competência; por outro lado, encontra-se o Tribunal impedido de efetuar a apreciação da racionalidade de uma medida em função de uma estratégia delineada pelo legislador. Quer dizer, o perigo da interferência de uma racionalidade estratégica nas decisões jurídico-constitucionais não respeita apenas às hipóteses em que o Tribunal invade a discricionariedade legislativa (adotando uma posição mais interventiva, no sentido de pretender substituir o seu juízo ao do legislador), mas também àquelas em que se revela menos interventivo e aprecia a constitucionalidade das medidas em função do respeito por uma estratégia delineada pelo poder legislativo – procurando ajuizar como se fosse o legislador¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Eis o que parece ter sucedido, *n. g.*, no Acórdão n.º 413/2014, ponto 98. Trata-se de um aspeto que, de certo modo, ressalta da Declaração de Voto da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros ao Acórdão n.º 413/2014, ponto 4.

Nesta tentação já não caiu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 468/2014, de 18 de junho (in: www.tribunalconstitucional.pt), onde, no âmbito de um pedido de esclarecimento do sentido da limitação dos efeitos constante do já citado Acórdão n.º 413/2014, entendeu que, embora a execução do julgado dependesse da adoção de um conjunto de medidas pelo Governo, não estaria legitimado para, ao abrigo da invocação de um princípio de cooperação institucional, interferir na competência administrativa deste órgão (ponto 4), nem “criar inovatoriamente parâmetros normativos de regulação da vida coletiva que invadam a esfera do legislador ordinário e exorbitem a função de administração da justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional” (ponto 5).

QUE FUTURO PARA A SUSTENTABILIDADE FISCAL DO ESTADO?

José Casalta Nabais

Sumário: **I.** A sustentabilidade fiscal do estado **1.** O estado fiscal e o financiamento estadual **2.** A investida do estado taxador e a duplicação do estado fiscal **II.** A sustentabilidade económico-financeira e a sustentabilidade fiscal **3.** A sustentabilidade no século XX e no século XXI **4.** A sustentabilidade no quadro do Tratado Orçamental **III.** Que futuro para a sustentabilidade do Estado? **5.** O combate à erosão da base tributável e deslocação de rendimentos **6.** A limitação do endividamento e a adaptação do sistema fiscal

O painel em que me cabe dizer alguma coisa tem por título «sustentabilidade(s) entre o fisco e a segurança social». Naturalmente que, como parece óbvio, vou interrogar-me sobre o papel que o fisco actualmente tem para a sustentabilidade do Estado. Por outras palavras, vou procurar responder, de algum modo, à pergunta que ouse formular no título a que subordinei estas despreziosas e avulsas considerações: que futuro para a sustentabilidade fiscal do estado? Ou seja, trata-se em saber se e em que medida o chamado estado fiscal ainda está em condições de proporcionar um Estado sustentável, ou melhor, um estado social sustentável, como o foi, e com enorme êxito, o estado na segunda metade do século XX no Ocidente.

I. A SUSTENTABILIDADE FISCAL DO ESTADO

É de começar por assinalar que falar da sustentabilidade fiscal do estado não é senão uma outra forma para aludir à sustentabilidade do estado fiscal, isto é, de um estado que tem um determinado suporte financeiro, que são os impostos (ou, mais em geral, os tributos). Exluímos assim analisar a sustentabilidade no quadro ou a respeito de outro tipo de estado, ou seja, de um estado ancorado noutra forma de financiamento. O que impõe algumas considerações a respeito do estado fiscal e do seu confronto com outras formas de financiamento que o estado conheceu sobretudo no passado.

1. *O estado fiscal e o financiamento estadual.* Não será ousado afirmar, até porque parece óbvio, que a quase totalidade dos estados actuais se apresenta como estados fiscais¹. O que significa um estado financiado fundamentalmente com base na figura dos tributos unilaterais ou impostos, e não com base em outros tributos ou outro tipo de receitas, acabando, deste modo, estes por terem uma carácter manifestamente marginal. Uma ideia que tem importantes implicações traduzidas na rejeição de um estado patrimonial ou empresarial, de um lado, e na falsa alternativa que representaria um estado financiado fundamentalmente por tributos bilaterais ou taxas, de outro lado.

De facto, a ideia de estado fiscal exclui tanto o *estado patrimonial*, que constituiu a forma característica de financiamento do estado na Idade Média, assente nos rendimentos proporcionados pelos bens (sobretudo imóveis) do Monarca ou da Coroa, como o *estado empresarial* que, tendo tido alguma expressão no estado iluminista, se concretizou sobretudo nos estados socialistas do século XX. Pois bem, em qualquer desses dois tipos de estado, o seu suporte financeiro não assentava, ao menos a título principal, na figura dos impostos. Por conseguinte, o estado fiscal tem por suporte os impostos,

¹ Sobre a ideia de estado fiscal, v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 191 e ss.

sendo estes, na expressão do juiz do *Supreme Court* norte-americano *Olivier Wendell Holmes*, o que pagamos por dispormos de uma sociedade civilizada. Pelo que os impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado, pagamos para termos a sociedade que temos – uma sociedade assente na ideia de liberdade.

Mas a exclusão de um estado patrimonial ou de um estado empresarial, não impõe como única solução a instituição de um estado fiscal. Pois, podemos perguntar se não é possível conceber um estado que seja financiado predominantemente através de tributos bilaterais, isto é, através da figura das taxas. Um estado no qual, em vez de serem todos os cidadãos a pagar e suportar o conjunto dos serviços públicos, ser cada um a pagar directamente a sua parte, a pagar a parte dos serviços públicos de que individualmente beneficia ou a cujos custos dá origem. O que levaria a um estado financiado predominantemente com base na figura das taxas, o qual pode ser designado por *estado taxador*².

Uma ideia que vem entusiasmando alguns autores, não para o reportar ao conjunto dos tributos e aplicar à generalidade das despesas do estado, mas no respeitante a certos sectores ou segmentos da mais recente actuação do estado, como é o relativo à protecção do meio ambiente e, a seu modo, o respeitante ao domínio à regulação económica e social implementada no quadro da actual mudança de uma perspectiva de «prestação pública» para a da «provisão pública» através da prestação privada dos serviços públicos, sobretudo os de interesse económico geral. De facto, no chamado domínio da protecção do meio ambiente, há quem defenda que as despesas ambientais podem e devem ser financiadas através de tributos bilaterais, através portanto de eco-taxas, em vez de eco-impostos. Por seu lado, em sede do financiamento das múltiplas agências de regulação, que vêm sendo instituídas como autoridades admi-

² V. nesse sentido, Sérgio VASQUES, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 15 e ss. Uma expressão que assim corresponderá à de *Gebührenstaat* utilizada na Alemanha. Nós, porém, designámo-lo por «estado tributário» – v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 199 e ss.

nistrativas independentes, procura-se lançar mão de tributos ou contribuições que, ao menos aparentemente, não se configurem como tributos unilaterais ou impostos³.

Mas, analisando mais especificamente essa problemática, devemos adiantar que, em rigor, nem em sede do financiamento geral do estado, nem em sede do específico financiamento da protecção do meio ambiente ou da regulação económica e social, a figura das taxas ou de outros tributos próximos das taxas estão em condições de se apresentar como suporte financeiro principal do estado nos tempos que correm. Uma afirmação que vale, entre nós, igualmente para os municípios, apesar de seu financiamento ser crescentemente pretexto para a criação de novas taxas e contribuições ou para o agravamento das já existentes, dando assim suporte à formação de um «estado taxador municipal» ao lado do tradicional «estado fiscal municipal».

Assim e em sede geral, uma tal opção encontra-se arredada porque há todo um conjunto de bens, os *bens públicos*, cujos custos não podem ser repartidos pelos utentes, antes têm de ser suportados pelo conjunto dos cidadãos, por todos os contribuintes. Entre esses bens temos, de um lado, um conjunto de bens, correspondentes às funções clássicas do estado, às funções do estado *tout court*, como os bens públicos constituídos pela defesa nacional, pela política externa, pela política económica, pela política financeira, pela segurança e protecção policiais, etc., os quais, porque se trata de bens públicos por natureza, bens insusceptíveis de divisão nos seus custos pelos que deles beneficiam, não podem ser financiados por taxas, antes têm de ser suportados por impostos. Trata-se de *bens públicos por natureza* que, atenta a sua natureza, não podem ser financiados senão por impostos.

³ Estamos a referir-nos às taxas de financiamento dessas autoridades independentes que vieram a assumir os tradicionais serviços públicos financiados por receitas fiscais (impostos), muito embora também haja taxas reguladoras de natureza extrafiscal que têm uma função reguladora e não reditícia – v. sobre essas taxas, Suzana Tavares da Silva, *Novas Fronteiras do Estado Fiscal*, Sumários Desenvolvidos de Direito Fiscal I (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011/2012, p. 44 e ss.

Porém, ao lado desses bens, temos no estado social um conjunto de bens públicos, que embora os seus custos possam ser repartidos pelos correspondentes utentes, como os relativos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, ou seja, os relativos aos direitos sociais, o certo é que, por exigência das próprias constituições, enquanto leis fundamentais de estados sociais, devem ser estendidos a todos os cidadãos, mesmo àqueles que não tenham condições de os realizar através do funcionamento do mercado. Todo um conjunto de bens que não constituem bens públicos por natureza, antes se apresentam como *bens públicos por imposição constitucional*. Assim, por força da constituição, os custos com esses bens, relativamente àqueles membros da comunidade que os não possam obter com o recurso ao mercado, acabam sendo suportados por todos os contribuintes⁴.

Mas o que vimos de dizer vale, em larga medida, também no respeitante aos domínios da protecção do meio ambiente e da regulação e supervisão económica e social. É certo que, relativamente ao direito ambiental, o princípio estruturante nele vigente, o *princípio do poluidor-pagador*, parece ir claramente no sentido de um estado taxador, uma vez que concretizaria a ideia de cada um suportar, pagar a poluição que produz, financiando-se as correspondentes despesas públicas através de taxas ecológicas em vez de impostos. Mas essa é uma maneira um pouco superficial de ver a realidade, já que a realização desse princípio depara-se com importantes obstáculos relativos seja à determinação do poluidor, pois que muitas vezes a sua fonte é difusa ou mesmo muito difusa, seja no que concerne à imputação dos custos da poluição aos efectivos poluidores⁵.

E algo idêntico se verifica, a seu modo, em sede dos tributos que suportam o financiamento da actividade de regulação e supervisão económicas, que tem vindo a substituir a

⁴ Cf. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, ob. cit., p. 210 e ss., e «A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos», *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 186 e ss.

⁵ V., quanto a este aspecto, o que dizemos no nosso estudo «Da sustentabilidade do Estado fiscal», em José Casalta Nabais / Suzana Tavares da Silva, (Coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 44 e ss.

intervenção económica do estado. Tributos que terão estado na base da alteração da nossa Constituição, em 1997, mediante a qual esta passou a conhecer em sede das figuras tributárias, ao lado dos impostos e das taxas, também as «demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas». O que veio a pôr em causa a tradicional divisão dicotómica dos tributos que levava a integrar as tradicionais «contribuições especiais» na figura dos impostos ou na figura das taxas consoante a sua estrutura fosse de natureza unilateral ou bilateral.

2. *A investida do estado taxador e a duplicação do estado fiscal.* Apesar do que vimos de dizer, tendo em conta a proliferação de tributos, sobretudo na modalidade de taxas (e de outros tributos comutativos) em que se inserem destacados os tributos ambientais, devemos interrogar-nos sobre se não se está a engendrar uma «duplicação do estado fiscal», em que embora como cidadãos ou residentes⁶ apenas beneficiemos de um estado, financeiramente acabemos suportando dois. Um, o estado fiscal propriamente dito, expressão do contrato social suporte do estado comunidade que é financiado pela figura dos impostos e se encontra sujeito ao escrutínio democrático consubstanciado no funcionamento dos clássicos princípios da «constituição fiscal», em especial o princípio da legalidade fiscal. Outro, um estado fiscal paralelo, mascarado de não fiscal que é financiado basicamente por impostos especiais, mormente sobre consumos específicos, em geral com receitas consignadas, muito embora designados por taxas ou contribuições, os quais não só escapam assim à constituição financeira e fiscal, como, do mesmo jeito, se furtam ao escrutínio materializado na comparabilidade internacional da efectiva carga fiscal ou do nível de fiscalidade que suportamos, uma vez que para essa comparabilidade contam, como é sabido, apenas os impostos e as contribuições para a segurança social.

⁶ Uma vez que o decisivo, em sede da ligação dos contribuintes ao seu país, é mais o vínculo de cariz económico traduzido na residência do que o vínculo político expresso na cidadania ou nacionalidade ou, por outras palavras, é mais uma cidadania de natureza económica do que uma cidadania política – v. o nosso estudo «Alguns aspectos da tributação das empresas», *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. I, cit., p. 358.

Uma realidade que tem expressão acentuada tanto em alguns importantes sectores da actuação estadual como sobretudo em relação aos municípios em que o recurso a novos tributos quase sempre designados por taxas, embora muitos deles de difícil qualificação, constituindo não raro verdadeiros impostos disfarçados, ou o crescente aumento das taxas já existentes, tem sido particularmente visível. Assim e no referente à proliferação de taxas e outros tributos, normalmente designados por contribuições ou enquadrados nos chamados tributos parafiscais⁷ e correspondentes à actuação da administração estadual, podemos apontar, tendo em conta a sua visibilidade, os previstos no sector dos transportes bem como no sector da actividade seguradora⁸.

No domínio mais estrito da figura das taxas podemos dizer que se deve em larga medida aos municípios a crescente multiplicação e aumento desses tributos bilaterais. Uma situação que, ao contrário do que era de supor, não foi travada pela adopção do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais⁹, cujo objectivo confessado foi justamente o de obstar ao arbítrio na criação das taxas e na fixação do seu montante, designadamente através da exigência do respeito pelo princípio da equivalência jurídica e da imposição da fundamentação económico-financeira do seu valor. Com efeito, aproveitando o cumprimento da obrigação de adaptação dos regulamentos das taxas imposta no artigo 17º do referido Regime, a quase totalidade dos municípios acabou por proceder ao aumento generalizado, e em muitos casos significativo, das múltiplas taxas municipais¹⁰.

⁷ Uma designação que, é de sublinhar, tem apenas a ver com a *titularidade activa* da relação tributária, e não com a *estrutura* dessa relação que decorre, naturalmente, da configuração do correspondente facto gerador do tributo. Dai a nossa preferência pela designação de receitas parafiscais em vez de tributos parafiscais.

⁸ V. uma ilustração das taxas destes dois sectores no nosso estudo «Da sustentabilidade do Estado fiscal», ob. cit., p. 40 e ss.

⁹ Aprovado pela Lei nº 53-E/2006, de 29 de Fevereiro.

¹⁰ Para uma análise e reflexão aprofundadas sobre as taxas na situação actual, v. Suzana TAVARES DA SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2013.

Por isso, para uma adequada análise da comunidade estadual a que pertencemos, no quadro do correspondente contrato social base do estado de direito democrático, avaliando e ponderando as correspondentes prestações recíprocas, ou seja, de um lado, o que pagamos ao estado e, de outro lado, o que recebemos dele, não podemos deixar de contabilizar, com base numa verdadeira «conta corrente», tudo o que pagamos, tanto em sede de fiscalidade como também das múltiplas parafiscalidades que crescentemente vão germinando um pouco por toda a parte ao serviço das mais diversificadas entidades tanto públicas como privadas.

Efectivamente compreende-se e aceita-se facilmente que, atendendo à reforma do financiamento das despesas incorridas com as novas realidades como a da protecção ambiental, se possa assistir a uma certa deslocação do estado fiscal para o «estado taxador». Uma situação que até pode compreender-se. O que, porém, já se nos afigura inaceitável é que, fingindo essa deslocação, se esteja praticando uma verdadeira e inadmissível acumulação do estado fiscal com um «estado taxador», duplicando, no fim de contas, o estado fiscal. Em suma, condição para que seja admissível uma modificação nesse sentido, uma modificação no sentido de deslocar parte da carga do estado fiscal para o «estado taxador», é que o correspondente resultado final seja tendencialmente de soma zero. Até porque a acumulação deste apócrifo «estado taxador» com o «estado fiscal» se vem fazendo totalmente à margem velha máxima que suporta, há muitos séculos, o conhecido auto-consentimento dos impostos: *no taxation without representation*. Por conseguinte, aceita-se que a emergência de um «estado taxador» se apresente, nos domínios em que o mesmo se revele viável, como uma alternativa parcial ao «estado fiscal», mas já não se leva a uma verdadeira duplicação do «estado fiscal».

II. A SUSTENTABILIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA E A SUSTENTABILIDADE FISCAL

Como é fácil de verificar, a sustentabilidade fiscal do estado depende da correspondente sustentabilidade económico-financeira, uma vez que, a base ou suporte das finanças públicas, que o mesmo é dizer das receitas do estado e dos demais entes públicos, em que, como é óbvio, têm um peso verdadeiramente decisivo as receitas fiscais actuais e as que previsivelmente poderão vir a ser obtidas no futuro, está inteiramente dependente do desempenho que a economia tiver no presente e no futuro. Na verdade, é o resultado positivo da economia que não só constitui a base da incidência da generalidade dos impostos e demais tributos, como forma o necessário suporte de sustentação da confiança, uma vez que será esta que permitirá aos detentores dos capitais, portanto aos financiadores, disponibilizarem-se para adquirir dívida pública a ser paga com as receitas fiscais proporcionados pela futura performance económica.

Por conseguinte, a um tal propósito, impõe-se, a nosso ver, proceder a uma distinção da maior importância nos tempos que correm, a qual tem a ver com a radical diferença, em sede da sustentabilidade do estado, entre o que se passou na segunda metade do século passado e o que já começou a verificar-se e é cada vez mais previsível que continue a ocorrer no século XXI. O que implica fazer algumas considerações sobre a base da sustentabilidade num e noutra século.

3. *A sustentabilidade no século XX e no século XXI.* Pois bem, constituindo a sustentabilidade um requisito de todo indispensável para a salvaguarda de qualquer estado e, naturalmente, do estado de direito democrático e social, essa instituição que tanto sucesso teve na segunda metade do século XX, sobretudo na Europa Ocidental¹¹, torna-se necessário forne-

¹¹ Ao ponto de ter sido assumida como verdadeira aquisição civilizacional e erigida em farol da evolução dos estados e dos povos que a elegeram como ideal a atingir.

cer algumas pistas para a compreensão que a sustentabilidade presentemente deve ter, a qual, ultimamente e sobretudo nos estados da Europa do Sul, vem sendo associada mesmo a uma certa ideia de austeridade. Com um tal propósito, é imperioso destacar a diferença de sentido entre a sustentabilidade do século passado e a sustentabilidade do século presente, para daí retirarmos as devidas consequências em sede das reformas que se impõem, as quais, como será fácil de intuir, não passam mais apenas pela reforma do estado.

A este respeito seja-nos, porém, permitido começar por esclarecer uma, a seu modo, intrigante interrogação, que é esta: porque é que, em sede política e jurídica, de uma concepção própria do século XX, em que o dinheiro não se apresentava como verdadeiro problema, se passou para uma outra, a do século XXI, em que o dinheiro corre o risco de ser o único problema, porquanto o problema que tende a absorver todos os demais. Uma pergunta cuja resposta implica aludir aos alicerces que suportaram a construção política e jurídica do estado social do segundo pós-guerra, que já não são mais os que suportam o actual estado. Com efeito, o estado de direito democrático e social, paulatina e progressivamente construído na segunda metade do século passado na Europa Ocidental, teve por inequívoco suporte o crescimento contínuo que se verificou nas economias, permitindo a construção, em termos políticos e jurídicos, de um estado orientado para o reconhecimento e consolidação crescente de direitos, mormente económicos, sociais e culturais, aos indivíduos, ou melhor, às pessoas.

O que tem diversas manifestações entre as quais a limitada revogabilidade dos actos constitutivos de direitos, a intangibilidade não só para o passado mas também para o futuro dos direitos adquiridos e a protecção do futuro com base na confiança depositada na acção do estado no passado enquanto suporte de expectativas com suficiente solidez, constituem exemplos mais marcantes. Institutos que, à luz da configuração do estado da época, faziam todo o sentido, porquanto no futuro, desde que se mantivesse o crescimento ao ritmo que se verificava, haveria sempre dinheiro para satisfazer esses direitos,

para honrar a confiança depositada na actuação dos órgãos públicos. Uma ideia que, mesmo em épocas de estagnação ou de recessão económica, que, por serem interregnos de não crescimento ou de decrescimento dentro, todavia, do ciclo longo de crescimento, não era posta em causa, porquanto, ao menos formalmente, não faltava dinheiro para assegurar o funcionamento daqueles institutos e expectativas, ainda que através de dinheiro forçosamente desvalorizado pela inflação decorrente da emissão monetária. Enfim, porque no futuro sempre haveria dinheiro para satisfazer os «adquiridos sociais» que o estado social implicava, a compreensão política e jurídica do estado não podia ser senão a que conhecemos e que, no presente, muito legitimamente resistimos em abandonar.

Mas, todo esse quadro desapareceu com a entrada do século XXI. Pois, embora aquela linha de desenvolvimento houvesse naturalmente de confrontar-se um dia, por mais longínquo que fosse, com um qualquer limite, o certo é que não se vislumbrava que o referido quadro soçobrasse a curto prazo e nos termos em que, infelizmente para nós, veio a acontecer. Com efeito, como referimos mais acima, não é mais credível que nas economias desenvolvidas do Ocidente se venham a verificar níveis de crescimento económico como os ocorridos no passado. Ora, num tal quadro, compreende-se facilmente que o dinheiro tenha passado a ser um problema. Mais, em países com um já longo histórico de défices orçamentais e consequentes dívidas públicas excessivas, acompanhado com o endividamento igualmente excessivo das famílias e das empresas, como acontece nos países do Sul da Europa, o dinheiro corre o risco de passar a ser o problema.

É que, face a um crescimento económico muito fraco, nulo ou mesmo negativo, não se pode esperar que no futuro haja dinheiro para satisfazer a crescente constituição e aquisição de direitos ou a progressiva protecção da confiança ancorada na actuação do estado em época de prosperidade¹². Por isso

¹² Isto mesmo que não se partilhe da ideia do “decrecimento sustentável” que, remontando, em rigor, à obra de Nicholas Georgescu-Roegen, *The Entropy Law and the Economic Process*, 1971, tem actualmente

mesmo, num tal quadro de desenvolvimento económico, as perspectivas para o futuro não podem deixar de ser no sentido de uma certa desconsideração dos direitos constituídos ou adquiridos, de um lado, e de diminuição das expectativas depositadas na confiança digna de protecção, de outro lado. Por outras palavras, uma certa austeridade, a qual, não podendo ser, obviamente, uma qualquer austeridade pela austeridade¹³, pode vir a revelar-se adequada ao reajustamento do estado que vai implicado na actual sustentabilidade.

Tendo em conta quanto vimos de dizer, é importante perguntar, designadamente, se a sustentabilidade financeira, na União Europeia, passará pelas exigências impostas pelo recentemente adoptado Tratado Orçamental.

4. *A sustentabilidade no quadro do Tratado Orçamental.* Tendo em conta o conteúdo deste Tratado, podemos dizer que o mesmo está longe de ir no sentido da sustentabilidade financeira dos Estados membros e, conseqüentemente, de contribuir para a construção europeia, reforçando a União Europeia. É que as disposições mais importantes do Tratado, que constam dos artigos 3º e 4º e exigem orçamentos equilibrados ou cujo défice estrutural não ultrapasse os 0,5% do PIB¹⁴ e impõem que a dívida pública não exceda os 60% do PIB, apresentam-se expostas a importantes objecções. Desde logo, os Estados membros da União Económica e Monetária, depois de terem perdido a soberania no respeitante aos instrumentos da política económica e monetária, vêm-se agora confrontados com uma efectiva amputação da política orçamental, o que levará, por certo, a uma constante limitação ou mesmo redução das despesas públicas e a uma política fiscal praticamente sem verdadeira margem de manobra.

em Serge LATOUCHE um dos seus mais destacados representantes.

¹³ Para cujos malefícios chamam as atenções obras tão célebres como as de Mark BLYTH, *Austeridade. A História de uma Ideia Perigosa*, QUETZAL, 2013, e Joseph E. STIGLITZ, *O Preço da Desigualdade*, Quetzal, 2013.

¹⁴ Que pode ir até 1% quando a relação entre a dívida pública e o PIB for significativamente inferior a 0,60% e os riscos para a sustentabilidade a longo prazo das finanças públicas forem reduzidas.

Situação que se agrava, e muito, no caso de se verificar a ultrapassagem dos referidos limites do défice orçamental e da dívida pública. Com efeito, nos termos dos artigos 3º e 5º, o Tratado impõe a instituição, a nível nacional, de mecanismos de correcção automática dos desequilíbrios orçamentais com base em princípios comuns a propor pela Comissão Europeia, o que tem como consequência, desde logo, a limitação do papel e independência das instituições nacionais responsáveis pelo controlo do cumprimento das regras orçamentais. Depois, estabelece a obrigação de redução da dívida pública à razão de 5% ao ano (1/20) sempre que esta exceda 60% do PIB. Em terceiro lugar, segundo o disposto nos artigos 5º e 6º, é imposta aos Estados membros a obrigação de implementar um programa de reformas estruturais, económicas e orçamentais, que é vinculativo em caso de se ter verificado défice excessivo, bem como a apresentação antecipada ao Conselho e à Comissão dos planos de emissão de dívida pública.

Uma perda de soberania financeira dos Estados membros que é reforçada com o disposto nos artigos 7º e 8º do Tratado, em que se estabelece uma maioria qualificada (invertida) para que uma proposta ou recomendação apresentada pela Comissão Europeia, quando esta considere que um Estado membro viola o critério do défice no quadro de um procedimento relativo a um défice excessivo, não prossiga, ou se atribui ao Tribunal de Justiça da União Europeia a aplicação de sanções aos Estados membros que não cumprirem as disposições do Tratado, bem como poderes de controlo quanto à consagração, a nível constitucional ou equivalente, do princípio do equilíbrio ou excedente orçamental estrutural e respectivos mecanismos de correcção automática, incluindo a sua vertente institucional.

Enfim, igualmente no respeitante às soluções que estabelece, o Tratado Orçamental não desperta elogios. Na verdade, trata-se de um conjunto de soluções em que a austeridade parece dispor de claro protagonismo nada consentâneo com uma União Europeia que se queira uma verdadeira comunidade de direito. Desde logo, a austeridade não pode ser perspectivada como um fim ou um objectivo que suporte uma

sociedade e um estado realinhados para baixos níveis de desenvolvimento e bem-estar social. Antes há-de ser vista como um instrumento da sustentabilidade da sociedade e do estado nestes tempos do século XXI, em que os níveis de crescimento económico que conhecemos na segunda metade do século XX não são mais realistas. Por isso, a manutenção e sustentação do Estado social, nos termos em que foi construído e consolidado no século passado, não é actualmente viável, impondo um outro referente que não o do crescimento contínuo e significativo a longo prazo.

Do mesmo jeito, a austeridade não pode ser a única receita e uma receita igual para todos os países como é a apresentada no Tratado, devendo antes ser adoptada e doseada em função da real situação económica e social de cada país. Nomeadamente não faz sentido que a austeridade seja a receita tanto para os países com dificuldades económicas traduzidas em desequilíbrios externos e orçamentais, caso dos da periferia sul da Europa, como para os países em que tais desequilíbrios se não verificam, caso da Alemanha, que devem optar por políticas orçamentais minimamente expansionistas indispensáveis para a manutenção da zona euro e seu crescimento económico. Depois, a dose de austeridade a aplicar tem que ser diferenciada em função da concreta situação económica de cada país, nomeadamente de molde a proporcionar os resultados que se pretende alcançar de uma maneira suportável para os cidadãos. O que implica que, de um lado, não se vote ao esquecimento a solidariedade comunitária que é a argamassa que liga os membros da União Europeia e, de outro lado, não se dispense uma adequada compatibilização da austeridade com o crescimento económico e a competitividade da economia em causa. Preocupações que, infelizmente, parecem estar ausentes do texto do Tratado.

Para além disso, a maneira como o Tratado foi preparado e aprovado não se compagina inteiramente com a defesa dos valores da democracia e do Estado de direito, bases proclamadas como fundacionais da União Europeia. De facto, o processo que conduziu à sua adopção, que marginaliza esses va-

lores fundacionais, é mais uma das manifestações que acentua o visível divórcio entre os cidadãos e as instituições europeias. A que acresce a circunstância de as soluções consagradas nele darem suporte à ideia de que a integração económica, como vimos largamente funcionalizada às finanças equilibradas, é uma questão fundamentalmente técnica sem verdadeira dimensão política e social. Por isso, o Tratado constitui a mais recente e superlativa manifestação do que vem sendo designado por “federalismo técnico-burocrático” base de uma “construção europeia” inteiramente à margem dos cidadãos, dos povos e dos estados da Europa, que não augura nada de bom porquanto inteiramente construído à margem da realidade.

Um juízo que não melhora se do nível da União Europeia, isto é, do Tratado, passarmos para o nível nacional, isto é, para o nível do cumprimento deste, uma vez que a forma como lhe foi dado cumprimento na ordem jurídica nacional suscita algumas reservas. A sua efectivação, através da alteração à Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (LEOE), levada a cabo pela Lei nº 37/2013, de 14 de Junho¹⁵, levanta a questão de saber se essa forma de cumprimento do Tratado respeita integralmente as exigências deste quanto à sua aplicação pelos Estados. Pois, embora a LEOE seja, nos termos do nº 3 do artigo 112º da Constituição, uma lei de valor reforçado, a sua aprovação não exige qualquer maioria específica da Assembleia da República, seja a maioria qualificada de 2/3 como a exigida para as alterações à Constituição (nº 1 do artigo 286º) e para as leis que versem as matérias constantes do nº 6 do artigo 168º da Constituição, seja a maioria dos deputados em efectividade de funções exigida para as leis orgânicas (nº 2 do artigo 166º e nº 5 do artigo 168º).

¹⁵ Em foi aditado, nomeadamente, o seguinte: «Artigo 10-D (princípio da sustentabilidade): 1. Os subsectores que constituem as administrações públicas, bem como os organismos e entidades que os integram, estão sujeitos ao princípio da sustentabilidade; 2. Entende -se por sustentabilidade a capacidade de financiar todos os compromissos, assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do saldo orçamental estrutural e pelo limite da dívida pública, conforme previsto na presente lei e na legislação europeia».

Uma solução que nos parece não quadrar com o que é exigido pelo n.º 2 do artigo 3.º do Tratado, em que se dispõe que as Partes Contratantes devem, o mais tardar um ano após a entrada em vigor do Tratado, aplicar a exigência do equilíbrio orçamental, “através de disposições vinculativas e de carácter permanente, de preferência a nível constitucional, ou cujos respeito e cumprimento possam ser de outro modo plenamente assegurados ao longo dos processos orçamentais nacionais”. É que a LEOE não só não integra o nível constitucional, como as suas disposições estão longe de poderem ter-se por equivalentes a disposições constitucionais.

III. QUE FUTURO PARA A SUSTENTABILIDADE DO ESTADO?

Perante o que vimos de referir, impõe-se questionar-nos sobre qual o futuro da sustentabilidade fiscal do estado, tendo em conta que estamos no século XXI e não mais no século XX em que se viu coroadado, com visível sucesso, o estado social ou modelo social europeu. O que foi muito bom, mas podemos ter como seguro que, nos exactos termos em que funcionou, terminou de facto. Uma pergunta cuja resposta não será fácil e relativamente à qual nos limitaremos a referenciar a crescente erosão da base tributável e da transferência de lucros, de um lado, e a necessidade de limitar as despesas publicas e de adaptar o sistema fiscal, de outro lado.

5. *A erosão da base tributável e a deslocação de rendimentos.* Num quadro de globalização económica, que torna extremamente fáceis a internacionalização das situações e das relações tributárias, compreende-se que sejam cada vez mais frequentes fenómenos como a erosão da base tributável e a transferência de lucros para países com menores cargas fiscais ou com regimes fiscais mais favoráveis, concretizando um fenómeno que até, há relativamente pouco tempo, estava longe de ser tido na devida consideração. O que é, de resto, visível nas relações

fiscais entre os estados, em que durante muito tempo na celebração de convenções, a única preocupação era a de evitar a dupla tributação, mas que, nos tempos mais recentes, passou a ser também a de evitar a dupla não tributação, a qual, para além de lesar, em termos da legítima obtenção das correspondentes receitas fiscais, os países em que as empresas e agentes económicos exercem a sua actividade, proporcionando-lhes a correspondente criação de valor, distorcem a concorrência económica pela qual se deve pautar a actuação das empresas numa verdadeira e efectiva economia de mercado. Economia esta que, embora tão repetida e exuberantemente aclamada, se encontra cada vez mais dominada por fenómenos que pouco ou nada têm a ver com uma efectiva economia de mercado, como acontece com os múltiplos monopólios e posições efectivamente dominantes quase sempre disfarçados ou encapuçados.

Uma preocupação que, tendo estado presente na alteração do nome do modelo de convenção da OCDE, que deixou de se referir a dupla tributação, ostentando a designação Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, tem sido objecto de importantes e aceleradas iniciativas nos últimos anos nos EUA, na OCDE e na União Europeia. Estamos a referir-nos de, um lado, à legislação norte-americana conhecida pela sigla FATCA¹⁶ e, de outro lado, às diversas iniciativas e propostas que a OCDE e a União Europeia estão a discutir presentemente em larga medida como resultado ou reacção à importante eficácia extraterritorial da referida legislação norte-americana.

Assim, quanto ao FATCA, trata-se de uma lei aprovada pelo Congresso estadunidense em 2010 com o objectivo de combate á fraude e evasão fiscal, a qual impõe, com ampla eficácia extraterritorial, um complexo sistema de obrigações de reporte de informações e de retenções na fonte de impostos tanto a entidades do sector financeiro internacional (*Foreign Financial Institutions*) como a entidades não financeiras privadas (*Non-Financial Foreign Entities*) que, em todo o mundo, tenham relações económicas com os EUA. O que tem como conse-

¹⁶ O *Foreign Account Tax Compliance Act*.

quência forçar estas instituições financeiras e entidades não financeiras a subscrever acordos de troca de informações com o *US Internal Revenue Service* e, em cumprimento desses acordos, a prestar uma efectiva assistência em matéria de arrecadação dos impostos norte-americanos, sob pena de se sujeitarem a uma tributação por retenção na fonte a uma taxa de 30% dos valores movimentados a partir dos EUA relativamente a todos quantos venham a ser considerados *US persons* nos amplos termos com que esta categoria vem sendo entendida¹⁷.

Por seu lado, no que respeita à política fiscal da OCDE, que indiscutivelmente foi acelerada em consequência da aprovação do FATCA, temos o empenho que vem demonstrando na luta contra a erosão da base tributável e deslocação de resultados das empresas que põem em causa a tributação de muitos países, com destaque para os que integram essa Organização. Trata-se de todo um ambicioso programa de combate à fraude e evasão fiscal que vem sendo conhecido pela sigla BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), o qual consta de dois importantes documentos aprovados em 2013: o relatório – *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, de Fevereiro de 2013, e o plano – *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, de Julho de 2013. A que é de carescentar mais recentemente, já em 2014, a adopção de uma espécie de FATCA global, o documento *Global Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information* constituído pelo *Competent Authority Agreement* (Model Competent Authority Agreement – CAA) e pelo *Common Reporting Standard* (Common Reporting and Due Diligence Standard – CRS).

Estes documentos partem da verificação relativa à evasão e fraude fiscal que prejudicam significativamente quer os Estados, que vêm as suas receitas diminuírem ao mesmo tempo que crescem os gastos para assegurar a disciplina fiscal, quer os contribuintes, uma vez que, ao permitir que as empresas reduzam

¹⁷ Assinale-se que esses acordos, em alguns países, que, certamente não por acaso, são os maiores e mais importantes da União Europeia, foram assumidos pelos próprios Estados, dispensando assim as instituições financeiras e as entidades não financeiras desse ónus. Foi o que sucedeu com o acordo multilateral de troca de informações subscrito pelos EUA, França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido.

a sua carga fiscal, transferindo os lucros para fora dos países onde exercem a actividade, oneram os demais contribuintes que, por não disporem de iguais possibilidades de transferência de rendimentos, suportam uma maior carga fiscal, quer as próprias empresas multinacionais que, ao acabarem por se sujeitar a uma taxa efectiva de tributação excessivamente baixa, podem ver-se confrontadas com um elevado risco em termos de reputação, o qual, nos últimos tempos, tem vindo a estender-se também ao domínio do das obrigações fiscais¹⁸. Num tal quadro, compreende-se que as propostas comecem a focar-se na necessidade de ter em conta a ideia de criação de valor, devendo ser esta a base a operar em sede da tributação internacional das empresas, possibilitando, assim, um mínimo de coerência que, por enquanto, continua longe da correspondente ao princípio da simetria que opera a nível nacional, implicando que a cada pagamento fiscalmente dedutível junto do pagador corresponda a respectiva tributação junto do respectivo beneficiário.

Enfim, também na União Europeia, na sequência e, em certa medida, até como reacção à adopção da legislação norte-americana contida no FATCA, se estão a propor e discutir medidas mais eficazes em sede da luta contra a fraude e evasão fiscais. O que é particularmente visível nas mais recentes iniciativas da Comissão, como são: a Recomendação de 6 de Dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE), e a Recomendação de 6 de Dezembro de 2012, relativa a medidas destinadas a encorajar os países terceiros a aplicar normas mínimas de boa governação em matéria fiscal (2012/771/UE). A que devemos acrescentar ainda as conclusões do Conselho Europeu de Maio de 2013 relativas às alterações da Directiva 2011/16/UE, no sentido de ampliar e reforçar a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, e à revisão da Directiva 2011/96/EU, (Directiva “Mães/Filhas”), tendo em conta as disposições anti-abuso constante da legislação da União.

Portanto, todo um conjunto de medidas bastante diver-

¹⁸ V. Nuno Sampaio RIBEIRO, «O *New Cooperatine Fax Environment* e as políticas fiscais pública e societária», Revista da Banca, n° 72, Julho-Dezembro de 2011, p. 45 e ss.

sificado orientado para o combate, que se pretende bem mais eficaz do que o que tem sido tradicional, à crescente erosão das bases tributáveis e à deslocação de lucros dos países em que realmente são gerados ou se consolidam para países ou territórios de baixa ou nula tributação. Medidas cuja discussão e crescente patamar de exigência se tem acelerado em virtude da efectiva eficácia extraterritorial, tendencialmente universal, da referida legislação norte-americana.

6. *A limitação do endividamento e a adaptação do sistema fiscal.*

Passando, por assim dizer, à frente interna, a sustentabilidade não poderá deixar de passar, a nosso ver, pela limitação do endividamento público e correspondente ajustamento das políticas públicas, bem como pela adaptação do sistema fiscal.

No respeitante ao primeiro aspecto, devemos assinalar que a imposição de limites máximos à dívida pública não é um postulado de origem neoliberal, nem uma criação europeia decorrente do Pacto de Estabilidade e Crescimento ou do Tratado Orçamental, nem, no respeitante a Portugal, uma qualquer imposição arbitrária da Troika. Bem ao contrário, num quadro de natural limitação às ambições de realização humana, em que os *commoda* se encontram limitados pelos correspondentes *incommoda*, a liberdade pela responsabilidade e os direitos pelos deveres, a limitação ou restrição ao endividamento público deve ser analisada como uma verdadeira “regra de ouro” da economia contemporânea dos Estados desenvolvidos, cujo propósito é, precisamente, o de evitar as situações de bancarrota.

É que a “garantia” das dívidas públicas dos países desenvolvidos em tempo de paz é resultante da conjugação de diversos indicadores (com especial destaque para o Produto Interno Bruto e para o rendimento nacional) com a confiança depositada nos dados económicos e financeiros divulgados, esta última assente no pressuposto de que os mesmos correspondem à verdade. Essa é, pelo menos, a *escolha europeia*, que neste particular diverge claramente da *solução americana*, onde se continua a garantir parte substancial do endividamento público através da emissão de moeda que, gozando de tendencial

aceitação universal, é, em alguma medida, independente da real situação económica e financeira dos EUA. Realidade a que não é estranha a natureza de única superpotência simultaneamente económica e político-militar que os EUA continuam a ser, o que tem expressão eloquente, por exemplo, na aprovação da referida lei extraterritorial FATCA.

Assim, concordando com a «escolha europeia», impõe-se uma redução do endividamento público para níveis que sejam sustentáveis. O que, como parece óbvio, não significa concordar com o quadro de redução da dívida que foi estabelecido no Tratado Orçamental, mas, antes, com o reconhecimento da necessidade de reconstrução de uma situação de equilíbrio a que corresponde um adequado nível de endividamento, um nível de endividamento efectivamente sustentável.

Situação que tem como consequência a necessidade de ajustamento das políticas públicas, uma exigência em relação à qual se tem vindo a falar de “austeridade” interpretada esta expressão como um “ajustamento” das políticas sociais pelo lado da despesa, geradora de desemprego e de desinvestimento em serviços públicos e prestações sociais. Uma solução que vem sendo criticada com base na ideia de que este “ajustamento” deveria ter lugar, antes, pelo lado da receita, proporcionando opções para o crescimento económico e o emprego. Uma crítica que, todavia, não deixa muito claro como será possível obter o financiamento necessário para prosseguir tais políticas, tendo em conta quer os actuais níveis do endividamento público, os quais não nos permitem aumentar a dívida, quer a carga e esforço fiscais atingidos, que já estão no limite do suportável relativamente aos contribuintes que efectivamente suportam o sistema fiscal.

Significa isto que não há grande margem de manobra para opções à limitação do endividamento público e ao correspondente ajustamento das políticas públicas. O que implica que estas e os seus níveis de concretização sejam os adequados a um endividamento mais limitado, de um lado, e a um sistema fiscal minimamente adaptado ao fenómeno de erosão das bases tributáveis e deslocação de rendimentos, a que aludimos, de outro lado.

Pois bem, é justamente este último aspecto o que carece

ainda de algumas considerações, uma vez que, na tentativa de angariar receitas para manter as políticas públicas e seus níveis, num quadro de endividamento público fortemente limitado, tem sido o sistema fiscal o convocado para arcar com as responsabilidades. O que, em consequência do quadro internacional de erosão das bases tributáveis e deslocação de rendimentos, tem conduzido ao que vimos designando por *apartheid fiscal* a que, obviamente, há que pôr cobro.

Na verdade, é hoje em dia visível, no nosso sistema fiscal, uma distinção muito clara entre os contribuintes: uns, sobretudo os trabalhadores dependentes, que pagam os impostos estabelecidos pelo parlamento nos termos constitucionais, designadamente com base numa ideia de igualdade aferida pela capacidade contributiva; outros, os quais integram uma parte significativa dos trabalhadores independentes¹⁹ e das empresas que, em virtude de regimes fiscais de favor que podem escolher ou, de algum modo, podem modelar através grupos de pressão ou lóbis em que se inserem, acabam pagando menos de imposto do que os demais contribuintes. De resto, tendo em conta a progressiva contracção do trabalho dependente, em virtude da sua crescente substituição pela prestação de serviços²⁰, devemos interrogar-nos sobre se ainda faz sentido insistir numa pessoalização do sistema fiscal, mesmo que limitada à tributação do rendimento, polarizado num imposto, o IRS, que tende a ser cada vez menos um imposto sobre o rendimento global obtido pelos contribuintes.

Ou, por outras palavras e num quadro mais geral, ainda terá sentido um sistema fiscal como aquele que teve por modelo o programa de reforma fiscal, entretanto concretizado por etapas²¹, constante do então artigo 107º (hoje artigo 104º) da

¹⁹ Que podem deslocar internacionalmente os rendimentos ou, então, recorrer à constituição abusiva de sociedades, pois esta prática não é minimamente combatida dada a fraca ou nula eficácia do regime de transparência fiscal (que julgamos não vai melhorar com as alterações da recente reforma do IRC, operada pela Lei nº 2/2014, de 16 de Janeiro).

²⁰ Entre nós conhecida sobretudo pelo pagamento com base nos chamados “recibos verdes”.

²¹ Que são: a reforma da tributação do consumo, em 1985/6,

Constituição²². O que não vale apenas no respeitante às fortes limitações que enfrenta a tributação do rendimento pessoal, a que nos vimos de referir, pois que, a seu modo, idêntica interrogação se pode colocar face à tributação do consumo com base num imposto tipo IVA, o qual, depois do enorme sucesso que teve, em larga medida por ter sido imposto aos Estados Membros da União Europeia, se vê confrontado com problemas de fraude e evasão sobretudo no domínio extremamente relevante das transacções intracomunitárias.

Daí que nos questionemos se ainda fará sentido a tributação do rendimento pessoal, com base numa tabela de taxas altas e fortemente progressiva, quando o âmbito do referido rendimento se estreita crescentemente, já porque se limita, na prática, ao rendimento do trabalho subordinado, já porque este vem perdendo peso no actual mundo do trabalho, onde cada vez mais se elogia e incentiva o chamado empreendedorismo que mais não é do que cada um promover o auto-emprego em vez de esperar por um contrato de trabalho dependente ou subordinado.

Enfim e para terminar: o Estado social do século XXI não pode ter por quadro de realização as políticas públicas e por suporte económico-financeiro o forte crescimento económico contínuo que teve lugar na segunda metade do século XX. Por isso e porque não é mais possível sustentá-lo com base no endividamento contínuo, com que ilusoriamente se financiou nos primeiros tempos deste século, impõe-se ajustá-lo à correspondente capacidade financeira do estado assente, de um lado, no endividamento público sustentável, cuja sustentabilidade naturalmente não tem de coincidir com a que, em termos tão estritos, estabelece o Tratado Orçamental, e, de outro lado, num sistema fiscal ajustado às novas realidades decorrentes da crescente internacionalização das relações tributárias e da globalização económica.

com a criação do IVA e dos IEC; a reforma da tributação do rendimento, em 2988/9, com a criação do IRS e IRC; e a reforma da tributação do património, em 2003/4, com a reforma do IMI, do IMT e do IS.

²² Em relação ao qual nos interrogámos já um pequenos escrito «Ainda fará sentido o artigo 104º da Constituição?», *Cadernos de Justiça Tributária*, nº 01, Julho – Setembro de 2013, p. 23 e ss.

(Página deixada propositadamente em branco)

GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS COOPERATIVAS – QUE DESAFIOS?

Maria Elisabete Gomes Ramos¹

Sumário: 1. Cooperativas, pobreza e desenvolvimento humano 2. Responsabilidade social (em particular, das sociedades anónimas) 3. Cooperativas – o segundo *player* mais importante da economia social em Portugal 4. Identidade cooperativa e governação 4.1. Princípio da gestão democrática 4.2. A assembleia geral 4.3. A direção/diretor único 4.4. Delegação de poderes de gestão e de representação 4.5. Os diretores de facto 4.6. Deveres de lealdade (fidelidade) e de cuidado dos dirigentes e gestores da cooperativa 4.7. A fiscalização da gestão da cooperativa 5. A responsabilidade civil pela administração da cooperativa 5.1. Generalidades 5.2. Critério de apreciação da culpa 5.3. *Business judgment rule* e gestão das cooperativas 5.4. Da aplicação da ação *ut singuli* às cooperativas 6. Identidade cooperativa e ventos de mudança. Conclusão

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra (mgramos@fe.uc.pt).

1. Cooperativas, pobreza e desenvolvimento humano

No âmbito do projeto de investigação subordinado ao tema «Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social», parece adequado questionar se as cooperativas e a forma como são governadas têm algum efeito virtuoso na redução da pobreza e na melhoria das condições de vida das populações. Na Declaração do Milénio adotada pelas Nações Unidas, na Resolução da Assembleia Geral 55/2 de 8 de setembro de 2000, os Chefes de Estado e de Governo assumiram o compromisso de que «Não pouparemos esforços para libertar os nossos semelhantes, homens, mulheres e crianças, das condições abjetas e desumanas da pobreza extrema, à qual estão submetidos atualmente mais de 1000 milhões de seres humanos. Estamos empenhados em fazer do direito ao desenvolvimento uma realidade para todos e em libertar toda a Humanidade da carência»^{2/3}.

Se a erradicação da pobreza extrema é um dos objetivos do milénio, de que forma podem as cooperativas contribuir para a concretização deste propósito? A Aliança Cooperativa Internacional⁴, a Organização Internacional do Trabalho⁵ ou a Comissão Europeia⁶ sublinharam, em momentos diversos, o

² Tradução colhida em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/III-PAG3_1_11.htm (consultado no dia 14 de outubro de 2014).

³ Em <http://undesadspd.org/Cooperatives/UNDocumentsonCooperatives.aspx> (consultado em 10 de outubro de 2014) podem ser encontrados os documentos das Nações Unidas sobre cooperativas.

⁴ Organização Internacional do Trabalho; Aliança Cooperativa Internacional, *Cooperating out of poverty: the global co-operative campaign against poverty*, Genebra, 2005.

⁵ A este propósito é marcante a «Promotion of cooperatives recommendation», 2002 (n.º 193). V. tb. Organização Internacional do Trabalho, *Recommendation concerning the promotion of co-operatives*, Genebra, 2002, disponível em <http://www.ilo.org/images/empent/static/coop/pdf/english.pdf>; *Working out of poverty, Report of the Director-General, International Labour Conference*, Genebra, 2003.

⁶ Veja-se, a título de exemplo, a Comunicação da Comissão Europeia de 2004, intitulada «On the promotion of co-operative societies in Europe», 18 final, Bruxelas.

potencial contributo das cooperativas para o desenvolvimento humano e para o combate da pobreza.

Em 2004 foi lançada a iniciativa «*Cooperating out of Poverty*», promovida pela Organização Internacional do Trabalho e pela Aliança Cooperativa Internacional, destinada a reforçar internacionalmente a consciência sobre o papel estratégico que as genuínas iniciativas cooperativas podem ter no desenvolvimento humano. Nesse documento pode ler-se que «The beneficiaries of the campaign are disadvantaged groups lacking the necessary resources to be able to meet their basic needs and those segments of the population who use co-operatives and co-operative type of organizations as a means to improve their living conditions. Furthermore, all types of institutions (governmental, NGOs and social partners) interested in co-operatives and co-operative organizations will be strengthened in their work as the Campaign will raise awareness and could lead to increased support for programmes and projects»⁷.

Como já defendeu Amartya Sen, o desenvolvimento humano não pode ser dissociado da participação. As cooperativas, enquanto organizações governadas democraticamente, potenciam a participação individual em processos decisórios coletivos. Ora, esta participação pode ser emancipatória, porque promove o «empowerment»⁸ das pessoas e a capacidade de reclamar prestações e direitos que são considerados fundamentais, não só para os membros da cooperativa, mas para a comunidade em geral.

⁷ Organização Internacional do Trabalho; Aliança Cooperativa Internacional, *Cooperating out of poverty: the global co-operative campaign against poverty*, Genebra, 2005.

⁸ Segundo o Banco Mundial, «empowerment» «is the process of enhancing the capacity of individuals or groups to make choices and to transform those choices into desired actions and outcomes. Central to this process are actions which both build individual and collective assets, and improve the efficiency and fairness of the organizational and institutional context which govern the use of these assets.», disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXT-POVERTY/EXTEMPowerment/0,,contentMDK:20244572~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:486411,00.html> (consultado em 14 de outubro de 2014).

Amartya Sen escreveu: «Development can be seen (...) as a process of expanding the real freedoms that people enjoy. Focusing on human freedoms contrasts with narrower views of development, such as identifying development with the growth of gross national product, or with the rise in personal incomes, or with industrialization, or with technological advance, or with social modernization. Growth of GNP or of individual incomes can, of course, be very important as *means* to expanding the freedoms enjoyed by the members of the society. But freedoms depend also on other determinants, such as social and economic arrangements (for example facilities for education and health care) as well as political and civil rights (for example, the liberty to participate in public discussion and scrutiny)»⁹.

Ao agregar pessoas que partilham as mesmas necessidades, a cooperativa, além de conferir poder a cada um dos seus membros, contribui para romper o ciclo de exclusão e isolamento e conseqüente falta de poder que a pobreza cria. Desta forma, a experiência cooperativa pode propiciar as condições para quebrar o isolamento típico nas comunidades pobres e colocar cada um dos membros no caminho do desenvolvimento¹⁰.

Johnston Birchall sublinha que as cooperativas têm um enorme potencial, enquanto organizações que envolvem pessoas desfavorecidas, de as retirar da pobreza. No entanto, é necessário que as cooperativas regressem à sua matriz original. As cooperativas modernas nasceram no séc. XIX, «conjugadamente com a irradiação do capitalismo»¹¹. A gênese da *identidade cooperativa*¹² remonta à declaração formulada pelos operários de uma cooperativa em 1848, nos arredores de Manchester —

⁹ Amartya SEN, *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 3.

¹⁰ J. BIRCHALL, *Co-operatives and the Millennium Development Goals*, Genebra: ILO, 2004, p. 54.

¹¹ Rui NAMORADO, *Essencial sobre cooperativas*, Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2013, p. 17.

¹² Sobre o conceito de «identidade cooperativa», v. Rui NAMORADO, «A identidade cooperativa na ordem jurídica portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; e Antonio FICI, «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, n.º 24, 2013, pp. 37-64.

Rochdale Quitable Pioneers Society Limited («Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale»)¹³.

Na sua matriz original as cooperativas são organizações autónomas geridas pelos seus próprios membros. Os operários, confrontados com problemas que urgia resolver (obter emprego, adquirir bens a preços razoáveis, eliminar o intermediário, construir casas a preços razoáveis) tomando o seu destino em mãos, gizam uma organização de matriz democrática que, através da cooperação para a satisfação das *necessidades dos seus membros*, procura conseguir uma vida melhor para cada um deles. É este cunho democrático, *autónomo e emancipatório* que torna a cooperativa um instrumento virtuoso de entreajuda¹⁴.

As cooperativas são democráticas, praticam a universalidade do voto – um homem um voto significa também que os cooperadores não podem ser privados do direito de voto¹⁵ –, cultivam a cooperação sem fim lucrativo, são geridas pelos seus membros e a responsabilidade social (para com os membros, os trabalhadores, o desenvolvimento sustentável da comunidade¹⁶) é uma marca identitária e não um acervo de medidas que estejam na disponibilidade de quem as gere.

Na ordem jurídica portuguesa, os princípios cooperativos alcançaram consagração jurídico-constitucional (art. 61.º,

¹³ Salienta J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (as empresas no direito)*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 167, nota 431, que a inovação introduzida pelos Pioneiros de Rochdale consistiu em reunir os diversos princípios em um só programa.

¹⁴ Luíz da CUNHA GONÇALVES, *A evolução do movimento operário em Portugal*, Lisboa: A. de Mendonça, 1906, p. 74, ss., *Comentário ao Código Comercial português*, vol. I, Lisboa: Empreza Editora J. B., 1914, p. 541, refere que as diferentes ideias políticas que fundaram o cooperativismo, embora partindo de pontos doutrinários diversos e opostos, comungavam do propósito de libertar o proletariado do «regime do salariado, da exploração capitalista, eliminando o patrão(...); e eliminando o comerciante, o banqueiro, o proprietário urbano».

¹⁵ Sobre a não privação do direito de voto nas cooperativas, v. Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas – estado da arte e linhas de reforma*, Porto: Vida Económica, 2014, p. 32.

¹⁶ V. o art. 3º do CCoop, 7º princípio cooperativo.

n.º 4, da CRP)¹⁷. Embora a Constituição da República Portuguesa não concretize, os princípios cooperativos convocados são os princípios tal como foram definidos pela Aliança Cooperativa Internacional e atualmente enunciados no art. 3.º do Código Cooperativo¹⁸.

Na legislação ordinária, o art. 13.º da Lei n.º 30/2013, de 8 de março (Lei de Bases de Economia Social)¹⁹, impõe o «desenvolvimento legislativo» que concretize, também para as cooperativas, a reforma à luz dos princípios orientadores consagrados no seu art. 5.º. Muitos deles têm relevo direto em matéria de governação: o primado da pessoa e dos objetivos sociais; o controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros; a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; o respeito pelo valor da transparência, a gestão autónoma e independente das

¹⁷ V. RUI NAMORADO, *Os princípios cooperativos*, Coimbra, 1985, *Introdução ao direito cooperativo: para uma expressão da cooperatividade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, «A ordem jurídico-constitucional do cooperativismo português», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 154, 2000, *Cooperatividade e direito cooperativo — Estudos e Pareceres*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 22, ss.; Joaquim LOURENÇO, «O cooperativismo e a Constituição», *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, 1978, 373, ss.; Jorge Ferreira ALVES, *O cooperativismo e os princípios cooperativos na Constituição Portuguesa*, 1980; J. M. COUTINHO DE ABREU, «Limites constitucionais à iniciativa económica privada», *Estudos em Homenagem a Ferrer Correia*, n.º especial, 3, 1991, p. 411, ss.; Deolinda MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português. O capital social*, Porto: Vida Económica, 2009, pp. 65, ss.; «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33 (2010/2011), Universidade de Vigo, p. 31, ss.. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, «El futuro de la legislación cooperativa», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 24 (2001-2002), Universidade de Vigo, p. 30, entende que os *Princípios Cooperativos* são normas obrigatórias. Em sentido diverso, defendendo a natureza *soft law* dos princípios cooperativos, v. David HIEZ, *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, Paris: Éditions Delmas, Daloz, 2013, p. 46-49.

¹⁸ J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada* (artigos 1.º a 107.º), Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 793, consideram que «as ‘cooperativas’ que não respeitem estes princípios não são verdadeiras cooperativas no sentido constitucional, não podendo gozar portanto das respetivas garantias».

¹⁹ Sobre o processo de elaboração da Lei de Bases de Economia Social, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 24, 2013, p. 21-52.

autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social²⁰.

No contexto do setor cooperativo e social (art. 82º, n.º 4, da CRP) – «um setor assaz compósito»²¹ –, é reconhecida a especificidade do *subsetor cooperativo*. A particularidade do setor cooperativo e social está na circunstância de abranger formas de exploração dos meios de produção que se caracterizam «pelo facto de não obedecerem à lógica da acumulação capitalista»²². Escreveu Orlando de Carvalho que «Se o fenómeno cooperativo corresponde à introdução de um elemento ético na selva da especulação comercial, não há dúvida de que, para lá do que de haja de ingénuo ou de mítico no sonho de uma transformação das estruturas através da cooperação pura e simples, nem sempre a psicologia que acompanhou esse fenómeno foi uma psicologia verdadeiramente anticapitalista. Sobretudo nas cooperativas de produção, há mais apelo à luta contra o intermediário do que um apelo à eliminação da própria ideia de lucro»²³.

2. Responsabilidade social (em particular, das sociedades anónimas)

Em Portugal, é centenária a aplicação do regime das sociedades anónimas às cooperativas²⁴. Já a prescrevia o art. 10.º da *Lei Basilar do Cooperativismo* (Lei de 2 de julho de 1867)²⁵;

²⁰ Para uma análise desenvolvida destes princípios orientadores, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», cit., p. 35-41.

²¹ J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 987.

²² J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 987.

²³ Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra: Centelha, 1977, p. 45, nt. 69.

²⁴ Para a distinção entre sociedades e cooperativas, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito comercial*. Vol. II. *Das Sociedades*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 33, ss., «Artigo 1º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol. I., Coimbra: Almedina, 2010, p. 43, ss.

²⁵ Determinava este preceito que «As sociedades que, empen-

ditou-a o Código Comercial de 1888²⁶; foi mantida com os Códigos Cooperativos de 1980 e de 1996 quando elegeram o direito das sociedades anónimas como direito subsidiariamente aplicável às cooperativas²⁷. Ainda que se considere que as cooperativas não são sociedades^{28/29} — matéria que continua a ser debatida na dou-

dendo alguma das operações indicadas no art.º 2.º, adotarem na sua constituição as formas prescritas pelo Código Comercial para as sociedades ou parcerias comerciais, ou pela lei das sociedades anónimas, ou se constituírem por comandita, serão regidas pelas leis que regulam essas associações e não pelos preceitos da presente lei».

²⁶ Sobre as especificidades das sociedades cooperativas no Código Comercial de 1888, v. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial*, cit., p. 540, ss. Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governação e regime económico das cooperativas*, cit., p. 26.

²⁷ V. art. 9.º do CCoop Sobre esta remissão, v. RUI NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo – Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 174, ss.; e Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos diretores e gerentes de cooperativas – uma introdução», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32 (2011/2012), p. 41, ss..

²⁸ Sobre esta questão, v. Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos gestores e dirigentes da cooperativa – uma introdução», cit., pp. 35, ss.. No sentido de que as cooperativas não são sociedades, v. V. LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais* (Lições aos Alunos de Direito Comercial do 4.º ano jurídico), ed. copioogr., Coimbra, 1987, p. 24-25, 38-40; L. BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 2.º vol., Lisboa: AAFDL., 1989, p. 62, ss.; Rui NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 241, ss.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, I, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2007, p. 478, ss.; e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 170, ss.; *Curso de direito comercial*, vol. I. *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 282, ss.; «Artigo 1.º», cit., p. 41, ss.. No sentido de que as cooperativas são um tipo *sui generis* de sociedade, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A natureza jurídica da cooperativa. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 2002», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 7, 2006, p. 147, ss.; «A natureza jurídica da cooperativa (anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de novembro de 2008)», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 31 (2008/2009), p. 285, ss.. Na doutrina portuguesa, defendendo que as cooperativas são sociedades, v. António MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, vol. I. *Das sociedades em geral*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 365; e Miguel Pupo CORREIA, *Direito comercial. Direito da empresa*, 12.ª ed., Lisboa: Ediforum 2011, p. 141.

²⁹ Sobre a orientação jurisprudencial que sustenta que as cooperativas não são sociedades, v. Francisco COSTEIRA DA ROCHA, «Acção de anulação de deliberação da assembleia geral de uma cooperativa — caducidade, competência e natureza jurídica da cooperativa. Breve anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31 de Janeiro de 2008»,

trina portuguesa —, há uma certa *societarização* das cooperativas resultante da sua exposição ao regime das sociedades anónimas.

As sociedades (e, obviamente, as sociedades anónimas) visam o *lucro*³⁰. O escopo lucrativo inscreve-se na caracterização típica do contrato de sociedade (art. 980º do CCivil)³¹, delimita a capacidade de gozo das sociedades comerciais e civis em forma comercial (art. 6º do CSC)³² e deve orientar as decisões empresariais do órgão de administração.

Cooperativismo e Economia Social, n.º 31 (2008-2009), pp. 255, ss..

³⁰ Com opinião diferente, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, IV. *Sociedades comerciais*, Lisboa, 2000, p. 8, 9; PINTO FURTADO, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Artigos 1º a 19º. Âmbito de aplicação. Personalidade e capacidade. Celebração do contrato e registo*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 235. Sobre a não essencialidade do lucro para a definição de empresa, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., p. 305, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., p. 277. Sobre as diversas noções de lucro no direito das sociedades, v. V.G. LOBO XAVIER/Maria Ângela COELHO, «Lucro obtido no exercício, lucro de balanço e lucro distribuível», *Revista de direito e economia*, 1982, p. 259, ss.; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *A posição do acionista face aos lucros de balanço. O direito do acionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 28, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 454, ss.; Paulo de TARSO DOMINGUES, «Capital e património sociais, lucros e reservas», *Estudos de direito das sociedades*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 192, ss., «Artigo 32º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 492, ss. Para uma «reinterpretação da norma qualificadora do art. 980º do CCiv.», v. CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 152, ss.

³¹ Sobre os diversos atos constituintes de sociedades, Maria Elisabete RAMOS, «Constituição das sociedades comerciais», *Estudos de direito das sociedades*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 47, ss., «Artigo 7º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 127, ss..

³² Discute-se se o fim lucrativo limita a capacidade de gozo das sociedades. No sentido afirmativo, v., por todos, M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 11.; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 184, ss.; Alexandre de SOVERAL MARTINS, «Artigo 6º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 110, ss.. No sentido de que o fim não limita a capacidade de gozo das sociedades, v. Pedro CAETANO NUNES, «Atos gratuitos, capacidade jurídica e vinculação das sociedades comerciais», *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 509, ss. e bibliografia aí citada.

O art. 64º, 1, *b*), do CSC determina que os administradores devem atender aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderar os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores³³.

Entende Coutinho de Abreu que formulações como a que se inscreve no art. 64º, 1, *b*), do CSC «são em grande medida, quanto aos interesses dos não sócios, expressão da retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores. Na verdade, se os administradores, na sua atuação, não ponderarem os interesses dos trabalhadores, clientes, credores, etc, a que *sanções* ficam sujeitos? E *quem pode requerer* a aplicação de sanções?...»³⁴. Acresce que quanto maior for o rol dos interesses a serem considerados e quanto mais conflituantes eles forem, maior será o espaço de discricionariedade dos administradores e, por conseguinte, um maior espaço de desresponsabilização³⁵.

O art. 64º, 1, *b*), do CSC foi permeável à influência da chamada «responsabilidade social das empresas». A internacionalização da responsabilidade social das empresas é o resultado quer da reflexão levada a cabo por várias instâncias internacionais (Nações Unidas; OCDE, União Europeia e outras organizações³⁶) quer das práticas adotadas por empresas com

³³ Outras ordens jurídicas apresentam normas jurídicas semelhantes. Sobre este aspeto, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 276. Veja-se também o que escrevemos em Maria Elisabete RAMOS, «Gobierno corporativo y deberes fiduciarios. Cuestiones actuales y reformas pendientes», in: E. F. Pérez Carrillo (coord.), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 145, ss..

³⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 299.

³⁵ Neste sentido, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 278.

³⁶ Juan Sánchez-Calero GUILARTE, «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», in: F. Rodríguez ARTIGAS/ A. Alonso UREBA/ L. Fernández de la GÁNDARA/ I. Velasco SAN PEDRO/ J. Quijano GONZÁLEZ/ G. Esteban VELASCO, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, t. II, Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 897, ss.; Catarina SERRA, «A responsabilidade social das empresas – sinais de um instituto jurídico iminente?», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 840, ss..

atividade transnacional³⁷. Segundo a Comissão Europeia³⁸, a RSE é «um conceito segundo o qual as empresas integram voluntariamente preocupações sociais e ambientais nas suas operações e na sua interacção com outras partes interessadas»³⁹. A Comissão considera que «a principal função de uma empresa consiste em criar valor através da produção de bens e serviços (...) gerando assim lucros para os seus proprietários e accionistas»⁴⁰ e que «apenas as empresas lucrativas são sustentáveis e apresentam melhores hipóteses de adoptar/desenvolver práticas responsáveis»⁴¹.

As empresas socialmente responsáveis valorizam interesses de *não sócios* e a eles dedicam parte da sua atividade e dos resultados⁴². São muito variadas as iniciativas aptas a servir este propósito – *n.g.* escolha de fornecedores socialmente responsáveis; colaboração em campanhas de angariação de alimentos; adoção de medidas que permitam conciliar a vida familiar com o trabalho na empresa; promoção de maior qualificação dos funcionários; uso sustentável de energia; filantropia e mecenato; transporte coletivo dos empregados; financiamento da aprendizagem de trabalhadores e seus familiares; estruturação

³⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, cit., p. 286, refere que medidas de responsabilidade social das empresas são resultado não tanto de uma convicção intrínseca, mas sim de pressões exteriores ou vista como um investimento - maior empenhamento dos trabalhadores, melhor imagem junto dos consumidores. Justamente, Kellye Y. TESTY, «Linking progressive corporate law with progressive social movements», *Tulane Law Review*, 2002, p. 1239, antecipa que «corporate social responsibility will become just another commodity that business sell (...)».

³⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro Verde - Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, COM (2001) 366 final, 18.7.2001; COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão relativa à responsabilidade social das empresas: um contributo das empresas para o desenvolvimento sustentável, COM (2002) 347 final, 2.7.2002.

³⁹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão relativa à responsabilidade social das empresas..., cit., p. 5.

⁴⁰ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão relativa à responsabilidade social das empresas..., cit., p. 5.

⁴¹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão relativa à responsabilidade social das empresas..., cit., p. 22.

⁴² Cfr. Juan Sánchez-Calero GUILARTE, «Creación de valor...», p. 896.

de planos de carreira a longo prazo; participar na Bolsa de Valores Sociais⁴³, etc.^{44/45}.

No entanto, é preciso não esquecer que as sociedades anónimas são não democráticas, mas sim *plutocráticas*. «A ideia motriz é sempre a ideia de lucro: ora se quem lucra é quem capitaliza, quem capitaliza é que tem o domínio»⁴⁶. Nas sociedades anónimas, não releva tanto a pessoa ou as qualidades pessoais do acionista, mas sim o seu contributo financeiro para a sociedade. Este tipo societário admite acionistas sem direito de voto, procura a maximização do lucro, propicia a separação entre propriedade e gestão. Neste contexto, a responsabilidade social é tão-só circunstancial. Nas palavras de Milton Friedman, «The social responsibility of business is to increase its benefits».

Certamente que é vantajoso que as empresas capitalistas incrementem medidas de responsabilidade social, tendo em conta que elas poderão produzir efeitos benéficos no universo onde se situa a empresa. Especialmente num momento histórico em que o Estado recua na proteção dos menos favorecidos. Lembra Hagen Henry, «La situación social global presenta dos aspectos: el material, de la pobreza, y el inmaterial, de desequilibrio social, es decir, de (in)justicia social. Me parece que un factor de la debilidad del Estado del bienestar es que se ha transformado en un Estado de “asistencia social” cuya eficacia es función de sus recursos financieros/materiales»⁴⁷.

No entanto, o carácter das sociedades anónimas é, to-

⁴³ Sobre a «Bolsa de Valores Sociais», vid. Deolinda Aparício MEIRA, «Iniciativas pioneiras en torno a la responsabilidad social corporativa: la Bolsa de Valores Sociales en Portugal», in: Angel Fernández Albor BALTAR/Elena Fátima PÉREZ CARRILLO (coord.), *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales societarios y financieros*, Aranzadi, 2012, p. 291, ss..

⁴⁴ J. A. DIÉZ CASTRO, «Buen gobierno. Organización empresarial y responsabilidad social», in: E. F. PÉREZ CARRILLO (COORD.), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 79, ss..

⁴⁵ Sobre as «corporate sponsored foundations», v. Manuel NOGUEIRA SERENS, «Corporate sponsored foundations: altruísmo ou (ainda) economicidade?», *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 585, ss..

⁴⁶ Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas*, cit., p. 44.

⁴⁷ Cfr. Hagen HENRY, «Superar la crisis del estado de bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica», *Ciriec-España. Revista Jurídica* n.º 24/2013, p. 3.

dos o sabemos, «“individual”-egoístico»⁴⁸. A adoção de medidas de responsabilidade social da empresa não altera a natureza intrínseca das capitalistas sociedades anónimas.

Ripert escreveu nos anos 40 do século passado: «La société anonyme est un merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises»⁴⁹. A propósito destas sociedades de capitais, Ripert acrescentou: «Que sont les actionnaires dans la vie mécanique de cet être prodigieux? Rien du tout»⁵⁰.

3. Cooperativas – o segundo *player* mais importante da economia social em Portugal

Segundo a Conta Satélite da Economia Social, «Em 2010, o grupo das Cooperativas era constituído por 2 260 unidades. As atividades de comércio, consumo e serviços eram as que registavam maior número de unidades (26,2%)⁵¹. O desenvolvimento, habitação e ambiente e as atividades de transformação também apresentaram um peso significativo (17,8% e 16,9%, respetivamente, para além da cultura, desporto e recreio onde operavam quase 12% das Cooperativas. Mais de 70% do total das Cooperativas posicionava-se nestas quatro atividades em 2010».⁵²

«As Cooperativas desenvolvem atividades transversais na economia, integrando-se num dos doze ramos cooperativos previstos no Código Cooperativo: consumo, comercialização, agrícola, crédito, habitação e construção, produção operária, artesanato, pescas, cultura, serviços de ensino e solidariedade social. Pode encontrar-se uma multiplicidade de formas representativas do setor, desde as cooperativas de produção de leite,

⁴⁸ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 286.

⁴⁹ Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1946, p. 51.

⁵⁰ Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, cit., p. 52.

⁵¹ Sobre as virtualidades de uma conta satélite, Eduardo GRAÇA, «Os desafios do cooperativismo e da economia social em Portugal. Digressão breve», *Cooperativismo e Economia Social*, 31 (2008/2009), p. 242.

⁵² Cfr. <http://www.cases.pt/atividades/contasatelitees>.

adegas e lagares cooperativos, cooperativas de consumo ou de transportes, caixas de crédito agrícola mútuo, universidades, rádios e grupos de teatro»⁵³.

Mostram os números que as cooperativas constituíam o segundo grupo de entidades da Economia Social com maior peso relativo, em termos do número de unidades, Valor Acrescentado Bruto (VAB) e remunerações. São, como se vê, um *player* com relevante peso económico. Percebe-se, pois, que as decisões tomadas pelos órgãos das cooperativas são suscetíveis de afetar diversos interessados: cooperadores, trabalhadores, fornecedores, financiadores, Estado, clientes (quando a cooperativa realiza operações com terceiros⁵⁴), etc.⁵⁵.

4. Identidade cooperativa e governação

4.1. Princípio da gestão democrática

Em respeito e homenagem aos princípios cooperativos e aos princípios orientadores da economia social serão moldadas as especificidades da governação das cooperativas que preservarão a identidade cooperativa. Esta é definida pela *Aliança Cooperativa Internacional* (ACI) e assenta num conjunto de princípios (os *Princípios Cooperativos*), num conjunto de valores (os *Valores Cooperativos*) e numa *Noção de Cooperativa*⁵⁶.

⁵³ Conta satélite da Economia Social, 2013, p. 22.

⁵⁴ Cfr. art. 2º, 2, do CCoop

⁵⁵ V. Rui NAMORADO, «Sobre o setor cooperativo em Portugal», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 31 (2008/2009), p. 234, ss..

⁵⁶ Sobre o conceito de «identidade cooperativa», v. Rui NAMORADO, «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», Oficina do Centro de Estudos Sociais, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; e Antonio FICI, «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, n.º 24, 2013, pp. 37-64. Os valores e princípios cooperativos foram integrados na Recomendação 193, de 2002, da Organização Internacional do Trabalho sobre a promoção das cooperativas. Sobre este aspeto, v. Hagen HENRÿ, «Public International Cooperative Law: The International Labour Organization Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002», *International Handbook of Cooperative Law*, ed. Dante Cracogna/ Antonio Fici / Hagen Henry, Heidelberg: Springer 2013, p. 65, ss..

Um dos princípios constitutivos da identidade cooperativa é o da *gestão democrática pelos membros*, revestido de dignidade constitucional (arts. 61º, 2, 82º, 4, da CRP) e formulado expressamente no art. 3º do Código Cooperativo: «As cooperativas são organizações democráticas geridas pelos seus membros, os quais participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos membros que os elegeram. Nas cooperativas de primeiro grau, os membros têm iguais direitos de voto (um membro, um voto), estando as cooperativas de outros graus organizadas também de uma forma democrática».

A matéria da governação está inscrita na própria *identidade cooperativa*. O princípio da gestão e do controlo democrático abrange tanto a *gestão da cooperativa* como a *fiscalização da gestão*.

A identidade cooperativa, como já vimos, é definida *internacionalmente* pela Aliança Cooperativa Internacional, designadamente os princípios cooperativos. Sabemos que os princípios não oferecem o critério preparado para a solução de um conflito concreto porque, por natureza, são abertos, porosos, e necessitam de ser concretizados⁵⁷. Embora se fale de «convergência do direito cooperativo»⁵⁸, este ramo de direito é, ainda, um direito de fonte essencialmente nacional e não harmonizado⁵⁹. O *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia* (ESCE)⁶⁰ não contradiz esta afirmação, porquanto o propósito

⁵⁷ Maria Manuel LEITÃO MARQUES/Maria Elisabete RAMOS/Catarina FRADE/João PEDROSO, *Manual de introdução ao direito. Saber direito para entender o mercado*, Coimbra: Almedina, 15. Sobre a distinção entre princípios e normas, v. Miguel Teixeira de SOUSA, *Introdução ao direito*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 246.

⁵⁸ Cfr. *International Handbook of Cooperative Law*, ed. Dante CRACOGNA/ Antonio FICI / Hagen HENRÿ, Heidelberg: Springer 2013, p. 65, ss.

⁵⁹ Para uma visão geral do direito cooperativo português, v. RUI NAMORADO, «Portugab», *International Handbook of Cooperative Law*, ed. Dante CRACOGNA/ Antonio FICI / Hagen HENRÿ, Heidelberg: Springer 2013, p. 635-652.

⁶⁰ Regulamento (CE) n.º 1 435/2003 do Conselho de 22 de julho de 2003, JO L 207/1. Sobre a sociedade cooperativa europeia, v. Antonio FICI, «The European Cooperative Society Regulation», *International Handbook of Cooperative Law*, ed. Dante CRACOGNA/ Antonio FICI / Hagen HENRÿ, Heidelberg: Springer 2013, p. 635, ss..

do regulamento que cria esta figura não é o de harmonizar/uniformizar o direito cooperativo na União Europeia, mas tão-só o de criar um «estatuto jurídico europeu para as cooperativas, baseado em princípios comuns»⁶¹.

Em Portugal, a necessária e imprescindível concretização do *princípio da gestão democrática* surge no capítulo V do Código Cooperativo (CCoop), dedicado aos órgãos das cooperativas. Nos termos do art. 39º do CCoop, são órgãos das cooperativas a assembleia geral, a direção e conselho fiscal⁶².

Olhando para o rol dos órgãos legais, verificamos que cada cooperativa deve integrar um órgão «deliberativo-interno»⁶³ (a assembleia geral), um órgão de administração e representação da cooperativa (a direção/diretor único) e um órgão vocacionado para a fiscalização da gestão (o conselho fiscal/fiscal único).

À luz do atual Código Cooperativo, a cooperativa não pode ser dotada de outros modelos de administração e de fiscalização. Isto quer dizer que não se aplica, nesta matéria, a remissão do art. 9.º do CCoop para as alternativas de estrutura organizatória das sociedades anónimas previstas no art. 278º do CSC⁶⁴. Ainda que o n.º 2 do art. 39.º do CCoop admita a

⁶¹ Considerando 12 do Regulamento (CE) n.º 1 435/2003 do Conselho de 22 de julho de 2003, JO L 207/1.

⁶² A atual estrutura organizatória das cooperativas remonta ao Código Cooperativo de 1980, aprovado pelo DL 454/80, de 9 de outubro, que as autonomizou formal e substancialmente das sociedades. Sobre este aspeto, Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas*, cit., p. 26. Sobre a estrutura organizatória das cooperativas, v. Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas*, cit., p. 28, ss., e Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», *Cooperativismo e Economia Social*, 36, n. 2, p. 81, ss.

⁶³ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 53.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 637.

⁶⁴ Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», *III Congresso Direito das Sociedades em revista*, cit., p. 307; Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas*, cit., p. 28; Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», ponto 2.1. Sobre as alternativas consagradas no art. 278º do CSC, v. Alexandre

possibilidade de os estatutos preverem outros órgãos, parece que estes órgãos estatutários não poderão exautorar os órgãos legais das competências que lhes estão assinaladas⁶⁵.

Os diversos órgãos devem ser integrados por cooperadores. É o que determina o art. 40.º, n.º 1, do CCoop, quando afirma que «os membros dos órgãos sociais são eleitos de entre os cooperadores». Atualmente, esta norma impede que *não membros da cooperativa* integrem os órgãos sociais de administração e de fiscalização da cooperativa.

4.2. A assembleia geral

O n.º 1 do art. 44.º do CCoop proclama a *supremacia da assembleia geral*⁶⁶. Esclarece este preceito que as deliberações da assembleia geral, tomadas nos termos legais e estatutários, são obrigatórias para os restantes órgãos das cooperativas e para todos os seus membros⁶⁷. Nas sociedades anónimas está superado o princípio oitocentista da soberania da assembleia dos sócios — significava este princípio que a assembleia poderia deliberar sobre todas as matérias pertinentes à vida da sociedade⁶⁸. Por conseguinte, «os administradores estavam vinculados,

de SOVERAL MARTINS, «Artigo 278º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol. V, Coimbra: Almedina, 2012, p. 106, ss..

⁶⁵ Neste sentido, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 35 (2012/2013), Universidade de Vigo, p. 16.

⁶⁶ Sobre a supremacia da assembleia geral, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 307, ss..

⁶⁷ Para a apreciação crítica da supremacia da assembleia geral e a intervenção na esfera do órgão de gestão da cooperativa, v. Carlos Vargas VASSEROT, «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», CIRIEC-España. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, 2009, p. 5, ss..

⁶⁸ O princípio da soberania das assembleias de sócios das sociedades anónimas foi aceite pela maioria das leis comerciais do século XIX — «estas podiam deliberar sobre tudo o pertinente à vida societária, elegiam e destituíam livremente os administradores, que, mesmo em matérias de gestão, estavam vinculados às diretivas e ordens deliberadas pelos sócios» — J. M. COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades comerciais*, 2ª ed.,

inclusive em matérias de gestão, às diretivas e ordens deliberadas pelos sócios»⁶⁹.

A supremacia da assembleia geral pode também ser entendida como a *legitimação originária da assembleia geral*⁷⁰ — ou seja, a assembleia geral é um órgão da cooperativa cuja composição não é condicionada por nenhum outro órgão. Esta aceção de supremacia é compatível tanto com o regime das sociedades anónimas como com o regime das cooperativas⁷¹.

A assembleia geral reúne todos os cooperadores no pleno gozo dos seus direitos (art. 44.º, n.º 2, do CCoop)⁷². Por conseguinte, parece que será nula a cláusula estatutária que condicione a participação na assembleia geral a determinada participação no capital ou a certa participação na atividade cooperativizada. Tal cláusula violaria o *princípio da gestão democrática pelos membros* e o art. 44.º, 2, do CCoop.

Aos cooperadores assiste o direito de participar na assembleia geral, vale por dizer, o direito de estar presente, o de nela pedir informações, o de intervir nos debates, o de apre-

Coimbra: Almedina, 2010, p. 47. J. J. Tavares de MEDEIROS, *Commentario da lei das sociedades anonymas*, Lisboa: Livraria Ferreira, 1886, p. 160, escrevia, a propósito dos arts. 26.º e 27.º da Lei de 22 de junho de 1867, que estas disposições «não delimitam os poderes da assembleia geral, porque esta resume em si toda a soberania em conformidade com o fim a que a sociedade se propõe». Sobre a conceção clássica e moderna da assembleia geral nas sociedades anónimas, v. Vasco LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, p. 351; Francesco GALGANO, «Le società di capitali nel XX secolo», *BFD, número especial. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*, II, Coimbra, 1989, p. 412, ss.; e Maria Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 13, ss..

⁶⁹ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Art. 373.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 21.

⁷⁰ Maria Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, cit., p. 14.

⁷¹ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governação e regime económico das cooperativas*, cit., p. 29.

⁷² Acompanharemos o que escrevemos em Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governação e regime económico das cooperativas*, cit., p. 29, ss., «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 2 e ss..

sentar propostas de deliberação, o de votar as propostas⁷³, o de participar na discussão dos assuntos constantes da ordem do dia e o de votar (salvo se estiverem impedidos de votar). Outras pessoas estão, pelas funções exercidas, obrigadas a participar na assembleia geral. É o caso dos membros da direção (art. 9.º do CCoop e art. 379.º, n.º 4, do CSC); os membros do conselho fiscal (art. 9.º do CCoop e art. 379.º, n.º 4, do CSC); revisores oficiais de contas (art. 9.º do CCoop e art. 379.º, n.º 4, do CSC). Parece que também os obrigacionistas podem participar (mas não poderão votar), através de um representante comum (art. 9.º do CCoop e art. 379.º, n.º 3, do CSC). Outras pessoas poderão estar presentes, desde que respeitados os requisitos dos arts. 9.º do CCoop e 379.º, n.º 6, do CSC⁷⁴.

A assembleia geral tem competência exclusiva para deliberar sobre as matérias constantes do art. 49.º do CCoop. Em muitas das deliberações elencadas neste preceito serão necessários atos de execução que competem à *direção* (n.g. distribuição de excedentes, alterar os estatutos, fusão e cisão da cooperativa, dissolução voluntária da cooperativa). Assim, a direção deve cumprir as deliberações válidas e eficazes⁷⁵ tomadas pela assembleia geral. Não é este o aspeto que separa as cooperativas das sociedades anónimas — parece não haver dúvidas de que, nas sociedades anónimas, o órgão de administração deve cumprir as deliberações válidas e eficazes tomadas pela assembleia geral⁷⁶. O que separa a cooperativa e a sociedade anónima (entre muitos outros aspetos) é que nas cooperativas a assembleia geral pode deliberar sobre matérias de gestão, sem prévio pedido da direção (v. art. 49.º do CCoop e art. 373.º, n.º 3, do CSC⁷⁷).

⁷³ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Art. 379.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol. VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 88.

⁷⁴ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Art. 379.º», cit., p. 92.

⁷⁵ Para as deliberações nulas, v. art. 50.º do CCoop.

⁷⁶ VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, cit., p. 369; e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, cit., p. 58.

⁷⁷ Para a interpretação desta disposição, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Art. 373.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol. VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 20.

Cada cooperador dispõe de *um voto*, qualquer que seja a sua participação no capital social (art. 51.º, n.º 1, do CCoop). Está, portanto, *proibido* o voto plural ou múltiplo nas cooperativas de primeiro grau⁷⁸. Ao contrário do que acontece nas sociedades comerciais, o grau da participação no capital social é, em regra, irrelevante para o exercício dos direitos enquanto cooperador⁷⁹. O *princípio da gestão democrática* implica que o cooperador tenha direito de participar democraticamente na vida da cooperativa e simultaneamente o dever de o fazer⁸⁰. Do princípio e da norma anteriormente referidos pode-se extrair a ilegalidade de cláusulas estatutárias que privem cooperadores do direito de voto, em troca de outros benefícios. O direito de voto é um poder que o cooperador tem de participar nas deliberações emitindo um *voto* — «*declaração de vontade* (no essencial, a favor ou contra a proposta, ou a favor de uma das propostas postas à votação em alternativa) *que forma ou contribui para formar deliberação*»⁸¹.

Determina o art. 48º, 1, do CCoop que a «assembleia geral reunirá à hora marcada na convocatória se estiver presente mais de metade dos cooperadores com direito de voto ou os seus representantes devidamente credenciados». Esta norma

⁷⁸ Sobre as exceções a esta proibição e as razões que as fundamentam, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», cit., p. 17. Também o regime das sociedades anónimas proíbe o voto plural (no art. 384.º, n.º 5, do CSC), admitindo tão-só votos plurais conferidos antes da entrada em vigor do CSC (art. 531º do CSC). Sobre esta questão, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 531º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 566, s.

⁷⁹ Efetivamente, na cooperativa, apenas o direito à remuneração dos títulos de capital (n.º 3 do art. 73.º do CCoop) e a responsabilidade do cooperador por dívidas sociais (quando este assume responsabilidade ilimitada, em virtude do disposto nos estatutos — art. 35.º do CCoop) estão em relação com a participação no capital social. Sobre a «função de “arrumação” do poder societário» exercida pelo capital social nas sociedades, v. Paulo de Tarso DOMINGUES, *Do capital social, noção, princípios e funções*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 260, ss.

⁸⁰ V. Deolinda Aparício MEIRA, «Governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 305.

⁸¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 384.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 126.

sobre o *quorum* constitutivo suscita a questão de saber se haverá cooperadores sem direito de voto.

Casos há em que o cooperador estará *impedido de votar*, em razão, por exemplo, do conflito de interesses⁸² (arts. 9.º do CCoop e 384.º, n.º 6, do CSC). «Relativamente a certo assunto sujeito a deliberação, um sócio está em conflito de interesses com a sociedade quando no caso haja *divergência de princípio entre o interesse* (objetivamente avaliado) *do sócio e o interesse* (objetivamente avaliado também) *da sociedade* — interesse comum a todos os sócios enquanto tais — convindo, portanto, ao sócio uma deliberação *orientada em determinado sentido* e à sociedade um deliberação *orientada em sentido diferente*»⁸³.

Um sócio impedido de votar, em razão do conflito de interesses, não está, em rigor, privado do exercício do direito de voto; antes tem o «dever de não votar»⁸⁴. O voto emitido em conflito de interesses por cooperador impedido de votar é nulo (art. 9.º do CCoop, art. 384.º, n.º 6, do CSC, e arts. 294.º e 295.º do CCiv.)⁸⁵.

Diferente será o caso em que ao cooperador foi aplicada a *sanção de suspensão temporária de direitos* (art. 38.º, n.º 1, al. c), do CCoop). Poder-se-á questionar se é lícita a aplicação de uma sanção ao cooperador que consista na suspensão temporária do direito de voto. Na verdade, o que há que questionar é se tal sanção está de acordo com o *princípio da gestão democrática*. O nosso entendimento é no sentido de que tal sanção *não é lícita*, à luz da CRP e do CCoop, por violar o *princípio da gestão democrática*⁸⁶.

Em matéria de *quórum deliberativo*, a regra será a de que as propostas se consideram aprovadas se obtiverem a maioria simples ou a maioria absoluta dos votos emitidos (art. 9.º do CCoop e art. 386.º, n.º 1, da CSC). Desviando-se desta regra, o art. 51.º, n.º 2, do CCoop exige maioria qualificada de pelo menos dois terços dos votos expressos na aprovação das matérias constan-

⁸² J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 384.º», cit., p. 129.

⁸³ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 384.º», cit., p. 130.

⁸⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 384.º», cit., p. 130.

⁸⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 384.º», cit., p. 134.

⁸⁶ Cfr. Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas*, cit., p. 34.

tes das alíneas *g*), *h*), *i*), *j*) e *n*) do art. 49.º do CCoop ou de quaisquer outras para as quais os estatutos exijam maioria qualificada.

De modo a estimular a participação dos membros na vida da cooperativa e, em particular, nas assembleias gerais, é admitido o voto por correspondência (art. 52.º do CCoop) e o voto por representação (art. 53.º do CCoop). Denotando alguma desatualização, o CCoop não prevê, expressamente, o voto emitido por meios telemáticos⁸⁷.

4.3. *A direção/diretor único*

O art. 56.º do CCoop proclama a direção como o órgão de administração e de representação da cooperativa e assinala as respetivas competências⁸⁸. Ao contrário do que acontece para a assembleia geral, não é dito que as competências elencadas no art. 56.º do CCoop são exclusivas da direção. No entanto, algumas das competências serão exclusivas da direção, como por exemplo: a elaboração do relatório de gestão e das contas do exercício⁸⁹, bem como do plano de atividades e orçamento para o ano seguinte; a execução do plano de atividades anual; representar a cooperativa em juízo e fora dele. Nem a assembleia geral, que é um órgão «deliberativo-interno», nem o conselho fiscal estão em condições de cumprir estas competências⁹⁰.

⁸⁷ Sobre os meios telemáticos nas sociedades anónimas, v. L. M. Menezes LEITÃO, «Voto por correspondência e realização telemática de reuniões de órgãos sociais», *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura. A reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 269, ss.; Paulo de Tarso DOMINGUES, «Os meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais. Uma primeira aproximação ao regime do CSC», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina/IDET, 2007, p. 87, ss., «Os meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais. O regime português», *Revista semestral de direito empresarial*, 10 (Janeiro/Junho), 2012, p. 3, ss.

⁸⁸ Sobre a dependência da direção em relação à assembleia geral, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa: encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 307, ss..

⁸⁹ V. Ana Maria RODRIGUES, Os novos desafios da contabilidade para organizações da economia social que aplicam o SNC — as cooperativas», *Cooperativismo e Economia Social*, 32 (2009/2010), p. 115, ss.

⁹⁰ No universo das sociedades, sobre as funções de administra-

A base de recrutamento para integrar os órgãos, e também a direção, é sempre composta por *cooperadores*. É o que resulta do art. 40.º, n.º 1, do CCoop. Atualmente, esta norma impede que *não membros da cooperativa* integrem os órgãos sociais de administração e de fiscalização da cooperativa. Mas, como veremos, não impede que a não membros sejam confiadas funções de administração da cooperativa.

O CCoop não apresenta outras exigências quanto aos membros da direção, mas seguramente que se deve entender que os membros da direção devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena (art. 390.º, n.º 3, do CSC *ex vi* art. 9.º do CCoop)⁹¹.

Não existe um número máximo de membros da direção, mas existe um número legal mínimo — nas cooperativas com mais de 20 membros, a direção é composta por um presidente e dois vogais; nas cooperativas que tenham até 20 membros, um diretor único (art. 55.º, n.º 1, do CCoop)⁹². Ainda que seja alargado o número de membros, a direção será sempre composta por um número ímpar de membros (art. 55.º, 2, do CCoop).

A direção (obviamente, a direção pluripessoal) é um órgão colegial — as suas deliberações são tomadas em reunião para o efeito convocada (art. 57.º do CCoop)⁹³. Compete ao presidente da direção convocar quer as reuniões ordinárias - realizadas, pelo menos, uma vez por mês — quer as reuniões extraordinárias (art. 57º, 1, 2, do CCoop)⁹⁴. A direção só poderá

ção por parte dos órgãos fiscalizadores, v. Paulo de Tarso DOMINGUES, «O exercício de funções de administração por parte dos órgãos fiscalizadores», *Cadernos de Direito Privado*, 46 (Abril/Junho 2014), p. 3, ss.

⁹¹ Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 314.

⁹² O art. 55.º, n.º 1, al. b), do CCoop fala em «presidente» para designar o diretor único. No entanto, parece que o signo «presidente» supõe que haja direção de composição pluripessoal.

⁹³ Sobre a colegialidade nas sociedades anónimas, v. Pedro MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 181, ss..

⁹⁴ No âmbito das sociedades anónimas é admitido o chamado «conselho universal» — casos em que, estando presentes todos os membros (ou representados) em determinado local e todos manifestam a vontade de que o conselho se constitua e delibere sobre determinado assunto. J. M.

tomar deliberações com a presença de mais de metade dos seus membros efetivos (art. 57º, 3, do CCoop). O CCoop não prevê a possibilidade de membro(s) da direção representarem outro(s) em determinada reunião. Tal possibilidade está prevista no art. 410º, 5, do CSC, dependendo de cláusula estatutária⁹⁵.

Quanto à «forma de obrigar a cooperativa», determina o art. 58º do CCoop que, sendo os estatutos omissos, a cooperativa fica obrigada com as assinaturas conjuntas de dois membros da direção, quando esta for colegial, salvo quanto aos assuntos de mero expediente, em que basta a assinatura de um deles. Em matéria de *representação da cooperativa*, a direção funciona de acordo com o *método conjunto* — art. 58.º do CCoop⁹⁶. O CCoop não exige a intervenção da maioria dos membros da direção. Se a direção for composta por cinco membros, e os estatutos forem omissos, a cooperativa fica vinculada pela assinatura de dois diretores. O regime das sociedades anónimas é mais exigente em matéria de representação⁹⁷, uma vez que a sociedade fica «vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos administradores ou por eles ratificados» (art. 408.º, n.º 1, do CSC)⁹⁸.

COUTINHO DE ABREU, «Artigo 410º», cit., considera que o conselho universal está expressamente reconhecido no art. 411º, 1, *a*), do CSC, não sendo necessário recorrer à analogia com a assembleia universal. RAÚL VENTURA, *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina, 1992, p., 536, s.; LUÍS BRITO CORREIA, «Deliberações do conselho de administração de sociedades anónimas», *Problemas do direito das sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina, 2002, p. 406, recorrem à analogia.

⁹⁵ Sobre as reuniões e deliberações do conselho de administração das sociedades anónimas, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 410º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 487, ss.

⁹⁶ O art. 58.º do CCoop determina que a cooperativa fica obrigada com a assinatura conjunta de dois membros da direção, «quando esta for colegial». Na verdade, parece-nos que se quer dizer «quando for de composição pluripessoal». A colegialidade não funciona em matéria de representação. Sobre o método conjunto maioritário nas sociedades anónimas, v. Alexandre de SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 60, ss.; e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 589.

⁹⁷ Sobre a representação, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, cit., p. 35, ss..

⁹⁸ Sobre esta disposição e as questões que ela suscita, Alexandre de SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades*

Parece que também se pode extrair do regime do CCoop que todos os membros da direção devem ter a possibilidade de exercer os poderes de representação⁹⁹ e que não haverá diretores com ou sem poderes de representação — cada diretor, pela circunstância de assumir esta qualidade, tem poderes de representação da cooperativa¹⁰⁰.

4.4. Delegação de poderes de gestão e de representação

Nos termos do art. 59.º do CCoop, a direção da cooperativa pode delegar poderes de representação e de administração para a prática de certos atos ou de certa categoria de atos, em qualquer dos seus membros, em gerentes ou noutros mandatários¹⁰¹. O que se tem verificado é que convocando esta norma, a direção, sem o amparo de qualquer cláusula estatutária, decide a delegação de *poderes de gestão/administração* em pessoas que *não são membros da direção*¹⁰². E, por conseguinte, a direção deixa de se ocupar diariamente das matérias de gestão delegadas, passando a desempenhar, *de facto*, uma função essencialmente fiscalizadora.

Um aspeto interessante (talvez, perturbante) é que a delegação de poderes de administração, tal como está prevista no art. 59.º do CCoop, não exige qualquer cláusula estatutária que a suporte ou qualquer deliberação dos cooperadores¹⁰³. Efeti-

anónimas, cit., p. 83, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II., cit., 517, ss.; Alexandre de SOVERAL MARTINS, «Artigo 408.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, p. 440, ss.

⁹⁹ Neste sentido, para as sociedades anónimas, v. Alexandre de SOVERAL MARTINS, «Artigo 408.º», cit., p. 442.

¹⁰⁰ Neste sentido, para as sociedades anónimas, v. Alexandre de SOVERAL MARTINS, «Artigo 408.º», cit., p. 442.

¹⁰¹ Sobre as dificuldades suscitadas por este regime, v. Deolinda Aparício MEIRA, «Governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 324.

¹⁰² Seguimos de perto o que escrevemos em Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governação e regime económico das cooperativas*, cit., p. 38, ss., «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas», cit., ponto 2.4.

¹⁰³ Sobre este aspeto, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 324.

vamente, o art. 59.º do CCoop atribui à direção discricionarieidade para a tomada das seguintes decisões: a) delegar ou não poderes de administração/representação; b) em caso afirmativo, selecionar atos/categorias de atos delegados; c) delegar em membros da direção ou em não membros deste órgão.

Acresce que outro facto intrigante é o de que o CCoop não apresenta qualquer limite à delegação — ou seja, não prevê matérias indelegáveis¹⁰⁴. Das matérias elencadas no art. 56.º do CCoop não há nenhuma que esteja afastada da delegação — *teoricamente* são todas elas delegáveis por força de decisão da direção em pessoas que não são membros da direção e, eventualmente, não são cooperadores. Acresce que a escolha de gerentes/mandatários em quem será delegada a prática de atos ou de certa categoria de atos é da exclusiva responsabilidade da direção, não estando sujeita ao escrutínio democrático dos cooperadores¹⁰⁵.

A delegação de poderes de representação e administração pode ser atribuída a «gerentes e a outros mandatários». Há que saber quem são os «gerentes» da cooperativa¹⁰⁶. O Código Comercial fala em «gerentes de comércio» que são as pessoas que «em nome e por conta de um comerciante trata[m] do comércio deste no lugar onde este o exerce ou noutra qualquer» (arts. 248.º, 250.º e 251.º, do CCom)¹⁰⁷. Segundo o entendimento que parece preferível, os gerentes de comércio são *trabalhadores assalariados* distinguindo-se dos *gerentes* de sociedades em nome coletivo, por quotas e em comandita que são membros do órgão de administração¹⁰⁸.

O CCoop não define os gerentes, não os caracteriza, mas refere-os várias vezes: desde logo no art. 59.º e nas disposições relativas à responsabilidade dos órgãos das cooperativas (arts. 64.º, 65.º, 67.º e 68.º).

Se bem repararmos, a lei coloca os gerentes sempre ao

¹⁰⁴ Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 325.

¹⁰⁵ Sobre esta matéria, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 325.

¹⁰⁶ Sobre esta interrogação, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 325.

¹⁰⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., p. 139.

¹⁰⁸ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., p. 139.

lado de «outros mandatários», dando a entender que qualifica o «gerente» como mandatário e o mais interessante é que submete os gerentes às mesmas proibições (art. 64.º do CCoop), à mesma responsabilidade dos titulares do órgão de administração (art. 65.º do CCoop) e às mesmas regras de isenção de responsabilidade (art. 67.º do CCoop). De modo algo surpreendente, diz-se, no n.º 2 desta última disposição, que são «sentos de responsabilidade os membros da direção [...], gerentes e outros mandatários que não tenham participado na deliberação que a originou ou tenham exarado em ata o seu voto contrário». Esta norma parece sugerir que os gerentes e outros mandatários participam nas deliberações da direção.

No entanto, parece que o gerente *não é membro da direção*¹⁰⁹. O gerente, parece, é um mandatário¹¹⁰ ou um trabalhador assalariado com poderes de representação (art. 115.º, n.º 3, do Código de Trabalho), com um especial grau de discricionariedade, que ocupa uma posição intermédia entre a direção e os trabalhadores assalariados¹¹¹. As normas relativas à «responsabilidade dos órgãos das cooperativas» (arts. 64º a 68º do CCoop) parecem permitir extrair a ideia de que o gerente desempenha um «alto cargo»¹¹² na cooperativa, pois é-lhe reconhecido um nível de discricionariedade semelhante à dos titulares do órgão de administração — a quem não é confiada só uma certa categoria de atos, mas sim talvez a gestão corrente da cooperativa¹¹³. Talvez

¹⁰⁹ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governação e regime económico das cooperativas*, cit., p. 39, ss..

¹¹⁰ O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de fevereiro de 1994, *Jurisprudência Cooperativa - Colectânea*, INSCOOP, 1995, p. 73, decidiu que «Nas sociedades cooperativas para o exercício de atribuições integrantes da sua competência específica a direção pode designar um ou mais gerentes ou mandatários, delegando-lhes os poderes previstos nos estatutos ou aprovados pela assembleia geral e revogar-lhe os respetivos mandatos; Ainda que exista uma situação de emprego com a pessoa coletiva, essa relação, apesar de remunerada, supõe uma autonomia que a distingue dos trabalhadores subordinados e reveste a categoria jurídica de mandato».

¹¹¹ Para este entendimento do gerente, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., p. 146, ss..

¹¹² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Governação de sociedades*, cit., p. 43.

¹¹³ Sobre a caracterização de alto cargo, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Governação de sociedades*, cit., p. 43.

tenha sido este grau de discricionariedade que tenha justificado a submissão do gerente às regras da responsabilidade pensadas para os membros do órgão de administração.

Em síntese: o art. 59.º do CCoop tem aberto a porta a que pessoas que não são cooperadores desenvolvam atividades de gestão e de representação da cooperativa.

Nas sociedades anónimas está prevista a possibilidade de haver delegação de poderes de gestão e de representação da sociedade (art. 407.º, n.º 3, do CSC)¹¹⁴. No entanto, a lei rodeia esta decisão de algumas cautelas:

- a. necessidade de previsão contratual que autorize o conselho de administração a delegar num ou mais administradores a gestão corrente da sociedade (art. 407.º, n.º 3, do CSC);
- b. necessidade de, mediante deliberação do conselho de administração, serem fixados os limites da delegação;
- c. a previsão de matérias absolutamente indelegáveis (art. 407.º, n.º 4, do CSC);
- d. a consagração do dever de vigilância geral da atuação dos administradores delegados e de intervenção do conselho de administração;
- e. responsabilidade civil dos administradores não delegados¹¹⁵.

O regime da delegação nas cooperativas é bem mais

¹¹⁴ Sobre este regime das sociedades anónimas, v. Alexandre de SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação*, cit., p. 342, ss., *Administradores-delegados e comissões executivas*, 2ª ed., Coimbra: IDET/Almedina, 2011, p. 55, ss.; «Artigo 407.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 420, ss. Mais recentemente, analisando criticamente as recomendações dos códigos de governo das sociedades em matéria de delegação de poderes de gestão e de representação, Alexandre de SOVERAL MARTINS, «Soft? Not soft enough? Too soft? Leitura crítica de algumas soluções contidas nos Códigos de Governo das sociedades em Portugal», *III Congresso de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 346, ss..

¹¹⁵ Sobre este regime das sociedades anónimas, v. Alexandre de SOVERAL MARTINS, «Artigo 407.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, p. 420, ss..

permissivo. Perguntar-se-á se se aplicam, por força do art. 9.º do CCoop, as normas sobre a delegação de poderes previstas para as sociedades anónimas¹¹⁶. Parece¹¹⁷ que, à semelhança da solução prevista no ordenamento italiano (art. 2 544 do *Codice Civile*), a delegação não poderá abranger as matérias relativas à relação mutualista, designadamente a admissão, demissão, exclusão e aplicação de outras sanções a cooperadores¹¹⁸.

Em suma, o regime cooperativo da delegação carece de uma clarificação por parte do legislador cooperativo, de forma a evitar os equívocos e as dúvidas que suscita, tanto mais que a delegação deve ser encarada como uma via para permitir uma maior profissionalização da gestão da cooperativa.

4.5. Os diretores de facto

Até aqui, a investigação desenvolveu-se em torno dos titulares do órgão de administração e de representação da cooperativa que são regular e eficazmente investidos no cargo. No entanto, não deve ser ignorado que pode acontecer que a cooperativa seja dirigida por pessoas que não apresentam título bastante, mas que exercem de facto a administração¹¹⁹. Podemos também ponderar situações em que as pessoas que

¹¹⁶ Sobre esta questão, v. Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 323, ss..

¹¹⁷ V. Deolinda Aparício MEIRA, «A governação cooperativa — Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 325.

¹¹⁸ V., neste sentido, Luigi Filippo PAOLUCCI, *Le società cooperative dopo la riforma. Appendice. Commentario breve agli articoli da 2511 a 2545 octiesdecies del c.c. e al d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, in tema di vigilanza sulle cooperative*, CEDAM, Padova, 2004, p. 93-94.

¹¹⁹ Seguimos de perto o que, para as sociedades, escrevemos em J. M. COUTINHO DE ABREU / Maria Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (notas sobre o art. 379.º, n.º 2, do Código do Trabalho)», in: *Miscelâneas* n.º 3, Coimbra: IDET/Almedina, 2004, p. 40, ss.; Maria Elisabete RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 151, ss; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 72.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 843, ss..

efetivamente administram a cooperativas e a controlam não são aparentes, antes mantêm-se na sombra¹²⁰. Daí que sejam designados por «shadow directors»¹²¹. Tal ocultamento pode ser estimulado pela intensificação do *risco de administração*¹²² ou constituir um expediente destinado a impedir a aplicação das normas sobre responsabilidade (não só civil) pela administração da sociedade¹²³.

No universo das sociedades, a circunstância de o administrador de facto não ter ou não ter sempre vínculo ao abrigo do qual esteja inserido na organização societária determinou que na doutrina e jurisprudência tenha sido perfilhada, especialmente em matéria de responsabilidade civil, a irresponsabilidade ou a responsabilização em termos muito restritivos¹²⁴.

Hoje, o problema não é tanto o de saber se é lícito responsabilizar os administradores de facto, mas sim o dos contornos / limites do próprio conceito¹²⁵. Vários *loci* do nosso

¹²⁰ Sobre as espécies de administradores de facto, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 643, ss.

¹²¹ O *Companies Act* de 2006 define «shadow director» na *section 251*, seguindo a noção consagrada na *section 741 (2)* do *Companies Act* de 1985, como «a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act». Sobre esta definição, v. J. H. FARRR / B. HANNIGAN (with contributions by Nigel Furey and Philip Wylie), *FARRAR'S Company Law*, 4th ed., London / Edinburgh / Dublin, 1998, p. 336, ss.

¹²² Sobre este conceito, v. J. L. Díaz ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 21; R. COSTA, *A responsabilidade civil societária dos administradores de facto*, in: *Temas Societários*, Coimbra: IDET/Almedina, 2006, p. 28.

¹²³ Cfr. J. L. Díaz ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, cit., p. 22, refere as «off shores companies» enquanto instrumento que dificulta (ou mesmo impossibilita) o conhecimento das pessoas que efectivamente as controlam. J. Braz da SILVA, *Os paraísos fiscais. Casos práticos com empresas portuguesas*, Coimbra: Almedina, 2004 (2.^a reimpressão de 2000), p. 42, s., lembra que é usual que as sociedades estabelecidas num centro *off-shore* optem por contratar uma companhia de gestão *off-shore*.

¹²⁴ Sobre esta evolução, v. M. Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 182, ss. Sobre a evolução da jurisprudência civil italiana, v. N. ABRIANI, «Riforma del diritto societario e responsabilità degli amministratori di fatto: verso una nozione unitaria dell'istituto», *LS*, 2 (2002), pp. 215, ss.

¹²⁵ V. neste sentido, Ricardo COSTA, *A responsabilidade civil societária dos administradores de facto*, cit., 2006, p. 28.

sistema jurídico incorporam este conceito em normas jurídicas, mas em momento algum é fornecida a caracterização legal. O administrador de facto é convocado, designadamente, pelas seguintes normas: art. 24.º, n.º 1, da LGT; arts. 227.º, n.º 3, 227.º-A, n.º 2, 228.º, n.º 2, e 229.º, n.º 2, do CP, que tipificam e punem, respetivamente, os crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores¹²⁶.

Ainda no domínio da insolvência, os arts. 82.º, n.º 2, a), e 186, n.ºs 1, 2 e 3, 189º, 2 a 4, do CIRE¹²⁷, respectivamente, submetem administradores de facto às ações de responsabilidade civil intentadas (exclusivamente) pelo administrador da insolvência na pendência do processo de insolvência¹²⁸ e estendem as consequências da insolvência culposa aos administradores de facto¹²⁹. Estas normas mostram que o administrador de facto não é uma figura exclusiva das sociedades.

Numa noção ampla, é administrador de facto «quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade»¹³⁰. Nesta noção são

¹²⁶ Sobre os administradores de facto na lei, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, cit., p. 80, ss..

¹²⁷ No confronto entre estas duas disposições, surpreende-se uma flutuação linguística. No art. 82.º, n.º 2, a), do CIRE, lê-se «administradores de direito e de facto», enquanto no art. 186.º se usa a formulação «administradores de direito ou de facto». V. tb. o art. 24.º da LGT. Sobre os arts. 126.º-A e 126.º-B do CPEREF, a assimilação entre administradores de facto e de direito e a transição para o CIRE, v. M. Elisabete RAMOS, «Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil dos administradores», *BFD*, 83 (2007), pp. 449, ss.

¹²⁸ Sobre os poderes do administrador de insolvência, Maria Elisabete RAMOS, «Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil dos administradores», cit., p. 449, ss.; *O seguro de responsabilidade civil dos administradores...*, cit., p. 211, ss.; «Código de la Insolvencia portugués y responsabilidad civil de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, 30 (2008/1), pp. 279, ss..

¹²⁹ No contexto do «processo especial de revitalização», v. o art. 17º-D, n.º 11, do CIRE. Sobre o relevo do administrador de facto no direito da insolvência, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto...*, cit., p. 114, ss..

¹³⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil...», cit., p. 42, s. Para outras noções, v. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova: Cedam, 2003, p. 220; COX & HAZEN, *On Corporations*, 2nd ed., vol. I, New York: Aspen, 2003, pp. 363, s.; A. B. Perdices HUETOS,

abrangidos: *a*) uma pessoa que notoriamente atua como se fora administrador de direito, mas sem título bastante; *b*) uma pessoa que ostenta um título diverso do de administrador, mas desempenha funções de gestão com a autonomia própria dos administradores de direito; *c*) uma pessoa sem qualquer cargo de administração ou função profissional na sociedade que determina habitualmente a actuação dos administradores de direito (por exemplo, uma pessoa declarada inibida para ocupar cargos societários é sócio e comanda os administradores da sociedade)¹³¹.

Se atendermos à distinção entre administrador de facto e «administrador na sombra», veremos que os primeiros encontram-se referidos sob as alíneas *a*) e *b*) — sob a alínea *a*), surgem os administradores de facto aparentes e sob alínea *b*) encontram-se mencionados os administradores de facto ocultos sob outro título (que não o de administrador)¹³². Caracterizam-se uns e outros por exercerem *directamente* funções de gestão próprias dos administradores *de jure* e com a autonomia característica destes¹³³. Já os «administradores na sombra» estão compreendidos na alínea *c*): estes, diferentemente dos restantes, não exercem *directamente* funções de gestão, dirigem antes os administradores de direito que as desempenham¹³⁴.

Nem o regime jurídico-societário nem o regime jurídi-

«Significado actual de los ‘administradores de hecho’: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 18 (2002/1), p. 281. Na doutrina alemã, v. U. STEIN, *Das faktische Organ*, Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns Verlag KG, 1984, pp. 33, ss.

¹³¹ V. J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil...», cit., pp. 40, s.

¹³² V. J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil...», cit., pp. 41, s.

¹³³ V. J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil...», cit., pp. 40 e ss. São exclusivamente referidas as funções de gestão — p. ex. planeamento, comando, provimento dos recursos humanos — e não são mencionadas funções de representação, pois os administradores ocultos, quando as exercem, actuam não a título de administradores, mas como mandatários, procuradores, etc. (v. arts. 252.º, n.º 6, do CSC, 231.º, ss. 248.º, ss., do CCom.).

¹³⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil...», cit., p. 42.

co-cooperativo contempla uma norma que expressamente regule a responsabilidade civil dos administradores de facto¹³⁵. Tal silêncio suscita a discussão sobre o fundamento de tal responsabilidade. A doutrina portuguesa tem apresentado várias propostas: *a)* art. 80.º do CSC¹³⁶; *b)* aplicação direta dos arts. 72.º e ss¹³⁷; *c)* interpretação extensiva dos arts. 72.º e ss.¹³⁸.

A administração de facto *parece não corresponder ao funcionamento fisiológico da organização societária ou da organização cooperativa*. Administradores de direito e fiscalizadores não devem ser incentivados a contemporizar ou tolerar tais situações¹³⁹. A existência de administradores de facto pode, em si mesma, ser indiciadora de não cumprimento dos deveres do órgão de fiscalização da sociedade¹⁴⁰.

¹³⁵ Entre nós, na preparação da Reforma de 2006 do CSC foi ponderado o problema da responsabilidade civil dos administradores de facto. No entanto, parece ter prevalecido a orientação de que não seria necessário introduzir uma norma que a regulasse. É isso que resulta do documento da CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais. Processo de consulta n.º 1/2006*, p. 17, quando se afirma que o art. 82.º, n.º 2, *a)*, do CIRE significa que «implicitamente se considerou já aplicáveis ao administrador de facto as normas relativas ao administrador dito de direito».

¹³⁶ V. M. Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 186. Afastamo-nos desta posição em J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil...», cit., pp. 19, s. Também pondera a aplicação do art. 80.º T. Meireles da CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: a culpa na responsabilidade civil e tributária*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 78. M. de Fátima RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 469, ss., não exclui a aplicação do art. 80.º para a fundamentação do gerente de facto.

¹³⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil...», cit., p. 43.

¹³⁸ Ricardo COSTA, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 39, ss.

¹³⁹ Não tendo dúvidas de que, em certos casos, a administração de facto pode determinar a responsabilidade dos administradores de direito por negligência, v. J. Quijano GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima - aspectos substantivos*, Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1985, p. 352.

¹⁴⁰ Para mais desenvolvimentos, v. Maria Elisabete RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil...*, cit., p. 151, ss.

4.6. Deveres de lealdade (fidelidade) e de cuidado dos dirigentes e gestores da cooperativa

O art. 65.º do CCoop estatui que «são responsáveis civilmente, de forma pessoal e solidária, perante a cooperativa (...) os directores, os gerentes e outros mandatários que hajam violado a lei, os estatutos, os regulamentos internos ou as deliberações da assembleia geral ou deixado de executar fielmente o mandato (...)». Em seguida, a norma do art. 65.º, n.º 1, discrimina nas alíneas *a)* a *e)* infrações específicas.

Observa-se que o CCoop se preocupou em particular com o dever de lealdade dos dirigentes e gestores da cooperativa — preocupação patente em diversas alíneas do n.º 1, do art. 65.º —, mas não previu (pelo menos expressamente) *deveres de cuidado* perante a cooperativa¹⁴¹.

Segundo o art. 64.º, 1, *a)*, do CSC, os administradores, devem observar deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado¹⁴². Determina o

¹⁴¹ Acompanhamos o que escrevemos em Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», cit., p. 62, s.; Também no universo da governação das fundações são convocados os deveres de cuidado e de lealdade. Sobre esta questão, v. Maria Elisabete RAMOS, «A governação das fundações. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2012», *Cooperativismo e Economía Social*, 34 (2011-2012), p. 277, ss.. Sobre a raiz norte-americana dos deveres de cuidado e de lealdade, v. Maria Elisabete RAMOS, «Debates actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores — surtos de influência anglo-saxónica», *Boletim da Faculdade de Direito*, 84 (2008), p. 591, ss.; Maria Elisabete RAMOS, *Gobierno corporativo y deberes fiduciarios. Cuestiones actuales y reformas pendientes*, in: E. F. Pérez CARRILLO (coord.), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 129, ss.; «Liability of companies' directors – The Anglo-Saxon influence on civil law systems», in: *Comunicação, representações e práticas interculturais: uma perspectiva global*, coord. de Clara Sarmento, Centro de Estudos Interculturais, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Julho, 2013 (Livro CDRom) (também publicado em e-book pela UnYLeYa, Lisboa: UnYLeYa, 2014).

¹⁴² Para a interpretação desta (controversa) disposição, suscitando interpretações também muito diversas, v. António MENEZES CORDEIRO,

art. 64.º, 1, *b*), do CSC que os administradores devem cumprir deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

Na doutrina portuguesa, Coutinho de Abreu caracteriza o *dever de cuidado* (dos administradores de sociedades) como aquele que impõe que os administradores apliquem nas «atividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias»¹⁴³. Uma das manifestações do dever de cuidado é justamente, o dever procedimental de preparar adequadamente as decisões e, em particular, a recolha da informação razoavelmente disponível¹⁴⁴. A violação do dever de cuidado constitui uma conduta ilícita¹⁴⁵.

Já o *dever de lealdade* impõe aos administradores «exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios»¹⁴⁶.

Os deveres de cuidado prendem-se com a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade

«A lealdade no direito das sociedades», *Revista da Ordem dos Advogados*, 66 (2006), p. 1033, ss.; «Os deveres fundamentais dos administradores de sociedades (artigos 64º/1 do CSC), in: *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 19, ss.; Manuel Carneiro da FRADA, «A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», *Jornadas - Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira* (coord. de Maria de Fátima Ribeiro), Coimbra: Almedina, 2007, p. 201, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina, 2007, p. 17, ss., «Corporate governance em Portugal», *Miscelâneas* n.º 6, Coimbra: IDET/Almedina, 2010, p. 28, ss.; Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit. p. 103, ss.; Ricardo COSTA/Gabriela FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 722, ss..

¹⁴³ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 18.

¹⁴⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 25.

¹⁴⁵ Cfr. Maria ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 103, ss..

¹⁴⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 21.

da cooperativa adequados às suas funções¹⁴⁷. É certo que a disponibilidade do diretor não tem de ser total. Mas deve ser suficiente de modo a permitir que o diretor acompanhe a organização e curso da atividade da cooperativa e, mais especificamente, preste atenção à evolução económico-financeira da cooperativa e ao desempenho de quem a gere (designadamente, gerentes e mandatários)¹⁴⁸.

Além disso, os diretores devem aceder à informação, devem preparar as decisões, devem recolher informação razoavelmente disponível¹⁴⁹. A remissão do art. 9.º do CCoop para o direito das sociedades anónimas constitui o arrimo jurídico-positivo para a aplicação dos deveres de cuidado (art. 64.º, n.º 1, a), do CSC) aos diretores de cooperativas¹⁵⁰.

4.7. *A fiscalização da gestão da cooperativa*

Em estudo de 2009, Klaus Hopt, refletindo sobre a fiscalização do setor não lucrativo europeu, elencava exemplos de más práticas de *corporate governance* e diagnosticava um *deficit* de controlo¹⁵¹. Sublinha este estudioso alemão que o órgão de administração das entidades não lucrativas não está sujeito nem à pressão exercida pelos acionistas que vigiam o órgão de administração das sociedades com vista a aumentar o seu próprio lucro (porque não o há) nem à pressão dos mercados — porque muitas das entidades não lucrativas não colocam

¹⁴⁷ Para a caracterização deste dever, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 18, ss.; Maria Elisabete Gomes RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 119, ss.

¹⁴⁸ Para o universo societário, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 20, ss.

¹⁴⁹ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 20, ss.

¹⁵⁰ Cfr. Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», cit., p. 51.

¹⁵¹ Klaus HOPT, The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe, ECGI, Law Working Paper n.º 125/2009, April 2009, p. 2, ss.. O texto acompanha o que escrevemos em Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 42, Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 2.3.

produtos/serviços no mercado nem estão sujeitas às pressões das ofertas públicas de aquisição que possam disciplinar os gestores. Também é escassa ou nula a atenção que a imprensa financeira, enquanto «*public watchdog*», dedica às instituições não lucrativas¹⁵². Tudo isto converge no que se cunhou chamar o «*central paradox of nonprofit corporate governance*», isto é, «*the fact that nonprofit institutions receive so much in public and private largess, but are subject to so few accountability constraints*»¹⁵³.

Na ordem jurídica portuguesa, o CCoop prevê um órgão legal, cuja existência é imperativamente imposta, vocacionado para a fiscalização da gestão realizada pela direção. Trata-se do conselho fiscal/fiscal único previsto nos artigos 60.º e seguintes.

O CCoop apresenta uma regulação minimalista do órgão de fiscalização que versa a composição (art. 60.º), a competência (art. 61.º), as reuniões (art. 62.º) e o quórum (art. 63.º).

A CASES – *Cooperativa António Sérgio para a Economia Social*¹⁵⁴ tem competência para fiscalizar a utilização da forma cooperativa (arts. 87.º a 89, do CCoop), mas não tem competências para fiscalizar o desempenho da gestão das cooperativas. Portanto, a fiscalização da gestão das cooperativas está essencialmente a cargo dos cooperadores e do conselho fiscal/fiscal único.

Determina o art. 61.º do CCoop que o conselho fiscal é o órgão de controlo e fiscalização da cooperativa, concretizando-se em cinco alíneas manifestações desta ação fiscalizadora. Quando adote composição pluripessoal, é um órgão de funcionamento *colegial* — num contexto de lugar e de tempo os membros reúnem-se, pelo menos uma vez por trimestre, quando o presidente o convocar (art. 62.º, n.º 1, CCoop). Por fim, o art. 63.º do CCoop determina o *quórum constitutivo* — o conselho fiscal só pode tomar deliberações com a presença de mais de metade dos seus membros efetivos.

É duvidoso que esta regulação assegure as condições e os instrumentos necessários a uma efetiva ação fiscalizadora por

¹⁵² Klaus HOPT, *The board of nonprofit organizations*, cit., p. 3.

¹⁵³ V. H. J. GOLDSCHMIDT, «The fiduciary duties of nonprofit directors and officers: Paradox, problems and proposed reforms», *Journal of Corporation Law*, 1998, p. 653.

¹⁵⁴ A CASES foi criada pelo Decreto-Lei n.º 282/2009, de 7 de outubro.

parte do órgão de fiscalização¹⁵⁵. Olhando para o CCoop notam-se grandes ausências: não há qualquer requisito de literacia financeira ou outro que os membros do órgão de fiscalização ou alguns deles devam preencher; não há a previsão de deveres (em particular deveres de cuidado e de lealdade); não são previstos mecanismos que assegurem a estabilidade no exercício do cargo (por exemplo, a proibição de destituição sem justa causa); não estão previstas incompatibilidades específicas para os membros do conselho fiscal (tão-só está prevista a incompatibilidade genérica constante do art. 42.º do CCoop)¹⁵⁶.

Os membros do conselho fiscal são recrutados de entre os cooperadores, por um período de quatro anos, se outro mais curto não for previsto nos estatutos (art. 40.º). Não havendo limitação estatutária (art. 40.º, n.º 3, do CCoop), a lei não impede a manutenção no cargo de membro do conselho fiscal. E, por conseguinte, o CCoop tolera práticas de perpetuação no cargo de membro do conselho fiscal¹⁵⁷.

Entretanto, em 2006, foi operada a reforma de *corporate governance* das sociedades anónimas que, em matéria de fiscalização, procurou dotar o órgão de fiscalização de condições e instrumentos que contribuam para uma efetiva fiscalização da gestão¹⁵⁸. A *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários* que elaborou, em matéria de *corporate governance*, os trabalhos pre-

¹⁵⁵ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 42, ss. Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., ponto 2.3.

¹⁵⁶ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 42, ss. Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., p. 2.3.

¹⁵⁷ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 42, ss. Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., ponto 2.3.

¹⁵⁸ Sobre a reforma do órgão de fiscalização, v. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2006; «Fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 279, ss..

paratórios da reforma societária de 2006, considerou que a desatualização do regime legal, o défice de eficiência e a erosão funcional ditavam a necessidade de revisão do regime jurídico de fiscalização das sociedades anónimas¹⁵⁹. Assim, as propostas de reforma do CSC, em matéria do modelo latino de administração e fiscalização da sociedade anónima, passaram por melhorar a composição quantitativa e qualitativa do órgão de fiscalização. A CMVM reconheceu que «uma revitalização do órgão de fiscalização deve implicar exigências gerais de qualificações e a experiência profissional adequadas ao exercício das suas funções, sob pena de inoperância do órgão»¹⁶⁰.

É certo que esta reforma de 2006 do CSC não visou diretamente o órgão fiscalizador da cooperativas. No entanto, o que importa questionar é que norma(s) do revivificado conselho fiscal das sociedades anónimas se aplica(m), por força do art. 9.º do CCoop, ao conselho fiscal das cooperativas.

Não são aplicáveis às cooperativas as normas sobre a composição unipessoal ou pluripessoal do conselho fiscal (art. 413.º, n.º 1, al. a), do CSC)¹⁶¹, porque esta matéria é expressamente regulada pelo CCoop.¹⁶²

Outra das regras que não se aplica às cooperativas é aquela em que se exige que fiscal único e o suplente não possam ser acionistas ou seja não podem ser membros (art. 414.º, n.º 1, do CSC)¹⁶³. Ora, a regra vigente nas cooperativas é a de que o conselho fiscal é composto exclusivamente por cooperadores (art. 40.º do CCoop).

¹⁵⁹ V. CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais*. Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, janeiro de 2006, § 3.º.

¹⁶⁰ V. CMVM, *Governo das sociedades anónimas*, cit., p. 29.

¹⁶¹ Sobre a estrutura e composição quantitativa do conselho fiscal, v. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 413º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU, vol, VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 514, ss..

¹⁶² Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 45.

¹⁶³ Sobre a proibição de fiscal único acionista, v. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 414º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol, VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 532, ss..

Mas já se poderá questionar a aplicação das normas sobre as incompatibilidades (art. 414.º-A do CSC)¹⁶⁴, sobre o presidente do conselho fiscal (art. 414.º-B do CSC)¹⁶⁵, sobre a designação e substituição dos membros do conselho fiscal (art. 415.º do CSC)¹⁶⁶ e a proibição de destituição sem justa causa (art. 419.º do CSC)¹⁶⁷. Esta norma é essencial para garantir a estabilidade no exercício do cargo¹⁶⁸.

5. A responsabilidade civil pela administração da cooperativa

5.1. Generalidades

A responsabilização dos representantes perante os representados resulta expressamente do *princípio da gestão democrática pelos membros*, na parte em que este determina que «os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos membros que os elegeram»¹⁶⁹. É inerente a este princípio a ideia de *controlo*

¹⁶⁴ Gabriela FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 414-Aº», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol, VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 552, ss..

¹⁶⁵ Sobre o presidente do conselho fiscal, v. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 414-Bº», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol, VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 563, ss..

¹⁶⁶ Sobre esta questão, v. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 415º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol, VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 569, ss..

¹⁶⁷ Gabriela FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 419º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol, VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 612, ss..

¹⁶⁸ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 45.

¹⁶⁹ Acompanhamos o que escrevemos em Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», cit., p. 43, ss.; Maria Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil pela administração da cooperativa. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de outubro de 2012», *Cooperativismo e Economia Social*, 35 (2012-2013), p. 349, ss.; Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 45, ss., Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 3.

do poder exercido pelos representantes¹⁷⁰. Expressão da «permanente soberania do conjunto dos membros de cada cooperativa»¹⁷¹, o exercício deste controlo pode determinar, por exemplo, a destituição dos dirigentes quando os representados perdem a confiança que neles depositaram.

A responsabilização dos representantes — entendida esta de forma ampla, de modo a englobar vários modos de escrutínio — encontra-se, pois, no cerne da qualidade da vivência democrática das cooperativas¹⁷². Os instrumentos de responsabilização à disposição dos membros da cooperativa não se confinam, é certo, à destituição dos membros dos órgãos destas. Para lá da destituição — que determinará a cessação de funções como representante —, não pode ser esquecido o papel desempenhado pela *responsabilidade civil dos membros da direcção ou do conselho fiscal enquanto instrumento de controlo*. A apreciação do relatório de gestão e das contas do exercício (art. 49.º, *b*), do Coop) constitui um momento soberano em que os membros da cooperativa podem escrutinar o desempenho dos membros da direcção e do conselho fiscal¹⁷³. Pode acontecer que o relatório de gestão e as contas do exercício denunciem ou indiciem a prática de atos ilícitos culposos e danosos para a cooperativa. E, então, suscitar-se-á questão da reparação dos danos sofridos por esta¹⁷⁴.

Com o CCoop de 1980, a ordem jurídica portuguesa

¹⁷⁰ Cfr. Rui NAMORADO, *Cooperatividade...*, cit., p. 23.

¹⁷¹ Cfr. Rui NAMORADO, *Cooperatividade...*, cit., p. 23.

¹⁷² Cfr. Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas — uma introdução», cit., p. 36; Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 46, Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 3.

¹⁷³ V. Ana Maria RODRIGUES, «Os novos desafios da contabilidade para organizações da economia social que aplicam o SNC - as cooperativas», cit., p. 115, ss.

¹⁷⁴ Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas — uma introdução», cit., p. 39; Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 46, Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 3.

passou a dispor de um *regime jurídico-cooperativo* da «responsabilidade dos órgãos das cooperativas»¹⁷⁵. Este regime previsto no arts. 62.º a 66.º do CCoop de 1980 foi recebido, com modestas alterações, nos arts. 64.º a 68.º do CCoop de 1996.

No art. 65.º do CCoop (intitulado «Responsabilidade dos directores, dos gerentes e outros mandatários») é estatuída a responsabilidade pessoal e solidária dos directores, gerentes e outros mandatários perante a cooperativa e terceiros pela violação da lei, dos estatutos, dos regulamentos internos e deliberações da assembleia geral. Há alguma proximidade, até de linguagem, com que se estatuiu no art. 173.º do CCom., porque este previa a responsabilidade pessoal e solidária dos administradores perante a sociedade e terceiros. Acresce que entre as fontes da responsabilidade, o art. 65.º, n.º 1, do CCoop integra a inexecução do mandato — os directores, gerentes e outros mandatários são responsáveis se tiverem «deixado de executar fielmente o seu mandato». Ora a inexecução do mandato era, no contexto do art. 173.º do CCom., uma das fontes de responsabilidade dos directores das sociedades anónimas.

O art. 67.º do CCoop, embora intitulado «isenção de responsabilidade», só a consagra no n.º 2, quando prescreve que são «isentos de responsabilidade os membros da direcção ou do conselho fiscal, os gerentes e outros mandatários que não tenham participado na deliberação que a originou ou tenham exarado em acta o seu voto contrário»¹⁷⁶. Esta causa de

¹⁷⁵ Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», cit., p. 39.

¹⁷⁶ Na actual redacção do n.º 2 do art. 67.º do CCoop, parece não ser conseguida a primeira parte do preceito quando diz «São também isentos de responsabilidade», sugerindo que o n.º 1, regula causas de isenção de responsabilidade. Ora, não é assim. A actual redacção do n.º 1 do art. 67.º consagra que, em regra, mantém-se a responsabilidade dos directores, dos gerentes, do conselho fiscal, dos gerentes e outros mandatários, na sequência da aprovação pela assembleia geral do relatório de gestão e contas de exercício. O art. 67.º, n.º 1, do CCoop de 1996 segue a solução que, para as sociedades, se encontra estabelecida no art. 74.º, n.º 3, do CSC. O art. 65.º, n.º 1, do CCoop de 1980 — que acompanhava o teor do art. 190.º do CCom. de 1888 — determinava que «a aprovação pela assembleia geral do balanço, relatório e contas liberta a direcção, os gerentes e outros mandatários e o conselho fiscal de responsabilidade perante a cooperativa por factos atinentes àqueles

isenção de responsabilidade — fundada na não participação na deliberação e na formulação de voto vencido — aproxima-se do que se encontrava estatuído no § 1.º do art. 173.º do CCom.¹⁷⁷ e, mais recentemente, do que resulta do art. 72.º, n.º 3, do CSC¹⁷⁸.

O direito de ação contra diretores, gerentes e outros mandatários e membros do conselho fiscal está consagrado no art. 68.º do CCoop. O n.º 1 desta disposição estabelece que o exercício, em nome da cooperativa, da ação civil contra os diretores, gerentes e outros mandatários e membros do conselho fiscal deve ser aprovado em assembleia geral. Esta solução mantém alguma proximidade com o que, para as sociedades comerciais (e civis em forma comercial), resulta do art. 75.º, n.º 1, do CSC¹⁷⁹.

5.2. Critério de apreciação da culpa

A responsabilidade civil consagrada no art. 65.º do CCoop constitui uma expressão da *responsabilidade por factos ilícitos* que exige a *culpa* de quem atua. É certo que o art. 65.º do CCoop não refere o requisito da culpa. No entanto, ele sempre resulta da aplicação conjunta dos arts. 9.º do CCoop e do art. 72.º, n.º 1, do CSC e do art. 483.º, n.º 2, do CCivil. O art. 72.º, n.º 1, do CSC exige a culpa dos administradores para que se constitua a responsabilidade perante a sociedade e o art. 483.º, n.º 2, do CCivil consagra a responsabilidade civil *subjectiva* (fundada, portanto, na culpa) como regime-regra do ordenamento jurídico português¹⁸⁰.

documentos, salvo se estes violarem a lei ou os estatutos ou forem conscientemente inexactos, dissimulando a situação real da cooperativa».

¹⁷⁷ Sobre esta disposição, v. Luíz da Cunha GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial...*, cit., p. 427, ss.; Pinto FURTADO, *Código Comercial anotado*, vol. II, *Das sociedades em especial*, t. I, Coimbra: Almedina, 1986 (reimpressão), p. 381, ss.

¹⁷⁸ Sobre o art. 72.º, 3, do CSC, v. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, p. 848, s.

¹⁷⁹ Sobre a ação social de responsabilidade, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 59. Maria Elisabete RAMOS, *O segu-ro...*, cit., p. 184, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 75º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 876, ss.;

¹⁸⁰ Cfr. Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigen-

Para que se constitua a responsabilidade civil pela gestão e representação da cooperativa, à ilicitude e à culpa há que acrescentar os restantes pressupostos constitutivos da responsabilidade civil¹⁸¹: *dano e nexa de causalidade*¹⁸² entre o facto (ilícito e culposo) e o dano. A doutrina maioritária pronuncia-se no sentido de que o nexa de imputação objectivo é estabelecido por intermédio da *causalidade adequada*¹⁸³. Na aplicação de tal doutrina à responsabilidade civil pela administração da cooperativa, deve ser preferida a formulação negativa¹⁸⁴: a condição deixará de ser causa do dano sempre que, «segundo a sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo portanto inadequada para este dano»¹⁸⁵.

Nas sociedades comerciais (e, portanto, também nas sociedades anónimas), o padrão geral para avaliar a culpa dos administradores é o da abstrata *diligência do gestor criterioso e ordenado*¹⁸⁶, previsto no art. 64.º, n.º 1, a), do CSC. Voltando ao universo das cooperativas, o que importa questionar é se o padrão aplicável é o da diligência do gestor criterioso e ordenado (art. 64.º, n.º 1, a), do CSC) ou é da «diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso» (arts. 487.º, n.º 1, 799.º, n.º 2, do CCiv.).

tes e gestores das cooperativas – uma introdução», cit., p. 46, s..

¹⁸¹ Sobre o conceito de dano, v. P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 536, ss., que considera inoperatório o «conceito geral de dano» e defende, a p. 541, que o dano pode ser perspectivado como «uma *perturbação da repartição de bens* desejada, quer pela ordem jurídica quer pelas partes, na ordenação, em autonomia privada, das suas relações».

¹⁸² Sobre as doutrinas jurídicas desenvolvidas em torno do nexa de causalidade, v. F. PEREIRA COELHO, *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*, BFD, Suplemento IX, 1950, pp. 185, ss.

¹⁸³ Cfr. por todos J. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 494, ss.

¹⁸⁴ Sobre o relevo prático da distinção entre «formulação positiva» e «negativa», v. F. PEREIRA COELHO, *Direito das obrigações*, policopiado, Coimbra 1967, p. 163.

¹⁸⁵ Cfr. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 764.

¹⁸⁶ Veja-se J. M. COUTINHO DE ABREU / Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 26.

Parece que o critério aplicável à apreciação da culpa dos diretores de cooperativas é o da diligência de um gestor criterioso e ordenado. E isto porque: *a*) tanto os administradores de sociedades como os diretores de cooperativas gerem interesses e patrimónios alheios; *b*) por ser assim, há de ser exigido a estes gestores de interesses alheios um padrão mais exigente do que o do bom pai de família; *c*) não havendo norma do CCoop que regule esta matéria deve aplicar-se com direito subsidiário do direito das sociedades anónimas (art. 9.º do CCoop) que, justamente, elege o critério da abstrata diligência do gestor criterioso e ordenado.

A interrogação que se pode formular é se este padrão do gestor criterioso e ordenado também se aplica aos gerentes e mandatários da cooperativa. A interrogação faz sentido porque a remissão do art. 9.º do CCoop para o art. 64.º do CSC só abrange os membros do órgão de gestão e de representação (a direcção). Mas já não abrange (ou, pelo menos, não abrange diretamente) outros agentes que não integram o órgão de gestão e de representação da cooperativa, como é o caso dos gerentes e mandatários. Quanto a estes, suscita-se a questão de saber se, por força das normas jurídico-civis do mandato, não lhes será aplicável o critério jurídico-civil da «diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso»¹⁸⁷.

5.3. *Business judgment rule e gestão das cooperativas*

A questão que se procura apurar é se o art. 72º, 2, do CSC se aplica às *decisões empresariais* tomadas pela direcção da cooperativa. Na verdade, há que saber se há obstáculos a que funcione a remissão do art. 9º do CCoop. Para respondermos a esta questão, deveremos perceber a génese e o sentido da *business judgment rule*. E também deveremos ter presente, como já foi sublinhado, que as cooperativas são titulares de empresas – as empresas cooperativas¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Maria Elisabete RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», cit., p. 46.

¹⁸⁸ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit. p. 164, ss., *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., p. 277, ss.. Sobre a empresa coo-

A *business judgment rule* é o resultado da jurisprudência norte-americana. A experiência norte-americana do direito das sociedades desenvolveu a dissociação entre o *standard of conduct* e o *standard of review*: o primeiro estabelece o modelo de conduta a observar e o segundo os critérios que o tribunal deve aplicar para determinar se há ou não responsabilidade^{189/190}. Quanto ao *dever de cuidado*, o critério de apuramento de responsabilidade é mais benevolente do que aquele que é usado para apurar a responsabilidade em outras profissões. Se o dever de cuidado (e suas concretizações) guia e enforma a conduta do administrador, é a *business judgment rule* que serve para apurar a responsabilidade dos administradores pelas *decisões empresariais* discricionárias¹⁹¹. A responsabilidade do administrador é apurada por intermédio do critério da *irracionalidade*¹⁹².

A *business judgment rule* — de que uma das formulações conhecidas é a que se recolhe no § 4.01 (c) dos *Principles of Corporate Governance*¹⁹³ — visa evitar que os tribunais escrutini-

perativa, v. Francesco GALGANO, *Diritto commerciale. Le società. Contratto di società. Società di persone. Società per azioni. Altre società di capitali. Società cooperative*, Quattordicesima edizione, aggiornata al febbraio 2004, Bologna: Zanichelli, p. 489.

¹⁸⁹ Cfr. G. GUERRA MARTIN, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2003, p. 435. O *Model Business Corporation Act (MBCA)* acolhe expressamente esta dissociação: § 8.30 (*Standards of conduct for directors*); § 8.42 (*Standards of conduct for officers*); § 8.31 (*Standards of liability for directors*).

¹⁹⁰ Acompanhamos, neste segmento do texto, o que escrevemos em Maria Elisabete RAMOS, «Debates actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores — surtos de influência anglo-saxónica», cit., «Gobierno corporativo y deberes fiduciarios. Cuestiones actuales y reformas pendientes...», cit., p. 145, ss; «Debates actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores — surtos de influência anglo-saxónica», cit., p. 591, ss., *O seguro de responsabilidade civil dos administradores...*, cit., p. 155, ss.

¹⁹¹ Sobre estes aspetos, v. G. GUERRA MARTIN, *El gobierno...*, cit., p. 435.

¹⁹² Cf. A. MELVIN EISENBERG, «Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto Americano», *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 623.

¹⁹³ § 4.01 (c) dos *Principles of Corporate Governance* «A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer: (...) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation». No famoso

nem o mérito das *decisões empresariais discricionárias*¹⁹⁴, porque os juízes não são gestores e carecem dos conhecimentos e da experiência necessários para tal valoração¹⁹⁵. Acresce que os juízes valoram as decisões *ex post*, conhecendo, assim, factos ocorridos em momento posterior à tomada de decisões. O que os expõe à tendência de sobreavaliar a probabilidade de que estes factos poderiam ter sido considerados *ex ante* pelos mem-

caso *Aronson v. Lewis* (Delaware, 1984), o Tribunal do Delaware caracterizou a *business judgment rule* como «a presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith, and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company» (*apud* R. Charles CLARK, *Corporate law*, Boston/Toronto: *Little, Brown and Company*, 1986, pp. 123, s.). Para a análise crítica desta formulação jurisprudencial e para uma formulação alternativa, v. C. HANSEN, «The duty of care, the business judgment rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project», *The Business Lawyer*, 48 (1993), pp. 1361 e 1369.

¹⁹⁴ Na experiência jurisprudencial norte-americana, a *business judgment rule* é tomada como «standard of liability» (permitindo, em selecionadas circunstâncias, a revisão da decisão tomada pelos administradores) e como «doctrine of abstention» (esta posição defende que os tribunais não têm poder para controlar as decisões dos administradores). A primeira das compreensões assenta na «shareholder primacy-based theory of the corporation», enquanto a segunda arranca da «director primacy». Para este confronto podem ser consultados os textos de S. M. BAINBRIDGE, *The business judgment rule as abstention doctrine* (July 29, 2003). UCLA, School of Law, Law and Econ. Research Paper No. 03-18, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=429260> (visitado em Julho de 2009). Neste trabalho, o Autor aplica a tese do «board of directors as a nexus of contracts», já desenvolvida em S. BAINBRIDGE, «The board of directors as nexus of contracts», *Iowa Law Review*, 88 (2002), pp. 1, ss. D. ROSENBERG, *Galactic stupidity and the business judgment rule*, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=5078&context=expresso>, The Berkeley Electronic Press (bepress), *paper* 1067, 2006 (visitado em outubro de 2014), a partir da análise do caso *Disney*, defende que emerge a tendência de os tribunais do Delaware apreciarem substantivamente as decisões de gestão. Rosenberg reconhece que «it is a truth almost universally acknowledged that American courts will not review the substance of the business decisions of corporate directors except under extraordinary circumstances».

¹⁹⁵ Sobre a distinção entre a *honest-error-of-judgment rule* (em que o profissional tem de demonstrar a diligência substancial da sua decisão) e a *business judgment rule* (em que o administrador é responsabilizado se a decisão for irracional), v. M. EISENBERG, «Obblighi...», cit., p. 623.

bros da administração¹⁹⁶.

Tradicionalmente, a *business judgment rule* é integrada por quatro momentos, sendo que três deles são as condições e o último é a regra¹⁹⁷. Em primeiro lugar, a regra só é aplicada se tiver havido uma decisão empresarial (escapam ao âmbito da aplicação os casos em que não há *decision making process* ou há falta de vigilância); em segundo lugar, a regra só se aplica se a decisão não estiver contaminada por um interesse financeiro ou pecuniário dos administradores; em terceiro lugar, deve ter sido observado um *reasonable decisionmaking process*. Cumpridos estes aspectos, o mérito substantivo da decisão não será analisado¹⁹⁸. Só haverá responsabilidade dos administradores em caso de decisões irracionais (*egregious conduct*)¹⁹⁹. Na doutrina

¹⁹⁶ Sobre as razões que justificam a singularidade e a permissividade da *business judgment rule*, v. por todos D. R. FISCHER, «The business judgment rule and the Trans Union case», *The Business Lawyer*, 40 (1985), pp. 1439, ss.; M. EISENBERG, «Obblighi...», pp. 623, ss.; H. FLEISCHER, «La ‘business judgment rule’ a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho», *Revista de Derecho Mercantil*, 246 (2002), p. 1733. Na doutrina portuguesa, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...cit.*, pp. 38, ss.; E. F. PÉREZ CARRILLO / M. Elisabete RAMOS, «Responsabilidade civil e seguro dos administradores (reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)», *Boletim da Faculdade de Direito*, 82 (2006), pp. 304, s.; ID., «El seguro de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos. D&O, en España y Portugal, a la luz de los regímenes de responsabilidad de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, 28 (2007/1), p. 268; Ricardo COSTA, *Responsabilidade dos administradores e business judgment rule*, in: *Reformas do Código das Sociedades*, coimbra: IDET/Almedina, 2006, pp. 53, ss. Na doutrina espanhola, v. G. GUERRA MARTÍN, *El gobierno...*, cit., p. 437.

¹⁹⁷ Sobre eles, v. M. EISENBERG, «Obblighi...», cit., pp. 621, ss. Na doutrina portuguesa, v. P. NUNES CAETANO, *Corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 24.

¹⁹⁸ Um dos mais controversos casos em matéria de aplicação jurisprudencial de *business judgment rule* é o caso *Smith v. Van Gorkom*. O Tribunal concluiu que os administradores não se tinham informado adequadamente sobre o valor da sociedade quando decidiram a transacção e, por isso, não tinham direito à protecção da *business judgment rule*. O caso terminou, como é habitual na prática norte-americana, com um acordo. Para uma síntese dos factos deste caso, v. K. CHITUR, «The corporate director’s standard of care: past, present, and future», *Delaware Journal of Corporate Law*, 10 (1985), pp. 512, ss.; R. W. HAMILTON, *The law of corporations in a nutshell*, St. Paul, MN: West Group, 2000, pp. 455, ss.

¹⁹⁹ A jurisprudência norte-americana, na concretização da «egre-

norte-americana lê-se que «Thus there is no such thing as liability for a negligent substantive decision»²⁰⁰.

A *business judgment rule* não funciona (não protege os administradores) em casos de violação do dever de lealdade, de violação da lei²⁰¹, ou até, segundo algumas opiniões, nos casos conhecidos como *corporate waste*²⁰².

O pensamento subjacente à *business judgment rule* — preservação da discricionariedade dos administradores, insindicabilidade judicial do mérito das decisões empresariais e irresponsabilidade pelos danos resultantes de «honest mistakes» — saltou as fronteiras da experiência jurisprudencial norte-americana sobre o *duty of care* e alcançou os países de *civil law*. Não necessariamente através do direito legislado. A *business judgment rule* vai sendo incorporada na experiência jurídica dos países de *civil law* seja pela receção no «diritto vivente»²⁰³, seja

gious conduct», identificou-a como aquela que é «so unwise or unreasonable as to fall outside the permissible bounds of the directors' discretion», «an abuse of discretion», «reckless indifference to or a deliberate disregard of the stockholders». Sobre estas concretizações jurisprudenciais, v. C. HANSEN, «The duty of care the business judgment rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project», *The Business Lawyer*, 48 (1993), p. 1366.

²⁰⁰ C. HANSEN, «The duty of care...», cit., p. 1357.

²⁰¹ Exclusão que se justifica seja em razão da validade universal das normas jurídicas (teoria jurídica), seja da inexistência de espaços de liberdade quando os administradores devem cumprir obrigações legais. Com estes argumentos, v. H. FLEISCHER, «La 'business judgment rule' a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho», *Revista de Derecho Mercantil* 246 (2002), p. 1748.

²⁰² Cfr. neste sentido, apresentando exemplos, v. C. HANSEN, «The duty of care...», cit., p. 1369; H. FLEISCHER, «La 'business judgment rule'...», cit., p. 1749. Para a noção de «waste of corporate assets», v. o § 1.42 dos *Principles of Corporate Governance*.

²⁰³ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in: G. E. COLOMBO / G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino: Utet, 1991, p. 361, a propósito da insindicabilidade das escolhas de gestão, invoca a *business judgment rule*. Em Portugal, a sentença da 3.^a Vara Cível de Lisboa de 27.10.2003, proferida pelo Juiz Pedro Caetano Nunes, acolhe o pensamento fundamental da *business judgment rule*. Para esta sentença, v. P. CAETANO NUNES, *Corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 10, ss. Sobre a insindicabilidade das opções de gestão, na doutrina portuguesa anterior à Reforma de 2006, v. Maria Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas...*, cit., pp. 96, ss..

pela cristalização em normas gerais e abstratas²⁰⁴. Determina atualmente o § 93, 1.º parágrafo, 2.ª frase, *AktG* : «Não há violação do dever se o membro da direção, em uma decisão empresarial, pôde crer razoavelmente que atuava com base em informação adequada para o bem da sociedade»²⁰⁵. O preceito estatui que «não há violação do dever», sendo que tal dever é o *dever de cuidado* contemplado na frase anterior. A disposição do § 93, 1, 2, é inoperatória quanto à violação do dever de lealdade e de deveres específicos (sejam estes legais, contratuais ou estatutários). O preceito aplica-se a «decisões empresariais»²⁰⁶ tomadas

²⁰⁴ A nova redacção do § 93, I, 2, introduzida pela UMAG de 2005, surge na sequência da sentença do BGH «Arag/ Garmenbeck», de 21.4.1997 — sobre esta sentença, v. K. LUTTERMANN, «Desarrollos del derecho de la empresa en Alemania (Años 1997-1998)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 10 (1998/1), pp. 492, s.; K. J. HOPT, § 93, in: HOPT, Klaus J. / WIEDEMANN, Herbert (Herausgegeben), *AktG GroßKommentar*, 11. Lieferung: §§ 92-94, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1999, Rdn. 80, pp. 88, ss.; U. HÜFFER, *Aktiengesetz...*, cit., Rdn. 4a, p. 465; KRIEGER / SAILER, § 93, in: K. SCHMIDT / M. LUTTER (Hrs), *Aktiengesetz Kommentar*, I. Band, §§ 1-149, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008, Rdn. 10, ss., p. 1061, ss. — e da recomendação da *Regierungskommission Corporate Governance* — sobre a recomendação com a nota marginal 70, relativa à responsabilidade interna e *business judgment rule*, v. T. BAUMS (Hrs), *Bericht der Regierungskommission Corporate Governance — Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts*, Köln: Otto Schmidt, 2001, pp. 107, s. Na doutrina alemã tem sido discutida a decisão de integrar a *business judgment rule* na *AktG*. Para os mais críticos, a alteração legal era desnecessária porque não traz nada de novo; para outros a *business judgment rule* funcionará como o contrapeso para o regime de exercício da acção social de responsabilidade proposta pelos acionistas (§ 148 *AktG*). U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, 8. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2008, Rdn. 4a, p. 465; KRIEGER / Sailer, KRIEGER / SAILER, § 93, in: K. SCHMIDT / M. LUTTER (Hrs), *Aktiengesetz Kommentar*, I. Band, §§ 1-149, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008, Rdn. 10, p. 1061, falam em «deklatorische Bedeutung». Para esta reforma da *AktG*, v. F. Juan y MATEU, «La reforma de la Aktiengesetz por la UMAG de 22 de septiembre de 2005», *Revista de Derecho de Sociedades*, 25 (2005/2), p. 187, ss.

²⁰⁵ Tradução efectuada por J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 39.

²⁰⁶ Sobre a noção de «decisão empresarial», v. G. SPINDLER, § 93, in: W. GOETTE / M. HABERSACK (Hrs), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band. 2, §§ 76-117, 3. Auflage, München: Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, 2008, Rdn. 40, ss, pp. 557, s..

em espaço de discricionariedade²⁰⁷. Embora não resulte do teor literal, o art. 72.º, n.º 2, do CSC pressupõe que os administradores tenham adotado uma *decisão empresarial*²⁰⁸. Em virtude desta primeira delimitação do âmbito de aplicação da norma, percebe-se que o art. 72.º, n.º 2, do CSC não cobre toda a atividade funcional dos administradores. Há manifestações da atividade de gestor, cobertas pelos *deveres de cuidado*, que não envolvem a tomada de decisões empresariais. Aos perfis não decisórios é *inaplicável* o art. 72.º, n.º 2, do CSC. Uma segunda delimitação do âmbito de aplicação da norma do art. 72.º, n.º 2, do CSC cinge-a aos espaços de discricionariedade empresarial, em que é legítima a eleição de uma das várias alternativas²⁰⁹.

O teor literal e a inserção sistemática do art. 72.º, n.º 2,²¹⁰

²⁰⁷ Na doutrina alemã, ensaiando a aplicação da *business judgment rule* fora do universo societário, v. T. VON HIPPEL, *Gilt die Business Judgment Rule auch im Stiftungsrecht?*, in: H. BAUM / A. M. FLECKNER / A. HELLGARDT / M. ROTH (Hrs), *Perspektiven des Wirtschaftsrechts. Deutsches, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung*, Berlin: De Gruyter Recht, 2008, pp. 167, ss. Na experiência norte-americana discute-se se a *business judgment rule* se aplica às *non profit organizations*. Para a síntese deste debate, v. T. VON HIPPEL, *Gilt die Business...*, cit., pp. 184, s.

²⁰⁸ O § 93 *AktG* é mais claro neste aspeto. Determina este preceito que «Não há violação do dever se o membro da direcção, em uma decisão empresarial...». Sobre o sentido de decisão empresarial, v. KRIEGER / SAILER, § 93..., cit., Rdn. 12, p. 1062. Na doutrina norte-americana, C. HANSEN, «The duty of care...», cit., p. 1356, estabelece a distinção entre «duty of care in the decision making context» e «the duty of care in the non-decision making context» e cinge a *business judgment rule* à primeira situação.

²⁰⁹ A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 538, refletindo sobre o sentido da discricionariedade, escreve: «Tal é a «liberdade» (jurídica) da discricionariedade: a possibilidade de uma opção autónoma entre várias decisões e comportamentos igualmente válidos».

²¹⁰ Por força da remissão contida nos arts. 78.º, n.º 5, e 79.º, n.º 2 (na redação introduzida pela Declaração de Retificação 28-A/2006, de 26/5/2006), a disposição do art. 72.º, n.º 2, aplica-se à responsabilidade perante os credores sociais e à responsabilidade perante sócios e terceiros. Este é o teor literal da remissão. Ora, os deveres gerais de cuidado e de lealdade são devidos à sociedade. Esta remissão expressa para os arts. 78.º, n.º 5, e 79.º, n.º 2, não altera este juízo. A responsabilidade perante sócios e perante credores sociais funda-se (essencialmente) na violação de deveres específicos. O que significa que, apesar da remissão, os adminis-

podem induzir resultados interpretativos desadequados. Já se escreveu na doutrina portuguesa que «os administradores não estão obrigados ao cumprimento de qualquer dever legal ou contratual, pois ficam dispensados de os cumprir sem que com isso sofram consequências, desde que os seus actos ou omissões obedeçam àqueles três requisitos»²¹¹ [requisitos previstos no art. 72.º, n.º 2, do CSC]. Não acompanhamos esta interpretação. Do teor literal do art. 72.º, n.º 2, do CSC resulta que esta norma não se aplica à *violação do dever de lealdade* (a responsabilidade é excluída se, além de outros requisitos, o administrador atuou «livre de qualquer interesse pessoal»). Para além disso, a *violação de deveres específicos* (legais, estatutários ou contratuais) — deveres que não conferem espaço de discricionariedade aos administradores — também não é abrangida pelo art. 72.º, n.º 2, do CSC. Em síntese: *o âmbito de aplicação do art. 72.º, n.º 2, do CSC deve ser cingido aos deveres de cuidado no contexto da tomada de decisões empresariais discricionárias*²¹².

Tem sido questionado se o art. 72.º, n.º 2, do CSC protege os administradores ou se, ao invés, intensifica a sua responsabilidade. Na experiência norte-americana, a *business*

tradores não poderão invocar a proteção do art. 72.º, n.º 2. Uma forma de preservar alguma utilidade a esta remissão explícita será interpretá-la restritivamente, cingindo-a aos casos (eventualmente escassos) em que na responsabilidade perante os credores, sócios ou terceiros os administradores ainda dispõem de espaço de discricionariedade. Neste sentido, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 47. Analisando criticamente a remissão explícita dos arts. 78.º, n.º 5, e 79.º, n.º 2, para o 72.º, n.º 2, v. M. Carneiro da FRADA, «A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», in: M. de Fátima RIBEIRO (coordenação), *Jornadas. Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 201, ss., «A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», in: *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura. A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 98, ss.

²¹¹ Cfr. Paulo VENTURA, «Algumas notas sobre as recentes alterações ao Código das Sociedades Comerciais», *Boletim da Ordem dos Advogados*, 42 (2006), p. 59.

²¹² Neste sentido, na doutrina portuguesa, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, p. 38; Ricardo COSTA, *Responsabilidade dos administradores e business judgment rule*, cit., p. 66, ss.; Maria Elisabete RAMOS, *O Seguro...*, cit., p.157.

judgment rule é o «standard of review» com um vincado efeito protetor dos administradores (daí ser-lhe atribuída a natureza de «safe harbor»). Em Portugal, tal efeito é controvertido. O efeito protetor é negado por quem defende que o art. 72.º, n.º 2, do CSC incorpora uma «presunção de ilicitude»²¹³ e mitigado por quem sustenta que esta disposição prevê uma causa de exclusão da ilicitude que sobrecarrega o administrador com exigentes ónus probatórios²¹⁴. Um dos argumentos invocados refere que esta norma foi introduzida para facilitar a responsabilização dos administradores e combater o défice de ações de responsabilidade²¹⁵.

Vejamos mais de perto. Na formulação retirada do caso *Aronson v. Lewis*, considerada como uma das melhores formulações jurisprudenciais²¹⁶, diz-se que a *business judgment rule* constitui «a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company»²¹⁷. Há quem critique a regra e refira que o demandante tem o mesmo ónus probatório que teria em qualquer ação civil²¹⁸. Os *Principles of Corporate Governance* evitam usar o conceito de *presumption*²¹⁹. E mesmo quem aceita que a *business judgment rule* incorpora uma presunção, não

²¹³ Neste sentido, v. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Dê-O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 38, ss.; ID., «Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais», *Direito das Sociedades em Revista*, 1 (2009/1), p. 24, ss..

²¹⁴ Neste sentido parece pronunciar-se M. Carneiro da FRADA, *A business judgment...*, cit., pp. 83, ss.

²¹⁵ Mobiliza este argumento Pedro Pais de VASCONCELOS, «Responsabilidade civil...», cit., p. 23.

²¹⁶ Na experiência norte-americana, «there are no statutory formulations of the business judgment rule» — THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: Analysis and Recommendations*, vol. I, Part I-VI, §§1.01-6.02, as adopted and promulgated by American Law Institute at Washington, D. C., May 13, 1992, St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1994, p. 173.

²¹⁷ Cfr. C. HANSEN, «The duty of care...», cit., p. 1361.

²¹⁸ G. GUERRA MARTÍN, *El gobierno...*, cit., p. 436.

²¹⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 45, s..

deixa de assinalar que ela «is more than a presumption»²²⁰.

Parece que o art. 72.º, n.º 2, do CSC não afasta o ónus que a sociedade tem de alegar e de provar factos constitutivos da ilicitude, do dano e do nexó de causalidade, referidos no art. 72.º, n.º 1, do CSC²²¹. Ao administrador demandado caberá provar, ao abrigo do art. 72.º, n.º 2, do CSC, que foram observadas as três condições aí referidas. Ou seja, deverá provar que: a) actuou em termos informados; b) livre de qualquer interesse pessoal; e c) segundo critérios de racionalidade empresarial. Se esta prova for bem-sucedida, parece ser de considerar que o administrador neutraliza os indícios de *ilicitude e de culpa*²²² (ainda que o resultado tenha sido danoso para a sociedade). O que diz a regra do art. 72.º, n.º 2, do CSC quanto às *decisões empresariais discricionárias*, é que estas são escrutinadas *ex post* não pelo cânone da razoabilidade, mas sim pelo critério mais *benevolente*

²²⁰ C. HANSEN, «The duty of care...», cit., p. 1361, considera que a *business judgment rule*, do ponto de vista procedimental, é uma presunção (a presunção de que o administrador procedimentalmente atuou «with process due care and in good faith»); do ponto de vista substantivo esta regra protege o administrador da responsabilidade fundada na violação do *duty of care*.

²²¹ Também neste sentido, Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos administradores...», cit., p. 73. J. CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», in: *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura. A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 144, afirma que o legislador português fez «recair sobre os gestores e supervisores a demonstração de que a decisão empresarial» foi tomada no respeito dos três requisitos previstos no art. 72.º, n.º 2.

²²² Neste sentido, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, p. 43; Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos administradores...», cit., p. 75, ss. G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...*, pp. 74, ss., defende que o art. 72.º, n.º 2, contempla uma cláusula de exclusão de ilicitude. M. Carneiro da FRADA, *A business judgment rule...*, cit., p. 89, ss., situa o art. 72.º, n.º 2, no contexto da ilicitude. J. CALVÃO DA SILVA, «“Corporate governance” — Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 136 (2006-2007), p. 57, defende que «não devendo aplicar-se na apreciação da antijuridicidade, a *business judgment rule* se relaciona em permanente e subtil tensão com o dever de cuidado e diligência, e não com a ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil distinto e autónomo da culpa».

da irracionalidade²²³. É preservado algum efeito protetor da norma do art. 72.º, n.º 2, do CSC, porque em nosso entendimento: a) o art. 72.º, n.º 2, não consagra uma presunção de ilicitude do comportamento dos administradores; b) verificadas as condições do art. 72.º, n.º 2, do CSC a decisão empresarial é apreciada pelo cânone da irracionalidade²²⁴.

O que, em nossa opinião, pode ser verdadeiramente comprometedor de tal efeito protector dos administradores é a interpretação que se venha a fazer do segmento final do art. 72.º, n.º 2, do CSC²²⁵. É exigido que o administrador prove que atuou «segundo critérios de racionalidade empresarial»²²⁶. Se se admitir que o tribunal, na avaliação deste requisito, faça o escrutínio da oportunidade e das razões da decisão empresarial, sairá afetada a insindicabilidade das decisões empresariais e posta em causa a discricionariedade empresarial. Se se

²²³ Neste sentido, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, p. 43; Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos administradores.», cit., p. 75, ss.; Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., 155, ss.

²²⁴ J. CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade civil dos administradores...», cit., p. 146, considera que a «a exclusão da responsabilidade está agora (pelo novo n.º 2 do art. 72.º) mais facilitada do que antes pelo n.º 1 do mesmo preceito». A. Pereira de ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, vol. 1. As sociedades, 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 292, reflectindo sobre a *business judgment rule* afirma que «em Portugal, dada a postura da jurisprudência, é possível que [este] princípio venha a proporcionar uma mais ampla responsabilização, uma vez que é mais fácil avaliar o processo da decisão do que o mérito da mesma.» (interpolação nossa). A. Pereira de ALMEIDA, *Sociedades comerciais...*, cit., p. 295, também considera — aliás, na sequência do que já tinha sido defendido por A. TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 76 —, que «o art. 72.º, n.º 2, não acrescenta nada em relação ao que já resultaria de outros preceitos, nomeadamente do art. 64.º, n.º 1, limitando-se a explicitar, para efeitos de responsabilidade civil, o conteúdo dos deveres gerais, que já estavam enunciados neste preceito».

²²⁵ É diferente o teor do § 93, I, 2, 1.ª parte *AktG* — não há violação do dever se, além de outros requisitos, o membro da direcção «pôde razoavelmente crer que actuava com base em informação adequada para o bem da sociedade». Para o confronto entre o art. 72.º, n.º 2, e o § 93, I, 2, 1.ª parte, *AktG*, v. M. Carneiro da FRADA, «A business judgment...», cit., p. 97.

²²⁶ Para a interpretação deste segmento final, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 45, s.; Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., 159; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Art. 72º», cit., p. 847.

defender que a intenção do legislador, ao plasmar a parte final do art. 72.º, n.º 2, do CSC foi a de orientar os administradores portugueses para a adopção de práticas reconhecidas de boa gestão empresarial²²⁷, estar-se-á, certamente, a cercear a inovação e a audácia empresarial. De modo a conseguir que a parte final do art. 72.º, n.º 2, do CSC ainda seja compatível com um espaço de discricionariedade dos administradores, foi proposto que ela seja «interpretada restritivo-teleologicamente (...). Assim, bastará ao administrador, para ficar isento de responsabilidade, que (contra)prove não ter actuado de modo “irracional” (incompreensivelmente, sem qualquer explicação coerente)»²²⁸.

Uma última nota. Alguma doutrina alemã, na sequência da positivação da *business judgment rule* no § 93 *AktG*, pronunciou-se no sentido da desnecessidade de tal alteração. Na verdade, o direito alemão já reconhecia um espaço de discricionariedade dos administradores — a responsabilidade dos administradores não é uma responsabilidade pelo resultado — e o *BGH* na sentença *Arag/Garmenbeck*²²⁹ tinha acolhido o princípio de que os membros do órgão de administração devem desfrutar de um amplo espaço de manobra, sem o qual a atividade empresarial é impensável. Para os mais críticos, nada de novo foi conseguido com a alteração ao § 93 *AktG*²³⁰.

Também em Portugal o reconhecimento da discricionariedade empresarial e da insindicabilidade das decisões empresariais são anteriores à nova redação do art. 72.º, n.º 2²³¹. Um aresto jurisprudencial convocou a *business judgment rule* para de-

²²⁷ Parece sustentar esta opinião M. CARNEIRO DA FRADA, «A *business judgment*...», cit., p. 96.

²²⁸ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*..., cit., pp. 45, s.; Ricardo COSTA, *Responsabilidade dos administradores*..., cit., pp. 83, ss. A. Pereira de ALMEIDA, *Sociedades comerciais*..., cit., p. 297.

²²⁹ *BGH*, 21.4.1997. Sobre esta sentença e o reconhecimento de «Unternehmerisches Ermessen», v. K. J. HOPT, § 93..., cit., Rdn. 81, p. 88. V. tb. H. FLEISCHER, «La “business judgment rule”...», cit., p. 1738.

²³⁰ Neste sentido, v. J. SEMLER, «Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft», *Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen*, 2005, p. 324, nt. 32.

²³¹ V. M. Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil*..., cit., pp. 96, ss.

cidir um caso de responsabilidade civil dos administradores²³². E hoje é sustentado na doutrina que «o *business judgment rule* já era, assim, praticável mesmo antes da reforma de 2006»²³³. Como já referimos, o art. 72.º, n.º 2, do CSC deve ver o seu âmbito de aplicação cingido aos deveres de cuidado e mais especificamente ao dever de tomar decisões razoáveis²³⁴. Ora, segundo o art. 72.º, n.º 2, do CSC devidamente entendido, se for cumprido o requisito procedimental de obtenção razoável de informação, se não houver conflitos de interesses e a decisão não for irracional, então *não há* lugar a responsabilidade civil pelos *erros de gestão*. Entrega-se ao juiz, neste entendimento, não a avaliação do mérito ou oportunidade da decisão empresarial tomada em espaço de discricionariedade, mas o «procedimento global demandado pela lei»²³⁵.

Considerando a controvérsia doutrinal que rodeia o art. 72.º, n.º 2, do CSC não é seguro que o mesmo venha a constituir um estímulo legal à assunção de riscos e à inovação empresarial. Neste momento, ainda não é claro que os administradores que estão a tomar decisões empresariais possam confiar no efeito protetor do art. 72.º, n.º 2, do CSC contra a responsabilização pelos efeitos danosos de erros de gestão resultantes de processos de decisão conformes com a lei. Dito de um outro modo: o art. 72.º, n.º 2, do CSC não torna dispensável a cobertura contra os riscos inerentes à violação dos deveres de cuidado e aos «honest mistakes»²³⁶.

²³² Cfr. Sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa de 27.10.2003, reproduzida em P. CAETANO NUNES, *Corporate...*, cit., p. 9, ss., Para a análise crítica desta sentença, v. Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos administradores...», cit., pp. 60, ss.

²³³ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, «Artigo 72.º», in: A. MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 280.

²³⁴ Tb. neste sentido, v. Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos administradores...», cit., p. 70.

²³⁵ Cfr. Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos administradores...», cit., p. 73. Tb. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...*, cit., p. 77, evidencia esta vertente procedimental do art. 72.º, n.º 2.

²³⁶ Expressão que já se encontrava na jurisprudência norte-americana mais antiga sobre *business judgment rule* que, por vezes, se limitava a considerar que os administradores e *officers* não podiam ser responsabilizados

Em minha opinião, o art. 72º, 2, do CSC aplica-se, por força do art. 9º do CCoop, às decisões empresariais tomadas pela direção da cooperativa e, pode, nos limites deste preceito, ter um efeito protetor dos diretores. Na verdade: *a)* as normas da responsabilidade civil pela administração da cooperativa, constantes do CCoop, não prevêm expressamente esta causa de exclusão da culpa e da ilicitude da atuação dos administradores²³⁷; *b)* os diretores da cooperativa estão vinculados pelos deveres de cuidado; *c)* o art. 72º, 2, do CSC integrado sistematicamente na Parte Geral do CSC, aplica-se também às sociedades anónimas; *d)* os princípios cooperativos não obstam a que, nos casos previstos na lei, seja excluída a ilicitude e a culpa dos diretores, se cumpridos os requisitos do art. 72º, 2, do CSC.

5.4. *Da aplicação da ação ut singuli às cooperativas*

No Código das Sociedades Comerciais, a responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade pode ser efetivada pela sociedade (art. 75.º), por sócios (minoritários) (art. 77.º)²³⁸ e pelos credores sociais (art. 78.º, n. 2)²³⁹. A ação social proposta pela sociedade necessita de ser deliberada por maioria simples e a ação deve ser proposta no prazo de seis meses a contar da deliberação (art. 75.º, n. 1, do CSC).

Não será de estranhar que a maioria (que elegeu os administradores) vote contra proposição de ação social de responsabilidade e, assim, inviabilize a responsabilização dos

por «honest mistakes». Sobre estes aspectos históricos, v. M. McMURRAY, «An historical perspective on the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgment rule», *Vanderbilt Law Review*, 40 (1987), pp. 613.

²³⁷ No sentido de que o art. 72º, 2, do CSC exclui a culpa e a ilicitude, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p.43; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 72º», cit., p.846, s

²³⁸ Sobre a ação social proposta por sócio, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 60, ss. ; Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 194, ss; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 77º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 886, ss.

²³⁹ Sobre as ações de responsabilidade, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 59, ss; Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 184, ss.

«seus» administradores. Ou que, deliberada a ação social de responsabilidade, não seja tal deliberação executada. Tal passividade perante atos ilícitos, culposos e danosos privará o património da sociedade da indemnização devida e repercutir-se-á negativamente no valor das participações sociais.

Para obviar a estas manobras protetoras dos administradores a legislação portuguesa permite, sob certos requisitos, que sócios minoritários (art. 77.º do CSC) e credores sociais (art. 78.º, n. 2, do CSC) possam exercer a ação social de responsabilidade. De modo a preservar este «corte» com a maioria, o art. 74.º, n. 1, do CSC determina que são *nulas* as cláusulas que subordinem o exercício da ação social de responsabilidade, quando intentada nos termos do art. 77.º, a prévio parecer ou deliberação dos sócios.

O art. 77.º do CSC regula a «ação de responsabilidade proposta pelos sócios». Sócios que disponham, pelo menos, de 5% do capital social, ou 2% (no caso de sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado), têm legitimidade ativa para intentar a ação social de responsabilidade, «com vista à reparação a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado»²⁴⁰.

A mera qualidade de sócio não é suficiente para o exercício desta ação; é necessário que o sócio ou sócios reúnam a percentagem de capital social exigida na lei. A exigência de frações mínimas de capital social (5% e 2%) pretende dar alguma consistência à iniciativa dos sócios. Daí que, embora muito divulgada, não é completamente rigorosa a qualificação desta

²⁴⁰ Sobre esta ação, v. Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 189, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 77º», cit., p. 886, ss.; Maria Elisabete RAMOS, «Minorias e a ação social de responsabilidade», in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, p. 373, ss. 2011 «Contencioso societário – ações de responsabilidade dos administradores», em *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 267, ss. Sobre a ação social *ut singuli* no contexto das cooperativas, v. Maria Elisabete RAMOS, «Ação *ut singuli* e cooperativas», in: *Jurisprudência cooperativa comentada – obra coletiva de comentários a acórdãos de jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola* (coordenação de Deolinda Aparício Meira) Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 445, ss..

acção como *ut singuli*. Mas ela também não é necessariamente uma «acção de grupo»²⁴¹, porque poderá ser intentada por um único sócio desde que ele detenha a percentagem do capital social prevista na lei.

Esta acção social exercida pelos sócios minoritários pressupõe que a *sociedade não tenha exigido a indemnização* devida pelos administradores. Tal requisito está presente no segmento normativo «quando a mesma a não haja solicitado»²⁴². O Código das Sociedades Comerciais não explicita o sentido deste requisito. Até recentemente, a doutrina portuguesa não se tinha debruçado sobre o sentido normativo deste inciso legal²⁴³.

Por intermédio da acção prevista no art. 77.º do CSC, os sócios minoritários vão efectivar a responsabilidade dos administradores *perante a sociedade*. Beneficiarão, por isso, da presunção de culpa dos administradores perante a sociedade, prevista no art. 72.º, n. 1, do CSC. A indemnização que vier a ser apurada ingressará no património da sociedade. Os sócios não recebem a indemnização devida pelos administradores.

A sociedade deverá ser chamada à causa (art. 77.º, n.º 4, do CSC), mas do lado ativo. Pode acontecer que os sujeitos que integram o lado ativo da acção defendam posições divergentes quanto à questão da responsabilidade dos administradores perante a sociedade.

Há o risco de a acção de responsabilidade proposta pela minoria ser degradada em utilizações perversas e abusivas. Em vez da prossecução do interesse da sociedade ou da cooperativa, aquela acção é usada, por exemplo, para desestabilizar a administração. O legislador português foi sensível a este risco e

²⁴¹ No sentido de que se trata de uma «acção de grupo», v. A. MENEZES CORDEIRO, *Art. 77.º*, in: A. MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 286.

²⁴² Sobre este requisito, v. Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 194, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 77º», cit., p. 888.

²⁴³ Sobre este requisito normativo, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 62 ss.; Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 189, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 77º», cit., p. 886, ss.

criou mecanismos para que os administradores das sociedades (e os diretores de cooperativas) não ficassem à mercê da litigância fútil e estratégica. Determina o art. 77.º, n.º 5, do CSC que «Se o réu alegar que o autor propôs a acção prevista neste artigo para prosseguir fundamentalmente interesses diversos dos protegidos por lei, pode requerer que sobre a questão assim suscitada recaia decisão prévia ou que o autor preste caução»²⁴⁴.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008²⁴⁵ entendeu que há uma «lacuna de tipo teleológico, detetada face a norma do regime societário potencialmente aplicável, procedendo, no caso, as razões justificativas da regulamentação desta norma» (art. 10.º, n.º 2, do Código Civil)²⁴⁶. O Tribunal sustentou que os princípios cooperativos da adesão voluntária e livre, da intercooperação e a ausência do fim lucrativo *não obstam* a que a lacuna seja integrada pelo art. 77.º do CSC²⁴⁷.

6. Identidade cooperativa e ventos de mudança

Em matéria de governação, há vários desafios com que as cooperativas têm de confrontar. Elegemos, pela sua importância, as questões do *voto plural*, da *profissionalização dos gestores* e dos *membros investidores*. Nesta discussão, devemos ter presente a identidade cooperativa, tal como se encontra definida pela Aliança Cooperativa Internacional, mas também a *interpretação*

²⁴⁴ Sobre a proteção do administrador contra a litigância sem fundamento, v. Maria Elisabete RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 189, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 77º», cit., p. 890.

²⁴⁵ Cfr. Maria Elisabete RAMOS, «Acção ut singuli e cooperativas — Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008», *Cooperativismo e Economía Social*, 31 (2008-2009), p. 273, ss.

²⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Outubro de 2008, *Colectânea de Jurisprudência*, 2008, t. IV, p. 205.

²⁴⁷ No sentido da aplicação do art. 77.º do Código das Sociedades Comerciais às cooperativas, v. J. António RODRIGUES, *Código Cooperativo anotado e comentado e legislação cooperativa*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Juris?, 2001, p. 147. V. também, M. Carneiro da FRADA/Diogo Costa GONÇALVES, «A acção ut singuli (de responsabilidade civil) e a relação do direito cooperativo com o direito das sociedades comerciais», *Revista de Direito das Sociedades*, 1 (2009/4), p. 885, s..

que desta identidade cooperativa fazem as ordens jurídicas que nos são culturalmente mais próximas²⁴⁸.

Uma das discussões é a que esgrime argumentos sobre se deve ou não ser admitido o *voto plural*, derogando-se o princípio democrático «um membro, um voto». Na verdade, o voto plural já é admitido em várias legislações europeias. Veja-se, por exemplo, o caso italiano que o prevê no art. 2 538 do *Codice Civile*²⁴⁹; algumas cooperativas francesas (art. L. 524-4 do Código Rural francês)²⁵⁰; a lei alemã das cooperativas²⁵¹.

Quanto ao *voto plural* nas cooperativas de primeiro grau, a sua admissão em termos condicionados está, em nossa opinião, dependente dos requisitos que passamos a enunciar^{252/253}:

- a. sempre dependente de previsão estatutária;
- b. apenas possível nas cooperativas agrícolas, de crédito e de serviços (logo, a exceção do *voto plural* não será aplicável às cooperativas de trabalho — produção operária, artesanato e pescas —, cooperativas de consumo e de solidariedade social);
- c. a exceção do *voto plural* não poderá abranger as matérias previstas nas alíneas g), h), i), j) e n) do art. 49.º do CCoop (matérias para cuja aprovação se exige maioria qualificada, nos termos do n.º 1 do art. 51.º do CCoop) ou quaisquer outras para cuja votação os estatutos prevejam maioria qualificada; relativamente

²⁴⁸ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 51, Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 3.2.

²⁴⁹ Sobre este regime, v. ANTONIO FICI, «Italia», cit., p. 492.

²⁵⁰ David HIEZ, «France», cit., p. 405.

²⁵¹ Hans-H. MÜNKNER, «Germany», Dante CRAGOGNA / Antonio FICI / Hagen HENRY (editors), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, p. 422.

²⁵² V., neste sentido, Deolinda Aparício MEIRA, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», cit., p. 19.

²⁵³ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 58, Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 2.2.

a estas matérias, mantém-se a regra «um membro, um voto»;

- d. atendendo à vocação mutualista da cooperativa, entendemos que o critério objetivo mais adequado será o critério económico, ou seja, a atribuição de um número de votos correspondente ao volume de transações efetuados entre o cooperador e a cooperativa;
- e. parece, aliás, que este critério da proporção das transações feitas por cada cooperador com a cooperativa — que poderemos designar de critério mutualista — será o que melhor preservará a identidade cooperativa, tanto mais que o legislador cooperativo já o consagra a propósito da distribuição do retorno, na decorrência do *princípio cooperativo da participação económica dos membros* (art. 3.º do CCoop).

Associado a este surge o debate em torno dos *membros investidores e do voto plural por eles exercido*²⁵⁴. Em nossa opinião, poderá ser reconhecido o *voto plural de membros investidores* desde que respeitadas as exigências já referidas para o exercício do voto plural e, além delas, os seguintes requisitos:

- a) a norma estatutária que preveja o *voto plural dos membros investidores* deverá estabelecer limites para que nenhum membro possa deter a maioria dos votos, designadamente: nenhum voto plural poderá ser superior a 5 votos sociais e o número total de votos plurais não poderá ser superior a 25% do número total dos cooperadores da cooperativa, no momento da votação;
- b) os membros investidores não poderão integrar os órgãos de administração e de fiscalização da cooperativa.

Em nossa opinião, deve ser mantida a competência da assembleia geral para eleger e destituir os membros desses

²⁵⁴ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 59; Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 2.2.

órgãos e deve ser estimulada a participação democrática dos cooperadores (e membros investidores) pela admissão do chamado voto por correspondência (eletrónico) em assembleias presenciais, desde que a cooperativa consiga assegurar a confidencialidade e autenticidade.

A composição do órgão de administração é um dos aspetos centrais em matéria de governo das cooperativas — quem pode integrar o órgão de administração e qual deve ser o número de membros.

Quanto à composição do conselho de administração, uma futura reforma deve promover/permitir a *profissionalização da gestão*²⁵⁵. Tendencialmente, as cooperativas são titulares de empresas e a gestão torna-se mais complexa, mais exigente. Para dar resposta a esta necessidade, deve ser alargado o âmbito de recrutamento dos membros do órgão de administração, cumprindo, ainda, o princípio da gestão democrática. Uma das formas de obter este equilíbrio é exigir que o presidente e a maioria dos titulares do órgão de administração sejam cooperadores. Esta regra visa facilitar a profissionalização da gestão das cooperativas, mas não afasta os cooperadores do órgão de gestão. A lei espanhola (art. 34.º, n.º 2) admite que os estatutos possam prever que até um terço dos administradores sejam peritos qualificados e não sejam membros cooperadores²⁵⁶.

Quanto à delegação de poderes de gestão e de representação da cooperativa, admite-se que, mediante cláusula estatutária, possa haver delegação de poderes de gestão²⁵⁷. As

²⁵⁵ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governação e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 57, Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 2.2.

²⁵⁶ Para a experiência espanhola em matéria de composição do órgão de administração, v. Isabel-Gemma Fajardo GARCÍA, «Spain», Dante CRAGOGNA / Antonio FICI / Hagen HENRÿ (editors), *International Handbook of Cooperative Law*, Hamburg: Springer / Heidelberg, 2013, p. 713.

²⁵⁷ No CSC, o conselho de administração executivo tem a tarefa indelegável da gestão executiva da sociedade. Por conseguinte, não se lhe aplica o disposto no art. 407.º do CSC. Neste sentido, v. Paulo CÂMARA, «Os modelos de governo das sociedades anónimas», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Idet/Almedina, 207, p. 229.

matérias relativas à relação mutualista da sociedade com os cooperadores, à admissão, demissão, exclusão de cooperadores e aplicação de sanções são indelegáveis. Esta solução é inspirada no art. 2 544 do *Codice Civile*.

Também nos parece conveniente reforçar a fiscalização da gestão da cooperativa. Assim, os casos em que a cooperativa não é obrigada à certificação legal de contas, cinco por cento dos membros podem requerer que a assembleia geral designe um revisor oficial de contas para auditar as contas de um específico ano financeiro²⁵⁸.

De modo a reforçar a fiscalização, devem ser previstos os casos em que é obrigatória a existência do revisor oficial de contas. Os modelos «anglo-saxónico» e «germânico» integram tipicamente o revisor oficial de contas. No modelo composto pelo conselho de administração e conselho fiscal, a obrigatoriedade do revisor oficial de contas depende do número de cooperadores e da dimensão da cooperativa. Assim, nas cooperativas com mais de vinte cooperadores e nas que estejam legalmente obrigadas a certificar as contas, o conselho fiscal deve ser composto por um presidente e dois vogais, sendo que um dos membros deve ser revisor oficial de contas. Nas cooperativas que tenham até vinte cooperadores, a fiscalização é assegurada por um fiscal único.

Conclusão

As cooperativas poderão ser um instrumento de combate à pobreza e à exclusão se aliarem cooperação e sustentabilidade, designadamente, financeira. A interpretação que outras ordens jurídicas têm feito da identidade cooperativa, dos seus valores e princípios deve ser objeto de reflexão crítica. E, parece-nos, não basta afirmar os princípios e valores cooperativos. É preciso vivenciá-los em cada experiência cooperativa; é preciso cultivá-los.

²⁵⁸ Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas...*, cit., p. 63; Deolinda Aparício MEIRA/Maria Elisabete RAMOS, «Um roteiro para a reforma da governança e do regime económico das cooperativas portuguesas», cit., n.º 2.3.

A gestão democrática exige o controlo democrático da gestão. As cooperativas, como outras organizações, não estão imunes a situações de conflitos de interesses que a jurisprudência portuguesa tem sido chamada a julgar. Em cumprimento dos princípios cooperativos e dos princípios constantes da Lei de Bases da Economia Social, há que cultivar a transparência e o controlo da gestão das cooperativas. Os gestores de cooperativas gerem bens alheios; devem no exercício desta gestão observar os deveres de cuidado e de lealdade. Devem também, em ordem a preservar a discricionariedade empresarial imprescindível a uma gestão bem-sucedida, poder invocar os meios de proteção previstos na lei. Neste contexto, os princípios cooperativos não obstam, em nossa opinião, a que às decisões empresariais dos membros da direção, tomadas em espaços de discricionariedade, seja aplicada a causa de exclusão da culpa e de ilicitude prevista no art. 72º, 2, do CSC.

A identidade cooperativa, matriz que distingue as cooperativas, deve ser preservada. Não deve, no entanto, ser promovido um entendimento cristalizado dos princípios cooperativos - o «concepto de esencia» que, segundo Hagen Henry, trava o desenvolvimento necessário da cooperativa. Os ventos de mudança que sopram de ordens jurídicas que nos são culturalmente próximas trazem notícias do acolhimento legal do voto plural, dos membros investidores e da profissionalização de gestão. Nunca abdicando da apreciação crítica de soluções acolhidas em outras ordens jurídicas, deveremos aproveitar a oportunidade aberta pela Lei de Bases da Economia Social - ou seja, a imposição de desenvolvimento legislativo nela consagrado - para debater o que é ajustado às cooperativas portuguesas em matéria de voto plural, membros investidores e profissionalização da gestão.

A GOVERNAÇÃO DA ECONOMIA SOCIAL. UMA REFLEXÃO A PARTIR DA LEI DE BASES DA ECONOMIA SOCIAL PORTUGUESA

*Deolinda Aparício Meira**

1. Apresentação

Esta comunicação pretende refletir sobre os contributos da Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, *Lei de Bases da Economia Social* (LBES)¹, para a clarificação das especificidades da governação (de forma simplista entendida como o conjunto de regras e instrumentos relativos à administração, fiscalização e controlo²) das entidades da economia social. De entre esses

* Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CECEJ — meira@iscap.ipp.pt

¹ A Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, *Lei de Bases da Economia Social* (LBES), foi aprovada por unanimidade pela Assembleia da República em 15 de março de 2013, após um longo período de discussão na especialidade do Projeto de Lei n.º 68/XII, de fevereiro de 2011, que a precedeu. Portugal surge, deste modo, como o segundo país na Europa (a seguir à Espanha — *Ley n.º 5/2011, de Economía Social*, que entrou em vigor em finais de abril de 2011) a aprovar uma Lei de bases da economia social. Entretanto, no Quebec (Canadá) foi aprovada, no dia 10 de outubro de 2013, a *Loi sur l'économie sociale* e em França foi já publicada a *Loi n.º 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*.

² Sobre o conceito de governação ver ABREU, C., *Governação das*

contributos darei particular destaque às finalidades prosseguidas por estas entidades e aos princípios orientadores da sua governação. Como questões prévias a esta reflexão, farei uma breve referência ao enquadramento constitucional do setor da economia social e delimitarei o âmbito subjetivo das entidades que o integram.

2. O reconhecimento constitucional da economia social

O art. 1.º da LBES, ao delimitar o seu objeto (traduzido no estabelecimento das bases gerais do regime jurídico da economia social), proclama expressamente que o faz «no desenvolvimento do disposto na Constituição quanto ao setor cooperativo e social».

Esta referência ao texto constitucional é de enorme relevância, dado que, em Portugal, a economia social tem o seu substrato jurídico em sede constitucional, uma vez que este setor é objeto de um tratamento jurídico autónomo por parte da *Constituição da República Portuguesa* (CRP), ainda que o texto constitucional não utilize esta designação, mas a expressão «setor cooperativo e social».

O setor cooperativo e social goza, então, de proteção num conjunto de preceitos que estão dispersos pelo texto constitucional, mas que, não obstante esta dispersão, estão implicitamente articulados entre si por um conjunto de princípios lógicos ou de vetores estruturantes, nas palavras de RUI NAMORADO³, como o princípio da coexistência dos três setores (público, privado e cooperativo e social), o princípio da liberdade de iniciativa cooperativa, o princípio da proteção do setor cooperativo e social, o princípio da obrigação do Estado estimular e apoiar a criação de cooperativas, e o princípio da conformidade com os princípios cooperativos da *Aliança Cooperativa Internacional* (ACI).

Sociedades Comerciais, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 8 e ss..

³ Ver NAMORADO, R., *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 81 e ss..

De entre estes princípios, destacarei, pela sua relevância quanto ao setor da economia social, o *Princípio da coexistência dos três setores* e o *Princípio da proteção do setor cooperativo e social*.

O *Princípio da coexistência dos três setores*, consagrado no art. 82.º, é considerado um dos preceitos-chave da «constituição económica» configurada na CRP. Esta norma garante a coexistência de três setores económicos — o setor público, o setor privado, e o setor cooperativo e social —, no mesmo plano e com a mesma dignidade constitucional, enquanto estruturas necessárias de um modelo económico consagrado constitucionalmente e que podemos caracterizar como sendo de uma economia social de mercado⁴. Nos termos do n.º 4 do art. 82.º da CRP, o setor cooperativo e social reparte-se por quatro subsectores, que correspondem a duas vertentes: a cooperativa (que engloba o subsector cooperativo) e a social (que abrange os subsectores autogestionário, o comunitário e o solidário).

Refira-se que o *Princípio da coexistência dos três setores* é de tal modo relevante que faz parte do elenco dos limites materiais de revisão [art. 288.º, al. f), da CRP], tratando-se, por isso, de uma matéria que não está na disponibilidade do poder de revisão. Assim, esta norma assume-se como uma típica garantia constitucional, na medida em que garante a existência de todos e de cada um dos setores, seja qual for o modelo económico que se queira implementar. Deste modo, o legislador poderá fazer variar a dimensão de cada um dos setores e deslocar as balizas entre eles, mas não poderá eliminar nenhum deles. Esta proibição é igualmente válida para os vários subsectores componentes do setor cooperativo e social⁵. Além de assegurar o substrato mínimo de cada um dos referidos setores e subsectores, a garantia constitucional assegura também um tratamento público essencialmente igual das empresas dos diversos

⁴ Ver, neste sentido, MIRANDA, J. / MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, p. 27.

⁵ Ver, neste sentido, CANOTILHO, G. / MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007, pp. 976-977.

setores, sem discriminações injustificadas, mas sem prejuízo das discriminações positivas da Constituição relativamente ao setor cooperativo e social — art. 85.º da CRP.

Daqui resulta que a «definição dos setores de propriedade dos meios de produção», a que a CRP se refere no art. 165.º, n.º 1, al. j), não tem de ser imutável, podendo portanto variar os «limites entre o setor público, o setor privado e o setor cooperativo e social» [art. 136.º, n.º 3, al. b)], dando maior peso a um ou a outro consoante a perspetiva mais ou menos liberal ou intervencionista do poder político. Todavia, quanto ao setor cooperativo e social, tal variação terá de atender à obrigação de o Estado o proteger especialmente [art. 80.º, al. e)], e de apoiar e estimular as cooperativas e as experiências de autogestão (art. 85.º).

Particular atenção merece também o *Princípio da proteção do setor cooperativo e social* [al. f) do art. 80.º da CRP] que fundamenta quer as discriminações positivas deste setor relativamente aos restantes quer a previsão de medidas materiais que permitam o seu desenvolvimento.

Na decorrência deste princípio, o art. 85.º consagra, no seu n.º 1, o estímulo e o apoio à criação e à atividade das cooperativas, afirmando que «o Estado estimula e apoia a criação e a atividade de cooperativas» e, no seu n.º 2, garante que «a lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico». O «estímulo» decorrerá, sobretudo, de medidas de natureza legislativa que suscitem o interesse pelo exercício da atividade cooperativa, enquanto que o «apoio» decorrerá, essencialmente, de medidas de natureza administrativa que visem, em concreto, facilitar esse mesmo exercício⁶.

O n.º 2 do art. 85.º concretiza a discriminação positiva das cooperativas relativamente ao setor privado (o que será de estender às restantes entidades do setor social), definindo as formas de fomento à criação e atividade das cooperativas, im-

⁶ Ver, neste sentido, FONSECA, R. G., *Comentário à Constituição Portuguesa*, II Volume, *Organização económica (Artigos 80.º a 107.º)*, coordenação de OTERO, P., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 350-354.

pondo à lei a definição de benefícios fiscais e financeiros, bem como o estabelecimento de condições privilegiadas em matéria de acesso ao crédito e ao auxílio técnico⁷.

3. A delimitação subjetiva das entidades que integram o setor da economia social

Nos termos do art. 4.º da LBES, «integram a Economia Social, nomeadamente, as seguintes entidades, desde que constituídas em território nacional: a) cooperativas; b) associações mutualistas; c) Misericórdias; d) fundações; e) instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas alíneas anteriores; f) associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local; g) entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, integrados nos termos da CRP no setor cooperativo e social; h) outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social, previstos no art. 5.º da LBES, e que constem da base de dados da economia social».

Assim, a LBES não adota a forma jurídica das entidades como critério exclusivo de delimitação subjetiva. Efetivamente, o legislador, para além das formas jurídicas correspondentes à delimitação tradicional das famílias da economia social (cooperativas, mutualidades, associações e fundações), fala, igualmente, de um estatuto jurídico (o *Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social* — EIPSS⁸). Considero acertada esta opção do legislador, pois, não obstante as *Instituições Particulares de Solidariedade Social* (IPSS) poderem revestir a forma de associações de solidariedade social, associações mutualis-

⁷ Para uma análise desenvolvida do enquadramento constitucional da economia social em Portugal, designadamente quanto às cooperativas, ver MEIRA, D., «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 31-46.

⁸ O Estatuto das IPSS (EIPSS), constante do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, foi recentemente alterado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de novembro.

tas ou de socorros mútuos, fundações de solidariedade social e Irmandades da Misericórdia, tal estatuto também pode ser concedido por equiparação a cooperativas (Lei n.º 101/97, de 13 de setembro⁹), a Casas do Povo (Decreto-Lei n.º 171/98, de 25 de junho, e o Despacho n.º 17747/99, de 10 de setembro¹⁰) ou a outras entidades não abrangidas pelas famílias tradicionais da economia social¹¹.

Na al. d) desta norma, o legislador destacou, dadas as suas especificidades, as Misericórdias, que são associações que integram a ordem jurídica canónica e que visam — enquadradas pelos princípios da doutrina e moral cristãs — satisfazer carências sociais e praticar atos de culto católico, tendo, na ordem jurídica civil, a natureza de instituições particulares de

⁹ Nos termos do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro, são cooperativas de solidariedade social as que através da cooperação e entajuda dos seus membros, em obediência aos princípios cooperativos, visem, sem fins lucrativos, a satisfação das respetivas necessidades sociais e a sua promoção e integração, nomeadamente nos seguintes domínios: a) apoio a grupos vulneráveis, em especial a crianças e jovens, pessoas com deficiência e idosos; b) apoio a famílias e comunidades socialmente desfavorecidas com vista à melhoria da sua qualidade de vida e inserção socioeconómica; c) apoio a cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, durante a sua permanência fora do território nacional e após o seu regresso, em situação de carência económica; d) desenvolvimento de programas de apoio direcionados para grupos alvo, designadamente em situações de doença, velhice, deficiência e carências económicas graves; e) promoção do acesso à educação, formação e integração profissional de grupos socialmente desfavorecidos.

¹⁰ Nos termos dos arts. 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 4/82, de 11 de janeiro, as Casas do Povo são pessoas coletivas de utilidade pública, de base associativa, constituídas por tempo indeterminado com o objetivo de promover o desenvolvimento e o bem-estar das comunidades, especialmente as do meio rural. Incumbe-lhes, designadamente, o desenvolvimento de atividades de carácter social e cultural, com a participação dos interessados, a colaboração com o Estado e as autarquias, proporcionando-lhes o apoio que em cada caso se justifique, por forma a contribuírem para a resolução de problemas da população residente nas respetivas áreas. Para a realização dos seus objetivos, deverão as Casas do Povo: a) promover ações de animação sociocultural, quer por iniciativa própria, quer de acordo e em coordenação com outras entidades; b) fomentar a participação das populações nas ações tendentes a satisfazer as necessidades da comunidade da respetiva área e a melhorar a sua qualidade de vida.

¹¹ Para uma análise desenvolvida do Estatuto das IPSS, ver LOPES, L., *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.

solidariedade social (art. 69.º do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, com as alterações constantes do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de novembro). Neste âmbito legal, a esta família da economia social pertencem todas as Santas Casas da Misericórdia, as Irmandades das Santas Casas das Misericórdias e Misericórdias existentes em Portugal¹².

Tendo em conta o enquadramento constitucional do setor da economia social, a LBES inclui neste elenco as entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, integradas nos termos da CRP no setor cooperativo e social. O subsector comunitário abrange «os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais» [art.º82.º, n.º 4, al. b) da CRP]. O subsector autogestionário compreende «os meios de produção objeto de exploração coletiva por trabalhadores» [art.º82.º, n.º 4, al. c) da CRP].

Quanto às formas jurídicas (cooperativas, mutualidades, associações e fundações), as cooperativas surgem, no texto final aprovado, no primeiro lugar desta enumeração, e não em quinto lugar como constava do projeto de lei. Trata-se de uma evolução acertada, tendo em conta que as cooperativas desde sempre se apresentaram como o braço mais robusto da economia social, assentando em lógicas e critérios de base absolutamente homólogos em todas as partes do mundo¹³. Como destaca MONZÓN CAMPOS, a economia social aparece vinculada historicamente às cooperativas, que constituem o seu eixo vertebral, tendo os princípios cooperativos servido de referência para a definição dos princípios orientadores da economia social, como veremos¹⁴. Acresce que, quando comparada com a vertente social, a cooperativa beneficia de uma proteção mais completa por parte da CRP.

¹² Excetua-se a *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa* que é uma pessoa coletiva de utilidade pública administrativa, estando integrada no setor da Administração Pública (Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de agosto), pelo que não pode ser incluída no setor da Economia Social.

¹³ Ver, neste sentido, DABORMIDA, R., «Le legislazioni cooperative nei paesi della Comunità Europea», *Rivista del Diritto Commerciale*, 7/8, 1989, pp. 451 e ss..

¹⁴ Ver MONZÓN CAMPOS, J. L., «La economía social ante los nuevos desafios», *in: Estudios de Economía Social*, Universidad de Valladolid, 2010, pp. 23-25.

Para além destas entidades, que poderemos designar por entidades da economia social *ex lege*, o legislador prevê, na al. h) desta norma, a possibilidade de integrarem o setor da economia social outras entidades, desde que preencham três requisitos, a saber: tenham personalidade jurídica, respeitem os princípios orientadores da economia social e constem da base de dados da economia social (esta inclusão na base de dados apresenta-se como um requisito *sine qua non*).

Sublinhe-se, antes de mais, que andou bem o legislador ao partir do pressuposto de que atualmente já não podemos definir a economia social apenas pelas suas famílias tradicionais (cooperativas, mutualidades, associações e fundações), podendo integrar o setor outras organizações, desde que preencham os requisitos acima mencionados. Estas entidades serão, então, entidades da economia social «por concessão».

Levanta-se, todavia, a questão de saber, em primeiro lugar, a quem caberá decidir se um determinado tipo de entidade pode integrar a base de dados da economia social e quais os critérios que presidem a essa inclusão; e, em segundo lugar, se estão preenchidos os demais requisitos e, nessa decorrência, «conceder» a essa entidade a natureza de entidade da economia social. Por outras palavras, a quem cabe tal reconhecimento e qual a natureza do mesmo?

A resposta a estas questões é fundamental, em nome da segurança e certeza jurídicas que a LBES assume como sendo uma das suas finalidades. Ora, são duas as organizações que se apresentam, no nosso ordenamento jurídico, com competência para tal: a *Cooperativa António Sérgio para a Economia Social* (CASES), criada pelo Decreto-Lei n.º 282/2009, de 7 de outubro; e o *Conselho Nacional para a Economia Social* (CNES), criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/2010, de 4 de agosto.

A CASES tem a natureza jurídica de cooperativa de interesse público e tem como atribuições, entre outras, a de incentivar a constituição de organizações da economia social, promover e difundir os princípios e valores prosseguidos pelas mesmas, fomentar o reconhecimento e a capacitação institucional das organizações da economia social [art. 4.º, n.º 2, als.

a) a d), do Decreto-Lei n.º 282/2009].

Por sua vez, o CNES é um órgão de acompanhamento e consulta do Governo no domínio das estratégias e das políticas públicas de promoção e de desenvolvimento da economia social, cabendo-lhe, entre outras, a competência de «propor ao governo iniciativas legislativas e debater matérias que afetem a economia social ou cada uma das suas componentes» [art. 2.º, al. c), da Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/2010]. Mas haverá que regulamentar este «reconhecimento por concessão» consagrado na LBES.

4. A finalidade de interesse geral prosseguida pela economia social

Nos termos do n.º 1 do art. 2.º da LBES, «entende-se por Economia Social o conjunto das atividades económico-sociais, livremente levadas a cabo por entidades referidas no art. 4.º [...)], atividades estas que «têm por finalidade prosseguir o interesse geral da sociedade, quer diretamente quer através da prossecução dos interesses dos seus membros, utilizadores e beneficiários, quando socialmente relevantes».

Desta norma resulta que o legislador associa a noção de economia social a um específico objeto social, traduzido no exercício de uma atividade económico-social, a qual terá por finalidade a prossecução de um interesse geral.

Quanto à atividade desenvolvida, o texto final aprovado não coincide com o texto do Projeto de Lei: a expressão «atividades económicas e empresariais» constante do Projeto de Lei foi substituída pelo termo «atividades económico-sociais».

O termo atividade económica significará, nas palavras de RUI NAMORADO, uma atividade de «produção de bens e serviços, sob a égide de uma racionalidade que implique a maximização dos resultados, a contenção dos custos e a reprodutibilidade das virtualidades produtivas»¹⁵. Ter uma atividade

¹⁵ NAMORADO, R., «Os quadros jurídicos da economia social – uma introdução ao caso português», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 251, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2006, p. 9.

económica é condição necessária para se considerar que uma entidade integra o setor da economia social. Assim, se uma entidade prosseguir fins sociais mas não desenvolver uma atividade económica, não poderá pertencer ao setor da economia social. Se assim não fosse, todas as fundações, que têm necessariamente «fins de interesse social»¹⁶, estariam incluídas no setor da economia social¹⁷.

Contudo, esta atividade não é apenas uma atividade económica, mas também uma atividade social. Cremos que, com o estabelecimento desta ligação, através de um hífen entre os termos «económico» e «social», o legislador pretendeu destacar que a atividade desenvolvida pelas entidades da economia social não tem uma finalidade lucrativa, mas a finalidade de satisfazer as necessidades quer dos membros, mediante a participação destes na referida atividade (mutualidade), quer da comunidade¹⁸. Assim, se compreende, como veremos mais adiante, que um dos princípios orientadores da economia social seja o do «primado da pessoa e dos objetivos sociais», desde logo sobre o capital.

Consideramos, contudo, criticável o abandono do termo «empresarial», que encontramos quer na Lei de Bases espanhola¹⁹, quer na do Quebec²⁰, quer ainda na lei de bases

¹⁶ Nos termos do art. 3.º da Lei-Quadro das Fundações (Lei n.º 24/2012, de 9 de julho), uma fundação é uma «pessoa coletiva sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social», entendendo-se por fins de interesse social «aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios, designadamente, assistência a pessoas deficientes, refugiados e imigrantes, vítimas de violência, a promoção da cidadania, da cultura, da investigação científica, das artes do desporto, da proteção da família, de crianças e jovens, entre outros».

¹⁷ Ver, sobre esta questão, PÉREZ ESCOBAR, M., *La actividad económica de las fundaciones: tensiones legislativas e interés general*, Thomson- Civitas, 2008.

¹⁸ Ver, neste sentido, FAJARDO GARCÍA, I.-G., «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», *Revista de Derecho de Sociedades*, Ano 2012-1, N.º 38, p. 269.

¹⁹ O art. 2.º da *Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social* fala em «atividades económicas e empresariais».

²⁰ Nesta lei fala-se em «atividades económicas realizadas com fins sociais no quadro de empresas [...]» (Ponto 3 do Capítulo I).

francesa²¹. PANIAGUA ZURERA, a propósito da concretização desta expressão na Lei de Bases para a economia social espanhola, enfatiza a ideia de que ela significará que a atuação destas entidades assentará em critérios de competitividade e de rentabilidade, sujeitando-se à disciplina do custo-benefício²². Esta atividade empresarial significará que estaremos perante entidades que desenvolvem uma atividade tendente a alcançar um menor custo dos bens ou serviços, em proveito dos membros ou da comunidade, do que aquele que se obteria por outros meios. Mesmo em entidades que prosseguem fins essencialmente sociais, a perspetiva empresarial estará sempre presente, dado que tais fins satisfazem necessidades que implicam um custo e têm um preço.

Quanto à finalidade prosseguida — o interesse geral —, considero que este se prende não apenas com o facto de estas entidades prosseguirem fins sociais, surgindo como parceiros do Estado Social e cooperando com este na garantia de um mínimo vital de direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos («uma parceria público-social»²³ assumida entre o Estado e as entidades da economia social), mas também com o seu peculiar modo de organização e funcionamento, distinto do setor público e do setor privado²⁴, e refletido nos seus princípios orientadores, de entre os quais se destaca a este propósito o da «conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral» como daremos conta.

Ora, quanto à prossecução deste interesse geral, o legislador admite que o mesmo possa ser prosseguido diretamen-

²¹ O art. 1.º da Lei francesa dispõe que a economia social e solidária é «*un mode d'entreprendre et de développement économique*», referindo-se ao longo de todo o texto a palavra «*entreprise*».

²² PANIAGUA ZURERA, M., *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 146.

²³ Expressão constante da *Carta de Cascais para a Economia Social*, aprovada pelo Conselho Nacional para a Economia Social (CNES) e apresentada no Congresso internacional subordinado ao tema «A economia social nos desafios do século XXI», em 29 de junho de 2013.

²⁴ Ver, neste sentido, FUSTER ASENCIO, M. C., «Razones que justifican una fiscalidad específica de las mutualidades de previsión social», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 20, pp. 18 e ss.

te ou indiretamente através da promoção dos interesses dos membros, utilizadores e beneficiários.

Como exemplo de entidades que prosseguem diretamente fins de interesse geral, aponte-se o das entidades com o EIPSS, estatuto que enquadra pessoas coletivas, sem finalidade lucrativa, «constituídas exclusivamente por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de justiça e de solidariedade, contribuindo para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos, desde que não sejam administradas pelo Estado ou por outro organismo público» (art. 1.º do EIPSS). Estaremos, por isso, perante entidades que têm como principal objetivo a solidariedade social, com uma clara missão de apoio a situações de vulnerabilidade económica e social, assentando num paradigma assistencialista de intervenção social²⁵.

Haverá outras entidades em que a prossecução deste interesse geral é indireta. É o caso das cooperativas — com exceção do caso particular das cooperativas de solidariedade social — em cujo objeto social se articulam duas dimensões: a económica e a social. Efetivamente, as cooperativas são empresas que visam diretamente o exercício de uma atividade económica (art. 7.º do *Código Cooperativo Português – CCoop*), que é desenvolvida no interesse dos seus membros, mas tendo sempre em vista a prossecução de objetivos sociais.

De facto, o fenómeno cooperativo, desde sempre, combinou uma dimensão fortemente social com uma dimensão económica, traduzida esta na satisfação dos interesses económicos dos seus membros. Esta combinação resulta, desde logo, da própria noção de cooperativa constante do art. 2.º do *CCoop*, nos termos do qual o objeto da cooperativa se traduz na satisfação, sem fins lucrativos, das necessidades económicas, sociais ou culturais dos seus membros, e do modo de gestão da empresa cooperativa que, nos termos daquela noção, assenta na obediência aos princípios cooperativos, e na cooperação e entreaajuda dos membros. A missão social das cooperativas re-

²⁵ Sobre esta questão, ver ALMEIDA, V., *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina/CES, Coimbra, 2011, p. 94.

sulta, sobretudo, desta obediência aos princípios cooperativos formulados em 1995 em Manchester, princípios que constituem o aspeto da *Identidade Cooperativa* com reflexos jurídicos mais importantes e diretos, e de entre os quais se destaca a necessária convivência, nas cooperativas, das dimensões económica e social. Efetivamente, as cooperativas prosseguem uma clara missão social, conjugando os interesses dos seus membros com o interesse geral e com a conseqüente prossecução de objetivos de desenvolvimento sustentável. Os fins e a função da cooperação não se circunscreverão aos seus membros, devendo atender, igualmente, aos interesses da comunidade onde a cooperativa desenvolve a sua atividade.

Neste sentido, o *Princípio do interesse pela comunidade*, que aparece enunciado no art. 3.º do *CCoop*, dispõe que «as cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, através de políticas aprovadas pelos membros», pelo que as cooperativas se assumem como organizações que, existindo para benefício dos seus membros, assumirão, concomitantemente, uma responsabilidade perante a comunidade em que se insiram, ou seja, assegurarão que se realizará o desenvolvimento sustentável dessas comunidades, nas suas distintas facetas: económica, social e cultural²⁶.

Do exposto resulta que a governação das entidades da economia social se orienta para a promoção dos interesses dos membros ou beneficiários, mediante a participação destes na referida atividade (mutualidade), ou para a satisfação das necessidades da comunidade, ou ambas, o que pressupõe um peculiar modo de organização e funcionamento.

²⁶ Sobre esta questão, ver MEIRA, D., *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, 2009, Porto, pp. 58-71.

5. Os princípios orientadores da economia social e o seu impacto na governação das entidades da economia social

5.1. Preliminar

O art. 5.º da LBES enuncia os princípios orientadores que devem ser observados pelas entidades da economia social no exercício da sua atividade e conseqüentemente na organização e funcionamento das mesmas. Consagra a referida norma que «as entidades da economia social são autónomas e atuam no âmbito das suas atividades de acordo com os seguintes princípios orientadores:

- a. o primado da pessoa e dos objetivos sociais;
- b. a adesão e participação livre e voluntária;
- c. o controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros;
- d. a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral;
- e. o respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e não discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade;
- f. a gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social;
- g. a afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da economia social, constitucionalmente consagrada».

Quanto ao elenco dos princípios orientadores é notória a forte influência dos valores e princípios cooperativos que integram, conjuntamente com a noção de cooperativa, a chamada «Identidade Cooperativa» definida pela *Aliança Cooperativa*

Internacional (ACI), em Manchester, em 1995.

Os valores, que funcionam como uma estrutura ética dos princípios cooperativos, são:

- os valores de autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, nos quais assentam a atividade das cooperativas como organizações;
- os valores da honestidade, transparência, responsabilidade social e altruísmo que se dirigem ao comportamento individual dos cooperadores enquanto tais.

Por sua vez, os princípios cooperativos são sete:

- adesão voluntária e livre;
- gestão democrática pelos membros;-
- participação económica dos membros;
- autonomia e independência;
- educação, formação e informação;
- intercooperação;
- e interesse pela comunidade²⁷.

O modo de organização e funcionamento das entidades da economia social deverá assentar na obediência a estes princípios orientadores²⁸.

²⁷ Sobre o conceito de «identidade cooperativa», ver NAMORADO, R., «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; e FICI, A., «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, N.º 24, 2013, pp. 37-64.

²⁸ Considerando que a qualificação de estes princípios como orientadores é insuficiente, dado o carácter essencial dos mesmos, ver PAZ CANALEJO, N., *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 74 e ss..

5.2. *Uma governação autónoma*

Cumpre, desde logo, destacar a ênfase colocada pela LBES na autonomia destas entidades e na gestão autónoma das mesmas, ainda que o legislador não determine em que consiste esta autonomia, nem ofereça critérios para aferir da sua existência.

Considero que, quando se afirma que as entidades da economia social são autónomas, pretende-se realçar que as mesmas têm uma personalidade jurídica própria e distinta de cada um dos seus membros, têm uma individualidade jurídica própria traduzida na aptidão para serem titulares autónomos de relações jurídicas. Esta personalidade jurídica implica, necessariamente, a autonomia patrimonial, ou seja a circunstância de estas entidades terem um património próprio, diferente e independente dos patrimónios dos respetivos membros.

Quanto o legislador fala numa gestão autónoma e independente face às autoridades públicas e outras entidades externas, terá por referência o princípio cooperativo da autonomia e da independência. Assim, esta gestão autónoma e independente assumirá um duplo significado.

Por um lado, significará a garantia de que as relações das entidades da economia social com o Estado não conduzem à sua instrumentalização. O Estado determinará o quadro legislativo que regulará o funcionamento destas entidades, devendo, em concreto, a lei definir os benefícios fiscais e financeiros, assim como o estabelecimento de condições privilegiadas em matéria de acesso ao crédito, ao auxílio técnico, entre outras. Neste sentido, mais adiante, no art. 9.º da LBES, consagra-se que o Estado, no seu relacionamento com estas entidades, deve: «estimular e apoiar a criação e a atividade» das mesmas [al. a) do art. 9.º da LBES]; «assegurar o princípio da cooperação, considerando, nomeadamente no planeamento e desenvolvimento dos sistemas sociais públicos, a capacidade instalada material, humana e económica das entidades da economia social, bem como os seus níveis de competência técnica, e de inserção no tecido económico e social do país» [al. b) do art. 9.º da LBES]; e «garantir a necessária estabilidade das relações

estabelecidas com as entidades da economia social» [al. d) do art. 9.º da LBES]. Em suma, o Estado deverá estimular o setor da economia social, mas não o poderá tutelar.

Por outro lado, esta autonomia visará assegurar que a entrada de capitais de fontes externas não põe em causa, nem a independência, nem o controlo democrático destas entidades pelos seus membros, o que assume enorme relevância, dado que muitas entidades da economia social necessitam de fundos externos, públicos ou privados, para o desenvolvimento das respetivas atividades.

5.3. Uma governação democrática e participada

Estas entidades caracterizam-se por uma governação democrática e participada, o que decorre dos princípios orientadores da adesão e participação livre e voluntária, do controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros e do respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e não discriminação.

A democraticidade dos processos de decisão é considerada como uma das mais relevantes especificidades da governação destas entidades, nas quais, diversamente das sociedades de capitais, as relações de poder entre os membros, a composição dos órgãos sociais e o seu funcionamento, não serão determinadas pela participação no capital social. É neste sentido que deve ser entendido o princípio orientador da al. a) do art. 5.º da LBES, que estabelece o primado da pessoa e dos objetivos sociais.

A governação democrática assenta na participação ativa, por parte dos membros, na definição das políticas das entidades da economia social e na tomada de decisões, participando nas assembleias gerais e integrando os demais órgãos sociais. A governação democrática pelos membros assenta, ainda, na regra da igualdade de direitos de voto, independentemente da sua participação financeira («um homem, um voto»), a eleição, pelos membros, dos titulares dos órgãos sociais, que terão de ser obrigatoriamente membros da entidade.

Concretizemos, de forma breve, as especificidades desta governação democrática e participada recorrendo ao regime jurídico das cooperativas e das associações mutualistas.

A governação da cooperativa surge como uma governação participada, desde logo porque, por força da vocação mutualista da cooperativa (art. 2.º do *CCoop*), a atuação dos órgãos de administração da cooperativa se orienta para a promoção dos interesses dos cooperadores, ou seja, para a satisfação das necessidades económicas, sociais e culturais destes. Na realidade, as cooperativas caracterizam-se pela coincidência, nos seus cooperadores, da qualidade de membros e da de destinatários das operações cooperativas. Esta «dupla qualidade» terá como base ou pressuposto o desenvolvimento de uma atividade económica que vise a satisfação das necessidades dos cooperadores e na qual estes participam²⁹. Efetivamente, nas cooperativas, constitui requisito *sine qua non* o envolvimento direto e ativo dos seus membros na própria atividade que a cooperativa desenvolve [art. 34.º, n.º 2, al. c), do *CCoop*], ou seja, no cumprimento do seu objeto social.

Acresce que, na decorrência do princípio da gestão democrática pelos membros (art. 3.º do *CCoop*³⁰), a administração das cooperativas caracteriza-se como sendo uma administração democrática. Os cooperadores participam na definição das políticas da cooperativa e na tomada de decisões nas assembleias gerais [arts. 33.º, n.º 1, al. a), e 34.º, n.º 2, al. a), do *CCoop*] e integram os demais órgãos sociais da cooperativa³¹. Efetivamente, os membros dos órgãos sociais são eleitos pela assembleia geral de

²⁹ *Ver*, sobre esta questão, FICI, A., «Cooperative Identity and the Law», cit., pp. 44-46.

³⁰ O art. 3.º do *CCoop* consagra que «as cooperativas são organizações democráticas geridas pelos seus membros, os quais participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos membros que os elegeram. Nas cooperativas de primeiro grau, os membros têm iguais direitos de voto («um membro, um voto»), estando as cooperativas de outros graus organizadas também de uma forma democrática».

³¹ *Ver*, neste sentido, HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, Éditions Delmas, Daloz, 2013, p. 181.

entre o coletivo dos cooperadores (n.º 1 do art. 40.º do *CCoop*) e as decisões da assembleia geral são obrigatórias para os restantes órgãos e para todos os membros (n.º 1 do art. 44.º do *CCoop*)³².

A gestão democrática pelos membros assenta na regra da igualdade de direitos de voto — pelo menos nas cooperativas de primeiro grau (art. 51.º, n.º 1, do *CCoop*) —, admitindo-se exceções para as cooperativas de segundo grau (art. 83.º do *CCoop*) e para as cooperativas que resultem da associação entre cooperativas ou entre cooperativas e pessoas coletivas de direito público (art. 8.º, n.º 2, do *CCoop*). Para estas o legislador cooperativo português admite, expressamente e desde que estatutariamente consagrado, o voto plural, definido em função de um «critério objetivo» e de acordo com o *Princípio democrático* (art. 83.º do *CCoop*).

Por sua vez, as associações mutualistas são governadas pelos seus membros, que integram os órgãos associativos (art. 87.º do Código das Associações Mutualistas - CAM³³). Nesta decorrência, os membros da associação mutualista têm o direito de participar na vida democrática da associação (art. 8.º do CAM), integrando e votando nas assembleias gerais, com base na regra «um homem, um voto» (arts. 8.º e 61.º do CAM).

Assim, a assembleia geral é constituída por todos os associados maiores no pleno gozo dos seus direitos associativos, os quais se podem fazer representar por outros nas reuniões da assembleia geral, nas condições e pela forma estabelecidas nos estatutos, não podendo cada associado representar mais de um associado (art. 61.º, n.º 2, do CAM).

Os estatutos das associações de âmbito nacional podem prever a existência de uma assembleia de delegados, de modo a assegurar adequada representação dos associados por áreas geográficas, locais de trabalho ou grupos profissionais (art. 75.º do CAM).

Saliente-se, finalmente, que o *Princípio da adesão e participação*

³² Sobre o alcance do modelo da assembleia geral como «órgão supremo» da cooperativa, ver MÜNKNER, H.-H., *Chances of Co-operatives in the Future. Contribution to the International Co-Alliance Centennial 1895-1995*, Marburgo/Lahn, 1995, p. 106; e HENRY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, International Labour Office, Genebra, 2012, pp. 80-86.

³³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/1990, de 3 de março.

livre e voluntária e o *Princípio do controlo democrático pelos seus membros* não se aplicarão às fundações, dado que estas são a personalização de um património afetado à prossecução de um interesse social e não a personalização de um coletivo de pessoas. O legislador deveria ter excecionado esta situação, assumindo de forma clara a heterogeneidade que caracteriza o setor e a dificuldade de definir um conjunto de princípios que enquadre todas as entidades³⁴. Claro que poderemos sempre argumentar que estes princípios são qualificados de princípios orientadores, pelo que a não observância de alguns deles por parte das entidades da economia social não implicará a não qualificação destas entidades como entidades da economia social, tanto mais que as fundações correspondem a uma forma jurídica reconhecida, na al. d) do art. 4.º da LBES, como uma entidade da economia social. São, tal como já foi destacado, entidades da economia social *ex lege*.

5.4. *Os limites impostos aos órgãos em matéria de aplicação de resultados*

A al. g) do art. 5.º da LBES dispõe que as entidades da economia social deverão afetar os «excedentes» à prossecução dos seus fins, de acordo com o interesse geral. Por outras palavras, o legislador determina o reinvestimento dos resultados, ou pelo menos da sua maioria, na prossecução do objeto social.

Refira-se, desde logo, que a utilização do termo «excedentes» na al. g) desta norma não me parece a mais adequada. O legislador deveria ter utilizado o termo «resultados»³⁵, dado

³⁴ Foi esta a solução adotada na *Carta de Princípios da Economia Social* estabelecida pela Conferência Europeia Permanente das Cooperativas, Mutualidades, Associações e Fundações (CEP-CMAF), na qual se consagra, entre outros, o princípio do «controlo democrático pelos seus membros (exceto as fundações que não possuem membros associados)». Ver, sobre estas especificidades das fundações face a estes princípios, FAJARDO GARCÍA, I.-G., «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», cit., p. 260.

³⁵ Na Lei de Bases para a Economia Social espanhola, a expressão utilizada na al. b) do art. 4.º é «aplicação dos resultados» e, na lei francesa o termo utilizado, na al. a) do n.º 3 do art. 1.º, é «benefícios» (*bénéfices*).

que o termo «excedentes» identifica um específico tipo de resultados característico das cooperativas, não sendo, por isso, suficientemente amplo para abranger as demais entidades.

Efetivamente, o excedente resulta de operações da cooperativa com os seus cooperadores, sendo gerado à custa destes, constituindo «o resultado de uma renúncia tácita dos cooperadores a vantagens cooperativas imediatas»³⁶. O excedente define-se, assim, como um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa. De facto, nas cooperativas pode existir retorno de excedentes, por força do que dispõe o n.º 1 do art. 73.º do *CCoop*. Só não será assim para as cooperativas de solidariedade social, nas quais todos os excedentes reverterão obrigatoriamente para reservas (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro), e nas cooperativas de habitação (art. 15.º do Decreto-Lei n.º 509/99, de 19 de novembro).

Ainda assim, e não obstante esta inadequada utilização do termo referido, a redação atual da al. g) do art. 5.º da LBES constitui uma das mais importantes evoluções relativamente ao texto do Projeto de Lei. Este consagrava, como um dos princípios orientadores, a obrigatoriedade do reinvestimento final dos excedentes obtidos na prossecução das atividades da organização [al. g) do art. 5.º], entrando, claramente, em conflito com o regime jurídico das cooperativas.

Na discussão, na especialidade, do Projeto de Lei de Bases percebeu-se a necessidade de alterar o texto da *Lei de Bases* de modo a que este tivesse em conta esta especificidade da distribuição dos excedentes, que é própria das cooperativas e está constitucionalmente consagrada. Defendeu-se uma outra redação para a al. g) do art. 5.º que previsse que o reinvestimento final dos excedentes pudesse ser total ou parcial, argumentando-se que esta possibilidade de a cooperativa fazer retornar uma parte dos excedentes aos seus membros não pu-

³⁶ NAMORADO, R., *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e Pareceres*, cit., p. 183.

nha em causa a sua natureza de entidade sem fim lucrativo³⁷, pois a distribuição de excedentes não configura uma distribuição de dividendos³⁸.

Efetivamente, o art. 2.º do *CCoop* consagra o escopo não lucrativo das cooperativas, uma vez que, a título principal, a cooperativa visa «a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais» dos seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo. É o chamado escopo mutualístico das cooperativas, tal como já foi referido. Neste contexto, na cooperativa, os excedentes anuais resultantes das operações desta com os cooperadores não são verdadeiros lucros, mas significam um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores. O retorno, entendido como o instrumento técnico de atribuição ao cooperador do excedente, funciona, assim, como uma correção *a posteriori*, através da qual se devolverá, a quem formou o excedente, a diferença entre o preço praticado e o custo, ou a diferença entre as receitas líquidas e os adiantamentos laborais pagos, diferença esta determinada com exatidão no final de cada exercício.

Torna-se, então, claro que o excedente não é lucro e que o retorno de excedentes não é um dividendo. Assim, enquanto que os dividendos são uma parte dos lucros sociais que se distribuem entre os sócios, os retornos não são lucros sociais distribuíveis, mas excedentes, isto é, vantagens mutualistas geradas pela gestão cooperativa, diretamente a favor dos cooperadores.

Nas sociedades comerciais, os dividendos distribuem-se entre os sócios na proporção da participação de cada um no

³⁷ Proposta do Grupo de Trabalho (integrado pela Autora) criado no âmbito do CIRIEC–Portugal, sob o título «Contributos do CIRIEC–Portugal para o debate da Lei de Bases», apresentada no II Encontro da Economia Social, realizado em 10 de novembro de 2011.

³⁸ Curiosamente, a lei francesa veio a adotar a solução proposta pelo CIRIEC–Portugal e que acabou por ser acolhida no texto final aprovado. De facto, consagrou-se, na al. a) do n.º 3 do art. 1.º daquela lei, que os resultados se destinam, maioritariamente, à realização ou desenvolvimento da atividade da empresa.

capital social (art. 22.º, n.º 1, do *Código das Sociedades Comerciais*).

Na cooperativa, o excedente que cada cooperador gerou foi consequência da atividade que desenvolveu com a cooperativa, pelo que a cada cooperador corresponderá um retorno, proporcional também a essa atividade (arts. 3.º e 73.º, n.º 1, do *CCoop*).

Nas sociedades comerciais, os lucros são obtidos no mercado, nas transações com os clientes, fora do universo dos sócios. Ora, nas cooperativas, os excedentes são gerados à custa dos próprios cooperadores.

Na cooperativa, também não poderemos falar de lucros finais ou de liquidação, como nas sociedades comerciais, porque uma parte do património correspondente à *reserva legal*, à *reserva para a educação e formação cooperativas*, e mesmo o correspondente às reservas não obrigatórias (estas últimas, na hipótese de os estatutos serem omissos quanto ao seu reembolso em caso de liquidação da cooperativa) nunca poderá ser apropriado individualmente em caso de dissolução da cooperativa, revertendo para outra cooperativa ou para a comunidade (art. 79.º do *CCoop*), tal como será destacado mais adiante. Refira-se, ainda, que os benefícios provenientes de operações com terceiros não podem retornar aos cooperadores (art. 72.º do *CCoop*), dado que estes são juridicamente encarados como lucros e não como verdadeiros excedentes cooperativos, uma vez que não foram realizados no âmbito de uma atividade mutualista³⁹.

Feitos estes reparos, cumpre agora refletir sobre o sentido e o alcance deste princípio orientador, consagrado na alínea g), o qual obriga à afetação dos excedentes, ou pelo menos da sua maioria, à prossecução dos fins das entidades da economia social, de acordo com o interesse geral.

Na realidade, estamos perante entidades com uma regime muito particular em matéria de apropriação e distribuição de resultados. Efetivamente, as entidades da economia social

³⁹ Para uma análise desenvolvida da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário, ver MEIRA, D., «O direito ao retorno cooperativo», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, Curso 2009/2010, Universidade de Vigo, pp. 7-34; e MEIRA, D., «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, pp. 353-374.

distinguem-se claramente das sociedades comerciais pois, tal como já foi destacado, a sua finalidade centra-se no serviço aos membros ou à comunidade (ou a ambos), em vez de ser uma finalidade lucrativa, e os resultados são, na sua maioria, afetados a fins de interesse geral ou à melhoria do serviço aos membros, ou seja, não são utilizados para retribuir o capital social⁴⁰.

Assim, os donativos e os subsídios recebidos, e os resultados obtidos na atividade económico-social desenvolvida pela entidade da economia social — que não correspondam aos membros por força da atividade que prestaram (como acontece nas cooperativas, tal como vimos) —, são reinvestidos nessa entidade na prossecução do objeto social e no reforço da sua situação patrimonial, mediante a constituição de reservas.

Desta maneira nas cooperativas, uma percentagem do excedente de exercício, resultante das operações com os cooperadores, reverterá para a reserva legal [art. 69.º, n.º 2, al. b), do *CCoop*] e para a reserva para educação e formação cooperativas [art. 70.º, n.º 2, al. b), do *CCoop*]. Também os resultados provenientes de operações com terceiros são obrigatoriamente afetados a reservas irrepartíveis (art. 72.º do *CCoop*).

Nos termos do n.º 1 do art. 69.º do *CCoop*, a reserva legal, de constituição obrigatória, destina-se, em exclusivo, à cobertura de eventuais perdas de exercício, funcionando como a primeira linha de defesa do capital social, evitando que as perdas decorrentes da atividade empresarial da cooperativa incidam diretamente sobre o capital social e determinem a sua redução. De facto, existindo a reserva legal, essas perdas serão cobertas, em primeira linha, pelos bens que no ativo lhe correspondem⁴¹.

No que respeita às fontes desta reserva (joias e excedentes anuais líquidos), o legislador fixou uma percentagem que «não poderá ser inferior a 5%» (n.º 2 do art. 69.º do *CCoop*), ficando, portanto, a lei satisfeita se for utilizada aquela per-

⁴⁰ Estas especificidades do regime económico das entidades da economia social estão expressamente consagradas no n.º 3 do parágrafo I e no parágrafo II do art. 1.º da lei francesa de economia social e solidária.

⁴¹ Destacando a importância das reservas na cooperativa, ver WERNER GROSSKOPF / HANS-H. MÜNKNER / GÜNTHER RINGLE, *Our Co-op. Idea-Mission-Achievements*, AG SPAK Bücher, Marburg, 2010, pp. 106-107.

centagem. Todavia, esta percentagem foi referida como «não inferior», compreendendo-se, então, que os estatutos da cooperativa ou a assembleia geral possam estipular uma percentagem superior a essa. É, aliás, meu entendimento que uma mais rápida constituição da reserva legal, decorrente de uma mais elevada percentagem de excedentes a ela destinada, terá o efeito benéfico de reforçar a situação patrimonial da cooperativa.

Quanto à constituição da reserva, esta deixará de ser obrigatória a partir do momento em que atinja «um montante igual ao máximo do capital social atingido pela cooperativa» (n.º 3 do art. 69.º do *CCoop*). É meu entendimento que este montante, estabelecido pelo legislador cooperativo português — «um montante igual ao máximo do capital social atingido pela cooperativa» —, será um montante mínimo, no sentido de que os estatutos poderão estipular um montante superior, mas nunca inferior. O legislador não emprega a expressão «limite máximo», limitando-se a dizer que as reversões deixarão de ser obrigatórias a partir do momento em que a reserva atinja aquele montante⁴².

Uma outra reserva de grande relevância na cooperativa é a reserva para a educação e formação cooperativas, regulada pelo art. 70.º do *CCoop* e também de constituição obrigatória. O n.º 1, deste preceito, dispõe que «é obrigatória a constituição de uma reserva para a educação cooperativa e a formação cultural e técnica dos cooperadores, dos trabalhadores da cooperativa e da comunidade». A existência desta reserva deriva diretamente do Princípio da educação, formação e informação e do Princípio do interesse pela comunidade. Efetivamente, a constituição deste tipo de reserva, com esta finalidade, significa que a cooperativa é não só uma organização económica mas também uma organização com finalidades pedagógicas e sociais. Este fundo de reserva destinar-se-á, por isso, a custear atividades que ultrapassam a satisfação dos interesses puramente individuais dos seus membros, atividades que, não sendo propriamente económicas podem produzir, direta ou indiretamente, imediata ou diferidamente, efeitos de alcance

⁴² Ver, neste sentido, MEIRA, D, «A reserva legal nas cooperativas», *RCEJ-Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Porto, ISCAP, n.º 19, 2011, pp. 7-25.

económico, quer para a cooperativa, quer para a comunidade onde a cooperativa se insere. Pense-se, por exemplo, na adequada utilização desta reserva para a formação dos dirigentes da cooperativa ou para a sensibilização da comunidade quanto às vantagens do modelo cooperativo, com o conseqüente aumento de adesões de cooperadores.

Reverterão para esta reserva, conforme o n.º 2 do art. 70.º do *CCoop*: a parte das joias que não for afetada à reserva legal; pelo menos 1% dos excedentes líquidos anuais, provenientes das operações com os cooperadores (sendo que esta percentagem poderá ser mais elevada se os estatutos ou a assembleia geral assim o entenderem)⁴³; os donativos e os subsídios que forem especialmente destinados à finalidade da reserva; e os excedentes provenientes de operações com terceiros que não forem afetados a outras reservas.

Diversamente de outros ordenamentos, na legislação cooperativa portuguesa esta reserva não foi configurada como um fundo especial, constituído em património autónomo⁴⁴, mas apenas como uma conta, em sentido contabilístico, de capitais próprios. Contudo, considero que os bens afetados a esta

⁴³ Destaque-se o regime de dotação desta reserva previsto no Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro (*Caixas de Crédito Agrícola Mútuo*), o qual dispõe, no seu art. 44.º, n.º 2, al. c), que, dos excedentes anuais líquidos, serão afetados «5%, no máximo, às reservas para formação e educação cooperativa e para mutualismo, de acordo com o que for decidido pela assembleia-geral, sob proposta da direção».

⁴⁴ É o que acontece, no ordenamento espanhol, com algumas leis autonómicas. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o art. 4.º da *Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana* que dispôs que «a cooperativa responderá pelas suas dívidas com todo o seu património presente e futuro, exceto o correspondente ao fundo de formação e promoção cooperativas, que só responderá pelas obrigações estipuladas para o cumprimento dos seus fins» (na mesma linha o art. 72.º da referida Lei); e o n.º 1 do art. 5.º da *Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid* que estabeleceu que a cooperativa responderá pelas suas dívidas sociais perante terceiros com todo o seu património presente e futuro, exceto o correspondente ao *Fondo de formación y promoción cooperativa* que «só responderá pelas obrigações estipuladas para o cumprimento dos seus fins». Sobre esta questão, ver GADEA, E. / SACRISTÁN, F. / VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Editorial Dykinson, S.L., 2009, pp. 501 e ss..

reserva, por fidelidade à sua vocação legal, só responderão pelo pagamento das dívidas contraídas na atividade a que está adstrita e não pelas restantes dívidas da cooperativa. O meu entendimento alicerça-se no facto de que esta reserva visa a prossecução de finalidades ligadas ao movimento cooperativo, designadamente a promoção do ensino dos princípios e técnicas cooperativas que, quando em confronto com os interesses dos credores da cooperativa, se lhes sobrepõem. Estará aqui em causa o próprio interesse público que se evidencia no estímulo e apoio à atividade das cooperativas (art. 85.º, n.º 1, da CRP)⁴⁵.

Também nas associações mutualistas — que apresentam a particularidade de não terem capital social, mas fundos patrimoniais que são de propriedade conjunta e indivisível — os resultados anuais das suas modalidades de benefícios imputam-se ao seu património social, destinando-se a excedentes técnicos ou a reservas. Ora, nos termos do art. 52.º do CAM, «é vedado distribuir excedentes, incluindo os técnicos», ainda que seja «permitido reajustar os benefícios ou as quotas», numa lógica conjugada de utilidade social com equilíbrio técnico e financeiro (sustentabilidade) das modalidades. Por sua vez, o art. 48.º do CAM determina que uma percentagem fixada nos estatutos de cada mutualidade, dos saldos anuais dos fundos disponíveis de cada modalidade (resultados anuais) será afetada ao Fundo de Reserva Geral, o qual se destina a cobrir eventuais défices técnicos das modalidades de benefícios (fundos permanentes ou próprios inferiores às responsabilidades), resultantes de ocorrências imprevistas.

Acresce, como característica comum ao regime económico das entidades da economia social, a impossibilidade de distribuir o património residual, em caso de liquidação, a qual deriva da função social que estas entidades são chamadas a cumprir, impossibilidade esta que é conhecida na doutrina cooperativa pelo Princípio da distribuição desinteressada⁴⁶.

⁴⁵ Para uma análise desenvolvida desta questão, ver MEIRA, D., *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, cit., pp. 163 e ss..

⁴⁶ Ver, neste sentido, MEIRA, D. / RAMOS, M. E., *Governança e regime económico das cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma*, Vida Económica, Porto, 2014, pp. 135 e ss..

Nas cooperativas (cujo regime jurídico disciplina desenvolvidamente esta questão), o art. 72.º do *CCoop* consagrou que «todas as reservas obrigatórias, bem como as que resultem de operações com terceiros, são insuscetíveis de qualquer tipo de repartição entre os cooperadores»⁴⁷. Por sua vez, o n.º 4 do art. 23.º dispôs que, no caso de não se poder operar a transmissão *mortis causa*, os sucessores terão direito a receber o montante dos títulos do autor da sucessão, segundo o valor nominal, «corrigido em função da quota-parte dos excedentes ou dos prejuízos e das reservas não obrigatórias», excluindo-se de forma clara as reservas obrigatórias.

Destes preceitos resulta a irrepartibilidade quer das reservas obrigatórias quer das reservas resultantes de operações com terceiros, independentemente do facto de estas últimas serem livres ou obrigatórias.

No momento da liquidação do património da cooperativa, o art. 79.º dispôs, no seu n.º 1, que o montante da reserva legal — não afetado à cobertura das perdas de exercício e que não seja suscetível de aplicação diversa — «pode transitar com idêntica finalidade para a nova entidade cooperativa que se formar na sequência de fusão ou cisão da cooperativa em liquidação». Mas, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo do *CCoop*, estabeleceu-se que, «quando à cooperativa em liquidação não suceder nenhuma entidade cooperativa nova, a aplicação do saldo de reservas obrigatórias reverte para outra cooperativa, preferencialmente do mesmo município, a determinar pela federação ou confederação representativa da atividade principal da cooperativa». O n.º 4 foi ainda mais longe ao dispor que «às reservas constituídas nos termos do art. 71.º deste Código é

⁴⁷ Diferentemente, podemos afirmar que, nas sociedades comerciais, as reservas são na realidade lucros não distribuídos entre os sócios e relativamente aos quais os sócios conservam uma expectativa de direito que, com a constituição das reservas, fica simplesmente adiada para um momento posterior: o momento da dissolução da sociedade em que se produzirá *ope legis* a liquidação do património social. Fala-se, a este propósito, de «lucros finais ou de liquidação», ou seja, aqueles que resultam de se apurar, no termo da liquidação da sociedade, um excesso do ativo sobre o passivo (arts. 156.º e ss. do *Código das Sociedades Comerciais*). Quando tal sucede, as reservas convertem-se em dividendos.

aplicável, em matéria de liquidação e no caso de os estatutos nada dizerem, o estabelecido nos números 2 e 3 deste artigo», o que significa que este regime poderá abranger, igualmente, as reservas livres, caso os estatutos sejam omissos.

Para além da função social que a cooperativa é chamada a cumprir e que implica que o destino do seu património residual correspondente às reservas acima referidas, após a liquidação, seja a promoção do cooperativismo (o já mencionado *Princípio da distribuição desinteressada*)⁴⁸, outros argumentos são invocados pela doutrina para fundamentar esta irrepartibilidade.

Assim, argumenta-se que a eventual distribuição das reservas entre os cooperadores seria incompatível com o *Princípio da adesão voluntária e livre*. De facto, este princípio só se poderia praticar nos casos em que todos os membros da cooperativa renunciassem a uma parte dos excedentes líquidos do ativo. De contrário, os cooperadores que permanecessem na cooperativa até ao momento da liquidação seriam os únicos a beneficiar das reservas obrigatórias geradas com o esforço dos cooperadores que entretanto saíram da cooperativa. Mesmo no pressuposto de que nenhum cooperador se tenha separado da cooperativa até ao momento da liquidação, qualquer distribuição destas reservas obrigatórias pelos cooperadores, na ausência de uma contabilidade analítica que evidenciasse o contributo de cada um deles para a formação destas reservas, causaria prejuízos aos cooperadores fundadores relativamente àqueles que ingressaram em momento posterior na cooperativa. Daí que, da mesma maneira que os cooperadores não disporão, no momento em que se separarem da cooperativa, do direito de reclamar uma quota-parte das reservas obrigatórias, haverá da mesma forma que impedir, chegada a fase da dissolução da cooperativa, a repartição entre aqueles do ativo líquido desta última.

Um outro argumento contra a possibilidade de repartição assenta na particular natureza das reservas e, sobretudo, no facto de que estas são integradas, igualmente, por fundos

⁴⁸ Para uma análise desenvolvida deste princípio, ver LLOBREGAT HURTADO, M. L., *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 374 e ss..

procedentes de operações com terceiros, isto é, por rendimentos que procedem da gestão não mutualística da cooperativa, rendimentos que se fossem distribuídos entre os cooperadores constituiriam um dividendo e destruiriam a natureza não lucrativa da cooperativa⁴⁹.

O *Princípio da distribuição desinteressada* está, igualmente, presente no regime jurídico das IPSS, consagrando o n.º 1 do art. 27.º do EIPSS que «os bens das instituições extintas revertem para outras instituições particulares de solidariedade social ou para entidades de direito público que prossigam idênticas finalidades, nos termos das disposições estatutárias, ou, na sua falta, mediante deliberação dos órgãos competentes».

Na mesma linha, o art. 12.º da Lei-Quadro das Fundações (Lei n.º 24/2012, de 9 de julho) dispõe que o remanescente da liquidação não pode regressar ao fundador, revertendo para associações ou fundações de fins análogos. Se estas não aceitarem a doação, o remanescente reverte para o Estado.

No caso das associações mutualistas, o art. 108.º do CAM dispõe que o remanescente, depois de liquidadas as obrigações da associação mutualista, é atribuído a um fundo de solidariedade mutualista, a ser gerido pela união ou uniões representativas das associações mutualistas.

6. A relevância da transparência na governação das entidades da economia social

No desenvolvimento da sua atividade social — atividade que se orienta necessariamente para os seus membros, utilizadores e beneficiários —, estas entidades deverão atuar com transparência [al. e) do art. 5.º e art. 8.º da LBES]. Esta transparência deverá ser assegurada, igualmente, pelo Estado, ao qual caberá «desenvolver, em articulação com as organizações representativas das entidades da economia social, os mecanismos de su-

⁴⁹ Sobre estes dois argumentos, ver LLOBREGAT HURTADO, M. L., *Mutualidad y empresas cooperativas*, cit., pp. 379-381; e MARI, L. M., *Impresa Cooperativa. Mutualità e bilancio sociale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, pp. 122-124.

pervisão que permitam assegurar uma relação transparente entre essas entidades e os seus membros, procurando otimizar os recursos, nomeadamente através da utilização das estruturas de supervisão já existentes» [al. c) do art. 9.º da LBES].

A referência a estas estruturas de supervisão evidencia que a característica da transparência tem como contraponto a necessidade de adequados e eficazes mecanismos de controlo interno e externo⁵⁰. O controlo interno é praticado pelos membros e pelos órgãos da entidade, designadamente a assembleia geral e o órgão de fiscalização. O controlo externo é praticado pelos tribunais, pelas autoridades administrativas (as entidades reguladoras e de supervisão), pelos auditores (revisores oficiais de contas), entre outros.

São vários os fundamentos que justificam a necessidade de um controlo, quer interno quer externo destas entidades. De entre eles destaca-se o já mencionado princípio da discriminação positiva de que beneficia o setor da economia social e que está consagrado na CRP, no seu art. 85.º. É em nome deste princípio que o n.º 1 do art. 10.º da LBES prevê o «fomento da economia social» por parte dos poderes públicos, fundamentando-o no facto de se considerar de «interesse geral o estímulo, a valorização e o desenvolvimento da economia social, bem como das organizações que a representam». O «interesse geral» surge, deste modo, como a justificação para a adoção de medidas de fomento da economia social.

Nesta decorrência, os poderes públicos devem «promover os princípios e valores da economia social» [al. a) do n.º 2 do art. 10.º da LBES], «fomentar a criação de mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira das entidades da Economia Social em conformidade com o disposto no art. 85.º da Constituição da República Portuguesa» [al. b) do n.º 2 do art. 10.º da LBES].

Tal como já foi acima referido, esta norma constitucional consagra o *Princípio da proteção do setor cooperativo e social*,

⁵⁰ Sobre a relevância e significado da transparência na gestão das entidades da economia social, ver PAZ CANALEJO, N., *Comentário sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, cit., p.84.

o qual fundamentará, para as entidades da economia social, a adoção de soluções diferenciadoras de natureza fiscal, de acesso ao crédito, de auxílio técnico ou outras. Desta discriminação positiva, consagrada constitucionalmente, resulta que, se as entidades da economia social fossem tratadas em Portugal em termos absolutamente iguais aos que caracterizam o relacionamento do Estado com as empresas do setor privado, estaria a ser desrespeitada a CRP. Sendo assim, o Governo pode livremente decidir a importância dos benefícios fiscais ou outras condições que concede às entidades da economia social, mas não tem legitimidade constitucional para não lhes conceder nenhum, o mesmo se passando quanto a medidas de apoio no plano técnico ou no plano do crédito.

O fomento da economia social por parte dos poderes públicos passará, também, por:

- «facilitar a criação de novas entidades da economia social e apoiar a diversidade de iniciativas próprias deste sector, potenciando-se como instrumento de respostas inovadoras aos desafios que se colocam às comunidades locais, regionais, nacionais ou de qualquer outro âmbito, removendo os obstáculos que impeçam a constituição e o desenvolvimento das atividades económicas das entidades da economia social» [al. c) do n.º 2 do art. 10.º da LBES];
- «incentivar a investigação e a inovação na economia social, a formação profissional no âmbito das entidades da economia social, bem como apoiar o acesso destas aos processos de inovação tecnológica e de gestão organizacional» [al. d) do n.º 2 do art. 10.º da LBES];
- e «aprofundar o diálogo entre os organismos públicos e os representantes da economia social a nível nacional e a nível da União Europeia promovendo, assim, o conhecimento mútuo e a disseminação de boas práticas» [al. e) do n.º 2 do art. 10.º da LBES].

O fomento da economia social passará, igualmente, pela consagração, para estas entidades, «de um estatuto fiscal mais favorável, definido por lei em função dos respetivos substrato e natureza» [art. 11.º da LBES]. Desta norma ressaltam duas notas: em primeiro lugar, o legislador assume um compromisso de caráter fiscal ao consagrar que as entidades da economia social beneficiarão de um regime fiscal diferenciado, em sentido mais favorável (discriminação positiva), relativamente às outras entidades privadas que operam no mercado; em segundo lugar, dada a heterogeneidade das entidades que integram o setor da economia social, o regime fiscal será diferenciado entre elas, tendo em conta, segundo o meu entendimento, o grau de intensidade da prossecução de objetivos de interesse geral, pois é neste sentido que interpreto o complexo segmento da norma «definido por lei em função dos respetivos substrato e natureza».

Destaque-se, a este propósito, o importante Acórdão do TJUE, de 8 de setembro de 2011⁵¹, relativo a uma questão colocada pela Administração Tributária italiana, na qual se inquiria sobre se os benefícios concedidos às cooperativas seriam compatíveis com a regulamentação da União Europeia

⁵¹ Ver Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 8 de setembro de 2011, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate contra Paint Graphos Soc. coop. arl (C-78/08)*, *Adige Carni Soc. coop. arl*, em liquidação contra *Agenzia delle Entrate e Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-79/08)* e *Ministero delle Finanze contra Michele Franchetto (C-80/08)*. Pedidos de decisão prejudicial apresentados pela *Corte suprema di cassazione (Itália)*. Reenvio prejudicial - Admissibilidade - Auxílios de Estado - Benefícios fiscais concedidos às sociedades cooperativas - Qualificação de auxílio de Estado na aceção do artigo 87.º CE - Compatibilidade com o mercado comum - Requisitos. Processos apensos C-78/08 a C-80/08. Consulta em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CC0078&lang1=pt&type=NOT&ancre>. Sobre este Acórdão, ver COSTAS COMESAÑA, J., «O regime fiscal das cooperativas como auxílio público que falseia a concorrência no Mercado Interno. Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2011», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a Acórdãos da Jurisprudência Portuguesa, Brasileira e Espanhola*, coordenação geral de MEIRA, D., IN-CM, 2012, pp. 107-122; e GEMMA FAJARO, I.-G., «La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Mercantil*, 288, Abril-Junio 2013, pp. 189-222.

em matéria de auxílios de Estado. Nos termos do mencionado Acórdão, estes auxílios de Estado às cooperativas (concretizados em benefícios fiscais) serão coerentes com aquela regulamentação, considerando-se as cooperativas entidades diversas das sociedades comerciais, quer pelos seus fins, quer pelo seu regime jurídico.

De facto, em caso algum um tratamento diferenciado poderá configurar uma vantagem competitiva das entidades da economia social relativamente aos restantes operadores no mercado⁵². Este tratamento diferenciado visará, antes de mais, compensá-las pelos fins sociais que as mesmas são chamadas a desempenhar, dado que nos termos da al. d) do art. 5.º da LBES, um dos princípios orientadores do setor é o da «conciliação do interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral», tal como já foi referido. Efetivamente, as entidades da economia social cumprem finalidades de interesse geral e, por este facto, pagam um custo económico implícito na sua forma de organização e funcionamento, o que as coloca em desvantagem competitiva face aos demais operadores no mercado.

Tomando como exemplo, mais uma vez, as cooperativas, a obrigatoriedade de estas operarem com os membros (art. 2.º do *CCoop*) impede-as de elegerem os clientes que lhes permitam ser mais competitivas. Acrescem os encargos que recaem sobre as cooperativas em virtude do seu peculiar regime económico, destacando-se as limitações decorrentes do carácter variável do seu capital social (arts. 2.º, n.º 1, e 18.º, n.º 1, do *CCoop*) e as consequentes dificuldades quanto à acumulação de capital na cooperativa⁵³, a que se juntam as dificuldades na captação de recursos, quer de terceiros, quer dos próprios coo-

⁵² Neste sentido, ver SÁNCHEZ PACHÓN, L. Á.: «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», cit., p. 70; BAHÍA ALMANSA, M. B.: «El régimen fiscal especial de las cooperativas y su compatibilidad con la normativa sobre ayudas del Estado», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 22, dezembro 2011, pp. 151-180.

⁵³ Ver, neste sentido, MEIRA, D., «As insuficiências do regime legal do capital social e das reservas na cooperativa», in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, pp. 129-155.

peradores. Estes últimos não terão qualquer incentivo imediato para serem investidores na sua própria empresa: a remuneração dos títulos de capital é escassa, estando sempre dependente de previsão estatutária e da existência de resultados disponíveis (n.º 3 do art. 73.º do *CCoop*); os títulos de capital não têm liquidez nem são facilmente transacionáveis (art. 23.º do *CCoop*)⁵⁴; são afetados importantes montantes dos excedentes para a dotação de reservas obrigatórias (arts. 69.º e 70.º do *CCoop*), as quais não são repartíveis entre os cooperadores (art. 72.º do *CCoop*), o que deriva da função social que a cooperativa é chamada a cumprir e que implica que o destino daquele património, após a liquidação, seja a promoção do cooperativismo (art. 79.º do *CCoop*).

Claro que este tratamento diferenciado, em sentido mais favorável, acentua a necessidade de um controlo, designadamente externo, eficaz e apropriado, da governação destas entidades.

⁵⁴ Ver, neste sentido, MEIRA, D., «O regime de transmissão dos títulos de capital na cooperativa», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 283-290.

O FINANCIAMENTO DA ECONOMIA SOCIAL – – DE NOVO A “MEIO CAMINHO”?

Ana Paula Quelbas

Nota prévia

Não obstante os múltiplos trilhos de pesquisa a que a economia social nos convoca, é nosso intento, no presente trabalho, focalizarmo-nos na problemática concernente ao financiamento das instituições do terceiro sector, com especial interesse no caso nacional.

Desde logo, a diversidade das instituições que compõem a denominada economia social, a sua génese, os seus fundamentos financeiros, o seu campo de acção e as suas motivações impõem, necessariamente, uma panóplia de soluções, também em matéria de financiamento, não compaginável com a estrutura e a dimensão de um trabalho da presente natureza.

Assim sendo, apontaremos a nossa discussão para os contributos mais recentes que a literatura tem facultado em matéria de financiamento das organizações que compõem a economia social. Nos últimos anos, a pesquisa em torno da dimensão económico-financeira do sector revelou-se de uma acuidade crescente, ganhando espaço relativamente à investigação outrora conduzida, essencialmente focalizada na vertente social.

Tal descentramento resulta de um elenco conjugado de factores, entre os quais reteremos dois. Por um lado, pondera a própria expressão do sector em termos internacionais, pois, tal como sustentam Phillips e Hebb (2010), o agregado do sector social das economias à escala mundial conduz a um montante que equivale ao PIB francês. Com efeito, o conjunto de todas essas organizações, uma vez agregadas sob a forma de país, corresponderia à 7.^a economia mundial. Por outro lado, a economia social encontra-se duplamente sob tensão, em resultado do recuo das contribuições públicas e do avanço da necessidade de facultar respostas na provisão de serviços sociais, sendo ambos as duas faces da moeda que é a própria crise do Estado social.

Na senda do objectivo traçado, o texto encontra-se estruturado do modo que segue. No ponto um, identificam-se alguns modelos de financiamento entre as organizações da economia social. Enquanto isso, no ponto dois, escrutinam-se determinados princípios comumente aceites em matéria de financiamento das organizações de economia social, enfatizando, sobretudo, o modo como estudos recentes permitem contrariar essas convicções. No ponto três, detemo-nos no caso nacional, atendendo a duas experiências em curso, essencialmente destinadas, em nosso entendimento, à adopção de estruturas organizacionais mais complexas entre as entidades de economia social. Já no ponto quatro, discute-se a forma como o hibridismo (ou hibridização) que caracteriza a economia social em geral se estende também às temáticas específicas do financiamento, bem como em que medida o empreendedorismo social poderá configurar uma resposta adequada aos desafios que pendem sobre o sector. Por fim, alinham-se algumas (breves) conclusões, bem como outras tantas inquietudes que a elaboração do presente texto permitiu suscitar.

1. Modelos de financiamento

A economia social, tal como se encontra largamente documentado na literatura, alberga no seu seio um elenco heterogéneo de instituições, desde a sua forma jurídica às configurações organizacionais e aos modelos de gestão, passando pela respectiva dimensão e pelos fins prosseguidos. Esta heterogeneidade patenteia-se ao nível da própria designação, sendo que, a nível internacional, *economia social*, *terceiro sector* ou *empresas sociais* são termos comumente empregues como equivalentes.

Não se pretende conduzir aqui uma análise semântica de cada um dos conceitos, nem tão pouco assinalar quais os limites que a eles subjazem. É nosso intuito, apenas, destacar duas vertentes essenciais. Primeiramente, a heterogeneidade presente no campo em apreço coloca, *grosso modo*, sérios entraves à realização de estudos comparativos em termos internacionais. Com efeito, sem prejuízo dos múltiplos progressos observados neste domínio no passado recente¹, a informação, quando disponível, encontra-se sistematizada obedecendo a critérios diversos, ou seja, produzida de modo não harmonizado. Para além disso, a diversidade entre as organizações estende-se aos respectivos ciclos de gestão e daí aos modelos de financiamento. Consequentemente, a composição das fontes de financiamento da economia social variam em função do tipo das organizações presentes e, bem assim, da própria maturidade e da complexidade atingidas pelo sector².

¹ Veja-se o trabalho conduzido em matéria de informação pelo Center for Civil Society Studies, da Johns Hopkins University, um dos muitos centros de investigação, à escala global, que têm como objecto de pesquisa a economia social.

Entre nós, elegemos a criação da Conta Satélite da Segurança Social, resultante de Protocolo de cooperação, celebrado em 2011, entre a Cooperativa António Sérgio (CASES) e o Instituto Nacional de Estatística (INE) e que teve como epílogo a divulgação, em 18 de Abril de 2013, de um conjunto de dados estatísticos referentes ao sector, ainda que remontados ao ano de 2010. Para maior aprofundamento em torno deste tópico, cfr. Graça (2012-2013).

² Voltaremos a este raciocínio ainda na presente secção.

Na senda de Phillips e Hebb (2010), cumpre, todavia, assinalar duas tendências que se observam em termos internacionais. Em primeiro lugar, as receitas provenientes da filantropia dos cidadãos/organismos correspondem à menor parcela de recursos na maioria dos países. Em segundo lugar, as receitas próprias são o recurso onde se tem verificado, nos últimos anos, o crescimento mais apreciável.

A identificação e a sistematização dos recursos que ponderam no âmbito das organizações do terceiro sector permitem, contudo, a reconhecimento de três tipos genéricos de modelos de financiamento: i) o *modelo de beneficência*; ii) o *modelo de Estado de bem-estar* e iii) o *modelo de cidadania*.

No *modelo de beneficência*, a presença de incentivos de natureza fiscal promove o exercício da filantropia e a ocorrência de donativos por parte dos cidadãos ou de entidades privadas.

Enquanto isso, no *modelo de Estado de bem-estar*, os governos promovem o desenvolvimento das organizações da economia social através da contratualização do fornecimento de bens e de serviços produzidos por estas instituições, sendo este o modelo prevalecente na maioria das economias da Europa Ocidental. Nestes casos, as contrapartidas estatais afiguram-se como a parcela de recursos mais expressiva.

Por fim, no *modelo de cidadania*, as receitas da economia social provêm essencialmente de fundos públicos, os quais são vertidos pelos Estados sem quaisquer contrapartidas por parte das organizações de economia social.

Não esquecendo o que anteriormente se apontou, relativamente ao rigor e à comparabilidade da informação, ensaia-se, ainda assim, uma tentativa de exercício, onde se avalia o peso relativo de cada uma das fontes de financiamento da economia social em termos internacionais e se compara com o que sucede no caso nacional. Com esse propósito, consideramos os elementos que se encontram sistematizados na tabela seguinte.

Tabela 1 – Fontes de financiamento da economia social: panorama internacional

| Recursos | Portugal | Média de 12 países (a) | Média de 34 países (b) |
|-----------------------|----------|------------------------|------------------------|
| Taxas | 31% | 43% | 53% |
| Contributos do Estado | 41% | 32% | 34% |
| Filantropia | 10% | 23% | 12% |
| Outras fontes | 19% | 2% | na |

Fonte: Salamon, Sokolowski, Haddock e Tice (2013), p. 10.

(a) Quirguizistão, Nova Zelândia, Japão, Brasil, Austrália, Canadá, Israel, Portugal, Tailândia, Bélgica, República Checa e Moçambique.

(b) Young e Grinsfelder (2011), dados relativos ao ano de 2004.

na – não apurado.

Desde logo, convém esclarecer qual o tipo de recursos que cai no âmbito de cada uma das categorias apontadas na tabela. Assim, na categoria «Taxas» incluem-se os pagamentos realizados pelos utentes das organizações de economia social, a título de contrapartida dos bens adquiridos e dos serviços prestados. Enquanto isso, a categoria «Contributos do Estado» integra as quantias pagas pelos Estados à economia social, resultantes da contratação de fornecimento de bens e de prestação de serviços. Já na categoria «Filantropia» reportam-se as importâncias vertidas por entidades privadas e pelos cidadãos em geral, a título voluntário e sem quaisquer contrapartidas. Por fim, a categoria «Outras fontes» corresponde a fontes de financiamento alternativas, mormente modalidades de financiamento criadas especificamente para o sector³.

Releva, desta sorte, o considerável peso relativo evidenciado pela última categoria para o caso nacional. Tal resultará, em nosso juízo, da existência de programas específicos, especialmente vocacionados para a provisão de recursos financeiros às organizações da economia social⁴. Para além disso, ainda no que

³ Note-se que nem sempre o somatório do peso relativo das diversas categorias de recursos corresponde a 100%, o que fica a dever-se à ocorrência de arredondamentos para a unidade.

⁴ Referimo-nos, em concreto, a programas como o SOCIAL IN-

concerne ao caso português, é de assinalar o peso relativo detido pela categoria «Contribuições do Estado», o que revela o forte papel desempenhado pelas organizações de economia social na provisão de bens e serviços de natureza pública.

Não obstante as conclusões forçadas a que a base simplista dos dados em apreço poderá conduzir, cumpre destacar a heterogeneidade que se observa, em termos internacionais, no domínio das fontes de financiamento da economia social. Tal como já defendemos no presente ponto do trabalho, tal resulta do tipo de organizações presentes no contexto de cada país, sendo que tipos diferentes de organização gerarão, naturalmente, necessidades e tipologias de financiamento também diversas. No entanto, a composição das fontes de financiamento da economia social não depende exclusivamente de factores internos, sendo fortemente condicionada pelo papel do Estado em cada contexto, isto é, pelo modo como os Estados interagem com a sociedade civil.

Neste sentido e em jeito de síntese, tomamos, de novo, o entendimento de Phillips e Hebb (2010, p. 182), de acordo com o qual “A análise comparativa revela diferenças consideráveis entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento e entre países com diferentes modelos de relacionamento entre o Estado social e a sociedade civil”.

2. Diversificação *versus* sustentabilidade

Na senda dos trabalhos conduzidos ao nível da Teoria da Carteira, que evidenciam os benefícios decorrentes da diversificação⁵ do investimento, o mesmo entendimento pre-

VESTE, o qual exploraremos no ponto 3 do presente trabalho.

⁵ O conceito de *diversificação* diferencia-se do conceito de *diversidade*, ambos presentes neste trabalho. O conceito de *diversificação* é largamente utilizado no domínio financeiro, essencialmente em resultado dos trabalhos conduzidos por Harry Markowitz, em meados do século XX, e de acordo com os quais o aumento do número de activos que compõe um *portfolio* tem como consequência a redução do risco total desse investimento. Para maior aprofundamento em torno do conceito, das potencialidades e dos limites da *diversificação*, cfr. Neves e Quelhas, pp. 35-66.

Enquanto isso, o conceito de *diversidade* reporta-se à multiplici-

valece no que concerne às fontes de financiamento, ou seja, uma organização terá vantagens em captar recursos sob formas diversas, reduzindo, desta sorte, a sua dependência relativamente a qualquer uma dessas possibilidades. Esta percepção é também comumente aceite no âmbito da economia social, de acordo com a qual o recurso a formas de rendimento diversificadas tenderá a melhorar a sustentabilidade financeira das organizações (Miller, 2008).

Porém, um estudo conduzido pelo Nonprofit Finance Fund, entre os anos de 2000 e de 2005, para uma amostra de 1.000 organizações repartidas por cinco estados norte-americanos, colocou algumas reservas a tal propósito. Com efeito, de acordo com os resultados do estudo, as organizações que recorrem a duas fontes de rendimento revelam maior sustentabilidade financeira do que aquelas que contam, preferencialmente, com uma fonte de rendimento apenas. Todavia, a sustentabilidade financeira das organizações decresce nos casos em que se passa a recorrer a três fontes de rendimento, por vezes, para níveis idênticos aos observados quando se recorre apenas a uma fonte de rendimento. Parece, assim, existir, um nível óptimo de diversificação, cuja determinação implica necessariamente o recurso a procedimentos matemáticos do foro das técnicas de optimização.

De acordo com Miller (2008), estes resultados devem-se ao facto de o alargamento das fontes de rendimento das organizações estar profundamente relacionado com o aumento das respectivas valências ou áreas de actuação. Ora esse alargamento conduz também a estruturas organizacionais mais complexas e exige novas competências por parte dos responsáveis, determinantes do acréscimo considerável dos custos e da consequente perda de sustentabilidade.

O mesmo estudo permitiu evidenciar a relevância da origem das fontes de rendimento. As organizações cuja principal fonte de recursos corresponde a contribuições estatais tendem a revelar níveis de retorno relativamente menores do que os das organizações onde ponderam as taxas pagas pelos

dade de organizações integradas no âmbito da economia social, por várias vezes assinalado ao longo do texto.

utentes dos serviços prestados ou outro tipo de contribuições.

Essa disparidade torna-se particularmente visível se atendermos aos níveis de liquidez das organizações. Desta sorte, as organizações presentes no estudo, maioritariamente financiadas por fundos estatais, detinham saldos de tesouraria que lhes permitiam o funcionamento por um período de dois meses, na eventualidade de todos os *inflows* serem suprimidos. Enquanto isso, esse período acresce para quatro e nove meses, nos casos em que, entre as fontes de financiamento, ponderam, respectivamente, as taxas cobradas no exercício da actividade ou as contribuições providas do sector privado.

Outro dos axiomas que prevalece nas organizações em geral e, bem assim, no sector social da economia é o de que a propriedade dos equipamentos necessários ao exercício das respectivas actividades conduzirá a bons resultados no plano financeiro. Ora a posse dos equipamentos utilizados acrescerá os custos fixos a suportar, assim como erodirá a liquidez da instituição, comprometendo a sua capacidade financeira futura. Com efeito, as organizações com menores saldos de tesouraria tornam-se pouco resilientes ao risco, sendo que a sua missão é, por norma, a de actuarem em contextos inequivocamente marcados pelo risco.

Embora permita contrariar resultados presentes na literatura, facultando, assim, pistas para reflexão, o estudo de Miller (2008) deve ser acolhido com alguma cautela. A validade das conclusões ora obtidas prevalece para a amostra considerada, sendo que a sua generalização carece, contudo, de replicação a um elenco suficientemente alargado de situações, envolvendo contextos organizacionais e temporais diversos.

No entanto, se procurarmos ir no encalço de uma explicação generalizada para os resultados propostos por Miller (2008), afigura-se razoável aceitar que as organizações que se inserem no âmbito da economia social são alvo de uma procura que se desenvolve em contraciclo, tal como parece ter sido testemunhado no passado recente, na sequência do pós-crise de 2008. Tal significa que se em épocas de crise a procura direccionada para bens e serviços produzidos por entidades mercantis se refreia, ou se é em épocas de crise que a despesa

pública se contrai, é justamente nesses casos que a economia social enfrenta os maiores desafios, sendo sujeita a pressões acrescidas. Tal entendimento poderá colocar, assim, algumas reservas à aceitação de modelos de gestão importados das entidades lucrativas, recomendando-se a sua adequação aos contextos da economia social.

3. O caso nacional: algumas experiências recentes

No início de 2010, o Governo português manifestou o seu interesse no reforço da colaboração entre o Estado e a economia social⁶, tendo culminado na Resolução do Conselho de Ministros n.º 16/2010, de 4 de Março, a qual aprovou o Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Economia Social, doravante designado por PADES⁷.

A questão do acesso às fontes de financiamento é justamente uma das preocupações vertidas no PADES, daí resultando a criação de uma linha de crédito bonificada e garantida, no montante de 1.250.000 €, destinada ao financiamento das instituições que compõem o sector social da economia. Essa linha de crédito foi aprovada pela Portaria n.º 42/2011, de 19 de Janeiro, sendo conhecida como Programa de Apoio à Economia Social ou, mais simplesmente, como SOCIAL INVESTE.

⁶ Entre nós, de acordo com os elementos providenciados pela Cooperativa António Sérgio, referentes ao ano de 2010, a economia social é responsável por 2,8% do valor acrescentado bruto do país, ao mesmo tempo que gera 5,5% do emprego total remunerado, com uma capacidade empregadora superior à de alguns sectores considerados estratégicos na economia nacional, mormente o sector da banca e dos seguros (CASES, 2014).

⁷ A aprovação da primeira Lei de Bases da Economia Social (LBES) em Portugal – Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio – é mais um testemunho do forte interesse que o sector tem vindo a merecer por parte dos governos nacionais.

De notar que Portugal foi o segundo país da União Europeia a adoptar um diploma desta natureza, seguindo o exemplo da Espanha. Com efeito, embora na Bélgica exista legislação com fins idênticos, esta assume configurações diferentes em cada uma das regiões que compõem o Estado federal.

Para maior aprofundamento neste domínio, cfr. APARÍCIO MEIRA (2012-2013).

Os objectivos subjacentes ao Programa em apreço repartem-se claramente em duas categorias: finalidades de âmbito externo – entre as quais se colocam o reforço da actividade em áreas existentes ou em novas áreas de actuação, bem como a modernização dos serviços prestados –, e finalidades de âmbito interno, que envolvem, *grosso modo*, a melhoria da estrutura organizativa das instituições, onde se colocam a modernização da gestão e o reforço da tesouraria.

Tendo como destinatários as entidades que integram o sector social da economia — ou seja, as instituições particularidades de solidariedade social, as mutualidades, as misericórdias, as cooperativas, as associações de desenvolvimento local, bem como outras entidades da economia social sem fins lucrativos —, o programa SOCIAL INVESTE obriga, desde logo, ao cumprimento de todo um conjunto de requisitos idênticos aos que se colocam no acesso de entidades do sector privado a linhas de crédito bonificadas.

Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Portaria n.º 42/2011, de 19 de Janeiro, são elegíveis para financiamento, ao abrigo do programa, as operações economicamente viáveis que promovam o cumprimento dos objectivos anteriormente apontados e que acarretem a criação líquida de postos de trabalho.

Ainda nos termos da referida Portaria, o limite máximo de financiamento deverá corresponder a 95% do montante subjacente ao projecto apresentado, embora a quantia envolvida dependa do objectivo a prosseguir. Desta sorte, essa quantia não deverá ultrapassar os 100.000 €, no caso dos dois primeiros objectivos, e os 75.000€, no caso dos objectivos derradeiros.

A entidade gestora do SOCIAL INVESTE é a CASES, em articulação com o Instituto de Emprego e Formação Profissional (IEFP). As duas entidades celebram protocolos com as instituições de crédito⁸ e as sociedades de garantia mútua⁹ aderentes.

⁸As instituições de crédito envolvidas são o Banco Comercial Português, o então Banco Espírito Santo, SA, a Caixa Económica Montepio Geral, a Caixa Geral de Depósitos e o Crédito Agrícola.

⁹As sociedades de garantia mútua envolvidas são as seguintes, consoante a área geográfica da sede social das entidades beneficiárias: Norgarante (distritos de Aveiro, Braga, Bragança, Guarda, Porto, Viana do Castelo, Vila Real e Viseu), Carval (distritos de Castelo Branco, Coim-

Desde logo, o SOCIAL INVESTE tem o mérito de configurar o caso de uma linha de crédito especificamente vocacionada para o sector da economia social. No entanto, este programa envolve outros pontos interessantes sob o ponto de vista estritamente financeiro, os quais passamos a focar: taxas bonificadas; isenção de comissões e de taxas; períodos de carência de capital consideravelmente alargados; sistema de amortização similar ao praticado no sistema bancário no caso de empréstimos concedidos a entidades privadas (prestações trimestrais constantes de capital e juros).

No ano de 2013, foram emitidas 60 declarações no âmbito do programa, nas quais se certifica às organizações a respectiva condição de destinatárias da linha. Para além disso, a entidade gestora aprovou 15 projectos, envolvendo um montante que ronda 1 milhão e 265 mil euros.

Na mesma senda de incentivo de colaboração entre o Estado português e a economia social, deveremos colocar a criação do Fundo de Reestruturação do Sector Solidário, futuramente designado por FRSS, através do Decreto-Lei n.º 165-A/2013, de 23 de Dezembro¹⁰.

Logo no Preâmbulo do referido diploma, reconhece-se o “inegável papel das entidades do sector social e solidário no desenvolvimento de instrumentos de política pública que promovam os fins da ação social”, bem como o ensejo de aumentar a capacidade instalada destas instituições, promovendo o “acesso criterioso a instrumentos de reestruturação financeira”.

É de assinalar que ambos os instrumentos se encontram essencialmente vocacionados para a optimização das metodologias de gestão das organizações abrangidas, dotando-as de mecanismos capazes de responder a desafios crescentes. O traço comum entre estes dois instrumentos é, pois, o da forti-

bra, Leiria, Portalegre e Santarém e Região Autónoma dos Açores) e Lisgarante (distritos de Beja, Évora, Faro e Setúbal e Região Autónoma da Madeira), para além da Agrogarante, cuja área de actuação se estende a todo o território nacional.

¹⁰ Neste contexto, atenda-se ainda à Portaria n.º 31/2014, de 5 de Fevereiro, na qual se estabelecem os critérios de acesso ao Fundo, os termos e as condições de concessão dos apoios financeiros, para além de nela se definirem as bases da política de investimento a prosseguir pelo FRSS.

ficação da própria economia social.

Os próprios processos de candidatura são, por si só, uma viagem às profundezas das instituições, obrigando à recolha de um número considerável de documentos, por vezes com carácter retrospectivo, e à análise cuidada das virtualidades e das fraquezas das organizações. A oportunidade de conduzir tal exercício pode permanecer vedada às organizações de menor dimensão ou que não disponham de recursos capazes de lidar com tal tipo de informação.

Em termos globais, a avaliação do impacto decorrente de ambas as iniciativas – isto é, do SOCIAL INVESTE e do FRSS – afigura-se-nos, contudo, ainda precoce ao tempo presente¹¹.

Embora não contenda, de modo directo, com a questão do financiamento da economia social, cumpre assinalar um outro ponto que poderá, entre nós, aportar maior visibilidade ao sector, dotando-o ainda de maior transparência, tanto enquanto sector de relevo na economia nacional, como enquanto campo de investigação. Referimo-nos à criação da Conta Satélite da Economia Social (CSES), que, tal como indicámos em nota, resultou de Protocolo de cooperação, celebrado em 2011, entre a CASES e o INE.

A diversidade de situações que caem no âmbito da economia social poderá gerar alguma opacidade em termos de sector e assim conduzir a uma eventual perda de legitimidade do mesmo. A CSES poderá, assim, colmatar algumas das fragilidades correntemente denunciadas na literatura – inclusive no âmbito do presente trabalho – bem como constituir o primeiro passo na melhoria da informação atinente ao sector, dotando-o de maior transparência e facilitando a respectiva monitorização.

¹¹ No que concerne ao FRSS, foram lançadas duas fases de candidatura ao longo do ano de 2014: a primeira, de 2 a 23 de Maio, que contemplou 15 milhões de euros; a segunda, de 17 de Setembro a 10 de Outubro, que envolveu 10 milhões de euros.

4. Hibridização e empreendedorismo social

Os conceitos de hibridização e de empreendedorismo social têm ambos sido discutidos de modo crescente na literatura. Neste ponto do trabalho, para além de, a muito breve trecho, se apontar o entendimento relativo a cada um deles, procurar-se-á sobretudo entender a interconexão que entre eles se estabelece.

Principiemos pelo conceito de hibridização. Smith (2011) identifica-o com a tendência de adopção de estruturas organizacionais e de modos de governação cada vez mais complexos, conduzindo ao aumento das competências necessárias e da eficiência nas organizações, para além do acréscimo da transparência do sector e da maior monitorização das actividades desenvolvidas por parte dos cidadãos em geral.

No entendimento de Doherty, Haugh e Lyon (2014, p. 417), “as empresas sociais prosseguem a dupla missão de alcançar a estabilidade financeira e objectivos de índole social”. Ainda segundo os mesmos autores, a investigação em torno das denominadas empresas sociais principiou por ser atórica, essencialmente vocacionada para a busca das características diferenciadoras do sector. Mais recentemente, a pesquisa direccionou-se para os modelos de gestão adoptados e para o desempenho evidenciado por este tipo de organizações.

Na senda de trabalhos prévios, Doherty, Haugh e Lyon (2014) assinalam as «lógicas institucionais conflitantes» patentes no seio das empresas sociais e elegendem o hibridismo das mesmas como o ponto axial da sua reflexão¹². Passando em revista um conjunto de contributos prévios, os autores cotejam entre as vantagens e os inconvenientes revelados pelas organi-

¹² No trabalho em referência, os autores colocam as duas questões que configuram o fio condutor da sua pesquisa: 1) Quais são os aspectos críticos e as tensões que se colocam no contexto da gestão das empresas sociais, pelo facto de reunirem objectivos tanto financeiros como sociais? 2) Como deve ser conduzida a investigação futura, tendo em vista a melhor compreensão das empresas sociais e, mais genericamente, das organizações híbridas?

zações da economia social no acesso a fontes de financiamento. Por um lado, apontam que o hibridismo permite a obtenção de um elenco vasto e diversificado de recursos financeiros. Por outro lado, esse mesmo hibridismo poderá conduzir a dificuldades de categorização das entidades envolvidas, tendo como consequência a eventual perda de legitimidade do sector. De acordo com os autores, as empresas gerem essas tensões, mormente na busca de meios de financiamento, esforçando-se por equilibrar os efeitos positivos e negativos resultantes do seu hibridismo.

Entre os trabalhos citados por Doherty, Haugh e Lyon (2014), elegemos o de Austin, Stevenson e Wei-Skillern (2006), onde se discorre relativamente aos desafios colocados pela mensuração do valor social. Com efeito, de acordo com estes autores, pelo facto de as organizações da economia social operarem em contexto de mercado, o mau desempenho financeiro é monitorizado mais rapidamente que o eventual não cumprimento dos seus objectivos sociais.

Debrucemo-nos, entretanto, sobre o conceito de empreendedorismo social. Herdeiro dos desígnios de Say (1803) e de Schumpeter (1934), este conceito tem sido veiculado na literatura fundamentalmente desde meados dos anos noventa do século XX. O empreendedorismo social permanece, porém, como sendo um conceito em construção.

Na verdade, muitos trabalhos têm sido realizados no presente domínio, uns alusivos ao conceito de empreendedorismo social em geral, outros concernentes ao perfil de que um empreendedor social deve ser detentor, outros ainda relativos à linha de fronteira a estabelecer entre os conceitos de empreendedorismo social e de empreendedorismo empresarial. Sistematizamos, de seguida, alguns desses contributos.

Principiamos pelo entendimento de Neck *et al.* (2006, p. 18): “O empreendedorismo social é o mecanismo que conduz a mudanças positivas e sistemáticas, que modificarão o que fazemos, como fazemos e porque fazemos”.

Para Dees (2001), o empreendedor social, tal como os empreendedores do sector empresarial, é um agente de mudança, desta sorte, capaz de criar “valor social”.

No entanto, Young e Grinsfelder (2011) traçam um plano mais elaborado daquele que deve ser o perfil do empreen-

dedor social. Estes autores principiam por reconhecer que os empreendedores sociais deverão ter competências idênticas, em termos técnicos, que os empreendedores que actuam no sector privado: inovação, proactividade e assunção de riscos.

Porém, ainda de acordo com Young e Grinsfelder (2011), o empreendedor social deverá ter competências que excedem as próprias competências técnicas do empreendedor empresarial:

- ter ideias visionárias, capacidade de liderança e um compromisso permanente em ajudar os outros;
- adaptar-se a circunstâncias que se modificam ao longo do tempo;
- possuir competências e capacidade para desenvolver ideias únicas, capitalizar as oportunidades e trabalhar em contextos organizacionais e financeiros adversos.

Na perspectiva dos autores, as competências de um empreendedor social excedem claramente as competências do empreendedor do sector privado. Tal como sustentam Doherty, Haugh, e Lyon (2014, p. 422), “O impacto do dualismo da missão das empresas sociais manifesta-se claramente na gestão da tensão entre a exploração das oportunidades comerciais e a prossecução da missão social”.

Em jeito de síntese, o empreendedor social deverá, pois, ter capacidade para lidar com o hibridismo subjacente às próprias organizações da economia social.

Entre nós, merece relevo a pesquisa conduzida por Parente, Lopes e Marcos (2012), na qual se pretendeu identificar os perfis de empreendedorismo social presentes em organizações portuguesas do terceiro sector. Sustentado num inquérito por questionário remetido, entre Maio e Julho de 2011, aos dirigentes de 89 entidades nacionais, o estudo permitiu evidenciar a heterogeneidade dos perfis sociodemográficos dos respondentes, desde o grupo etário e a formação académica, passando pela experiência em sede de economia social.

Escrutinando as 89 entidades observadas à luz de duas dimensões analíticas que concorrem para a determinação do

perfil de empreendedorismo social – dimensão modelos de gestão e dimensão organização do trabalho – o estudo hierarquizou as entidades em apreço do seguinte modo:

- Em 15 das organizações, verificou-se um baixo grau de orientação para o empreendedorismo social, por não ponderarem nenhuma das dimensões analíticas apontadas.
- Em 52 das organizações, observou-se um moderado grau de orientação para o empreendedorismo social, já que nelas prevalece apenas a dimensão referente à gestão de recursos económicos.
- Por fim, detecta-se um elevado grau de orientação para o empreendedorismo social em 22 das organizações, no seio das quais se privilegiam ambos as dimensões analíticas propostas.

Estes resultados deixam antever um campo propício ao florescimento do empreendedorismo social em Portugal.

5. Breves reflexões finais

O presente trabalho permitiu o alinhamento de algumas reflexões em torno da questão do financiamento da economia social, as quais se apontam de seguida.

Desde logo, parece persistir um desfasamento entre a dimensão da economia social e a respectiva visibilidade. A relevância do sector, se atendermos tanto aos recursos produzidos como ao nível de emprego gerado, não se compagina com a imagem projectada para a sociedade em geral, ou seja, com a configuração que os cidadãos têm do sector.

Outra das questões sensíveis no contexto da economia social é a da heterogeneidade das organizações que caem no seu âmbito, heterogeneidade essa que se estende também às fontes e aos modelos de financiamento. Porém, esta multiplicidade de situações não deve desencorajar a busca de instrumentos adequados de financiamento, adaptados às necessidades específicas das organizações, mormente em contextos onde a economia social se encontra sujeita a pressões crescentes, determinadas por

situações de crise de recursos e pelo recuo da esfera do Estado na provisão de bens e serviços. Em termos genéricos, a sustentabilidade da economia social, no longo prazo, depende da adequabilidade das respectivas fontes de financiamento.

Esta observação torna-se ainda mais sensível se considerarmos a possibilidade anteriormente avançada de a economia social poder ser alvo de uma procura a contraciclo, ou seja, de um acréscimo da procura em situação de crise de recursos, inversamente ao que sucede na economia de mercado. Esta aceção, para além de obviar a pertinência da questão financeira, coloca alguns obstáculos à importação pura e simples dos modelos de gestão aplicados nas organizações do sector privado. O estabelecimento de conclusões assertivas neste domínio exige a realização de trabalho de pesquisa mais aprofundado, o que nos remete, de novo, para a questão da informação. Sem prejuízo de todos os esforços já envidados neste sentido – onde colocamos, à escala internacional, o trabalho conduzido por alguns centros de investigação e, entre nós, a criação da Conta Satélite da Economia Social –, resta ainda um longo caminho a percorrer em matéria de sistematização da informação, principalmente no que se refere aos estados financeiros das organizações da economia social.

Quanto à situação prevalecente em Portugal, é com agrado que se regista a existência de instrumentos como o SOCIAL INVESTE ou o FRSS, especificamente vocacionados para o fortalecimento das competências de gestão das organizações da economia social. Porém, como se evidenciou oportunamente, o cumprimento dos requisitos exigidos poderá seleccionar como potenciais alvos de apoio as organizações que, à partida, já dispõem de meios mais adequados.

Por fim, em guisa de resposta à questão colocada logo em título, o trilha percorrido ao longo do trabalho sugere-nos que as organizações da economia social se colocam não exactamente a “meio caminho”, mas antes numa encruzilhada onde se entrecruzam o cumprimento de objectivos sociais e os constrangimentos de natureza financeira. É, pois, nesta encruzilhada, neste ponto nodal, que o empreendedor social se coloca.

Mais ainda, o carácter multifacetado da economia social, bem como o seu hibridismo, constituem as suas idiossin-

crasias mais marcantes, que se estendem, de modo manifesto, às próprias fontes de financiamento. O maior desafio com o qual a economia social se arrosta no presente não é o da busca de soluções generalizantes, é, antes, o da generalização da capacidade de criar soluções adaptadas às particularidades de cada organização.

Referências bibliográficas:

- APARÍCIO MEIRA, D. (2012-2013). A Lei de Bases da Economia Social portuguesa. Breve apresentação. *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 35, pp. 231-236.
- DEES, J. G. (2001). *The meaning of “social entrepreneurship”*. Working paper disponível em www.fuqua.duke.edu/centers/case/documents/dees_SE.pdf (acedido em janeiro de 2014).
- DOHERTY, B., HAUGH, H. & LYON, F. (2014). Social Enterprises as Hybrid Organizations: A Review and Research Agenda. *International Journal of Management Reviews*, Vol. 16, pp. 417-436.
- GRAÇA, E. (2012-2013). A conta satélite da economia social (CSES) em Portugal – 2013. *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 35, pp. 213-221.
- LUMPKIN, G. T., MOSS, T. W., GRAS, D. M., KATO, S. & AMEZCUA, A. S. (2013). Entrepreneurial processes in social contexts: how are they different, if at all?. *Small Business Economics*, Vol. 40, n.º 3, pp. 761-783.
- MACMILLAM, R. (2010). The third sector delivering public services: an evidence overview. Third Sector Research Centre, Working Paper n.º 20, 41 pp.
- MILLER, C. (2008). Truth or consequence. The implications of financial decisions. *Nonprofit Quarterly*, Vol. 15, n.º 2, pp. 10-15.
- NECK, H., BRUSH, C. & ALLEN, E. (2009). The landscape of social entrepreneurship. *Business Horizons*, 52, pp. 13-19.
- NEVES, M. E. & QUELHAS, A. P. (2013). *Carteiras de Investimento – Gestão e Avaliação do Desempenho*. Coimbra: Almedina.
- PARENTE, C., LOPES, A. & MARCOS, V. (2012). Perfis de Empreendedorismo Social: Pistas de Reflexão a partir de Organizações do Terceiro Sector Nacionais. Comunicação apresentada in VII Congresso Português de Sociologia, Universidade do Porto, Porto, Portugal, 19 a 22 de Julho, 23 pp.
- PHILLIPS, S. & HEBB, T. (2010). Financing Sector: Introduction. *Policy and Society*, Vol. 29, n.º 3, pp. 181-187.
- QUELHAS, A. P. (2001). *A refundação do Estado nas políticas sociais: a alternativa do movimento mutualista*. Coimbra: Edições Almedina.
- SALAMON, L. M., SOKOLOWSKI, S. W., HADDOCK, M. A. & TICE, H. S. (2013).

The State of Global Civil Society and Volunteering. Latest Findings from the implementation of the UN Nonprofit Handbook. Working paper n.º 49, Johns Hopkins Center for Civil Society Studies, 18 pp.

SAY, J.-B. (1803). *Treatise on political economy*. Paris: Deterville.

SCHUMPETER, J. A. (1934). *Capitalism, socialism and democracy*. Nova Iorque: Harper and Row.

SMITH, S. R. (2010). Hybridization and nonprofit organizations: The governance challenge. *Policy and Society*, Vol. 29, n.º 3, pp. 219-229.

YOUNG, D. R. & GRINSFELDER, M. C. (2011). Social Entrepreneurship and the Financing of Third Sector Organizations. *Journal of Public Affairs Education*, Vol. 17, n.º 4, pp. 543-567.

INDICE

| | |
|--|----|
| SOCIALIDADE(S) EM ESTUDO(S): UMA COLECCÃO E UM LIVRO.....5 | |
| Brevíssima nota introdutória | |
| SPES – SOCIALIDADE, POBREZA(S) E EXCLUSÃO SOCIAL..... 11 | |
| João Carlos Loureiro | |
| 1. Primeiro, agradecer..... 11 | 11 |
| 2. Projeto e rostos: breves palavras sobre a sua génese 12 | 12 |
| 3. Memória ou contra o marcionismo cultural e jurídico 14 | 14 |
| 4. Horizonte(s): da economia social e civil 15 | 15 |
| 5. Seminários 17 | 17 |
| 6. Em jeito de conclusão..... 20 | 20 |
| O PAPEL DO ESTADO NA SOCIEDADE E NA SOCIALIDADE 23 | |
| José Carlos Vieira de Andrade | |
| I. Introdução..... 23 | 23 |
| 1. A ideia moderna de Estado Social..... 23 | 23 |
| 2. Duas construções ideológicas de Estado Social..... 24 | 24 |
| 3. O Estado Social na Constituição portuguesa de 1976 26 | 26 |
| II. Os desafios sociais do século XXI..... 28 | 28 |
| III. Uma concepção realista e solidária dos direitos fundamentais sociais ..31 | 31 |
| IV. A solução do Estado Social como solução nacional 41 | 41 |
| A ECONOMIA SOCIAL CIVIL | |
| Comentário aos dados da socialidade em Portugal e na UE..... 43 | |
| Francisco Sarsfield Cabral | |
| SOCIALIDADE E CIVILIDADE: A Utilidade de uma Distinção..... 49 | |
| Miguel Morgado | |

| | |
|---|----|
| SOCIALIDADE, SOLIDARIEDADE E SUSTENTABILIDADE: Esboços de um Retrato Jurisprudencial | 61 |
|---|----|

Ana Raquel Gonçalves Moniz

| | |
|--|-----|
| § 1. Introdução: justiça constitucional, direitos e socialidade | 61 |
| § 2. Dignidade humana, sustentabilidade e concretização jurisdicional-constitucional..... | 64 |
| § 3. Estado social, solidariedade e fraternidade | 71 |
| § 4. Solidariedade e cidadania responsável: a quem cabe a realização da socialidade? | 77 |
| § 5. Justiça constitucional e(m) crise..... | 83 |
| § 6. Reflexões finais: o perigo da interferência de uma racionalidade estratégica nas decisões do Tribunal Constitucional.. | 100 |

| | |
|---|-----|
| QUE FUTURO PARA A SUSTENTABILIDADE FISCAL DO ESTADO? | 105 |
|---|-----|

José Casalta Nabais

| | |
|--|-----|
| I. A sustentabilidade fiscal do estado..... | 106 |
| II. A sustentabilidade económico-financeira e a sustentabilidade fiscal..... | 113 |
| III. Que futuro para a sustentabilidade do estado?..... | 120 |

| | |
|--|-----|
| GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS COOPERATIVAS Que desafios? | 129 |
|--|-----|

Maria Elisabete Gomes Ramos

| | |
|--|-----|
| 1. Cooperativas, pobreza e desenvolvimento humano..... | 130 |
| 2. Responsabilidade social (em particular, das sociedades anónimas) | 135 |
| 3. Cooperativas – o segundo <i>player</i> mais importante da economia social em Portugal | 141 |
| 4. Identidade cooperativa e governação | 142 |
| 4.1. Princípio da gestão democrática | 142 |
| 4.2. A assembleia geral | 145 |
| 4.3. A direção/diretor único | 150 |
| 4.4. Delegação de poderes de gestão e de representação | 153 |
| 4.5. Os diretores de facto | 157 |
| 4.6. Deveres de lealdade (fidelidade) e de cuidado dos dirigentes e gestores da cooperativa | 162 |
| 4.7. A fiscalização da gestão da cooperativa | 164 |
| 5. A responsabilidade civil pela administração da cooperativa | 168 |
| 5.1. Generalidades | 168 |
| 5.2. Critério de apreciação da culpa | 171 |
| 5.3. Business judgment rule e gestão das cooperativas..... | 173 |
| 5.4. Da aplicação da ação ut singuli às cooperativas | 186 |
| 6. Identidade cooperativa e ventos de mudança..... | 189 |
| Conclusão..... | 193 |

A GOVERNAÇÃO DA ECONOMIA SOCIAL.

Uma Reflexão a Partir da Lei de Bases da Economia Social Portuguesa 195

Deolinda Aparício Meira

| | |
|---|-----|
| 1. Apresentação | 195 |
| 2. O reconhecimento constitucional da economia social | 196 |
| 3. A delimitação subjetiva das entidades que integram o setor da economia social..... | 199 |
| 4. A finalidade de interesse geral prosseguida pela economia social..... | 203 |
| 5. Os princípios orientadores da economia social e o seu impacto na governança das entidades da economia social..... | 208 |
| 5.1. Preliminar | 208 |
| 5.2. Uma governação autónoma..... | 210 |
| 5.3. Uma governação democrática e participada | 211 |
| 5.4. Os limites impostos aos órgãos em matéria de aplicação de resultados | 214 |
| 6. A relevância da transparência na governação das entidades da economia social..... | 224 |

O FINANCIAMENTO DA ECONOMIA SOCIAL

De Novo a “Meio Caminho”? 230

Ana Paula Quelhas

| | |
|---|-----|
| Nota prévia | 230 |
| 1. Modelos de financiamento | 232 |
| 2. Diversificação <i>versus</i> sustentabilidade..... | 235 |
| 3. O caso nacional: algumas experiências recentes | 238 |
| 4. Hibridização e empreendedorismo social..... | 242 |
| 5. Breves reflexões finais..... | 245 |
| Referências bibliográficas: | 247 |

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



Grupo de investigação do IJ
Crise, Sustentabilidade e Cidadanias

• U • C •



IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS