

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 39 (2016-2017), páxs. 55-88
ISSN: 1130-2682

**A REGULAÇÃO PÚBLICA DAS ENTIDADES
DA ECONOMIA SOCIAL**

PUBLIC REGULATION OF NON-PROFIT ORGANIZATIONS

RUTE SARAIVA*

Recepción: 20/6/2017 - Aceptación: 25/9/2017

* Professora auxiliar. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Alameda da Universidade, 1496-014 Lisboa. Email: rutesaraiva@fd.ul.pt.

RESUMO

O recorte da Economia Social vem desafiando a doutrina que demonstra dificuldades na conceptualização de um sector caracterizado pela heterogeneidade. Ora, paradoxalmente, na tradição continental europeia acaba por ser a regulação pública a circunscrever quem são as entidades relevantes e, em consequência, aclarar o que se entende por Terceiro Sector, contrariando séculos de construção histórica informal.

Assim, procura-se aqui, em primeiro lugar, esclarecer o que se entende por regulação pública em sentido próprio para depois perceber se deve ou não prevalecer, designadamente face a outras alternativas como a co-regulação ou a auto-regulação. De seguida, verifica-se a sua importância em termos de Direito Europeu e, finalmente, antes de se concluir, apura-se o seu alcance no plano português.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação; Terceiro Sector; Organizações.

ABSTRACT

The delimitation of Social Economy has been a defying task for scholars due to its heterogeneity. Paradoxically, in the continental European tradition, its relevant organizations are determined by public regulation, undermining centuries of informal historical construction.

Therefore, we firstly try to explain the technical meaning of public regulation and if it should prevail vis-à-vis other solutions such as co-regulation and self-regulation. Then, we analyse its importance at the European level and end with the assessment of the Portuguese legal framework.

KEY WORDS: Regulation; Non-profit Sector; Organizations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REGULAÇÃO ECONÓMICA E PÚBLICA? 3. REGULAÇÃO NECESSÁRIA?. 4. A QUEM CABERÁ REGULAR? ESCOLHA DE UM MODELO. 5. A REGULAÇÃO EUROPEIA. 6. REGULAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. PUBLIC ECONOMIC REGULATION? 3. NECESSARY REGULATION?. 4. WHO SHOULD REGULATE? THE CHOICE OF A MODEL. 5. EUROPEAN REGULATION. 6. PUBLIC REGULATION IN PORTUGAL. 7. FINAL REMARKS. 8. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUÇÃO

O recorte exacto da definição de Economia Social¹, tanto em termos substantiais, como em termos formais (*i.e.* legais) vem desafiando a doutrina que demonstra dificuldades na conceptualização de um sector caracterizado pela heterogeneidade de organizações, fins e iniciativas, moldado por diferenças histórico-culturais, sociais, económicas e necessidades específicas encontradas no terreno e influenciado pela casualidade de muita da sua estrutura e actuação, até pela sua ligação de proximidade à comunidade, da qual vem obtendo a sua legitimidade e respeitabilidade.

Em termos de Direito comparado, verifica-se *grosso modo* uma diferença significativa entre a delimitação do Terceiro Sector anglo-saxónica e continental-europeia, referindo-se a primeira à sua actividade e à (não) prossecução do lucro, ou seja inclui organizações *nonprofit* e *charities*, enquanto a segunda se centra no tipo de instituições demarcadas legalmente, independentemente de serem ou não lucrativas, como sucede em Portugal no seguimento do n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Bases da Economia Social (LBES)². Neste caso, é a regulação pública que vai permitir circunscrever quem são as entidades da Economia Social e, em consequência, aclarar o que se entende por Terceiro Sector. Não deixa de ser relevante e no mínimo paradoxal que aquele que surge entre nós, presentemente e na Constituição, em especial no seu artigo 82.º, como um sector independente e paralelo aos sectores privado e público não se afirme por si mesmo, precisando do recorte público, contrariando assim séculos de iniciativas materiais mais ou menos informais e de consolidação institucional próximas do pulsar social.

¹ Para efeitos deste artigo, utilizar-se-ão como sinónimas as expressões Economia Social, Terceiro Sector, Economia Solidária e Sociedade Civil, não se pretendendo aqui entrar do debate sobre a sua delimitação conceptual e diferenciação, ainda que o seu recorte tenha implicações práticas, em especial no alcance e objecto da regulação pública.

² Lei n.º 30/2013, de 8 de maio.

Cabe pois, deste modo, averiguar aqui o papel e a imperiosidade de regulação pública das organizações da Economia Social mais do que centrar as atenções na polémica em torno da sua conceptualização e análise detalhada do seu regime jurídico.

Para o efeito, procura-se, em primeiro lugar, esclarecer o que se entende por regulação pública em sentido próprio para depois perceber se deve ou não prevalecer, designadamente face a outras alternativas como a co-regulação ou a auto-regulação. De seguida, verifica-se a sua importância em termos de Direito Europeu e, finalmente, antes de se concluir, apura-se o seu alcance no plano nacional.

2 REGULAÇÃO ECONÓMICA E PÚBLICA?

A temática da regulação pública, velha questão doutrinária, envolve uma enorme complexidade por se ater à necessidade e intensidade da intervenção do Estado nos mercados, suscitando a apreciação de considerações e problemas de diversas dimensões, nomeadamente ideológicas, políticas, sociais, histórico-culturais, económicas, financeiras e técnicas.

Em sentido bastante impróprio, a regulação pública é a mais das vezes reconduzida a regulamentação (*i.e.* estabelecimento de normas) por parte de entidades públicas, tais como governamentais, administrativas ou legislativas. Já numa definição menos leiga, refere-se à actuação do Estado na Economia, mormente para a correcção de falhas de mercado, sendo, na Europa, comumente associada a operações em que o Estado assume o estatuto e papel de agente económico produzindo e fornecendo directamente bens e serviços.

Em sentido técnico, a regulação remete para a interferência pública nos mercados, não enquanto agente, mas através da imposição de comportamentos *ex ante* aos regulados, condicionando, coordenando e fixando o exercício da sua actividade económica (ex. preços, quantidades, qualidade, inovação) com dois fins principais não obrigatoriamente cumulativos:

- i. Promoção dos valores de mercado com o intuito de assegurar a efectiva abertura à concorrência de sectores económicos anteriormente vedados e públicos, por razões históricas, económico-sociais, estratégicas, políticas ou ideológicas, entre outras, ou seja a consolidação e garantia dos mercados, vulgo da concorrência (em boa parte por pressão do Direito Europeu, mesmo se este deveria reger-se por um princípio de neutralidade); e/ou
- ii. Promoção de “*determinados equilíbrios entre valores de mercado e outro tipo de valores, correspondentes a variadíssimas espécies de interesses*”

públicos”³, i.e. o fomento de outras condições que não a competitividade, para a estabilidade da iniciativa económica.

Em suma, por regulação (sectorial) pública, em regra entregue ao governo, a órgãos reguladores dependentes tutelados e/ou superintendidos pela estrutura governamental ou, numa tendência crescente⁴, a autoridades reguladoras independentes, entende-se uma actuação *ex ante* com o estabelecimento de início de “*condições relativamente padronizadas do exercício de certa actividade económica*” por forma a “*garantir o funcionamento equilibrado de uma actividade em função de um determinado objectivo público*”⁵.

Ora, se desta aceção decorre uma focalização na concorrência e na iniciativa económica, a questão que naturalmente se coloca prende-se com a sua aplicação a um sector que se quer autónomo, que se debruça sobre tarefas eminentemente sociais e de solidariedade e que se distingue (para alguns, até se opõe) dos mercados e da sua lógica de rentabilidade. A própria pergunta destapa um enviesamento tradicional (presente, sobretudo após o declínio do movimento institucionalista, na maioria dos manuais de Economia com uma simples dicotomia entre público/Estado e privado/mercado) de desconsideração da existência (e conseqüente teorização) do Terceiro Sector.

No entanto, a Economia Social, como a sua denominação indica, contém uma componente verdadeiramente económica. Aliás, o estudo da ciência económica não se reduz à análise dos mercados e à actuação (subsidiária) do Estado. Afinal, injustiças ou desajustes sociais têm repercussões no regular funcionamento dos mercados, obrigando à acção do Estado, mormente para acautelar pressupostos e condições fundamentais, tais como a confiança, a segurança e o equilíbrio nas relações de troca. A Economia Social não se traduz, portanto, num oximoro, exigindo uma compatibilização funcional e coesa entre as dimensões económica e social/solidária.

Destarte, a regulação económica em sentido próprio inclui objectos socio-económicos que “*transcendem (...) as puras condições de economicidade das actividades empresariais*”⁶.

Com efeito, e em primeiro lugar, o Terceiro Sector revela e resolve falhas de mercado, a saber externalidades (veja-se, por exemplo, a produção de externalidades positivas associadas a programas de vacinação, de educação ou de higiene por parte de ONG um pouco por todo o mundo ou, num plano mais abstracto,

³ PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., «A Regulação Sectorial da Economia - Introdução e Perspectiva Geral», in Luís Morais, Eduardo Paz Ferreira, Gonçalo Anastácio (coord.) Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 7-38 (11).

⁴ Veja-se a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes, a Lei n.º 67/2013.

⁵ PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., 2009, págs. 22.

⁶ PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., 2009, 23.

a Teoria dos Bens Públicos até pela inexistência de um equilíbrio de Lindhal⁷ e a consequente necessidade de arranjar alternativas), assimetrias informativas (nomeadamente entre os doadores e as organizações do Terceiro Sector – OTS, ou entre estas e os seus beneficiários, incrementadas por um distanciamento da sociedade civil no Estado Providência), e poder de mercado (mormente com uma concorrência monopolística entre OTS).

Em segundo lugar, estranho seria que o Terceiro Sector fosse o único que não sofresse a intervenção pública. Se, por um lado, o Estado vem regulando a sua própria actuação de modo a garantir maior transparência, qualidade, *accountability* e aproximação a uma lógica de mercado com o incremento da utilização de instrumentos privados e a criação de quasi-mercados; por outro, a partir do final da década de 70 e início dos anos 80, com a onda do Estado mínimo da Escola de Chicago e da Teoria da Escolha Pública, depois de um período conturbado por fenómenos de estagflação e de crise financeira e monetária que acentuam ao declínio do Estado Providência – com o incumprimento das promessas feitas devido a uma fragmentação dos serviços públicos e a uma ineficiente alocação de recursos –, verifica-se a regulação pública do sector privado, na decorrência de um processo progressivo e inexorável de liberalização e privatização, em que se assiste a uma transferência das tarefas do Estado para o mercado mas também, nalgumas áreas, para a Economia Social.

Destarte, e em terceiro lugar, verifica-se o fornecimento de bens e a prestação de serviços directamente à comunidade (*i.e.* no mercado)⁸ e até ao Estado por parte das OTS, em complemento e/ou substituição do Estado e dos privados, alguns dos quais com uma natureza indubitavelmente económica. Pense-se no caso das micro-finanças, especialmente em países menos desenvolvidos em que ONG trocam de lugar com as instituições de crédito. Ora, este movimento de transferência e de saliência da Economia Social vem-se acentuando com a machadada resultante da depressão financeira iniciada em 2007 e, sobretudo, pelo seu con-

⁷ ALMEIDA, V., Governação, Instituições e Terceiro Sector. As Instituições Particulares de Solidariedade Social, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pág. 18.

⁸ Este é o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia que considera este elemento determinante para aplicar às OTS as mesmas regras de concorrência do que as que oneram as entidades privadas, defendendo, nesse caso, a desvalorização da sua (possível) dimensão não lucrativa. Ver entre outros, casos C-41/90 Höfner and Elser [1991] ECR I-1979; C-180/98 a C-184/98 Pavlov Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten [2000] ECR I-6451, par. 75; C-222/04 Ministero dell' Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA [2006] ECR I-289, 89; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d' Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d' Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l' Agriculture et de la Pêche [1995] ECR I-4013, par. 21. Por todos, BREEN, O., «EU Regulation of Charitable Organizations: The Politics of Legally Enabling Civil Society», *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 10, n. 3 (2008), pág. 50-78 (65-67).

tágio às dívidas soberanas, que frisa a decadência do modelo do Estado Social e, simultaneamente, do Estado Neo-liberal.

Em quarto lugar, o objecto do Terceiro Sector tem valor *a se* e significado económico, não sendo forçosamente exterior à Economia, até porque serve amiúde de facilitador e enquadrador da iniciativa económica. Por outras palavras, torna-se difícil distinguir a dimensão puramente económica da social, devendo-se reconhecer o Terceiro Sector como “*dimensão da esfera pública nas sociedades civis, num campo de tensões sem fronteiras claras*”⁹, um “*welfare mix*”¹⁰.

Em quinto lugar, recorde-se que as OTS são também elas agentes económicos (por exemplo, enquanto consumidoras de recursos para o desenvolvimento da sua missão) e há OTS, como as mútuas, as cooperativas ou as sociedades comerciais detidas maioritariamente por OTS, que prosseguem o lucro. Mais, nos últimos anos, vem-se insistindo na evolução institucional para empresas sociais, numa aproximação organizacional e funcional ao mercado.

Por último, a dimensão económica do Terceiro Sector, hoje com cerca de 55 mil OTS em Portugal, evidencia-se pelo seu potencial de criação de emprego remunerado, estimando-se que represente cerca de 5,5% do total nacional e 2,8% do Valor Acrescentado Bruto, e de dinamização da Economia, como decorre do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que veio alterar o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social – EIPSS –, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro¹¹. Aliás, a doutrina e os *stakeholders* parecem reconhecer ser este o principal argumento por detrás do crescente interesse na regulação pública da Economia Social.¹²

Daqui infere-se a tentativa de caminhar para um novo modelo de Estado pós-social imbuído de uma lógica de descentralização e de rede baseada no princípio da subsidiariedade e de maior proximidade à comunidade, visto que hoje se vive uma “*dessocialização na base*”¹³ com uma massificação social e o rompimento com as solidariedades tradicionais. Logo o objectivo parece residir na substituição de uma lógica *top-down* por uma *bottom-up*, mais concreta e transparente, devido à complexificação da intervenção na Economia com o aumento de domínios de

⁹ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., «Entre o Estado e o Terceiro Sector: Modelos de regulação. O Terceiro Sector em foco», in Cristina Parente (ed.), Empreendedorismo Social em Portugal, FL-UP, Porto, 2014, pág. 75-101 (85).

¹⁰ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 83 ss.

¹¹ Alterado pelos Decretos- Leis n.ºs 9/85, de 9 de Janeiro, 89/85, de 1 de Abril, 402/85, de 11 de Outubro, e 29/86, de 19 de Fevereiro e ainda Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho.

¹² European Center for Not-for-Profit Law - ECNL, 2009, Study on Recent Public and Self-Regulatory Initiatives Improving Transparency and Accountability of Non-Profit Organisations in the European Union, Budapeste, pág. 19. <http://www.ecnl.org/dindocuments/306_ECNL%20Accountability%20Study_published%20on%20DG%20JLS.pdf>.

¹³ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 80.

actuação e ao desconhecimento das especificidades locais e individuais que fomentam abordagens cerradas e abstractas.¹⁴

Não se pense, porém, que a busca de um novo paradigma alicerçado na Economia Social resolve mágica e positivamente a satisfação das necessidades individuais e colectivas e ultrapassa as falhas de mercado e de intervenção que alimentaram as crises do Estado Neo-liberal e Providência. Basta atentar à percepção presente de crescentes situações de fraude ou de abusos por parte de OTS, com casos de alguma opacidade como a mediatização dos “lucros” (excessivos) da Cáritas ou da fragilidade da Associação Mutualista Montepio, que obrigam a um repensar crítico de alteração de modelo e da importância de alguma regulação pública das OTS. Efectivamente, não será despidiendo perguntar se este esforço de construção de um Estado Pós-Social Solidário não parirá um rato, tratando-se meramente uma roupagem diferente para um estafado Estado Providência. Enfim, observando mais de perto, identifica-se uma acrescida delegação de competências do Estado para as OTS acompanhada de uma vincada dependência destas em relação a um contínuo de subsídios automáticos, sujeitando-as não só a uma subordinação financeira mas, em simultâneo, à sua tutela e até superintendência pela Administração, da qual mais não são do que uma extensão. Ademais, também se apura uma submissão do Estado em relação às OTS, visto que várias o têm como principal cliente. Todavia, face à sua posição de monopsonista, o seu poder sobrepe-se, em particular através dos contratos de cooperação e de gestão celebrados, verdadeiros instrumentos de regulação pública indirecta. Resumindo, importa moderar as expectativas face à dimensão (r)evolucionária da (aparente) aposta na delegação de funções, competências e poderes na sociedade civil.

Nesta indagação sobre a aplicação do conceito técnico de regulação às OTS interessa igualmente avaliar a prossecução de valores de mercado. Posto de outro modo: fará sentido falar em promoção de concorrência ou de eficiência no contexto da Economia Social? Afinal, costuma-se atribuir um sentido diferenciado a cada um dos três sectores de produção reconhecidos constitucionalmente, conferindo o valor da concorrência ao sector privado e associando uma preocupação de regulação do espaço de cidadania, de comunidade e de solidariedade à Economia Social.

Contudo, como abordado anteriormente, não só a distinção clara entre o económico e o social se assemelha espinhosa, sobretudo face fortes interacções bilaterais, como os três sectores não se apresentam como sucedâneos perfeitos, denotando mesmo uma lógica de complementaridade. Além disso, a competitividade não é uma prerrogativa exclusiva do sector privado. Com efeito, não apenas o Terceiro Sector concorre contra o sector público e o sector privado para o fornecimento de bens e serviços, como se nota uma competição entre OTS. Veja-se a sua

¹⁴ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 81.

multiplicação nos últimos anos, ultrapassando a marca da meia centena de milhar em Portugal, assim como a sua crescente diversificação quanto à forma, meios e fins. No fundo, procuram, através da sua diferenciação qualitativa, encontrar nichos de actuação e concorrem entre elas, a mais das vezes, por financiamento público e privado, vital para a sua mera existência e exercício de actividades. Ora, esta corrida permite, em teoria, uma maior racionalidade do Terceiro Sector, fomentando as boas práticas, combatendo ineficiências, incentivando a inovação e afastando OTS débeis e fraudulentas.¹⁵

Esta aproximação ao mercado separa ideologicamente a compreensão do papel do Terceiro Sector. Para a Direita, trata-se de um reformismo híbrido que busca sinergias entre sectores, *“em que o Terceiro Setor acaba por ser assumido como instrumento de governação e não tanto como parceiro”* *“na criação de novas rotas de solidariedade que se impõem sobre os constrangimentos dos imperativos do mercado”*.¹⁶ Para a Esquerda, o Estado assume o protagonismo na reforma na redistribuição da riqueza e na criação de um mercado social, ou seja, de um mercado ao serviço da sociedade, *“aparecendo o Terceiro Setor como parceiro, na criação de novas rotas de solidariedade que se impõem sobre os constrangimentos dos imperativos do mercado”*.¹⁷

Por outro lado, convém não esquecer que a regulação económica em sentido técnico não se esgota na defesa do mercado. Em matéria de Economia Social e OTS importa antes de mais acautelar dois valores estruturantes que devem coordenar-se com a economia de mercado: a solidariedade intra e inter-geracional e a confiança. No primeiro caso, quer-se reinscrever a solidariedade (e o auto-interesse limitado evidenciado pela Economia Comportamental, nos jogos do ultimato e do ditador, como conduta irracional e incongruente dos agentes económicos por não se focar na maximização da utilidade esperada) no seio da comunidade e dar maior visibilidade às relações solidárias, diminuindo, deste modo, a pressão da procura do Estado para a satisfação de necessidades. No segundo, pretende-se, num ambiente aberto e com assimetrias informativas, assegurar a credibilidade e reputação das OTS, afastando, assim, alguma desconfiança popular devido ao distanciamento histórico da sociedade civil resultante do Estado Providência, à divulgação mediática de situações de fraude, a rumores e mitos sobre práticas discriminatórias e oportunistas por parte das OTS, ao aumento exponencial de entidades, ao facto de as famílias lhes entregarem donativos (incluindo parte do seu rendimento ou poupanças) sem muitas vezes controlarem e verem a sua aplicação

¹⁵ Neste último caso, tal pode não acontecer de todo, alimentando ao contrário os parasitas e os “espertos”, como sustentam Akerlof e Shiller, afastando o mercado de um equilíbrio são. SHILLER, R. J., AKERLOF, G. A. Akerlof, À Pesca de Tolos - A Economia da Manipulação e do Logro, Actual Editora, Coimbra, 2016.

¹⁶ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 83.

¹⁷ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 83.

e, por fim, à exposição dos beneficiários, e em especial das suas debilidades, às OTS.

Resumindo, no Terceiro Sector, a regulação em sentido próprio irá prosseguir, antes de tudo, a promoção de valores exteriores ao mercado vitais para o seu regular funcionamento.

3 REGULAÇÃO NECESSÁRIA?

Sabendo agora qual o significado apropriado de regulação e aceitando-se que, em termos teóricos, ela possa recair sobre as OTS, principalmente para caucionar os valores da solidariedade e da confiança, urge perguntar se a mesma é, porém, imprescindível para o Terceiro Sector.

Naturalmente, a questão divide opiniões que alimentam um aceso debate entre defensores e oponentes da necessidade de regulação da Economia Social, tecendo e esgrimindo múltiplos argumentos, por vezes simétricos ou até mesmo ambivalentes. Entre outros:

- i. Intervenção a mais (ou a menos) do Estado;
- ii. (Des)caracterização do sector com a maior ou menor ingerência do Estado, sendo que a autonomia das OTS se assume como um princípio estruturante;
- iii. Aumento ou diminuição de desequilíbrios face à heterogeneidade do sector e ao agravamento dos custos, sobretudo para as OTS de pequena dimensão, ou garantia de um *level-playing field* para estas;
- iv. Formalização de uma realidade informal, com a introdução de uma lógica vertical e hierárquica num contexto marcado pela horizontalidade de relações colaborativas e de uma racionalidade centralizadora do Estado e de uma solidariedade geral num sector caracterizado por uma racionalidade descentralizada e com uma solidariedade cultural e de proximidade¹⁸;
- v. A ausência de provas empíricas que (não) justifiquem a necessidade de regulação, nomeadamente em matéria de fraude, branqueamento de capitais, terrorismo, eficiência ou boa governança¹⁹;
- vi. (Des)conhecimento do sector por parte do Estado, patente na dificuldade em recortá-lo tanto no plano nacional como europeu devido à sua natureza heterogénea e contextual ou, ao invés, pela entrega de tarefas tradicionalmente públicas às OTS. No fundo, o argumento (mais ou menos con-

¹⁸ LOPES, A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 85-86.

¹⁹ Demonstrando que a imposição de regulação tem pouco impacto na boa governança das OTS, ver PEREGO, P., VERBEETEN, F., «Do 'good governance' codes enhance financial accountability? Evidence from managerial pay in Dutch charities», *Financial Accountability and Management*, Vol. 31, n.º 3 (2015), pág. 316-344 (20).

sensual) que uma regulacão “*one-size-fits-all*” não se adequa, devendo-se procurar soluções *taylor-made* consentâneas, designadamente, com a aplicacão do princípio da proporcionalidade (como, aliás, já se pode conseguir através de contratos de cooperacão ou de gestão);

- vii. Receio de que a regulacão seja instrumental para restringir a constituicão e o papel das OTS, esvaziando-as e, conseqüentemente, cerceando o espaço de organizacão cívica social. Tal pode ser observado em países como a China em que a lei de gestão das iniciativas domésticas de ONG estrangeiras vem dificultar a sua iniciativa, sobretudo no plano burocrático e procedimental (registro, supervisão, reporte *ex ante* e *ex post*, autorizacão para certas acções, restrições no exercício da actividade, nos fins prosseguidos e no acesso ao financiamento). O resultado destas medidas conduz à promocão das OTS alinhadas e úteis ao poder político instalado e à fragilizacão das restantes. Ao contrário, a regulacão poderá servir, pelo reconhecimento formal das OTS, por reforçar a sua dignidade, legitimidade, institucionalizacão e contributo com o esclarecimento das regras (mínimas) do jogo.

A polémica sobre a regulacão aqui resumida revela-se, todavia, após uma análise mais aprofundada dos discursos, como uma falsa questão. O problema não se prende com regular ou não regular mas com o modelo de regulacão: hetero-regulacão, co-regulacão ou auto-regulacão. Por outras palavras, uma regulacão pelo Estado, um “consórcio” de *stakeholders* ou pelas próprias OTS? Nalguns países, o debate envolve também descortinar o melhor nível de regulacão: local, regional, federado ou federação. Em suma: quem deve regular?

Deixando esta discussão para um outro momento, assim como sobre a intensidade da intervenção (regulacão mínima e *soft* até máxima e *hard*), concentremo-nos agora na temática da necessidade de regulacão, apontando aqueles que nos parecem ser os argumentos principais para a sua (desejável) existênciam, independentemente da identidade/modelo do regulador.

A existênciam de falhas de mercado (aqui em sentido lato) tanto no sector privado como no próprio sector social e cooperativo como *supra* referido, bem como a concorrênciam deste último com interesses públicos justificam, para começar, a regulacão económica.

Por outro lado, e como se sublinhou anteriormente, esta apresenta-se como meio de garantir valores que o mercado, por si, não nutre mas que devem, em determinadas áreas, impor-se para o seu bom funcionamento. Em causa estão a solidariedade e a confiançiam.

Acresce que as OTS lidam amiúde com a protecção e efectivação de direitos fundamentais e sócio-económicos e culturais, além de, por vezes, interagirem com beneficiários em situacão de enorme fragilidade humana e sem capacidade (ou com capacidade diminuída) de se defenderem de eventuais abusos.

Aliás, nesta linha, constata-se actualmente a delegação de tarefas tipicamente públicas para OTS, um pouco como sucedeu para o sector privado, servindo estas de verdadeira extensão (exclusiva em certos casos) do Estado, designadamente com a provisão de bens e de serviços sociais (e económicos) de interesse geral, vulgo serviço público.

Ademais, as OTS lidam com fundos públicos e/ou com donativos, estes, em especial, associados a uma relação fiduciária pessoal, institucional e/ou filosófica (quanto aos meios empregues ou quanto aos fins prosseguidos). De certa maneira, este tipo de financiamento, desvalorizando a sua possível motivação altruísta, reveste uma certa proximidade com uma lógica de investimento com esperança em dividendos/retornos sociais.

Por último, mais recentemente, um outro argumento emerge, mormente nos Estados-Unidos e no Direito Europeu: o combate à fraude e ao branqueamento de capitais e à utilização das OTS por organizações terroristas, seja para efeitos de financiamento, formação ou da sua defesa.²⁰

Conquanto à primeira vista possa parecer estranho, a questão da regulação da Economia Social deve ser abordada similarmente à regulação dos mercados financeiros. Afinal, o económico-financeiro e o social interagem, a confiança deve ser alimentada e defendida de forma sustentada em ambas as situações enquanto valor a pesar com a concorrência e a economicidade, e as duas áreas apresentam algum carácter (in)explicavelmente “mágico”: num entregam-se as poupanças a ignotos, noutro, para lá da ruptura com a maximização da utilidade esperada vaticinada para os agentes económicos racionais, cede-se a garantia e efectivação dos mais básicos direitos humanos a estranhos que se nos apresentam à porta.

Observando este paralelismo algo paradoxal (para os que acreditam na oposição entre finanças e solidariedade), resulta a necessidade de dois grandes blocos regulatórios que se interrelacionam e que, em geral, se reforçam mutuamente embora às vezes se contradigam (o que obriga à sua hierarquização casuística): uma regulação prudencial e uma regulação comportamental.

A regulação prudencial debruça-se sobre a garantia da solidez, sustentabilidade, boa gestão e governança das OTS, no plano formal e procedimental, de maneira a cimentar o princípio da segurança que se pode subdividir em três vectores justificativos da previsão de mecanismos de salvaguarda: protecção, estabilidade e regularidade. No que respeita ao primeiro, está em causa a prevenção, gestão e resolução de irregularidades e de riscos, procurando-se oferecer garantias, até por uma questão de assimetrias informativas e de agência, aos operadores, beneficiários e financiadores. A estabilidade, por seu turno, prende-se com a capacidade de acou-

²⁰ BREEN, O., *Through the Looking Glass: European perspectives on non-profit vulnerability, legitimacy and regulation*, University College Dublin, Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper n.º 47/2011, Dublin, 2011.

telar o equilíbrio micro (funcionamento das OTS individualmente consideradas e as suas expectativas) e macro-económico (lógica de agregados), evitando danos reputacionais e fiduciários inibidores da actividade solidária devido aos elevados índices de incerteza associados. Vista de outro modo, a estabilidade traduz-se então na continuidade sustentada da provisão de bens e serviços sócio-económicos. Quanto à regularidade, pode ser entendida em sentido formal e em sentido material, ou seja o desenvolvimento das iniciativas solidárias de acordo com o Direito e a sua subordinação a princípios enformadores e à sua adequada ponderação. Recordem-se a título de exemplo os princípios orientadores consagrados no artigo 5.º da LBES ou, mais restritamente, os cooperativos considerados no artigo 3.º do Código Cooperativo (mesmo se alguns deles se integram melhor na regulação comportamental, como a transparência e a educação, formação e informação).

A segurança, nesta tripla acepção, obriga à previsão de normas prudenciais e, desejavelmente, de intervenção em situação de crise, sendo a alternativa a limitação da liberdade de iniciativa cooperativa e social com custos em termos de eficiência e de proximidade/democraticidade. Estas normas, eminentemente institucionais e organizativas, ligam-se, em especial, ao estatuto profissional dos membros dos órgãos das OTS e à admissão e exclusão destas ao acesso ao Terceiro Sector e ao exercício da iniciativa solidária. Pretende-se logo prevenir a existência e/ou laboração de entidades insustentáveis e fraudulentas, pese embora tal abordagem não elimine totalmente o risco e exija uma estreita (e onerosa) cooperação e partilha de informação entre as (potenciais) instituições solidárias e os reguladores/supervisores. Este fenómeno regulatório vem-se acentuando com o actual movimento de esbatimento das fronteiras entre os três sectores produtivos e com a crescente “comercialização” das OTS.

Em termos de Direito comparado e de propostas *de jure constituendo*²¹, as normas prudenciais mais frequentes envolvem:

- i. Estabelecimento de um registo²² (obrigatório ou voluntário) junto do Estado ou de uma entidade por este designada/acreditada, nomeadamente uma OTS “chapéu”, isto é uma OTS que agregue outras OTS da mesma área temática, geográfica ou institucional. O registo pode ter uma de duas funções. Nos sistemas de *Common Law*, assume-se como um acto de reconhecimento do Estado para efeitos de elegibilidade para apoio público. Já na família romano-germânica, o seu propósito reside na obtenção de personalidade jurídica e, a partir daqui, procurar assegurar isenções

²¹ Por exemplo, EAKIN, L. [et al.], A policy perspective on Canada’s non-profit maze of regulatory and legislative barriers Mapping the way forward for third sector organizations, Policy Brief, The Wellesley Institute, 2009.

²² Por vezes, em vez de um registo centralizado e único, opta-se por vários registos consoante o tipo institucional, missão ou delimitação geográfica.

fiscais básicas (apesar de, cada vez mais, estes benefícios fiscais adicionais serem concedidos a organizações que prossigam fins publicamente benéficos)²³;

- ii. Autorização/licenciamento para início e exercício de actividade (e licenças consoante os tipos e áreas de actuação), assim como validação e acreditação de certos actos;
- iii. Exigência de determinada estrutura organizativa e administrativa interna, com a definição de órgãos dirigentes/executivos, fiscais/fiscalizadores e, por vezes, consultivos, estabelecendo-se ainda a sua natureza preferencialmente colegial e as características dos mandatos (ex. duração, renovabilidade);
- iv. Imposições sobre o perfil do líder da OTS ou dos membros dos seus órgãos, mormente da Administração, solicitando-se como principais atributos a idoneidade e a competência técnica. Quanto à primeira, atenta-se sobretudo ao carácter moral, registo criminal e conflitos de interesses (sendo interessante indagar se deverá ser permitido o desenvolvimento de acções políticas anteriores ou concomitantes). Na hipótese de OTS voluntárias, a idoneidade dos fundadores e dirigentes pode estar ligada à própria constituição da organização, obrigando-se ao respeito, entre outros, dos princípios da boa-fé, interesse público, cuidado e diligência, interesse associativo e/ou responsabilidade. No que respeita a segunda, importa não só a formação académica mas também a experiência adquirida;
- v. Determinação das regras quanto às remunerações e pagamento de ajudas de custo e de representação, bem como quanto a eventuais regalias, dos dirigentes mas igualmente dos funcionários, de modo a acautelar a probidade e a reputação institucional (minimizando escândalos mediáticos em torno de salários astronómicos²⁴, regalias sem fim, pagamento corrente e injustificado de deslocações, veículos, jantares, vestuário, obras de arte ou presentes);
- vi. Promoção e avaliação da boa gestão e governança, por exemplo através do fomento da participação em programas (mais ou menos voluntários) de *standards e accountability*²⁵;

²³ ECNL, 2009, pág. 12.

²⁴ Sobre os níveis salariais nas OTS e a sua conjugação com uma boa governança, ver PEREGO, P., VERBEETEN, F., 2015.

²⁵ Sobre os vários sentidos e dimensão de accountability a propósito das OTS, EBRAHIM, A., *The Many Faces of Nonprofit Accountability*, Harvard Business School, Working Paper n.º 10-069, Cambridge, 2010.

- vii. Obrigação de utilização de uma percentagem pré-definida dos donativos directamente na prossecução da missão institucional e não esgotá-los em gastos administrativos. Por exemplo, no Canadá, impõe-se o valor de 1%;
- viii. Contabilidade organizada, até para se perceber que parcela da receita provem do rendimento próprio ou de donativos privados, de financiamento público e a sustentabilidade financeira (e operacional) da OTS. Veja-se que, no sistema anglo-saxónico, o recorte do Terceiro Sector depende da componente não lucrativa. Pode-se além disso pensar na imposição da constituição de almofadas ou de reservas financeiras para situações de crise ou em maiores ou menores barreiras na transferência de montantes entre rubricas;
- ix. Estabelecimento de prazos adequados para o cumprimento das tarefas, tal como sucede na África do Sul;
- x. Intermediação de instituições financeiras para a atribuição e gestão de verbas (ex. subsídios, donativos), designadamente necessidade de abertura de conta bancária. Podem também ser consideradas limitações para certo tipo de investimentos e aplicações financeiras, tendo em conta a origem dos fundos (próprios, públicos, donativos);
- xi. Revisão regular do estatuto fiscal.

A fixação deste tipo de regras levanta, porém, algumas questões, a começar pela preocupação tantas vezes manifestada pelas OTS de perda ou cerceamento da sua verdadeira autonomia e identidade. Tomadas proporcionalmente, contudo, muitas das normas não restringem a liberdade de escolha do tipo institucional, dos seus dirigentes e funcionários, do plano de actividades ou do destino dos fundos na sua globalidade. O objectivo é, aliás, pelo contrário, o de reforçar essa independência, tanto face ao Estado e aos agentes privados como até face aos potenciais beneficiários.

Todavia, parecem legítimas duas outras preocupações. Por um lado, a dúvida sobre um efeito perverso associado a regras contabilísticas e de gestão económica, pela possibilidade de alterar o registo que se quer social e solidário das OTS para um registo de racionalidade económica e de mercado. Por outro, o receio de que as atenções se concentrem em torno de questões de registo ou de certificação, olvidando-se o papel das OTS e da sua ligação umbilical à sociedade civil.

No plano da regulação comportamental, a tónica centra-se em torno da relação entre a OTS e os seus beneficiários, com vista a assegurar a protecção destes últimos, enquanto parte mais fraca. Procura-se, então, através de normas de conduta de pendor mais substantivo, resolver assimetrias informativas e problemas de agência, garantindo maior transparência e corresponsabilidade *accountability* perante a comunidade (incluindo doadores e beneficiários), os seus pares (outras OTS),

o Estado e internamente²⁶, sobretudo quanto à prossecução da sua missão (fins/desempenho) e à utilização da sua estrutura organizativa e meios e dos fundos públicos e donativos privados obtidos (meios/governança)²⁷, com a prestação e partilha de informação em quantidade e qualidade suficiente e adequada, reduzindo, deste modo, os custos elevados de obtenção de dados por parte dos beneficiários e doadores. Estarão, portanto, em causa normas comportamentais antes de mais relativas a informação sobre as OTS (sua missão, instrumentos, programas e actividades, dirigentes, funcionários, origem do financiamento, situação financeira e contabilística e natureza dos bens e serviços prestados e suas condições), a sua integridade e sobre os dados recolhidos quanto aos beneficiários (sigilo profissional), para a conseqüente tomada de decisão livre e racional de potenciais doadores e beneficiários. Ou seja, regras de conduta intimamente ligadas às normas éticas e profissionais e à relação entre os *stakeholders*. Pense-se nos códigos deontológicos ou na temática da *corporate governance*. De forma simples, estão em causa regras que fixam a conduta profissional, também no interesse das OTS, com vista a acautelar internamente o estrito cumprimento da legalidade e uma postura ética firme.

Como soluções encontradas em vários ordenamentos ou sugeridas por *stakeholders* ou académicos realçam-se:

- i. Certificação da OTS e dos bens e serviços prestados, por exemplo considerando certos *standards* ou a regra ISO9001, *maxime* como condição de acesso a financiamento;
- ii. Sistema de *rating* e avaliações regulares de *performance* e de impacto, seja via agências de notação, OTS chapéu ou especificamente criada para o efeito ou por seguradoras, com um mecanismo de pontuação e graduação;
- iii. Obrigações de reporte, em especial a apresentação ao regulador e ao público em geral dos relatórios anuais de actividades e de contas. Pode-se ainda equacionar a submissão regular de descrições de boas práticas, de relatos fiscais, de extractos de contas e de avaliações de desempenho, bem como a *disclosure* pública de resultados alcançados, fornecendo um fluxo informativo duradouro entre *stakeholders*;
- iv. Mecanismos de participação associados à publicitação, discussão e até negociação dos fins, dos meios e das actividades e a abertura a intervenções cívicas²⁸;

²⁶ EBRAHIM, A., 2010, pág. 4-7.

²⁷ EBRAHIM, A., 2010, pág. 7-10.

²⁸ EBRAHIM, A., 2010, pág. 18-20.

- v. Estabelecimento de regras para a angariação de fundos privados, *maxime* donativos, de olhos postos no auxílio ao terrorismo, na fraude fiscal ou no branqueamento de capitais;
- vi. Identificação dos beneficiários e registo das relações havidas e desenvolvidas, assim como a definição dos seus parâmetros;
- vii. Formação continuada dos dirigentes e funcionários das OTS;
- viii. Definição dos padrões de inter-relacionamento entre sectores;
- ix. Fixação de critérios éticos²⁹ consoante a missão, tipo, recursos, área de intervenção e dimensão das OTS.

A previsão e aplicação destas normas de conduta, mormente no que concerne as obrigações de reporte ou a obtenção de certificação ou de notação, consubstanciam, sobretudo para pequenas OTS, um ónus que as poderá afastar do sector ou que desvia recursos humanos, físicos e monetários para o seu cumprimento e que poderiam ser decisivos noutras áreas. Algum cuidado e proporcionalidade deverão, portanto, ser equacionados na sua consagração pois, quanto mais não seja, poderia parecer desajustado fazer exigências tão ou mais apertadas do que as feitas ao Estado, quando este, além de nem sempre as satisfazer, ainda entrega (empurra) as suas tarefas para o Terceiro Sector (e para os privados). Além do mais, se as exigências de reporte e de avaliação forem demasiado focadas no desempenho, tal poderá originar um incentivo perverso para falsas narrativas e uma sobre-avaliação do desempenho por parte das OTS.³⁰

Questão concomitante prende-se em saber se mais do que uma regulação em sentido estrito baseada em normas *ex ante* (ex. registo ou autorização) não se deverá equacionar como alternativa ou então como complemento uma supervisão *stricto sensu*, numa lógica *ex post* como no contexto canadiano, *i.e.* acompanhamento, avaliação e fiscalização do cumprimento e determinação de medidas correctivas ou aplicação de sanções na hipótese de incumprimento, tais como vedação de acesso a financiamento público, revogação de licenças ou inclusão numa lista de incumpridores divulgada publicamente³¹. Também aqui se coloca uma vez mais a pergunta de saber a quem deveria ser entregue a supervisão: uma autoridade pública (mais ou menos independente), uma autoridade do Terceiro Sector, *accountability clubs* ou terceiros como agências de *rating*, auditoras ou *watchdog groups*?³² Mais, deverá essa supervisão, à semelhança da regulação,

²⁹ Daqui poderá resultar um conflito entre ordens normativas e os entendimentos jurídicos e morais subjacentes.

³⁰ EBRAHIM, A., 2010, pág. 24-25.

³¹ O ECNL, 2009, pág. 21, observa que se vem assistindo a um reforço continuado da supervisão e dos meios de investigação e sanção.

³² VAUGHAN, S. K., ARNSEAULT, S., *Managing non-profit organizations in a policy world*, SAGE-Copress, Thousand Oaks, CA, 2014, pág. 91-94.

ser preferencialmente *soft* ou *hard*, ou seja recorrer a mecanismos persuasivos ou imperativos? As dúvidas continuam a multiplicar-se.

4 A QUEM CABERÁ REGULAR? ESCOLHA DE UM MODELO

Chegados a este ponto, interessa perceber que modelo de regulação será mais adequado para as OTS: se um modelo de hétero-regulação (pública), se de co-regulação ou se de auto-regulação. Posto de outra forma, se a regulação deve ser entregue ao Estado (incluindo nível governamental, entidades sob sua superintendência ou tutela e pessoas colectivas públicas independentes), às próprias OTS ou a uma colaboração entre os vários interessados (Estado, OTS, beneficiários, doadores).

Do lado das OTS, é manifesta a preferência por uma solução de auto-regulação, até como reacção ao aumento de pedidos e estudos de regulação pública devido ao rebentamento de escândalos na Economia solidária (com problemas de legitimidade, transparência e *accountability*), ao alargamento notório do número de OTS e da sua influência na actividade económica e junto da comunidade e aos medos associados ao terrorismo e à criminalidade.

Como principais argumentos, as OTS e os seus representantes e defensores esgrimem um conjunto de razões, a saber³³:

- i. Ninguém melhor do que elas conhece o sector, as suas forças, fragilidades e potencialidades e, conseqüentemente, quem e qual o melhor nível para regular. Afinal, com uma lógica particular, a da solidariedade, o sector não pode ficar entregue e sujeito a normas estabelecidas por quem não a pratica ou entende, sob pena de perder a sua identidade;
- ii. A auto-regulação surge como a melhor defesa contra uma regulação pública estranguladora, desadequada, limitadora da liberdade de associação e de iniciativa social e cooperativa, tirânica, invasiva, onerosa e conseqüentemente ineficiente. Por outras palavras, impõe-se para garantir e reforçar os princípios do Terceiro Sector, mormente a sua autonomia, gestão democrática e participada e a sua finalidade solidária, sendo portanto fundamental para evitar que se torne numa simples marioneta na mão do Estado ou numa moda rapidamente estafada;
- iii. A auto-regulação desempenha, portanto, uma função de regulação contestável ou de denominador mais baixo que funciona como âncora para a hétero-regulação;

³³ Por todos, Panel on the Nonprofit Sector, Report to Congress and the Nonprofit Sector on Governance, Transparency, and Accountability, Independent Sector, Washington, DC, 2005; IRVIN, R. A., «State Regulation of Non-profit Organizations: Accountability regardless of the outcome», Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly, Vol. 34, n.º 2 (2005) pág. 161–178.

- iv. O estabelecimento interno de um conjunto de normas permite alterar a percepção do público em relação à Economia Social. Principalmente num contexto altamente mediatizado, uma maçã podre pode estragar todo o cesto. Assim, para efeito de protecção interna, interessa a previsão e o fortalecimento de *standards* organizativos, materiais, formais, funcionais decorrentes do conhecimento profundo do sector para separar o trigo do joio, verificando-se, na prática, em especial para as OTS muito dependentes de donativos, um esforço sério e consumidor de recursos na construção de uma regulação credível³⁴;
- v. Trata-se, ademais, de uma oportunidade de aprendizagem, formação e trabalho em rede, enriquecedora, consolidante e unificadora do sector, conferindo-lhe uma certa dimensão sistemática;
- vi. Permite-se então um reforço de dentro para fora que possibilita ao Terceiro Sector encontrar e ocupar o seu espaço e afirmar-se perante os sectores privado e público e, igualmente, perante a comunidade;
- vii. Recorda-se que o Estado não tem meios nem capacidade para controlar tudo, pelo que à semelhança do que sucede com o incentivo à (*social*) *corporate governance* nas empresas privadas e à *compliance* nas instituições financeiras, deve-se reconhecer que a regulação deve ser devolvida à OTS, garantindo maiores eficácia, efectividade e eficiência.

Apesar da força desta tese, no entanto, há que equacionar algumas limitações relevantes:

- i. A auto-regulação dificilmente ultrapassará o denominador mais baixo que não coincidirá necessariamente com o nível desejável ou até óptimo, muito porque é uma regulação interessada. Aliás, uma vez que mesmo no Terceiro Sector se encontram organizações de grandes dimensões e muito interligadas, não é de todo despropositado pensar que deterão mais poder e, conseqüentemente, que, sobrerrepresentadas, poderão capturar a regulação para servir os seus próprios interesses e características, criando pois desequilíbrios que podem fragilizar e até expulsar outras OTS e concentrar os seus poderes e aumentar o seu raio de acção;
- ii. A regulação só por si não é suficiente, importando a transição para a sua efectivação (*enforcement*);
- iii. As soluções de *nonprofit voluntary clubs* com a aposta na auto-regulação voluntária encontram obstáculos em ganhar escala (*scaling up*) face aos custos inerentes e à baixa taxa de participação nesses programas, devido,

³⁴ GURGETY, M. K., «Self-regulation, Voluntary Programs among Nonprofit Organizations», in Matthew Potoski, Aseem Prakash (eds.) *Voluntary Programs: A Club Theory Perspective*, MIT Press, Cambridge, 2009, Cap. 12 (274).

principalmente, à reduzida capacidade de muitas OTS em cumprirem as exigências e em alocarem recursos para a sua implementação, monitorização e reporte³⁵;

- iv. Deixada a regulação às OTS, até pela sua heterogeneidade, teme-se um labirinto e amontoado babélico de normas e programas em camadas nem sempre perfeitamente sobrepostas, num efeito de *layering* oneroso e ineficiente³⁶. A regulações individuais da OTS somam-se regulações consoante a sua forma jurídica, actividade, localização, alcance, dimensão, fontes de financiamento ou beneficiários, para além de especificações locais, regionais, nacionais e internacionais, entre outras³⁷;
- v. Haverá uma tentação para a manutenção do *statu quo* com custos para a inovação social e institucional;
- vi. Não é evidente a sustentabilidade financeira dos modelos auto-reguladores face aos custos inerentes e à escassez de meios de muitas das OTS que, amiúde, dependem de fundos públicos ou de donativos privados;
- vii. Cria-se um nicho para autoridades de auto-regulação que, perversamente, podem alimentar um enquadramento insuficiente e desadequado que exija continuamente o seu apoio e manutenção, servindo desta forma mais os seus interesses do que os do Terceiro Sector, e que podem ser volúveis a captura. Por outro lado, e ao contrário do Estado (assumindo que é democrático), a sua legitimidade, *accountability* e transparência, para os beneficiários e doadores, parecem frágeis.

A aposta numa regulação pública poderá auxiliar na ultrapassagem de alguns destes vieses. Todavia, terá de observar o princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão de necessidade, adequação e proibição de excesso, acrescida da condição de prossecução de fins legítimos, uma vez que estão em causa interesses públicos, com o intuito de afastar as “más” OTS sem afectar as “boas” ou as organizações que, sendo privadas, não prosseguem o lucro e que, não sendo públicas, prosseguem fins sociais. Ora, para se alcançar este nível óptimo de regulação, urge um conhecimento mais profundo do Terceiro Sector e da sua estrutura e dinâmica, o que realça a importância do desenvolvimento de mais estudos, a audição do conjunto das OTS e ponderação das suas recomendações e opiniões³⁸.

³⁵ GURGETY, M. K., 2009, pág. 275.

³⁶ O ECNL, 2009, pág. 18, identificou no espaço europeu cerca de 70 projectos de auto-regulação a somar a 65 de regulação pública.

³⁷ O ECNL, 2009, pág. 21, observa que a maioria das iniciativas de auto-regulação se verificam ao nível infra-nacional, sobretudo entre um conjunto restrito de OTS.

³⁸ LUO, Y., IYENGARD, G., VENKATASUBRAMANIAN, V., Soft Regulation with Crowd Recommendation: Coordinating Self-Interested Agents in Sociotechnical Systems under Imperfect Information, PLOS ONE Journal (2016).

Para além disso, considerando os vários motivos, seria de pesar uma terceira via, uma espécie de mediana, a co-regulação, que se caracteriza pelo envolvimento de partes com interesses diferenciados. Se por um lado se pode alegar que sofrerá tanto do mal da auto-regulação como do mal da regulação pública, agravados pelos custos de transacção inerentes a reunir e conciliar os diversos e heterogéneos *stakeholders*, por outro lado, pode-se defender que a participação alargada (cujos custos podem ser diminuídos através de um sistema de representação e pelo uso das novas tecnologias de comunicação), numa lógica coaseana, permite a construção de uma regulação óptima, que equilibra os interesses em jogo, minimizando capturas e ingerências, inclusivamente internas, assumindo-se como menos onerosa por, ao atender mais de perto às especificidades dos regulados, dos beneficiários e dos interesses públicos, arquitectar soluções, condutas e/ou *standards* menos discricionários e, logo, mais ajustados às características das OTS. Neste contexto, e assumindo que existe margem de negociação por parte das OTS, o recurso a contratos de gestão ou de cooperação entre OTS e o Estado pode ser caracterizado não apenas como uma forma de regulação indirecta mas igualmente de co-regulação. O mesmo sucede, na nossa concepção de co-regulação, se a lei impuser, em determinadas áreas ou para determinadas OTS, a elaboração de códigos de conduta.

Questão diferente prende-se com a intensidade da regulação ou, por outras palavras, com a sua imperatividade. Com efeito, poder-se-á optar por uma solução impositiva (*hard*) ou persuasiva (*soft*), tanto no estabelecimento de regras de conduta como na supervisão do seu cumprimento. Ora, no Terceiro Sector, em termos empíricos, observa-se uma preferência por soluções moles com, entre outros, códigos deontológicos, orientações, recomendações, princípios, manuais de boas práticas ou programas voluntários de *rankings*, *ratings* ou certificação, clubes de *accountability*, mecanismos de *comply or explain* ou de *shaming*.

A sua flexibilidade e menor onerosidade, assim como a sua aparente eficácia comprovada empiricamente e o potencial de fomento de um ambiente de aprendizagem colectivo, ajudam a justificar a sua preferência em nome do recurso à opção de menor restrição da iniciativa cooperativa e social.

Em termos de Direito comparado, recordem-se, a título exemplificativo, os *Principles for Good Governance and Ethical Practice: A Guide for Charities and Foundations* (EUA, 2007); *Principles of Accountability for International Philanthropy* (EFC e COF); *Montreux Initiative* (agora *Islamic Charities Project*); *Humanitarian Forum*; *Statement of Guiding Principles for Fundraising* (Irlanda, 2008); *Code of Corporate Governance for Irish Development Aid NGO's* (Irlanda, 2008); *Code for Good Governance of Community, Voluntary and Charitable Organizations in Ireland* (Irlanda, 2012).

5 A REGULAÇÃO EUROPEIA

Desde a sua fundação que a agora União Europeia não se preocupou com a regulação da Economia Social, deixando-a aos Estados-Membros, de acordo com o princípio da subsidiariedade. Seja por razões de negligência, com as atenções mais viradas para a promoção de uma concorrência saudável no sector privado, mesmo se em detrimento do sector público malgrado o princípio da neutralidade, seja por razões de parcimónia legislativa³⁹ até pelo reconhecimento da informalidade da Economia Social e das externalidades positivas que lhe estão associadas, a União tarda em tratar deste assunto sustentadamente, inclusive perante a sua dimensão sobrevinda, alcance inter-comunitário e papel significativo na construção de um Modelo Social Europeu, com pleno emprego e efectivação dos direitos fundamentais, económicos e sociais.⁴⁰

Destarte, no Tratado de Roma apenas se encontra uma referência negativa às OTS no agora artigo 54.º (ex. 48.º) do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE para as excluir, quando sediadas num Estado-Membro, do estabelecimento noutra, o que claramente revela a preferência pelo sector privado e lucrativo, não fosse esta uma comunidade económica⁴¹. É preciso esperar pelo Tratado de Nice para surgir uma menção à sociedade civil na governação europeia, com representação no Comité Económico e Social, no artigo 300.º n.º 2 (ex. 257.º) TFUE. Com o Tratado de Lisboa e o novo artigo 15.º TFUE promove-se a abertura e transparência das instituições europeias com a participação da sociedade civil, mesmo se não se foi tão longe quanto projectado nos trabalhos preparatórios.

Estranhamente, porém, quando se analisa o trabalho europeu nesta área, o panorama, além de pobre, demonstra abordagens restritivas e contraditórias com o desenvolvimento do potencial do Terceiro Sector: “*em primeiro lugar, os obstáculos criados pelas políticas «antitrust», que consideram as atividades cooperativas como «acordos» ou práticas que restringem a concorrência, devendo, por conseguinte, ser proibidas e, em segundo lugar, a atual revisão das políticas de apoio estatal e dos financiamentos de serviços de interesse geral; os únicos beneficiários que não são questionáveis são as cláusulas sociais e as associações sem fins lucrativos.*”⁴² Acresce também o facto da inexistência de harmonização

³⁹ BREEN, O., 2008, pág. 50.

⁴⁰ Para mais sobre o tratamento pelo Direito Europeu do Terceiro Sector, ver BREEN, O., 2008 e 2001; Comité Económico e Social Europeu pelo Centro Internacional de Pesquisa e Informação sobre Economia Pública, Social e Cooperativa - CIRIEC, A Economia Social na União Europeia - Relatório de Rafael Chaves e José Luis Monzón, 2012. <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/a_ces11042-2012_00_00_tra_etu_pt.pdf>.

⁴¹ Sobre outra interpretação do artigo, podendo significar o reconhecimento da incompetência da EU em matéria da Economia social, BREEN, O., 2008, pág. 61-62 e ainda a propósito do caso Stauffer (C-386/04 Stauffer [2006] ECR I-8203), pág. 67 ss.

⁴² CIRIEC, pág. 76.

fiscal e institucional das OTS dificultar o trabalho transeuropeu destas e não lhes possibilitar usufruir plenamente dos benefícios do mercado comum.⁴³ O Tribunal de Justiça, pelo seu lado, vem reconhecendo as OTS como sujeitas ao Direito Europeu em várias áreas, nomeadamente no Direito do Trabalho, e defende que têm os mesmos direitos que as entidades lucrativas no plano da liberdade de circulação de capitais.⁴⁴

Ademais, os esforços europeus esbarram em dois problemas de base, a saber, uma “base jurídica desadequada e a sua definição conceptual insuficiente e generalizada, que se debate com a inexistência de referências expressas nos textos de base da UE (Tratado de Roma e Tratado de Maastricht) e uma definição (se existe) baseada mais na forma jurídica do que nas atividades desenvolvidas, bem como toda uma variedade de termos (terceiro setor, sociedade civil, etc.) que impedem o consenso quanto ao termo a empregar.”⁴⁵ Se esta última limitação parece transversal ao enquadramento continental-europeu das OTS, incluindo ao nível nacional, a segunda prende-se com a dificuldade de reconduzir esta temática tanto ao artigo 114.º do TFUE como ao artigo (por defeito) 352.º do TFUE.⁴⁶

Ora, apesar dos apelos sucessivos, pese embora intermitentes, para a consagração de um estatuto europeu para as fundações, associações, mutualidades e cooperativas, mormente na sequência, em 1989, da Comunicação da Comissão ao Conselho sobre “As empresas da economia social e a realização de um mercado europeu sem fronteiras”, com o intuito de acautelar maior transparência e reduzir custos na iniciativa solidária, em particular transeuropeia, estes não só não se concretizaram como os últimos desenvolvimentos associados à vivência em sociedades sob ameaça terrorista e susceptíveis a criminalidade económico-financeira parecem sugerir uma opção restritiva do espaço de liberdade social e cívica⁴⁷.

Com efeito, a Recomendação Especial VIII da Financial Action Task Force (FATF) veio reconhecer e alertar para a vulnerabilidade das OTS a abusos terroristas, abrindo a janela para uma regulação intrusiva e cerceadora, apelando, primeiro, no seu *Best Practices Paper* de 2002, para a exigência de uma transparência quanto aos fins das OTS, de verificação programática e controlo administrativo, e, segundo, na sua *Interpretative Note* de 2006, à promoção de monitorização e fiscalização eficazes, à recolha e verificação de informação e a mecanismos de coo-

⁴³ BREEN, O., 2008, pág. 50.

⁴⁴ Com referências jurisprudenciais, BREEN, O., 2008, pág. 65 ss.

⁴⁵ CIRIEC, pág. 74.

⁴⁶ Sobre outras possíveis bases jurídicas e as dificuldades na sua utilização, BREEN, O., 2008, pág. 62-64.

⁴⁷ Sobre o potencial cerceador e anti-OTS da regulação em torno da fictícia/real ameaça terrorista, Transnational NPO Working Group on FATF, Recommendations: Financial Action Task Force Typology Review, 2014, <<http://www.charityandsecurity.org/sites/default/files/files/NPO%20Sector%20Typology%20Position%20Paper%20FATF.docx.pdf>>.

peração internacional adequados.⁴⁸ Por outro lado, a Comunicação da Comissão (2005) 620 final, intitulada “*Prevenir e combater o financiamento do terrorismo através de uma melhor coordenação a nível nacional e de uma maior transparência do sector não lucrativo*”, faz várias solicitações aos Estados-Membros, designadamente registos de OTS acessíveis ao público, a sua manutenção adequada, incluindo no plano da contabilidade, orientações de transparência financeira e o encorajamento do cumprimento do código de conduta que se pretende adoptar a nível europeu (mas que é mal recebido pelo Terceiro Sector, quer no plano procedimental como substantivo). Curiosamente, a Comunicação não apela nem determina um dever de coordenação dos Estados-Membros, nem equaciona problemas de implementação das suas propostas no nível nacional.

A União Europeia, porém, modera o tom ingerente um mês mais tarde, no Conselho da Europa de 1 e 2 de Dezembro de 2005, reconhecendo a responsabilidade das OTS e do Estado na salvaguarda da Economia Social; a importância de um conhecimento fortalecido e contínuo do Terceiro Sector pelos Estados; a base de confiança e de probidade das OTS residir na transparência, *accountability* e boa governança; a necessidade de um diálogo entre as OTS, o Estado e outros *stakeholders* na luta contra o terrorismo; e diminuição de propósitos e risco terroristas, nomeadamente por via de donativos, na hipótese de supervisão ajustada.

A avaliação das fragilidades do Terceiro Sector continua com a apresentação de três relatórios⁴⁹ quanto aos seus progressos em termos prudenciais e comportamentais, mas apesar das conclusões quanto à falta de dados para o estabelecimento de relações causais entre o modelo organizativo e de gestão das OTS, o crime financeiro e o terrorismo e das recomendações para se abordar de forma mais abrangente o problema através de um reforço da transparência e *accountability*, a Comissão volta a insistir na tecla do terrorismo em detrimento da boa governança na sua Comunicação (2009) 262 final e no seu *Discussion Paper* sobre orientações para as OTS, de Junho de 2010, em que propõe algumas medidas excessivamente onerosas para muitas entidades na lógica de uma avaliação de risco continuada de vulnerabilidade ao terrorismo, tais como manter registos auditados de transferências de fundos para países terceiros ou auditorias *in loco* a beneficiários.

Com a verdadeira carta aberta de vários e reputados académicos à Comissão Europeia, num grave contexto de crise económica e financeira na Europa, com a publicação do relatório “*From words to action: Supporting cooperative and social*

⁴⁸ Sobre esta matéria, insistindo nos perigos de uma regulação demasiado restritiva para as OTS, BREEN, O., 2011.

⁴⁹ Independent Scrutiny Report de 2007; Matrix Insight, Study to Assess the Extent of Abuse of Non-Profit Organisations for Financial Criminal Purposes at EU Level, 2008, <http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/terrorism/docs/study_abuse_non_profit_orgs_for_financial_criminal_purposes_avril09.pdf>; ECNL, 2009.

enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe”⁵⁰, com o Relatório Toia do Parlamento Europeu em 2009 e o parecer sobre a “*Diversidade de formas de empresas*” do Comité Económico e Social Europeu, a Comissão é empurrada para uma nova abordagem das OTS, em especial na sua vertente de empresas sociais.

Destarte, a Comissão apresenta, em 2011, três comunicações⁵¹ que se debruçam sobre a Economia Social com um tom menos restritivo e mais respeitador e fomentador da actividade social, sobretudo do empreendedorismo social.

Em suma, mesmo sem *hard law* específica para as OTS e muito embora o contributo do Terceiro Sector possa revelar-se uma pedra angular na construção de uma Europa social e mais coesa e num ganho significativo de democraticidade e proximidade aos cidadãos para a União Europeia, as suas iniciativas moles, particularmente da Comissão enquanto verdadeiro órgão supranacional, denotam não só um certo desconhecimento da Economia Social, dificilmente compatível com uma abordagem *top-down*, como alguma desconfiança. Não se estranha que as OTS reajam negativamente às suas propostas e defendam veementemente soluções de auto-regulação.

As dificuldades demonstradas pela Comissão e as limitações de uma abordagem *top-down* num contexto de complexidade e heterogeneidade institucional e de especificidades nacionais e locais, apesar do movimento presente generalizado de aproximação ao modelo de empresa (social), sugerem que mais do que uma harmonização legislativa e regulação europeias, que acabariam por ter que optar, para vingar, por um denominador comum mais baixo inoperativo e ineficaz, seria aconselhável começar, até por questões políticas, por uma construção jurisprudencial que tem, noutras áreas, comprovado a capacidade do Tribunal de Justiça em criar Direito adequado, revelar fragilidades das soluções europeias e fornecer, desta forma, matéria-prima para uma reflexão mais aprofundada, possibilitando o desenvolvimento consequente de uma arquitectura jurídica supranacional mais informada e balizada.⁵² Este caminho, além de mais prudente, permite igualmente

⁵⁰ European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises - EURICSE, From words to action: Supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe, European Scholars, Trento, 2010. <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/1322236001_n1860.pdf>.

⁵¹ Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, «Análise do “Small Business Act” para a Europa» (COM(2011) 78 final); Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «Iniciativa de Empreendedorismo Social — Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais» (COM(2011) 682 final); Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões intitulada «Ato para o Mercado Único — Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua — “Juntos para um novo crescimento».

⁵² BREEN, O., 2008, pág. 60 ss, pág. 78.

evitar (em parte) as implicações fiscais e o arreigado (último) reduto da soberania fiscal.⁵³

6 REGULAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

O regime jurídico das OTS em território nacional enreda-se numa intricada teia de diplomas, tanto por tipos de instituições (ex. cooperativas, mutualidades, misericórdias) como por actividades (ex. saúde, educação, desporto). A publicação tardia da LBES procura dar alguma sistematicidade ao labirinto jurídico, servindo de telhado e de elo de ligação entre os vários documentos.

Face à heterogeneidade das OTS e à amplitude do seu raio de acção, não se focarão nem analisarão aqui todos os diplomas, concentrando, destarte, as atenções nuns poucos, considerados significativos e/ou paradigmáticos, além de que se procurará tão-somente captar quais as opções jurídicas, formais, procedimentais e substantivas, que o legislador luso preferiu na sua regulação prudencial e comportamental, de modo a servir de exemplificação para os pontos *supra* desenvolvidos. Por esta razão, ficarão de fora vários tipos institucionais de OTS como as associações, as mutualidades ou as misericórdias, tal como legislação específica sobre a provisão de determinados bens ou serviços, com exigências de licenças, certificações de qualidade, entre outras, em matérias como alimentação, educação, cuidados de saúde, lares, apoio jurídico.

Pela sua natureza unificadora e enquadradora, começa-se pela LBES.

Em primeiro lugar, no estabelecimento dos princípios orientadores da Economia Social, no artigo 5.º, é possível antever alguma preocupação com questões tanto prudenciais como comportamentais, ainda que sem se explicitar a sua efectiva concretização (mas afinal está-se no plano dos princípios). Assim, na alínea c) defende-se o controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros, recordando a necessidade de gestão participada e a recusa de OTS que servem os interesses próprios de um líder, incluindo do seu ego. Nas alíneas f) e g) prosseguem achegas prudenciais com preocupações de independência face ao Estado e a privados e a adequada alocação dos recursos com a afetação dos excedentes à prossecução dos fins das OTS de acordo com o interesse geral. No plano comportamental, de assinalar, sobretudo a menção à transparência na alínea e), que volta a surgir, juntamente com a referência a “qualidade” no artigo 8.º. Não deixa de ser curioso que o corpo deste último preceito não esclareça quem se quer proteger com estas características. Resulta apenas da sua epígrafe, que não é de todo vinculativa, que se reporta aos membros da OTS, utilizadores e beneficiários. Ora, este alcance parece reduzido, *maxime* se atendermos a que o artigo 9.º e também o artigo 10.º tratam da relação com o Estado mas tão-somente na perspectiva

⁵³ BREEN, O., 2008, pág. 60.

Estado-OTS e não OTS-Estado e ao facto de muitas OTS terem como principal “cliente”/interlocutor o Estado. Por outro lado, além de não se equacionar expressamente (mesmo que por via da epígrafe) um dever de qualidade e de transparência para com o Estado, estranha-se que não haja uma palavra quanto a doadores. Contudo, estas omissões podem ser ultrapassadas pela já mencionada alínea e) do artigo 5.º ao consagrar um princípio geral, do qual o artigo 8.º é um corolário ou, pura e simplesmente, ao ignorar a epígrafe ou fazer uma interpretação extensiva (se considerarmos que os doadores e o Estado são uma espécie de utilizadores/beneficiários) ou, no limite, analógica do preceito.

Em segundo lugar, a previsão, no n.º 1 do artigo 6.º, da construção, publicação e actualização de uma base de dados pública permanente das OTS, mesmo se não se indiquem os seus conteúdos concretos, representa um passo no sentido da transparência porquanto a simples verificação por um beneficiário, doador ou até voluntário/potencial funcionário da (in)existência de uma OTS auxilia à confiança necessária no sector.

Em terceiro lugar, sublinhe-se que o artigo 8.º, *supra* citado, preconiza conjuntamente segurança interna (na relação com os membros da OTS) e externa (na relação com os utilizadores e beneficiários). Aqui valem uma vez mais os reparos feitos sobre a limitação desta solução com a diferença de neste caso não ser fácil reconduzir a extensão ao Estado e aos doadores a uma das alíneas do artigo 5.º.

Quanto aos artigos 9.º e 10.º, em certa medida retomados pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, que estabelece os princípios orientadores e o enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as OTS, apesar da direccionalidade Estado-OTS, sugerem o apelo a uma regulação pública com uma componente tanto prudencial como comportamental: por um lado, garantindo a adequação da capacidade material, humana e técnica das OTS; a estabilidade na provisão de bens serviços ao Estado, de acordo com critérios de qualidade definidos por este; o reforço da auto-sustentabilidade económico-financeira das OTS e da inovação social e tecnológica; o fomento da gestão organizacional; por outro, incentivando a formação profissional (que também tem uma componente prudencial, *maxime* quando ligada aos órgãos dirigentes); assegurando a relação transparente entre as OTS e os seus membros; e, no geral, disseminando boas práticas.

No entanto, se atentarmos ao elemento literal, a aposta será mais na supervisão do que na regulação em sentido estrito, otimizando os recursos, nomeadamente através da utilização das estruturas de supervisão já existentes. Todavia, face à amplitude de tarefas a que o Estado se propõe nestes dois preceitos, haverá sempre lugar para a regulação em sentido estrito⁵⁴, regulação indirecta através dos

⁵⁴ Note-se que apesar da presunção do n.º 2 do artigo 9.º do CCiv., nem sempre o legislador escolhe ajustadamente a terminologia. Veja-se que a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto surge como lei-quadro

contratos de cooperação e gestão e até para alguma desregulação. Com efeito, destaquem-se as expressões “*facilitar a criação de novas entidades da economia social*” e “*removendo os obstáculos que impeçam a constituição e o desenvolvimento das atividades económicas das entidades da economia social*”, da alínea c) do n.º 2 do artigo 10.º.

Parte desta iniciativa, se não conduzida directamente pelo Estado, poderá ser levada a cabo com o impulso da Cooperativa António Sérgio para a Economia Social - Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada, vulgo CASES, criada pelo Estado para substituir o instituto público INSCOOP - Instituto António Sérgio do Sector Cooperativo, I. P., e que agrega o Estado e outras entidades do sector cooperativo e da Economia Social, funcionando um pouco como uma OTS “chapéu”.

Ora, do Decreto-Lei n.º 282/2009, de 7 de Outubro, em particular das alíneas d), a f) do n.º 2 do artigo 4.º, cabe-lhe, entre outros, promover o reconhecimento e capacitação institucional das OTS, dinamizar a formação no sector, incluindo o reforço da qualificação dos profissionais e da sustentabilidade das OTS, reforçar a visibilidade da iniciativa das OTS e, conseqüentemente, a sua transparência. De outra banda, no sector cooperativo, tem especiais atribuições reforçadas em matéria de regulação e sobretudo de supervisão como decorre do n.º 4 do artigo 4.º, a saber, fiscalizar a utilização da forma cooperativa; comprovar através de credencial a constituição e funcionamento regulares das cooperativas; solicitar judicialmente a dissolução das cooperativas incumpridoras e fraudulentas e, junto do serviço do registo competente, das cooperativas cuja actividade não coincida com o objecto expresso nos estatutos; credenciar as cooperativas e suas organizações de grau superior; e manter uma base de dados actualizada sobre cooperativas.

No que respeita as OTS de natureza cooperativa, o Código Cooperativo⁵⁵ apresenta uma série de disposições que têm naturalmente reflexos na solidez institucional, na qualidade da governança, na transparência e *accountability*, a começar pela necessidade de registo para aquisição de personalidade jurídica (artigo 17.º), passando por alguns dos princípios, como a gestão democrática e a educação, formação e informação (artigo 3.º), e acabando nos modelos propostos de estrutura organizativa, em regra com órgão de gestão e de fiscalização interna colegiais (artigo 28.º).

Ao nível prudencial, recordem-se, entre outros, em nome da garantia de uma gestão sã e prudente, as causas de perda de mandato dos titulares dos órgãos do artigo 30.º associadas aos deveres consagrados no artigo 46.º para a administra-

das entidades reguladoras mas abrange entidades que fazem supervisão e que até a incluem na sua designação como a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Em ambas as situações regulação e supervisão surgem em sentido lato e conseqüentemente como sinónimos.

⁵⁵ Lei n.º 119/2015, de 31 de Agosto.

ção; as incompatibilidades do artigo 31.º; o papel da assembleia na apreciação e votação do relatório de gestão, do plano de actividades, orçamento e documentos de prestação e de certificação legal de contas, assim como na fixação dos juros a pagar aos membros da cooperativa e da distribuição dos excedentes (em especial, alíneas b) a f) do artigo 38.º); o zelo no cumprimento do Direito, em geral, e das regras de contabilidade, em particular, nas alíneas e) e h) do artigo 47.º; a) e c) do artigo 53.º e a), c) e d) do n.º 2 do artigo 70.º; a verificação de saldos de caixa e a existência de títulos e valores de qualquer espécie, na alínea d) do artigo 53.º e b) do n.º 2 do artigo 70.º; a definição do capital social, da sua realização, transmissão, aquisição, remuneração e reembolso dos títulos de capital nos artigos 81.º e seguintes; a emissão de títulos de investimento, artigos 91.º e seguintes, e de obrigações, artigo 95.º; a obrigação da constituição de uma reserva legal insusceptível de repartição nos termos do artigo 96.º e 99.º; e a credenciação anual da CASES, no artigo 117.º

No plano comportamental, assinalem-se, designadamente, os direitos dos cooperadores a informação interna sobre a cooperativa, numa lógica de controlo endógeno e de participação, e a usufruir de iniciativas de educação e formação (alíneas d) f) do artigo 21.º n.º 1), sendo que deve ser constituída uma reserva obrigatória para estas actividades (artigo 97.º); a comunicação obrigatória à CASES, prevista no artigo 116.º, para aumento da transparência e *accountability*, dos relatórios anuais de gestão, dos documentos anuais de prestação de contas e do balanço social.

Quanto ao Direito fundacional, concentrando-nos na Lei-Quadro das Fundações⁵⁶, e deixando de lado propositadamente, pelo seu mero carácter exemplificativo para o efeito desta análise sumária da regulação lusa das OTS, outros diplomas aplicáveis, registem-se várias normas de prudência e de conduta.

Por um lado, atente-se à aquisição de personalidade jurídica por reconhecimento que, na hipótese de fundações privadas, está entregue ao Primeiro-Ministro nos termos dos artigos 6.º e 40.º n.º 1, obrigando a um procedimento burocrático mais complexo quando se tratam de fundações de solidariedade social que actuem em determinadas áreas; à defesa do instituto fundacional, em particular nos n.º 1 a 3 do artigo 7.º, mormente através da prevenção de conflitos de interesse, incompatibilidades e a limitação, no caso das fundações públicas ou públicas de Direito privado, ao número de mandatos dos seus órgãos e ainda do reconhecimento de que a disposição de bens ou valores a favor do património fundacional não seja um acto praticado em prejuízo dos credores; à necessidade de registo e de constar de uma base de dados única, mantida e disponibilizada para consulta pública pelo Instituto dos Registos e do Notariado, até para recebimento de apoios financeiros públicos (n.º 3 a 5 do artigo 8.º); à limitação das despesas com pessoal e órgãos

⁵⁶ Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, alterada pela Lei n.º 150/2015, de 10 de Setembro.

da fundação, no caso de fundações privadas com estatuto de utilidade pública (e de fundações públicas), a um décimo dos seus rendimentos anuais, devendo pelo menos dois terços destes serem despendidos na prossecução directa dos fins estatutários para as fundações cuja atividade consista maioritariamente na concessão de benefícios ou apoios financeiros à comunidade, e de dois terços dos seus rendimentos anuais para as cuja atividade resida essencialmente na prestação de serviços à comunidade, sob pena da caducidade do estatuto de utilidade pública, de acordo com o artigo 10.º; à necessidade, sob pena de nulidade, de autorização da entidade competente para o reconhecimento para a alienação de bens que integrem o património inicial da fundação segundo o artigo 11.º; à imposição de um modelo organizativo (embora algo flexível) nos artigos 26.º e 27.º; à ponderação de encargo prejudicial aos fins da fundação como resulta do artigo 34.º.

Por outro lado, veja-se: o dever de aprovação de códigos de conduta e de boas práticas e de gestão transparente como estabelecido no n.º 1 do artigo 7.º, transparência essa que é desenvolvida no artigo 9.º através da imposição de uma série de actos de *disclosure* e de reporte informativo, quer em relação a instituições públicas, quer em relação ao público em geral através de uma página na internet a manter actualizada, servindo a possibilidade de acesso a fundos públicos como potencial moeda de troca (sublinhe-se, em especial, com repercussões em termos prudenciais, o facto de se exigir no n.º 4 que o relatório anual de actividades e de contas deva conter “*informação clara e suficiente sobre os tipos e os montantes globais dos benefícios concedidos a terceiros e dos donativos ou dos subsídios recebidos, bem como sobre a gestão do património da fundação*”); ademais, nos termos dos n.º 6 e 7 do artigo 9.º, as fundações estão sujeitas ao regime declarativo da Informação Empresarial Simplificada e ao regime de normalização contabilística para as entidades do sector não lucrativo (e as fundações públicas sujeitam-se ao regime de gestão económico-financeira e patrimonial considerado na lei-quadro dos institutos públicos).

Por último, a respeito das fundações (antes de mais de solidariedade social), sublinhe-se a previsão expressa de um sistema de supervisão entregue ao Primeiro-Ministro, serviços competentes do Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social e à Inspeção-Geral de Finanças que podem ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias, inspecções e auditorias, sem prejuízo do disposto no EIPSS, de acordo com o artigo 41.º.

Em Portugal, a obtenção de estatuto de IPSS e a conseqüente submissão ao seu regime jurídico sujeita as OTS a um nível reforçado e uniformizado (independentemente da forma legal) de transparência, *accountability* e boa governança, como contrapartida de benefícios públicos.⁵⁷ A sua regulação é então reforçada e aproxima-se do exigido às sociedades comerciais.

⁵⁷ ECNL, 2009, pág. 20.

Em matéria de registo, cuja obrigatoriedade decorre do n.º 1 do artigo 7.º, observa-se uma solução mais sofisticada que advém do Regulamento de Registo das Instituições Particulares de Solidariedade Social do Âmbito da Acção Social do Sistema de Segurança Social, do Regulamento do Registo das Instituições Particulares de Solidariedade do Âmbito do Ministério da Educação, aprovados, respectivamente, pelas Portarias n.º 139/2007, de 29 de Janeiro, e 860/91, de 20 de Agosto, e, no caso de fundações de solidariedade social constituídas como IPSS com fins principais ou exclusivos de promoção e protecção da saúde, a Portaria n.º 466/86, de 25 de Agosto.

No que respeita a estrutura organizativa, de acordo com o n.º 1 do artigo 12.º, exige-se, sem excepção de natureza ou dimensão, pelo menos um órgão colegial de administração e outro com funções de fiscalização, ambos constituídos por um número ímpar de titulares, com a definição de incompatibilidades e impedimentos para os seus titulares nos artigos 15.º n.º 2, 15.º-A, 17.º n.º 5 e 21.º-B. No caso de se tratar de uma associação, o n.º 2 do mesmo preceito impõe uma assembleia geral de associados, garantindo-se, deste modo, um maior controlo interno da OTS. Esta preocupação com uma boa governança é acentuada nos artigos 13.º n.º 1 e 3, 14.º n.º 1, 18.º, 21.º-A e 21.º-C n.º 1 e 6, mormente com profissionais qualificados e idóneos, sobretudo nos órgãos de gestão e de auditoria; a fixação dos seus patamares máximos de remuneração, inclusivamente pesando a situação financeira da OTS; a duração e renovabilidade dos seus mandatos; a feitura de regulamentos internos; o estrito cumprimento legal; a elaboração e partilha interna do plano de actividades, orçamento e relatório e contas de gerência; uma contabilidade organizada, com as contas de exercício, segundo o regime mais estrito do artigo 14.º, a terem de obedecer ao Regime da Normalização Contabilística para as entidades do sector não lucrativo e a serem publicitadas obrigatoriamente no *site* da instituição.

Por questões prudenciais mas igualmente de transparência, determinam-se as regras para a realização de obras, alienação e arrendamento de imóveis no artigo 23.º. Acresce que, em termos de normas de conduta, se retira do n.º 1 do artigo 37.º a obrigação de qualidade na relação com os beneficiários, já que a par de comportamentos ilegais também graves condições de insalubridade, de inadequação das instalações ou deficientes condições de segurança, higiene e conforto dos beneficiários podem motivar o encerramento da IPSS.

Já na secção III do diploma prevê-se expressamente a supervisão pública, tanto no plano administrativo, com inquéritos, sindicâncias e inspeções levadas a cabo pelos serviços competentes do ministério responsável pela área da segurança social de acordo com o artigo 34.º, como no plano judicial, nos artigos 35.º e 35.º-A. Ademais, face à importância social das IPSS, um pouco como nas instituições de crédito (retomando o nosso paralelismo com os mercados financeiros), procura-se antes de as sancionar com a sua expulsão do mercado/sector, encerrando-as (ar-

tigo 37.º), corrigir as anomalias constituindo uma comissão provisória de gestão (artigo 35.º), recorrer a um procedimento cautelar (artigo 36.º) ou à requisição de bens (artigo 38.º).

Por último, enfatizar que, pese embora a regulação pública das OTS e das IPSS, em especial, o legislador reconhece limites à sua intervenção, até por imposição constitucional, seja quanto ao respeito pelos beneficiários como pela vontade dos fundadores, segundo os artigos 5.º e 6.º. Ou seja, parece procurar-se uma solução regulatória que não asfixie as OTS ao mesmo tempo que se protegem os beneficiários e os interesses públicos. Logo, talvez se ajude a explicar a revogação dos artigos 32.º e 33.º relativos a actos sujeitos a autorização e a visto, um pouco como dar com uma mão o que se tirou com a outra, *i.e.* com o refinamento da regulação pública com alterações aos preceitos e adição de novos com *standards* de boa governança e *accountability* mais exigentes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das páginas anteriores procede um conjunto de conclusões:

- i. A constitucionalidade e necessidade de regulação das OTS;
- ii. A necessidade de se apostar em modelos flexíveis de regulação, face à heterogeneidade e alguma informalidade salutar das OTS, assim como ao imperativo constitucional e à importância social no terreno de manter um sector solidário autónomo e uma verdadeira iniciativa cooperativa e social. Tal significa: combinar soluções de auto-regulação com um nível óptimo de regulação pública, não demasiado intrusiva e onerosa para as OTS nem lesiva dos beneficiários, apenas na proporção de acautelamento da parte da confiança não assegurada pela auto-regulação; preferir soluções moles quando estas se revelarem tão ou mais eficientes e eficazes do que respostas duras;
- iii. A regulação das OTS deverá assemelhar-se à das instituições financeiras, comportando uma componente prudencial e uma componente comportamental;
- iv. A regulação supranacional das OTS parece difícil e até, em parte, indesejável por procurar uma “normalização” de um sector que é histórica e culturalmente diverso. A regulação deverá ser deixada preferencialmente, na lógica da subsidiariedade, ao patamar nacional (e/ou infra-local, consoante a estrutura político-administrativa mas também social dos Estados-Membros);
- v. Em Portugal, à semelhança do que sucede noutros países, o labirinto regulatório é um facto, sugerindo a análise de alguns dos principais diplomas uma maior preocupação pública com questões prudenciais do que com-

portamentais, talvez por se considerar que, até por se estar no âmbito da Economia solidária, a dimensão ética das condutas deverá primeiramente vir de dentro.

Com a *débaçle* económico-financeira iniciada em 2007 com problemas com os produtos *subprime* e agravada por uma crise de dívidas soberanas, o número de OTS e da sua iniciativa nos últimos anos aumentou com o conseqüente apelo para uma maior regulação da sua actividade, seja pela fragilidade e número acrescidos dos beneficiários, seja pela mais eficiente alocação dos recursos públicos transferidos para o Terceiro Sector. Num período de (aparente) retoma, interessará saber se a Economia Social vai conseguir ou não manter o *momentum* e alterar o paradigma de Estado e como tal se irá reflectir no modelo e no plano quantitativo e qualitativo da sua regulação tanto mais que as fronteiras entre os três sectores se esbatem paulatinamente. Uma análise empírica alargada e transdisciplinar do impacto das actuais soluções regulatórias lusas (auto-, co- e hétero-) deveria ser desenvolvida para permitir desenhar a melhor solução e perceber se as conclusões teóricas retiradas continuam a fazer sentido no contexto sócio-cultural português. O desafio fica lançado.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, V., *Governação, Instituições e Terceiro Sector. As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
- BREEN, O., «EU Regulation of Charitable Organizations: The Politics of Legally Enabling Civil Society», *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 10, n.º 3 (2008) pág. 50-78.
- BREEN, O., *Through the Looking Glass: European perspectives on non-profit vulnerability, legitimacy and regulation*, University College Dublin, Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper n.º 47/2011, Dublin, 2011.
- Centro Internacional de Pesquisa e Informação sobre Economia Pública, Social e Cooperativa - CIRIEC, *A Economia Social na União Europeia - Relatório de Rafael Chaves e José Luis Monzón*, 2012. <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/a_ces11042-2012_00_00_tra_etu_pt.pdf>.
- EAKIN, L. [et al.], *A policy perspective on Canada's non-profit maze of regulatory and legislative barriers Mapping the way forward for third sector organizations*, Policy Brief, The Wellesley Institute, 2009.
- EBRAHIM, A., *The Many Faces of Nonprofit Accountability*, Harvard Business School, Working Paper n.º 10-069, Cambridge, 2010.
- European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises - EURICSE, *From words to action: Supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe*, European Scholars, Trento, 2010. <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/1322236001_n1860.pdf>.
- European Center for Not-for-Profit Law - ECNL, 2009, *Study on Recent Public and Self-Regulatory Initiatives Improving Transparency and Accountability of Non-Profit*

- Organisations in the European Union*, Budapest. <http://www.ecnl.org/dindocuments/306_ECNL%20Accountability%20Study_published%20on%20DG%20JLS.pdf>.
- GURGETY, M. K., «Self-regulation, Voluntary Programs among Nonprofit Organizations», in Matthew Potoski, Aseem Prakash (eds.) *Voluntary Programs: A Club Theory Perspective*, MIT Press, Cambridge, 2009, Cap. 12.
- IRVIN, R. A., «State Regulation of Non-profit Organizations: Accountability regardless of the outcome», *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, Vol. 34, n.º 2 (2005) pág. 161-178.
- LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., «Entre o Estado e o Terceiro Sector: Modelos de regulação. O Terceiro Sector em foco», in Cristina Parente (ed.), *Empreendedorismo Social em Portugal*, FL-UP, Porto, 2014, pág. 75-101.
- LUO, Y., IYENGARD, G., VENKATASUBRAMANIAN, V., *Soft Regulation with Crowd Recommendation: Coordinating Self-Interested Agents in Sociotechnical Systems under Imperfect Information*, PLOS ONE Journal (2016).
- Panel on the Nonprofit Sector, *Report to Congress and the Nonprofit Sector on Governance, Transparency, and Accountability*, Independent Sector, Washington, DC, 2005.
- PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., «A Regulação Sectorial da Economia - Introdução e Perspectiva Geral», in Luís Morais, Eduardo Paz Ferreira, Gonçalo Anastácio (coord.) *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 7-38.
- PEREGO, P., VERBEETEN, F., «Do ‘good governance’ codes enhance financial accountability? Evidence from managerial pay in Dutch charities», *Financial Accountability and Management*, Vol. 31, n.º 3 (2015), pág. 316-344.
- SHILLER, R. J., AKERLOF, G. A. Akerlof, *À Pesca de Tolos - A Economia da Manipulação e do Logro*, Actual Editora, Coimbra, 2016.
- Transnational NPO Working Group on FATF, *Recommendations: Financial Action Task Force Typology Review*, 2014, <<http://www.charityandsecurity.org/sites/default/files/files/NPO%20Sector%20Typology%20Position%20Paper%20FATF.docx.pdf>>.
- VAUGHAN, S. K., ARNSEAULT, S., *Managing non-profit organizations in a policy world*, SAGE-Copress, Thousand Oaks, CA, 2014.