

PARECER JURÍDICO N.º 58 / CCDR-LVT / 2010

Validade • Parcialmente Válido

JURISTA

ANA CRISTINA AZINHEIRO

ASSUNTO **DIVERSOS – CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA**

QUESTÃO

- *A entidade consulente informa sobre a constituição de uma empresa de capitais públicos, que exercerá a sua actividade nas áreas dos municípios pertencentes àquela Comunidade Intermunicipal.*
- *Segundo a CIM, pretende-se que a nova empresa, a constituir, seja uma sociedade anónima, com capital social maioritariamente público, no caso, detido por uma empresa pública intermunicipal, que se encontra, por sua vez, sujeita à tutela da Comunidade Intermunicipal.*
- *A Administração daquela sociedade será composta por três elementos, dois dos quais nomeados pelo ente público (empresa pública intermunicipal participante), sendo o outro elemento nomeado pela nova empresa.*
- *Informa, por outro lado, que o presidente do conselho de administração será sempre um dos membros indicados pelo ente público – empresa intermunicipal, devendo ser também, por inerência, o presidente do conselho de administração desta empresa.*

■ *Pretende-se ainda que a forma de vincular a nova sociedade seja através do presidente do conselho de administração conjuntamente com o vogal nomeado pela nova empresa, ou que seja através do vogal nomeado pelo ente público em conjunto com o vogal nomeado pela empresa a constituir.*

Especificamente, a CIM questiona da seguinte forma:

1. *A selecção do "candidato" proveniente do ente público, poderá ser efectuada com dispensa de procedimento de concurso público?*
2. *As relações entre o ente público e a empresa a constituir cairão no escopo da contratação excluída, uma vez que esta pode ser considerada uma extensão da primeira? Ou seja, são aqui aplicáveis, nas relações entre estas entidades, as regras relativas à "contratação in house"?*
3. *O espírito que se pretende, ao evitar recorrer a uma parceria público-privada que possa resultar em endividamento, será considerada uma conduta apropriada?*

(Constituição de Empresa)

PARECER

O regime jurídico aplicável à situação vertente encontra-se, desde logo, plasmado na [Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro](#), que aprovou o regime jurídico do sector empresarial local, revogando a [Lei nº 58/98, de 18 de Agosto](#).

No caso vertente, a entidade consulente refere que a maioria do capital social é detido por uma empresa intermunicipal, o que nos reconduz, nos termos do preceito mencionado, à inserção da empresa a constituir também no âmbito de aplicação da citada Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro e portanto no sector empresarial local.

Tanto mais, que da informação disponibilizada pela entidade consulente, resulta que a empresa intermunicipal PISOESTE EEIM, que irá deter a maioria do capital social da empresa a constituir, se encontra sujeita à tutela da CIM, o que traduzirá, quanto a nós, no exercício de uma influência dominante indirecta desta entidade.

Relativamente ao objecto social das empresas do sector empresarial local, dispõe o 5º do citado diploma que estas empresas devem ter, obrigatoriamente, como objecto a exploração de actividades de interesse geral, a promoção do desenvolvimento local e regional e a gestão de concessões, sendo proibida a criação de empresas para o desenvolvimento de actividades de natureza exclusivamente administrativa ou de intuito predominantemente mercantil; não podendo ser criadas ou participadas empresas de âmbito intermunicipal cujo objecto social não se insira no âmbito das atribuições da associação de municípios.

Por outro lado acrescerá referir que, nos termos do artigo 8º da Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro, a criação de empresas de âmbito intermunicipal está sujeita às formalidades descritas neste preceito legal.

PARECER JURÍDICO N.º 58 / CCDD-LVT / 2010

Concretamente e no que concerne à primeira questão colocada sobre a designação do presidente do conselho de administração, haverá que atender ao disposto no n.º 4 do artigo 47.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, que manda aplicar nesta matéria, subsidiariamente, o Estatuto do Gestor Público, ou seja o [DL n.º 71/2007, de 27 de Março](#).

Neste âmbito cumpre referir que os gestores públicos são designados por nomeação ou por eleição, sendo esta efectuada nos termos da lei comercial (vide arts 12.º e 13.º do Estatuto do Gestor Público e artigos 391.º e 392.º do [Código das Sociedades Comerciais](#)).

O artigo 22.º do referido estatuto vem esclarecer que, em regra, o exercício de funções executivas tem lugar em regime de exclusividade, podendo apenas haver lugar à acumulação nas situações expressamente previstas no n.º 3 do mesmo preceito, bem como nas situações em que a acumulação de funções se prenda com o exercício de funções na empresa mãe ou em outras relativamente às quais a própria empresa ou a sua empresa mãe exerçam directa ou indirectamente influência dominante nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do [Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro](#).

No que concerne à segunda questão colocada, sobre se as relações entre as duas empresas caem no âmbito da "contratação *in house*", ou seja, da contratação excluída do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos, somos a informar o seguinte:

O artigo 5.º n.º2 do [Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro](#), republicado pelo [278/2009, de 2 de Outubro](#) (CCP), reporta, precisamente, à "contratação *in house*."

Nesta matéria importa realçar que a jurisprudência comunitária tem considerado que a contratação fortemente ligada à entidade adjudicante, leva a que os contratos celebrados entre essas entidades possam ser considerados operações internas, quer do ponto de vista qualitativo, quer do ponto de vista quantitativo. Porém, para que tal possa ser tido em linha de conta, devem estar reunidos determinados requisitos cumulativos:

- a) A entidade adjudicante deve exercer sobre a outra entidade um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços;
- b) A entidade co-contratante deve desenvolver o essencial da sua actividade em benefício da entidade adjudicante (80% do volume de negócios deve ser produzido pelos serviços prestados à entidade adjudicante, isto de acordo com a jurisprudência comunitária).

No caso em apreço haverá portanto que aferir, não só se a nova empresa desenvolve o essencial da sua actividade em benefício da entidade adjudicante, mas também, se existe, entre as duas empresas, controlo análogo, entendido como poder de direcção.

*De acordo com a nossa doutrina " A figura da contratação *in house* depende da existência de um controlo que permita à entidade adjudicante influenciar, de forma determinante, as decisões do adjudicatário, nomeadamente no que diz respeito aos seus objectivos estratégicos. O requisito do "controlo análogo" há-de aproximar-se, de acordo com a organização administrativa portuguesa, do poder de direcção que uma entidade pública detém sobre os seus serviços, o qual consiste na possibilidade de determinação concreta da conduta alheia através de ordens ou instruções. Ou seja, para que haja contratação *in house* é preciso que a entidade adjudicante possa produzir, em relação à actividade/gestão do adjudicatário, um efeito equiparado ao da emissão de ordens ou instruções – pelo que não é suficiente a existência de um mero poder de tutela.¹"*

Ora, quanto a nós, o exercício de uma influência dominante não significa, necessariamente, controlo análogo nos termos a que se refere o citado artigo 5.º do CCP.

Efectivamente, quer a ampla participação de capitais privados na sociedade a constituir, que poderá, nalguns casos, ser susceptível de contribuir para a conformação da vontade social (veja-se o exemplo das deliberações para as quais a lei exige dois terços dos votos); quer a composição mista do conselho de administração, parecem-nos factores indicativos da inexistência de um poder de direcção absoluto da PISOESTE, EEIM sobre a nova empresa.

No que concerne à última questão colocada, cumpre-nos informar, do ponto de vista jurídico, que as parcerias público privadas se encontram reguladas no [Decreto-lei n.º 86/2003, de 26 de Abril](#)., republicado pelo [Decreto-lei n.º 141/2006, de 27 de Julho](#).

CONCLUSÃO

1. Os gestores públicos são designados por nomeação ou por eleição, sendo esta efectuada nos termos da lei comercial (vide arts 12.º e 13.º do Estatuto do Gestor Público e artigo 391.º do Código das

¹ in Manual de Procedimentos de Contratação Pública de Bens e Serviços, elaborado por Sérvulo Correia e Associados, publicado pela Secretaria de estado do *Ministério das Finanças e da Administração Pública*

PARECER JURÍDICO N.º 58 / CCDCR-LVT / 2010

Sociedades Comerciais).

2. A aplicabilidade da “contratação in house”, depende da verificação, concreta, dos requisitos cumulativos elencados no nº2 do artigo 5º do CCP.
3. A avaliação das eventuais vantagens do recurso à constituição de uma empresa de capitais maioritariamente públicos, ao invés do recurso a uma parceria público – privada, decorrerá de um exercício de gestão à luz dos respectivos quadros legais, exercício esse que não se cinge à mera análise jurídica.

LEGISLAÇÃO

- Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro,
- Lei nº 58/98, de 18 de Agosto
- DL nº 71/2007, de 27 de Março
- Código das Sociedades Comerciais
- Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro
- Decreto-lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro,
- Decreto-lei nº 278/2009, de 2 de Outubro
- Decreto-lei nº 86/2003, de 26 de Abril
- Decreto-lei nº 141/2006, de 27 de Julho