

O NOVO REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL LOCAL

GLÓRIA TEIXEIRA / JOSÉ ANTÓNIO SÁ REIS

No final de 2012, e na sequência da publicação (a 31 de Agosto desse ano) da Lei 50/2012, que aprovou o novo regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, uma empresa detida por um município da Região Metropolitana do Porto solicitou ao Centro de Investigação Jurídico-Económica a elaboração de um parecer. As questões colocadas foram, muito sucintamente, as seguintes:

- 1) A que tipo de limitações está sujeito, ao abrigo do novo regime, o financiamento das empresas locais por parte dos municípios?
- 2) O novo regime implica uma alteração substancial o estatuto fiscal das empresas locais, nomeadamente no que toca ao IRC, IVA, isenções e benefícios fiscais?

O presente estudo reproduz o parecer que então emitimos, com ligeiras alterações apenas destinadas a facilitar a sua leitura descontextualizada dos concretos condicionalismos em que o mesmo foi pedido.

1. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI N.º 50/2012

A Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, veio alterar substancialmente o regime jurídico da atividade empresarial local, matéria que se encontrava regulada na Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro (por sua vez já objeto de três alterações, a última das quais em 2011). Da leitura do novo regime retiram-se sumariamente os principais objetivos de política legislativa que

pretenderam alcançar-se, e que de uma maneira geral poderemos condensar nos três pontos seguintes:

- a) o reforço da vertente empresarial em detrimento da vertente administrativa, patente na equiparação quase integral do regime das empresas locais ao das sociedades comerciais;
- b) a limitação das áreas de atividade em que podem ser criadas empresas locais;
- c) a imposição de critérios muito exigentes de sustentabilidade e equilíbrio financeiro, com a correspondente redução da possibilidade de concessão de auxílios por parte das entidades públicas participantes.

Como veremos, esta perspetiva tripartida vai estar presente na análise das soluções trazidas por este novo diploma.

O Capítulo I começa por definir o seu escopo e âmbito de aplicação. Diz-nos que as suas disposições se aplicam, de uma maneira geral, a dois tipos distintos de situações envolvendo os municípios, as associações de municípios e as áreas metropolitanas ⁽¹⁾, por um lado, e, por outro, o exercício de “atividade empresarial local” e as chamadas “participações locais”.

1.1. “Atividade empresarial local”

A atividade empresarial local vem definida no art. 2.º como a exploração dos serviços municipalizados ou intermunicipalizados e das empresas locais. Os primeiros “integram a estrutura organizacional do município”, nos termos do n.º 2 do art. 8.º. Ou seja, são serviços com uma estrutura orgânica própria (gerida por um Conselho de Administração, que poderá delegar parte das suas competências num diretor: arts. 12.º a 15.º), mas sem personalidade jurídica distinta da do município em que estão

⁽¹⁾ Apesar de a Lei 50/2012 não se lhes referir (como também não o fazia a Lei 53-F/2006), a Lei 169/99, de 18/9 (alterada pela Lei 5-A/2002, de 11/1, e que “estabelece o quadro de competências, assim como o regime jurídico de funcionamento, dos órgãos dos municípios e das freguesias”) diz, no seu art. 17.º, n.º 2, al. e), que também as freguesias podem “participar em empresas de capitais públicos de âmbito municipal, para a prossecução de atividades de interesse público ou de desenvolvimento local, cujo objeto se contenha nas atribuições da freguesia”.

integrados. O seu orçamento é, de resto, anexado ao do orçamento municipal. E, mais significativamente, é o município responsável pela cobertura das perdas geradas pela exploração destes serviços, cabendo-lhe igualmente os proveitos eventualmente gerados e que excedam eventuais importâncias em dívida para com estes (art. 16.º) ⁽²⁾.

Relativamente às empresas locais, o novo regime define a obrigatoriedade de estas passarem a revestir a forma de “sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial”, nas quais a entidade pública participante possa exercer (direta ou indiretamente) uma influência dominante. A definição dos indícios do que possa constituir uma tal influência dominante não foge ao habitual neste tipo de disposições: detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto, direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, administração ou fiscalização, ou “qualquer outra forma de controlo da gestão” ⁽³⁾.

A Lei 50/2012 rompe assim com o modelo dualista que vigorava à luz do anterior regime, e que permitia a criação de empresas municipais por duas vias distintas: a societária ou a das “entidades empresariais locais” ⁽⁴⁾. Mais importante: nos termos do n.º 1 do art. 70.º, as entidades constituídas ao abrigo do direito anterior “ficam obrigadas a adequar os seus estatutos em conformidade com a presente lei, no prazo de seis meses

⁽²⁾ Tratando-se de serviços intermunicipalizados, a repartição das perdas ou lucros deverá constar de um acordo celebrado para esse efeito e comunicado à Direção Geral das Autarquias Locais, nos termos do art. 16.º, n.º 4.

⁽³⁾ A opção por reproduzir, como ficou dito, o elenco de indícios de influência dominante que é habitual encontrar em disposições paralelas (a título de exemplo, o art. 486.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais) faz com que se repitam aqui alguns dos pontos normalmente alvo de crítica. Não se compreende, por exemplo, que o direito de nomear ou destituir “a maioria dos membros do órgão de fiscalização” (designação já por si pouco compreensível, uma vez que parece decorrer dos números 1 e 2 do art. 25.º que a fiscalização competirá sempre a um fiscal único, independentemente do tipo societário concretamente adotado) deva ser vista como um indício de que essa influência exista; nem se compreende o sentido de referir separadamente o órgão “de gestão” ou “de administração”, como se fossem distintos; nem se vê muito bem, finalmente, que “outra forma de controlo” possa uma entidade pública participante legitimamente exercer sobre uma sociedade comercial por si participada e que não se subsuma ao controlo da assembleia geral ou do órgão de gestão / administração.

⁽⁴⁾ Apesar de terem sido abolidas relativamente ao sector empresarial local, as entidades públicas empresariais continuam a estar previstas nos arts. 56.º e ss. do D.L. 133/2013, de 03/10, enquanto forma jurídica de constituição de empresas públicas. Integram portanto o sector empresarial do Estado, mas não o sector empresarial local.

após a sua entrada em vigor”, sob pena (nos termos do n.º 2 do mesmo artigo) de dissolução ou alienação integral das participações por parte das entidades públicas participantes.

Ainda quanto às empresas locais, a Lei 50/2012 mantém a dicotomia, já consagrada na lei anterior, entre as empresas locais de “gestão de serviços de interesse geral” e de “promoção do desenvolvimento local e regional”. A delimitação das atividades potencialmente exercidas por cada um destes dois tipos de empresas é feita nos arts. 45.º e 48.º, sendo visível um esforço grande de concretização e um marcado objetivo de limitação dessas atividades por comparação com a redação dos artigos paralelos do anterior regime (arts. 19.º e 21.º da Lei 53-F/2006, respetivamente). A uma descrição relativamente vaga ⁽⁵⁾ substitui-se um elenco bastante preciso das atividades que as empresas locais estão agora habilitadas a exercer: gestão de equipamentos na área de educação, ação social, cultura, saúde e desporto; abastecimento de água; saneamento de águas residuais; gestão de resíduos e limpeza urbana; transportes coletivos; distribuição de eletricidade; urbanismo (gestão urbana, promoção de infraestruturas urbanísticas, reabilitação do património edificado); habitação social; produção de energia elétrica. As empresas intermunicipais podem ainda exercer outras atividades, não elencadas, de “promoção do desenvolvimento urbano e rural” ⁽⁶⁾.

A nova lei fez também desaparecer, e a nosso ver com acerto, a desnecessária separação entre “contratos de gestão” (celebrados com as empresas de gestão de serviços de interesse geral) e “contratos-programa” (celebrados com as empresas de promoção do desenvolvimento local e regional). Ao abrigo do novo regime passa a haver apenas contratos-programa, cujo conteúdo vem definido, para cada tipo, nos artigos 47.º e 50.º.

1.2. Participações Locais

Quando um município, associação de municípios ou área metropolitana seja titular de participações sociais que não lhe confiram uma influên-

⁽⁵⁾ Isto era especialmente notório relativamente às empresas de gestão de serviços de interesse geral, para as quais a lei utilizava termos como prestação de serviços “de interesse geral”, “essenciais”, “de carácter universal” ou “que exijam avultados investimentos”.

⁽⁶⁾ Cfr. o art. 48.º, n.º 1, al. e). Só excepcionalmente, nos casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo, podem ser criadas empresas municipais com este objeto.

cia dominante sobre as sociedades participadas ⁽⁷⁾, essas participações seguem o regime constante dos arts. 51.º e ss. da Lei 50/2012. Trata-se de uma novidade introduzida pelo novo regime legal, sendo que anteriormente estes casos não eram contemplados com um regime específico.

As participações locais comportam, em princípio, um menor risco de encargos financeiros para as entidades públicas participantes. Isso decorre, por um lado, da mais reduzida participação no capital social por parte destas entidades. Mas decorre sobretudo da importante limitação que consta do n.º 3 do art. 53.º, nos termos do qual não podem ser celebrados contratos-programa entre estas “sociedades participadas” e as entidades públicas participantes. Ora, conjugando-se esta disposição com o que vem prescrito no n.º 3 do art. 32.º, percebemos que as sociedades participadas muito dificilmente constituirão um pesado encargo para os municípios, uma vez que, à semelhança do que acontecia já ao abrigo do anterior enquadramento legal, a “atribuição de subsídios à exploração pelas entidades públicas participantes no capital social exige a celebração de um contrato-programa”. Ou seja: gorada a possibilidade de celebração de contratos-programa, gorada fica também, desde logo, toda e qualquer possibilidade de concessão de subvenções. Daí que as preocupações de equilíbrio e sustentabilidade financeiras sejam bem menores aqui do que nas empresas locais: enquanto sobre uma sociedade meramente participada impendem apenas deveres genéricos de “adotar procedimentos de controlo interno adequados a garantir a fiabilidade das contas e demais informação financeira” e de “apresentar resultados anuais equilibrados” ⁽⁸⁾, as empresas locais estão a partir de agora sujeitas a uma série de constrangimentos financeiros, sob a forma de critérios que podem determinar a sua dissolução quando não sejam cumpridos durante três anos consecutivos.

Acresce que a proibição de concessão de empréstimos às empresas locais pelas entidades públicas participantes é expressamente estendida às participações locais pelo normativo do n.º 4 do art. 55.º, e que a aquisição de participações carece sempre de visto prévio do Tribunal de Contas, seja qual for o valor pelo qual é feita, e deve ser comunicada no prazo de 15 dias à Inspeção-Geral de Finanças e à Direção-Geral das Autarquias Locais ⁽⁹⁾. Finalmente, e para que não haja dúvidas acerca do valor real

⁽⁷⁾ Definida, como já se viu, por referência aos critérios elencados no art. 19.º.

⁽⁸⁾ Cfr. art. 55.º.

⁽⁹⁾ Cfr. art. 54.º.

da despesa efetuada pelo município com a aquisição da participação, o n.º 2 do art. 51.º diz expressamente que “não são admitidas entradas em espécie pelas entidades públicas participantes”. Ou seja, a contrapartida da quota ou das ações detidas pela entidade em questão terá de ser, sempre, uma quantia em dinheiro ⁽¹⁰⁾, e portanto com um valor imediatamente apreensível sem necessidade de recurso a qualquer tipo de avaliação — que pode sempre ser mal feita, e que mesmo não o sendo é passível de deixar suspeitas de favorecimento.

1.3. “Outras participações”

Nos artigos 56.º a 60.º, a Lei 50/2012 refere outras entidades de natureza distinta da societária, mas que ainda assim ⁽¹¹⁾ podem relevar do ponto de vista da atividade empresarial local. São elas as fundações (art. 57.º), as cooperativas (art. 58.º), as associações de direito privado (art. 59.º) e quaisquer outras, para além destas, que as entidades públicas entendam ser convenientes à prossecução dos interesses públicos relevantes (art. 60.º) ⁽¹²⁾.

A estas participações aplica-se, antes de mais, o regime jurídico especificamente previsto para cada uma das figuras jurídicas escolhidas ⁽¹³⁾. É aí que encontraremos as normas relativas à sua criação, funcionamento e extinção. No entanto, e para salvaguarda do interesse público na sustentabilidade destas instituições, o n.º 3 do art. 56.º ordena que se lhe apliquem as mesmas regras que encontramos para as sociedades participadas: proibição de celebração de contratos-programa (e dos correspondentes subsídios à exploração), proibição da concessão de empréstimos por parte das entidades públicas participantes, fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas. Também aqui se verifica um muito menor rigor no controlo do equilíbrio financeiro das entidades participadas, em função do menor risco

⁽¹⁰⁾ Nas sociedades comerciais as entradas podem ser de três tipos: em dinheiro, em espécie (possibilidade vedada pela norma em apreço) e em indústria.

⁽¹¹⁾ E na sequência do que vinha já dito no art. 1.º, n.º 3.

⁽¹²⁾ Nada impede, por exemplo, que um município ou uma associação de municípios entenda como proveitoso constituir ou ser parte de um Agrupamento Complementar de Empresas (Lei 4/73, de 4/6, e DL 430/73, de 25/8), ou até de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico (Regulamento CEE n.º 2137/85, de 25/7, e DL 148/90, de 9/5).

⁽¹³⁾ Ou seja: a Lei-Quadro das Fundações, constante da Lei 24/2012, de 9/7, o Código Cooperativo (Lei n.º 51/96, de 7/9) e os artigos 167.º a 184.º do Código Civil.

de descontrolo que apresentam. No entanto, há aqui uma diferença, que não é de somenos, relativamente às meras participações sociais locais (por assim dizer), e que se coloca sobretudo relativamente às fundações: contrariamente ao que sucede no primeiro caso, a entidade pública participante pode aqui ser a única fundadora, com todos os encargos eventualmente associados a tal condição. Daí que lhes sejam aplicadas as regras de gestão económico-financeira, acompanhamento, avaliação de desempenho e fiscalização previstas nos arts. 54.º e 55.º da Lei-Quadro das Fundações, que por sua vez remetem para a Lei-Quadro dos Institutos Públicos ⁽¹⁴⁾. Ainda que longe dos apertadíssimos critérios de equilíbrio e sustentabilidade consagrados para as empresas locais no art. 62.º, estas regras garantem ainda assim um controlo bem mais apertado do que aquele que resultaria da mera aplicação do art. 55.º da Lei 50/2012.

2. O FINANCIAMENTO DAS EMPRESAS LOCAIS

Como já foi sendo dito, a Lei 50/2012 teve como finalidade principal e assumida limitar as possibilidades de derrapagem financeira dos municípios em consequência do financiamento de empresas locais financeiramente inviáveis. Nesse sentido, foram introduzidas algumas inovações relativamente ao regime anterior, para assegurar um maior controlo da despesa pública e um maior esforço de viabilidade financeira das empresas. Analisemos agora mais em detalhe cada uma das possíveis formas de financiamento das empresas locais.

2.1. A concessão de subsídios à exploração

Tal como sucedia anteriormente ⁽¹⁵⁾, e como já foi referido, a concessão de subsídios à exploração pelas entidades públicas intervenientes exige a prévia celebração de contratos-programa, em que para além de se estabelecer em termos gerais o conteúdo dos serviços a prestar pela empresa, a sua finalidade e responsabilidades, fica ainda definido o montante dos subsídios à exploração a conceder pelas entidades públicas participantes. Como vimos também, esta é uma prerrogativa reservada às empresas locais

⁽¹⁴⁾ Aprovado pela Lei 3/2004, de 15/1. Cfr. em especial os artigos 35.º e ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. o art. 9.º, n.º 2, da Lei 53-F/2006.

(e já não as sociedades meramente participadas, nem outras entidades equiparadas).

Faltou, no entanto, referir um ponto crucial que doravante condicionará fortemente a concessão deste tipo de auxílios financeiros: a obrigatoriedade de as receitas obtidas pelas empresas locais totalizarem pelo menos o dobro do “peso contributivo dos subsídios à exploração”, sob pena de a empresa ser alvo de dissolução. É certo que, nos termos do art. 62.º, n.º 1, al. b), essa sanção extrema apenas ocorrerá quando aquele critério for desrespeitado durante três anos consecutivos. Mas constitui um sinal claro por parte do legislador de que as empresas locais terão de ser cada vez mais auto-sustentadas, e depender progressivamente menos das contribuições financeiras das entidades públicas participantes ⁽¹⁶⁾.

2.2. A concessão de empréstimos por parte das entidades públicas participantes

À semelhança do que vinha já previsto na Lei 53-F/2006 ⁽¹⁷⁾, o art. 41.º, n.º 3, do novo regime da atividade empresarial local proíbe liminarmente a concessão de empréstimos pelas entidades públicas participantes às empresas locais. E como se disse atrás, esta proibição é alargada às sociedades em que a entidades públicas não detenham uma posição dominante e a quaisquer outras entidades que aquelas entendam criar ⁽¹⁸⁾.

2.3. As entradas de capital

Aquando da constituição de uma sociedade comercial de responsabilidade limitada ⁽¹⁹⁾, todos os sócios têm a obrigação de entrar com dinheiro,

⁽¹⁶⁾ As outras alíneas do art. 62.º, n.º 1, apontam no mesmo sentido. A al. a) impõe uma *ratio* de 50% na cobertura dos gastos de cada exercício pelas receitas provenientes de vendas e prestações de serviços; a al. c) impõe que o resultado operacional cubra o valor das depreciações e amortizações; e a al. d) obriga a que o resultado líquido seja positivo. Mas como se disse em texto, apenas um incumprimento de algum destes critérios repetido durante três anos consecutivos obriga o órgão deliberativo da entidade pública participante a deliberar a dissolução da empresa (sob pena de comunicação à Inspeção Geral das Finanças para que esta exerça a competente tutela, e sendo caso disso requeira oficiosamente a dissolução da empresa: cfr. art. 67.º). Cfr., quanto a isto, os arts. 61.º e 62.º.

⁽¹⁷⁾ Cfr. o art. 32.º, n.º 3.

⁽¹⁸⁾ Cfr. arts. 55.º, n.º 4, e 56.º, n.º 3.

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 19.º, n.º 6.

bens ou direitos para o património da sociedade. O quantitativo da entrada está relacionado com os encargos esperados com a constituição e exploração da empresa societária, mas a lei não define qualquer montante máximo para o mesmo — pelo contrário, define um valor mínimo de 50.000€ para a constituição de sociedades anónimas ⁽²⁰⁾.

A dotação inicial de capital, que constituirá o património da sociedade, pode assim assumir-se como uma importante forma de financiamento das empresas locais. E recorde-se que a realização das entradas em dinheiro pode ser diferida (até um máximo de 70%, para as sociedades anónimas ⁽²¹⁾, ou integralmente, para as sociedades por quotas ⁽²²⁾) por um prazo de cinco anos ⁽²³⁾. O que quer dizer que o cumprimento da obrigação assumida pelo sócio (neste caso pela entidade pública que detém parte, ou a totalidade, da empresa local) pode ser fracionada no tempo por forma a não ser um encargo financeiro excessivo.

O que se disse para as entradas acordadas aquando da constituição da sociedade vale, quase *ipsis verbis*, para novas entradas que os sócios se comprometam a realizar na sequência de uma deliberação de aumento de capital. Desde que nessa deliberação se refira expressamente o momento a partir do qual é exigível a quantia em dinheiro que o sócio se comprometeu a transferir para o património societário, tudo se passa como ficou descrito em cima ⁽²⁴⁾.

2.4. A proibição de “subsídios ao investimento ou em suplemento a participações no capital”

A redação do art. 36.º, n.º 1, na Lei 50/2012 está longe de ser clara, e a sua interpretação não se afigura fácil. Mais a mais porque consagra duas soluções novas em face do regime que vigorou até hoje.

A norma começa por proibir a atribuição de subsídios ao investimento e, em segundo lugar, o artigo proíbe os subsídios “em suplemento a participações no capital”. Não é absolutamente claro o sentido útil a atribuir a esta norma, mas inclinamo-nos a pensar que a previsão se dirige apenas às prestações suplementares, que o art. 209.º e ss. do C.S.C. permite que

⁽²⁰⁾ Cfr. art. 276.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais.

⁽²¹⁾ Cfr. art. 277.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais.

⁽²²⁾ Cfr. art. 202.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais.

⁽²³⁾ Cfr. arts. 203.º, n.º 1, e 285.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais.

⁽²⁴⁾ Cfr. art. 89.º, n.º 1 e 2.

sejam estipuladas, no contrato de sociedade, para as sociedades por quotas ⁽²⁵⁾, e não já à obrigação de prestações acessórias ⁽²⁶⁾.

Em primeiro lugar, a letra da lei (“...em *suplemento* a participações no capital...”) parece dirigir-se diretamente apenas à proibição às prestações suplementares, com exclusão das demais. Se o legislador quisesse inequivocamente estender a proibição a todos os tipos de prestação para além da obrigação de entrada poderia bem ter referido serem proibidos os subsídios “sob a forma de prestações acessórias ou suplementares à obrigação de entrada”, ou expressão equivalente. Ao optar por esta redação parece, ao invés, ter tomado uma posição mais restritiva.

Em segundo lugar, e contrariamente às prestações suplementares, as prestações acessórias podem ser onerosas. Isto significa que no contrato de sociedade é possível estipular uma contrapartida da sociedade (por exemplo, sob a forma de prestação de serviços) em troca da prestação (pecuniária ou não) a que o sócio se obrigou. E que, correspondentemente, estas prestações “acessórias” poderão muito bem não assumir a natureza de um puro desvalor para os sócios (no caso, as entidades públicas participantes) que a elas voluntariamente se obriguem, mas antes a de apenas uma das prestações numa relação sinalagmática.

Finalmente, as prestações acessórias não afetam, a menos que o contrato expressamente o diga, “a situação do sócio como tal” ⁽²⁷⁾. Também isso as distingue das prestações suplementares, que (essas sim) seguem o severo regime das obrigações de entrada (que são, por sua vez, a contrapartida dada pelo sócio em troca das “participações no capital”) ⁽²⁸⁾. Ora, considerando que a lei refere expressamente a natureza de “suplemento à participação no capital”, parece (também por esta razão) não ser de incluir a proibição de obrigações cujo incumprimento seja sancionado de forma diversa do da obrigação de entrada.

⁽²⁵⁾ Apesar de não haver expressa previsão legal, nada parece impedir que um contrato de sociedade anónima preveja também este tipo de obrigações, seja reproduzindo (ou remetendo para) o regime das sociedades por quotas, seja consagrando soluções não inteiramente coincidentes com estas.

⁽²⁶⁾ Previstas nos arts. 209.º e 287.º do Código das Sociedades Comerciais para as sociedades por quotas e anónimas, respetivamente.

⁽²⁷⁾ Cfr. os arts. 209.º, n.º 4, e 287.º, n.º 4, do C.S.C.

⁽²⁸⁾ Cfr. os arts. 212.º, n.º 1, 204.º e 205.º do C.S.C.

3. SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA X À LUZ DA LEI N.º 50/2012

A Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto (Lei do Setor Empresarial Local — SEL), no seu art. 19.º, n.º 4, define as empresas locais como pessoas coletivas de direito privado, com natureza pública.

Refere também no seu art. 20.º, n.º 1 que as empresas locais têm como objeto exclusivo a exploração de atividades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, sendo proibida a prossecução de atividades de natureza exclusivamente administrativa ou com intuito exclusivamente mercantil. No entanto, tais limitações não as retiram da sujeição às regras da concorrência, conforme imposto pelo art. 34.º da referida Lei.

Sobre o regime jurídico aplicável às empresas locais, estatui o art. 21.º da Lei n.º 50/2012 que estas se regem também pela lei comercial, pelos estatutos e, subsidiariamente, pelo regime do setor empresarial do Estado, “*sem prejuízo das normas imperativas neste previstas*” (Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto).

Da interpretação conjunta dos acima citados diplomas, resulta que o legislador pretendeu, em primeira linha, a defesa do prossecução do interesse público, procurando integrar formas e métodos de gestão privatística que garantam uma maior eficiência na alocação dos recursos humanos e financeiros.

O regime referido no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 300/2007 (Setor Empresarial do Estado — SEE) é imperativo, e estende os seus efeitos ao setor empresarial local, quando qualifica como públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, uma influência dominante.

Ficam, deste modo, sanadas possíveis dúvidas que pudessem surgir da enunciação apresentada pelo legislador no art. 19.º, n.º 4, da Lei do SEL (Lei n.º 50/2012) quanto à natureza jurídica das empresas locais nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais exerçam uma influência dominante que, não obstante passarem a revestir uma forma privada, mantem a sua natureza pública e vinculação prioritária à missão que devem prosseguir: satisfação das necessidades da coletividade.

Se tal missão é compatível com critérios economicistas é questionável, devendo no futuro o legislador ponderar um melhor equilíbrio entre a forma e a substância.

A Empresa X é uma empresa local, detida a 100% pelo Município Y, nos termos estabelecidos nos seus estatutos, e prossegue atividades de exclusivo interesse público: o ordenamento do território e gestão urbanística, a reabilitação urbana, o desenvolvimento da habitação e a promoção do desenvolvimento local. Como tal, e à luz do enquadramento legal acima enunciado, qualifica como empresa local pública, não obstante a sujeição à forma privada na sua constituição e também no seu funcionamento e gestão.

4. SOBRE AS IMPLICAÇÕES FISCAIS DA ALTERAÇÃO DA FORMA IMPOSTAS PELA LEI N.º 50/2012

4.1. Introdução

O direito fiscal assume uma natureza especial face a outros ramos do Direito, nomeadamente a obrigação de atender à substância económica dos factos tributários (art. 11.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária).

Aqui, a preocupação do legislador centra-se na materialidade dos atos ou transações, podendo, no limite, desconsiderar a forma adotada pelo contribuinte em situações de fraude ou abuso fiscais.

Ainda, e diferentemente, pode criar regimes fiscais especiais, de forma a garantir a tributação real dos factos tributários, nomeadamente o regime de transparência fiscal aplicável a determinadas entidades nos termos do art. 6.º do CIRC.

Por último, pode, e em presença da mesma forma jurídica, conceder diferentes regimes fiscais, conforme previsto, nomeadamente no art. 11.º do CIRC (atividades de associações culturais, recreativas e desportivas). Nestes casos, a associação pode beneficiar ou não da isenção fiscal consoante se demonstre o preenchimento cumulativo das condições enunciadas nesse normativo.

Estas preocupações legítimas existem para garantir a equidade e justiça fiscais bem como para a prevenção de comportamentos ilícitos ou abusivos.

É ponto central no CIRC, em sede de medidas antiabuso, o controle do tipo de atividades exercidas pelas entidades coletivas bem como possíveis alterações a este tipo de atividades que podem levar, por vezes, à alteração do próprio objeto social da empresa. Igual controle é também exercido sobre a estrutura e composição do capital social e suas variações, nomeadamente nos termos do art. 52.º, n.º 8, do CIRC.

Afastadas estão este tipo de preocupações no caso da Empresa X, pois a empresa mantém inalterados o seu objeto e tipo de atividades e estrutura social, não sendo aqui aplicáveis medidas antiabuso pois não existem comportamentos abusivos por parte do contribuinte.

O novo regime legal introduzido pela Lei 50/2012 não é claro nem coerente e os problemas na sua aplicação prática não poderão também deixar de ser resolvidos, em sede fiscal, à luz do princípio da neutralidade, aplicável tanto ao nível dos impostos sobre o rendimento como ao nível de IVA.

4.2. A interpretação conjunta da legislação relativa ao Setor Empresarial do Estado e do art. 2.º, n.º 2, do CIVA

No caso em apreço, dúvidas que possam surgir na interpretação e aplicação do conceito ‘pessoa coletiva de direito público’, expressa no art. 2.º, n.º 2, do CIVA, deverão ser sanadas, primeiramente, dentro do espírito do sistema legal nacional, interpretando-se sistematicamente a expressão infeliz utilizada pelo legislador no art. 19.º, n.º 4, da Lei n.º 50/2012: ‘pessoa colectiva de direito privado com natureza municipal...’.

Por força da imperatividade da remissão prevista no art. 21.º da Lei n.º 50/2012, não poderão estas ‘pessoas coletivas de direito privado de natureza municipal’, perder o seu estatuto de entidades públicas não obstante a sua sujeição à forma comercial.

De facto, não pode a forma alterar a natureza destas entidades, não obstante a interpretação literal e isolada da expressão possa levar noutro sentido.

Reitere-se, novamente, que o regime do setor empresarial local se subordina juridicamente ao regime do setor empresarial do Estado, qualificando-se como entidades públicas, as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indirecta, uma influência dominante.

No contexto comunitário, a situação é coerente e pacífica, também no contexto da jurisprudência fiscal proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em sede de IVA, e em conformidade com o princípio da neutralidade, tem sido jurisprudência coerente e constante deste Tribunal subordinar a forma à substância, reclamando-se que situações idênticas devam ser tratadas de igual modo.

Para uma aplicação ainda mais compreensiva e abrangente, refira-se a este propósito, e aquando da aplicação de uma isenção em sede de IVA, o Caso C-415/04 (*St. Kinderopvang Enschede*) de 2 de setembro de 2006, onde o TJUE se pronunciou positivamente relativamente à possibilidade de concessão do benefício, não obstante estar em presença de sujeitos passivos diferentes do contribuinte, à luz da substância e materialidade dos factos objeto da isenção.

4.3. O caso especial de transformação de uma entidade empresarial local (EEM) em sociedade comercial

O problema das possíveis formas que os contribuintes podem assumir e as limitações dos normativos fiscais em refletir esta realidade, não é apenas problema do legislador nacional mas também de outros legisladores europeus e internacionais.

Devido à dificuldade em se listar em todas as normas jurídicas as diferentes formas jurídicas elegidas pelos contribuintes, tem sido jurisprudência constante, nos diferentes países da União Europeia, a adoção do princípio da subordinação da forma à substância, ignorando-se, por vezes, a forma jurídica concreta assumida pelo contribuinte. Equipara-se, por exemplo, associação a sociedade comercial, pessoa coletiva a entidade coletiva, etc., com base numa interpretação económica da norma jurídica, baseada na substância dos factos ou transações ⁽²⁹⁾.

Um contribuinte, nas mesmas circunstâncias económicas, não poderá deixar de receber o mesmo tratamento fiscal, não obstante poder assumir a forma 'associação', 'sociedade', etc.

No CIRC, o legislador quando utiliza o conceito 'sociedades', e à semelhança de outros códigos fiscais europeus, fá-lo em sentido amplo, englobando toda uma série de entidades coletivas, de natureza pública ou privada, aparecendo o termo 'sociedade' como sinónimo de 'pessoa coletiva'.

Para o caso em análise, e em sede geral, as empresas públicas, de âmbito nacional, local ou regional, estão sujeitas a tributação em sede de IRC, aplicando-se os diferentes normativos deste código, nomeadamente o art. 72.º do CIRC ('Regime aplicável'-Transformação de sociedades).

⁽²⁹⁾ Ver, entre outros, Harris, Peter, *Company, Person, Body of Persons, Entity: What's the Difference and Why?*, British Tax Review, n.º 2, 2011, páginas 188-209.

Conforme as limitações já acima indicadas, não prevê expressamente o legislador português, neste artigo, o caso das empresas locais. No entanto, a sua inclusão nesta norma decorre da interpretação conjunta deste artigo com os artigos 2.º, n.º 1, alínea *a)* (onde o legislador faz referência expressa as pessoas coletivas de direito público como sujeitos passivos de IRC), 3.º, n.º 1, alínea *a)* (expressa referência a empresas públicas e pessoas coletivas de direito público) e 9.º, n.º 1, alínea *a)* (o legislador expressamente exclui do âmbito da isenção de IRC as entidades públicas com natureza empresarial).

A interpretação sistemática do art. 72.º do CIRC, nos termos referidos no parágrafo anterior, permite a aplicação do regime de neutralidade fiscal quando se verifique a transformação de uma entidade empresarial local numa sociedade comercial.

Nestas situações, as limitações decorrentes de uma interpretação literal das normas fiscais terão de ser sanadas dentro do espírito do sistema, fazendo apelo a outras normas fiscais conformadoras do sistema fiscal.

4.4. Conclusões

No caso em apreço, a Empresa X mantém intacto o seu objeto e estrutura social e os fins públicos para que foi criada, qualificando como empresa local pública, sujeita, nomeadamente à fiscalização do Tribunal de Contas (arts. 22.º, n.º 3, da Lei n.º 50/2012).

Deverá, portanto, e em consonância com o princípio da legalidade e cânones de interpretação jurídica, manter o seu estatuto fiscal em sede de impostos sobre o rendimento e IVA, cumprindo as suas obrigações fiscais e beneficiando das isenções que lhe são concedidas pelos normativos fiscais, nomeadamente no art. 2.º, n.º 2, do CIVA.