

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 3-6

CONTIDO

DOCTRINA

- Deolinda Aparício Meira, *A relevância do cooperador na governação das cooperativas* 9-35
- Cristina Parente, Vanessa Marcos, Daniel Costa, Cláudia Amador, *Representações sobre empreendedorismo social*..... 37-65
- Paula Guerra, Fátima Loureiro de Matos, Teresa Sà Marques, Mónica Santos, *As cooperativas e as modalidades contemporâneas de direito à cidade* 67-90

ACTUALIDADE XURÍDICA

(Coordinador: Manuel José Vázquez Pena)

- Elena Salgado André, *Modificacións introducidas pola Orde de 31 de maio de 2012 no modelo orientativo de estatutos sociais da sociedade cooperativa especial* 93-95
- María Luisa Cabello López, *A lei de fomento da integración de cooperativas e doutras entidades asociativas de carácter agroalimentario*... 97-105
- Xacobo Izquierdo Alonso, *Baixa voluntaria: non acumulación das deducción feitas na liquidación ao socio por incumprimento do periodo de permanencia coas relativas ao incumprimento do compromiso de non causar baixa voluntaria durante a vixencia dun programa operativo [Anotación á sentenza do Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm. 575/2012 de 10 de outubro. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo]*..... 107-117
- Francisco Torres Pérez, *Anotación á sentenza da Audiencia Provincial de Murcia (Secc. 4ª 346/2012) de 24 de maio. relator: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader*..... 119-123
- José Antonio Rodríguez Míguez, *Convocatoria xudicial e xurisdicción voluntaria (comentario ao auto da Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, do 3 de decembro de 2012)*..... 125-129
- Estanislao de Kostka Fernández Fernández, *A responsabilidade dos membros do consello reitor dunha cooperativa, en aplicación do*

<i>artigo 367 da Lei de sociedades de capital (comentario á sentenza da Audiencia Provincial de León 335/2012, de 12 de xullo)</i>	131-135
▪ Isabel Sánchez Cabanelas, <i>Cooperativa de vivendas. Baixa voluntaria non xustificada</i>	137-142
▪ María Jesús Rodríguez Míguez, <i>Impugnación dos acordos do consello reitor dunha cooperativa de vivendas e improcedencia da dedución de cantidades nas devolucións por baixa xustificada dun socio. Comentario da SAP de Palencia núm. 31/2013 (Sección 1), de 4 febreiro</i>	143-146
▪ Sinesio Novo Fernández, <i>Acordos do Consello reitor de natureza sancionatoria. Comentario da SAP de Burgos núm. 214/2012 (Sección 3ª), de 23 de mayo</i>	147-152

ACTUALIDADE FISCAL

(Coordinadora: Ana María Pita Grandal)

▪ Ana María Pita Grandal, <i>Las tasas en el ambito de la administración de justicia. ¿Posibles supuestos de injusticia?</i>	155-163
▪ Roberto I. Fernández López, <i>As principais novidades introducidas no ordenamento orzamentario e tributario de Galicia en 2013</i>	165-171
▪ Soraya Rodríguez Losada, <i>Novidades lexislativas introducidas pola lei 16/2012, de 27 de decembro, pola que se adoptan diversas medidas tributarias dirixidas á consolidación das finanzas públicas e ao impulso da actividade económica</i>	173-180
▪ Carmen Ruiz Hidalgo, <i>Incentivos fiscais á contratación regulados na Lei de Reforma Laboral</i>	181-182
▪ Luis Miguel Muleiro Parada, <i>As novas medidas tributarias de apoio aos emprendedores</i>	183-193
▪ María Cruz Barreiro Carril, <i>Os novos impostos medioambientales e a normativa de desenvolvemento</i>	195-199
▪ Mónica Siota Álvarez, <i>Escrituras públicas de subrogación e novación modificativa de préstamos e de créditos hipotecarios: o seu ¿dispar? tratamento no Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados. Comentario á Resolución do TEAC de 16 de maio de 2013</i>	201-206
▪ Jaime Aneiros Pereira, <i>A transmisión de empresas e o IVE. A esixencia do imposto no caso de que se transmita un paquete accionario</i>	207-209

ACTUALIDADE COOPERATIVA EM PORTUGAL

(Coordinadora. Deolinda Aparicio Meiral)

▪ Eduardo Graça, <i>A conta satélite da economía social (CSES) em Portugal - 2013</i>	213-221
---	---------

- Ana Maria Alves Bandeira, *O Regime de Normalização Contabilística das Entidades sem Fins Lucrativos e as suas especificidades* 223-230
- Deolinda Aparício Meira, *A Lei de Bases da Economia Social portuguesa. Breve apresentação*..... 231-236
- Equipa GeraçãoCoop, *Projeto GeraçãoCoop - despertar para o cooperativismo*..... 237-242
- Equipa COOPJOVEM, *COOPJOVEM – uma resposta para o emprego jovem em Portugal* 243-246
- Maria João Dias / João Anacoreta Correia, *Os corpos de bombeiros voluntários, as associações humanitárias de bombeiros e a liberdade de associação. Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de janeiro de 2012* 247-264
- André Almeida Martins, *A debatida questão da qualificação da relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa. Anotação ao Acórdão do TRP, de 27 de fevereiro de 2012* 265-284
- Tiago Pimenta Fernandes, *Do seguro de danos na cooperativa de habitação. Anotação ao Acórdão do TRL, de 28 de fevereiro de 2012*..... 285-291
- Mariana Pinheiro de Almeida, *O segredo bancário e o direito à informação nas cooperativas de crédito. Acórdão do TRE, de 22 de março de 2012*..... 293-306
- Catarina Proença / Raul Guichard, *Da possibilidade de celebração de um contrato-promessa entre uma cooperativa e um sócio. Anotação ao Acórdão do TRE, de 29 de março de 2012* 307-313
- Deolinda Aparício Meira, *A participação do cooperador na atividade de uma cooperativa agrícola. Anotação ao Acórdão do TRC de 17 de abril de 2012* 315-326
- Paulo Vasconcelos, *Associações mutualistas. Comunicação da exclusão de associado. Âmbito das coberturas dos benefícios subscritos. Anotação ao Acórdão do STJ, de 11 de setembro de 2012* 327-332
- Irene Portela, *Caso da transferência de farmácia de associação pública. Anotação ao Acórdão do STA de 26 de setembro de 2012*..... 333-348
- Elisabete Ramos, *Responsabilidade civil pela administração da cooperativa. Anotação ao Acórdão do STJ de 25 de outubro de 2012*..... 349-361
- Manuela da Silva Patrício, *As cooperativas de ensino que desenvolvem funções com carácter de interesse público: funções públicas ou privadas? Anotação ao Acórdão do TRP, de 5 de novembro de 2012* 363-373
- Helena Salazar, *A impossibilidade de acumulação do cargo de presidente da direção de cooperativa com o exercício de funções por contrato de trabalho durante o mesmo período temporal. Anotação ao Acórdão do TRE de 15 de novembro de 2012*..... 375-384

- Nina Aguiar, *Aspetos fiscais dos donativos a Fundações participadas pelo Estado. Anotação ao Acórdão do STA de 5 de dezembro de 2012.* 385-404

DOCTRINA

- Deolinda Aparício Meira
A relevância do cooperador na governação das cooperativas
- Cristina Parente, Vanessa Marcos, Daniel Costa, Claudia Amador
Representações sobre empreendedorismo social
- Paula Guerra, Fátima Loureiro de Matos, Teresa Sà Marques, Mónica Santos
As cooperativas e as modalidades contemporâneas de direito à cidade

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 9-35

A RELEVÂNCIA DO COOPERADOR NA GOVERNAÇÃO DAS COOPERATIVAS

Deolinda APARÍCIO MEIRA

*Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto/CECEJ
meira@iscap.ipp.pt*

1. PRELIMINAR

Este estudo centrar-se-á na análise da relevância da pessoa do cooperador na governação das cooperativas no ordenamento português.

Para o efeito, teremos por referência o regime previsto no *Código Cooperativo Português (CCoop)*¹, os doze diplomas legais que regem cada um dos doze ramos cooperativos²; o enquadramento jurídico-constitucional do setor

¹ - Lei n.º 51/96, publicada em setembro de 1996 e que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1997. O *Código Cooperativo* foi, entretanto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 343/98, de 6 de novembro; pelo Decreto-Lei n.º 131/99, de 21 de abril; pelo Decreto-Lei n.º 108/2001, de 6 de abril; pelo Decreto-Lei n.º 204/2004, de 19 de agosto; e pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

² - Decreto-Lei n.º 335/99, de 20 de agosto (cooperativas agrícolas); Decreto-Lei n.º 523/99, de 10 de dezembro (cooperativas de comercialização); Decreto-Lei n.º 522/99, de 10 de dezembro (cooperativas de consumo); Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 230/95, de 12 de setembro; Decreto-Lei n.º 320/97, de 25 de novembro; Decreto-Lei n.º 102/99, de 31 de março; e do Decreto-Lei n.º 142/2009, de 16 de Junho (cooperativas de crédito agrícola); Decreto-Lei n.º 313/81, de 19 de novembro (cooperativas culturais); Decreto-Lei n.º 441-A/82, de 6 de novembro (cooperativas de ensino); Decreto-Lei n.º 502/99, de 19 de novembro (cooperativas de habitação e construção);

cooperativo português; e o regime jurídico das sociedades comerciais em matéria de governação societária previsto no *Código das Sociedades Comerciais (CSC)*, por remissão do art. 9.º do *CCoop*.

1.1. Governação das cooperativas e identidade cooperativa

A caracterização da governação da cooperativa terá de arrancar da própria definição de cooperativa constante do art. 2.º do *CCoop*, nos termos do qual serão cooperativas as «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreaajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles».

Desta definição resulta que o modo de gestão da empresa cooperativa assenta na obediência aos princípios cooperativos e na cooperação e entreaajuda dos membros.

Dado que os princípios cooperativos refletem o que a cooperativa tem de mais específico, contendo o essencial da identidade cooperativa, compreende-se que a governação da cooperativa tenha de observar tais princípios enunciados no art. 3.º do *CCoop* (os quais correspondem aos princípios cooperativos proclamados pela Aliança Cooperativa Internacional).

Acresce que, na ordem jurídica portuguesa, os princípios cooperativos são de obediência obrigatória, tendo inclusivamente consagração no texto constitucional [art. 61.º, n.º 2, e art. 82.º, n.º 4, al. a), da Constituição da República Portuguesa (CRP)]³.

Neste contexto, podemos afirmar que, no ordenamento jurídico português, a governação das cooperativas caracterizar-se-á como uma governação participada (por força do princípio da gestão democrática pelos membros), orientada para os seus membros (por força da vocação mutualista da cooperativa que

Decreto-Lei n.º 312/81, de 18 de novembro (cooperativas de pescas); Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de novembro (cooperativas de produção operária); Decreto-Lei n.º 323/81, de 4 de dezembro (cooperativas de serviços); Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro (cooperativas de solidariedade social).

³ - Ver, sobre esta matéria, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 31-46.

resulta da própria definição da cooperativa constante do art. 2.º do *CCoop*), autónoma e independente (por força do princípio da autonomia e independência) e transparente (por força do direito à informação dos cooperadores consagrado no *CCoop* e pelo poder de controlo e fiscalização que a Assembleia Geral e o Conselho Fiscal exercem sobre o órgão de administração da cooperativa).

A governação participada resulta do facto de a cooperativa ser entendida como uma organização empresarial de cunho marcadamente personalista, dada a relevância que a pessoa do cooperador assume no âmbito da mesma, o que tem levado a doutrina a afirmar, com base neste propósito, que a cooperativa deverá ser percebida como uma «sociedade de pessoas»⁴. Para além do seu carácter marcadamente personalista, a cooperativa apresenta-se, por força do princípio cooperativo da adesão voluntária e livre (art. 3.º do *CCoop*), como uma organização aberta à adesão de novos membros (desde que as circunstâncias pessoais do aspirante a membro sejam idóneas face ao objeto social), o que faz com que a cooperativa se configure como uma sociedade personalista de ampla base social, o que se refletirá na governação da mesma, como daremos conta.

Este cunho marcadamente personalista implica uma participação ativa dos membros na governação das cooperativas, o que pressuporá que a cooperativa, por força do princípio cooperativo da educação, formação e informação (art. 3.º do *CCoop*) promova «a educação e a formação dos seus membros, dos representantes eleitos, dos dirigentes e dos trabalhadores, de modo que possam contribuir eficazmente para o desenvolvimento das suas cooperativas», como veremos.

Finalmente, a governação da cooperativa deverá ser autónoma e independente, por força do princípio cooperativo da autonomia e da independência (art. 3.º do *CCoop*). Assim, por um lado, as relações da cooperativa com o Estado não podem conduzir à instrumentalização da sua governação. É certo

⁴ - SÉRVULO CORREIA, «Elementos de um regime jurídico da cooperação», *Estudos Sociais e Cooperativos*, n.º 17, Ano V, março 1966, p. 161. Esta expressão é, igualmente, utilizada no Direito Comercial, no qual as sociedades — em nome coletivo e em comandita, quanto aos sócios comanditados — são qualificadas como sociedades de pessoas, em virtude de a pessoa do sócio e o seu património assumirem um papel de grande relevância, por contraposição com as sociedades de capitais, nas quais releva, fundamentalmente, a entrada do sócio para o capital social, ficando a pessoa do sócio em segundo plano.

que, no ordenamento português, o art. 85.º da CRP consagra no seu n.º1, a obrigação do Estado estimular e apoiar quer a criação quer a atividade das cooperativas. O «estímulo» decorrerá, sobretudo, de medidas de natureza legislativa que suscitem o interesse pelo exercício da atividade cooperativa, enquanto que o «apoio» decorrerá, essencialmente, de medidas de natureza administrativa que visem, em concreto, facilitar esse mesmo exercício. Note-se, todavia, que este cooperativismo estimulado e apoiado pelo Estado não deve ser entendido no sentido de cooperativismo tutelado. Como destacam Gomes Canotilho e Vital Moreira, esta obrigação estadual não pode pôr em causa a liberdade de constituir cooperativas, nem o direito de estas prosseguirem livremente as suas atividades (art. 61.º, n.ºs 2 e 3), pelo que os estímulos e apoios do Estado não podem traduzir-se em formas de ingerência na constituição ou na governação das cooperativas⁵.

Por outro lado, a eventual entrada de capitais provenientes de fontes externas não poderá pôr em causa nem a autonomia, nem o controle democrático das cooperativas pelos seus membros. Contudo, no ordenamento português, não obstante o *CCoop* prever a emissão de títulos de investimento e de obrigações (nos arts. 26.º a 30.º do *CCoop*), não se consagrou a possibilidade de transformar os detentores de títulos de investimento em sócios de capital, pelo que estes não poderão participar na governação das cooperativas⁶.

1.2. A Governança Cooperativa e o Direito Societário Português

Para além dos regimes constantes do *CCoop* e dos diplomas que regulam os ramos cooperativos, em matéria de governação de cooperativas teremos de atender, igualmente, ao direito das sociedades comerciais, designadamente das sociedades anónimas, dado que, tal como já foi destacado, o art. 9.º do *CCoop*, relativo ao direito subsidiário aplicável a situações não previstas no *CCoop*, estabelece a possibilidade de recurso, «na medida em que se não desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas». Esta remissão para o *CSC* deverá, contudo, preencher duas condições: por um lado, a solução a que se chegue não poderá desrespeitar os princípios cooperativos; e,

⁵ - GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 1009.

⁶ - Sobre esta matéria, ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora VidaEconómica, 2009, Porto, pp. 133-144.

por outro, dentro do espaço constituído pelo *CSC* deverá dar-se prioridade aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas⁷.

Neste contexto, em matéria de governação das cooperativas, a remissão do art. 9.º do *CCoop* autoriza a que sejam aplicadas às cooperativas as disposições que regulam a governação da sociedade anónima constantes do *CSC*. No entanto, convém ter sempre presente que esta disciplina subsidiária só se aplicará se não se desrespeitarem os princípios cooperativos. Veremos, ainda, que esta especial remissão para as sociedades anónimas não se coadunará em alguns aspetos do regime da governação das cooperativas com a feição marcadamente personalista destas⁸.

1.3. A Governança Cooperativa e a responsabilidade social da empresa

A governação da cooperativa não poderá limitar-se às relações internas da própria cooperativa. De facto, a circunstância de a cooperativa prosseguir simultaneamente objetivos nos domínios empresariais e sociais, numa ótica de complementaridade, não pode deixar de refletir-se na governação desta. Assim, o paradigma da governação cooperativa está em consonância com os princípios fundamentais da responsabilidade social da empresa (RSE), assentando na adoção das melhores práticas quanto à organização do trabalho, igualdade de oportunidades, inclusão social e desenvolvimento sustentável.

Esta centralidade da responsabilidade social na governação da cooperativa (intimamente relacionada com a observância obrigatória dos princípios e valores cooperativos) poderá passar pela adoção pelas cooperativas de códigos de conduta, que, todavia, não existem no ordenamento jurídico português⁹.

⁷ - Para uma análise desenvolvida desta questão, ver MANUEL CARNEIRO DA FRADA / DIOGO COSTA GONÇALVES, «A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais», *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009) – Número 4, Almedina, pp. 888-904.

⁸ - Sobre esta questão, ver ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade dos gerentes e gestores das cooperativas», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, Curso 2009/2010, Universidade de Vigo, pp. 35-54.

⁹ - Ver, sobre esta questão, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «Cooperative social responsibility: A Intercultural Analysis» in: *In Permanent Transit. Discourses and Maps of the Intercultural Experience*, Cambridge Scholars Publishing, 2012, pp. 127-144.

Consideramos que, no âmbito da governação cooperativa, a RSE não tem natureza voluntária. Por outras palavras, tendo em conta o quadro legal cooperativo, designadamente o facto de os órgãos da cooperativa terem de obedecer na sua atuação ao princípio do interesse pela comunidade (art. 3.º do *CCoop*), o qual dispõe que «as cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, através de políticas aprovadas pelos membros», deverá defender-se que existe um dever jurídico de os órgãos da cooperativa, ainda que centrados na satisfação das necessidades dos seus membros, trabalharem para conseguir o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, segundo os critérios aprovados por estes.

Em suma, os órgãos responsáveis pela governação cooperativa terão o dever de integrar na respetiva atividade os valores fundamentais da RSE.

2. O PAPEL DOS MEMBROS

2.1. As consequências da relevância da pessoa do cooperador

Em matéria de governação, a importância central do cooperador na cooperativa terá consequências relevantes nos seguintes aspetos: na igualdade de tratamento dos cooperadores, independentemente da sua participação financeira; na igualdade de direito de voto de todos os membros («um homem, um voto»); na adoção de decisões condicionadas ao voto da maioria; na eleição, pelos membros, dos representantes da cooperativa.

De entre estas consequências destaca-se a democraticidade dos processos de decisão, que é considerada como uma das mais relevantes especificidades da cooperativa e que se reflete na governação da mesma. Assenta tal especificidade no Princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros que aparece enunciado no art. 3.º do *CCoop*, o qual consagra que «as cooperativas são organizações democráticas geridas pelos seus membros, os quais participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos membros que os elegeram. Nas cooperativas de primeiro grau, os membros têm iguais direitos de voto (um membro, um voto), estando as cooperativas de outros graus organizadas também de uma forma democrática».

Deste princípio decorrerá a necessária participação ativa, por parte dos cooperadores, na definição das políticas da cooperativa e na tomada de deci-

sões, tomando parte nas assembleias gerais [arts. 33.º, n.º 1, al. a) e 34.º, n.º 2, al. a) do *CCoop*].

Acresce que, nas cooperativas, constitui um requisito *sine qua non* o envolvimento direto e ativo dos seus membros na própria atividade que a cooperativa desenvolve [art. 34.º, n.º 2, al. c) do *CCoop*], ou seja, no cumprimento do seu objeto social.

A gestão democrática pelos membros assenta, igualmente, na regra da igualdade de direitos de voto — pelo menos nas cooperativas de primeiro grau —, admitindo-se exceções para as cooperativas de segundo grau, como veremos.

2.2. A divisão de poderes entre os órgãos da cooperativa: a prevalência da Assembleia geral

A estruturação dos órgãos das cooperativas portuguesas poderá ser caracterizada como uma estrutura hierárquica e tripartida, na qual é evidente a relevância dada pelo legislador à pessoa do cooperador.

De facto, nos termos do n.º 1 do art. 39.º do *CCoop*, são órgãos da cooperativa a Assembleia Geral, a Direção e o Conselho Fiscal (sistema tripartido).

A Assembleia Geral assume-se como o órgão supremo da cooperativa, cujas decisões são obrigatórias para os restantes órgãos (art. 44.º, n.º 1, do *CCoop*).

Quanto à administração e fiscalização da cooperativa, o modelo adotado pelo *CCoop* foi um modelo monista, baseado na distinção entre um órgão de administração (a Direção) e um órgão de controlo (o Conselho Fiscal).

A Direção surge nas suas competências como um órgão estruturalmente executivo (art. 56.º do *CCoop*), enquanto que o Conselho Fiscal se assume como um órgão de controlo e fiscalização (art. 61.º do *CCoop*).

Da prevalência do órgão Assembleia Geral decorre a possibilidade de esta, a todo o tempo e para além das suas competências exclusivas enunciadas no art. 49.º, avocar competências próprias de outros órgãos, designadamente da Direção. Esta possibilidade da Assembleia Geral diferencia a cooperativa das sociedades anónimas, nas quais «sobre matérias de gestão da sociedade, os acionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração» (art. 373.º, n.º 2, do *CSC*).

O n.º 2 do art. 39.º do *CCoop*, ao estabelecer que «os estatutos podem ainda consagrar outros órgãos, bem como dar poderes à Assembleia Geral ou à Direção para constituírem comissões especiais, de duração limitada, destinadas ao desempenho de tarefas determinadas», parece querer afastar quer o modelo dualista (compreendendo um conselho de administração executivo, um conselho geral e de supervisão e um revisor oficial de contas), quer o modelo anglo-saxónico (que inclui um conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e um revisor oficial de contas) quanto à administração da cooperativa, modelos previstos no *CSC* para as sociedades anónimas (art. 278.º, n.º 1, do *CSC*).

A figura do fiscal único, prevista no *CSC* para as sociedades anónimas, também é afastada, pelo que o Conselho Fiscal será sempre um órgão colegial, surgindo o revisor oficial de contas como um mero assessor deste órgão (art. 60.º, n.º 3. do *CCoop*).

Note-se que as comissões especiais previstas no n.º 2 do art. 39.º do *CCoop*, que poderão ser constituídas pela Assembleia Geral ou pela Direção, terão uma duração limitada e desempenharão tarefas determinadas, que, todavia, não poderão ser competências exclusivas dos órgãos obrigatórios.

2.3. O regime do direito de voto dos membros

Como vimos, uma das vertentes do princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros (art. 3.º do *CCoop*) assenta na igualdade de direitos de voto.

Na legislação cooperativa portuguesa esta regra de «um membro, um voto» constitui uma regra imperativa para as cooperativas de primeiro grau (art. 51.º, n.º 1, do *CCoop*), pelo que será nula qualquer deliberação dos membros da cooperativa que introduza no estatuto social a possibilidade de existência de voto plural para estas cooperativas.

Já nas cooperativas de segundo grau (uniões de cooperativas, federações e confederações) admitem-se exceções a esta regra. De facto, quanto às cooperativas de grau superior, o legislador cooperativo português admite, expressamente e desde que estatutariamente consagrado, o voto plural, definido em função de um «critério objetivo» e de acordo com o Princípio democrático (art. 83.º do *CCoop*). O voto plural poderá ser, igualmente, adotado pelas cooperativas que resultem da associação entre cooperativas, ou entre cooperativas e pessoas coletivas de direito público (art. 8.º, n.º 2 do *CCoop*).

Várias questões se poderão levantar nesta matéria.

A primeira prende-se com os motivos da diferenciação que o legislador cooperativo português estabelece quanto à atribuição do direito de voto entre as cooperativas de primeiro grau e as cooperativas de grau superior ou associação de cooperativas com outras pessoas coletivas.

Consideramos que o fundamento desta diferenciação reside na particular estrutura subjetiva destas entidades: os membros das cooperativas de grau superior são cooperativas e não indivíduos. Assim, nas cooperativas de grau superior as assembleias são compostas por delegados, anteriormente eleitos em representação das suas cooperativas de base.

Levanta-se, agora, a questão de saber quais os possíveis critérios de atribuição do voto nas cooperativas de grau superior. O legislador cooperativo português, no n.º 1 do art. 83.º do *CCoop*, a título meramente exemplificativo, refere que os estatutos da cooperativa de grau superior poderão adotar como critério «um número de votos determinado [...] em função do número dos seus cooperadores». Mas o legislador admite que outros mecanismos de voto plural sejam adotados, desde que definidos em função de um critério objetivo e de acordo com o princípio democrático.

Ora, atendendo à vocação mutualista da cooperativa, entendemos que o critério objetivo mais adequado será o critério económico: atribuição de um número de votos correspondente ao volume de transações efetuados entre a cooperativa de base e organismo federativo correspondente.

Parece-nos, aliás, que este critério da proporção das transações feitas por cada cooperador com a cooperativa — que poderemos designar de critério mutualista — será o que melhor preservará a identidade cooperativa, tanto mais que o legislador cooperativo já o consagra a propósito da distribuição do retorno, na decorrência do princípio cooperativo da participação económica dos membros (art. 3.º do *CCoop*).

A doutrina tem apontado outros critérios como a antiguidade e a fidelidade (intensidade da relação entre o membro e a cooperativa), podendo pensar-se, por exemplo, na atribuição de um voto duplo em função da fidelização dos cooperadores, e que poderia ser designado de voto de fidelização ou voto de lealdade¹⁰. Pensamos, contudo, que estes critérios não se coadunam com o

¹⁰ - Ver, neste sentido, JOSÉ ANTÓNIO RODRIGUES, *Código Cooperativo Anotado e Comentado*, 4.ª Edição, Quid Juris, 2011, p.214.

princípio da adesão voluntária e livre, podendo mesmo constituir um desincentivo à entrada de novos membros e, reflexamente, ao alargamento da base social da cooperativa.

Mais controverso será o critério da atribuição do direito de voto ao cooperador em função da participação no capital social¹¹, dado que o mesmo poderá pôr em causa a vocação mutualista da cooperativa, desrespeitando o princípio da gestão democrática pelos membros.

No ordenamento português, excecionalmente nas cooperativas de interesse público, o número de votos dos membros das assembleias gerais é proporcional ao capital social que tiverem realizado (art. 12.º do Decreto-Lei n.º 31/84, de 21 de janeiro). Contudo, esta derrogação da regra «um membro, um voto» fundamentar-se-á nas especificidades do objeto social destas cooperativas («prossecação do interesse público»), indissociável do carácter público de alguns dos seus membros (a participação pública).

Refira-se, ainda, que o carácter imperativo da regra «um membro, um voto» previsto na legislação cooperativa portuguesa para as cooperativas de primeiro grau tem sido questionado por alguns setores doutrinários, invocando-se que o mesmo poderá pôr em causa a competitividade das cooperativas perante outros entes jurídicos presentes no mercado. De facto, alguma doutrina destaca que tal regra imperativa poderá afetar negativamente o autofinanciamento da cooperativa, porque o cooperador sabe que uma entrada de capital em maior proporção não irá influenciar o seu poder de decisão na cooperativa. Neste sentido, o voto *per capita* poderia representar um desincentivo ao investimento na cooperativa¹². Outros autores destacam que o voto *per capita* poderá funcionar como um desincentivo à participação dos cooperadores nos órgãos da cooperativa¹³.

¹¹ - Este critério está previsto no art. 59.º, n.º 2, do *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (ESCE)*, que consagra a possibilidade da determinação do número de votos em função da participação no capital da SCE, desde que a legislação do Estado-Membro o permita.

¹² - Ver, neste sentido, GUIDO BONFANTE [*Delle Imprese Cooperative. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di FRANCESCO GALGANO), Libro quinto del Lavoro, Zanichelli Editore, Bologna, 1999, p. 56.

¹³ - Ver, neste sentido, FRANCESCO VELLA, «Amministrazione e controllo nelle cooperative 'spa' e 'srl'», in: *Atti del Convegno di Bologna di 7 febbraio 2003 «Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario»* (www.associazionepreite.it), p. 2.

Convém, todavia, ter presente que a regra da paridade de voto integra a essência da Identidade Cooperativa, assumindo-se como uma das mais relevantes vertentes do princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros, que, no caso do ordenamento português, é de obediência obrigatória, por força da CRP, pelo que eventuais desvios ou exceções a esta regra nas cooperativas de primeiro grau correrão sempre o risco de virem a ser declarados inconstitucionais.

Neste contexto, e não obstante as nossas dúvidas quanto à constitucionalidade deste regime de exceção, temos como certo que se o mesmo vier a ser consagrado, numa futura revisão do *CCoop*, terá de ser balizado pelas seguintes cautelas: (i) sempre dependente de previsão estatutária; (ii) apenas possível nas cooperativas agrícolas, de crédito e de serviços (logo, a exceção do voto plural não seria aplicável às cooperativas de trabalho — produção operária, artesanato e pescas —, cooperativas de consumo e de solidariedade social); (iii) a exceção do voto plural não poderia abranger as matérias previstas nas alíneas g), h), i), j) e n) do art. 49.º do *CCoop* (matérias para cuja aprovação se exige maioria qualificada, nos termos do n.º 1 do art. 51.º do *CCoop* e que consideramos como integrando a essência da identidade cooperativa¹⁴) ou quaisquer outras para cuja votação os estatutos prevejam maioria qualificada, relativamente às quais se mantém a regra «um membro, um voto»; (iv) atendendo à vocação mutualista da cooperativa, o único critério objetivo admissível seria o critério económico — atribuição de um número de votos correspondente ao volume de transações efetuados entre o cooperador e a cooperativa — por ser o que melhor preservaria a identidade cooperativa, tanto mais que o legislador cooperativo já o consagra a propósito da distribuição do retorno, na decorrência do princípio cooperativo da participação económica dos membros (art. 3.º do *CCoop*); (v) a norma estatutária deveria estabelecer limites para que nenhum cooperador pudesse deter a maioria dos votos¹⁵.

¹⁴ - Tais matérias reportam-se: à alteração dos estatutos, à aprovação e alteração dos regulamentos internos; à aprovação da fusão e cisão da cooperativa; à aprovação da dissolução voluntária da cooperativa; à aprovação da filiação da cooperativa em uniões, federações e confederações; à decisão quanto ao exercício da ação civil ou penal contra membros dos órgãos de administração e fiscalização da cooperativa.

¹⁵ - Ver, neste sentido, HAGEN HENRY, *Guidelines for Cooperative Legislation*, Third revised edition, International Labour Office (ILO), 2012, pp. 85-86.

2.4. Os mecanismos de controlo pelos membros

Os membros dos órgãos sociais são eleitos de entre os cooperadores por um período de quatro anos, se outro mais curto não for previsto nos estatutos (art. 40.º, n.º 1, do *CCoop*).

Em caso de vacatura de um cargo social, deverá ser designado um outro cooperador: em primeiro lugar pela chamada de um suplente quando exista; ou, caso não exista, procedendo a nova eleição.

Uma vez que a eleição dos membros dos órgãos da cooperativa é da competência exclusiva da Assembleia Geral (art. 49.º, al. a), do *CCoop*), não parece ser admissível o preenchimento da vaga por cooptação, mesmo sujeitando-a a ratificação da Assembleia Geral¹⁶.

Nos termos do n.º 3 do art. 40.º do *CCoop*, os estatutos podem limitar o número de mandatos consecutivos para a mesa da Assembleia Geral, a Direção, o Conselho Fiscal ou qualquer outro órgão que consagram. Desta norma resulta que no silêncio dos estatutos vigora a regra do número ilimitado de mandatos consecutivos, a qual não me parece compatível com o princípio da gestão democrática pelos membros. Efetivamente, a limitação de mandatos, para além de promover a democracia no acesso aos órgãos e a transparência da gestão, permite, ainda, a renovação dos quadros dirigentes e consequentemente das respetivas práticas de gestão.

O *CCoop* consagra algumas incompatibilidades em matéria de governação da cooperativa. Assim, nenhum cooperador pode ser simultaneamente membro da mesa da Assembleia Geral, da Direção, do Conselho Fiscal ou de outros órgãos eletivos estatutariamente previstos (art. 42.º, n.º 1, do *CCoop*). Nos termos do art. 64.º do *CCoop*, os membros do órgão Direção e do Conselho Fiscal não podem, durante o período para o qual foram designados, exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a da cooperativa (a menos que obtenham autorização da Assembleia Geral)¹⁷, nem podem exercer

¹⁶ - Ver neste sentido, JOSÉ ANTÓNIO RODRIGUES, *Código Cooperativo Anotado e Comentado*, cit., p. 122.

¹⁷ - O *CCoop* não esclarece o sentido de «atividade concorrente», nem o que se deve entender por «exercer pessoalmente». Quanto ao primeiro aspeto, o art. 254.º, n.º 2, do *CSC*, relativo à proibição de concorrência dos gerentes, esclarece que «entende-se como concorrente com a sociedade qualquer atividade abrangida no objeto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios». Esta disposição é aplicável, por força da remissão expressa contida no art. 398.º, n.º 5,

na cooperativa quaisquer funções temporárias ou permanentes, ao abrigo de um contrato de trabalho, subordinado ou autónomo (art. 398.º do *CSC*, aplicável por remissão do art. 9.º do *CCoop*). Esta última incompatibilidade não se aplica às cooperativas nas quais a aquisição da qualidade de membro implica a contribuição obrigatória de trabalho, como é o caso das cooperativas de produção operária, de artesanato, de pescas.

2.5. A resolução de litígios entre os membros e a cooperativa

É da competência exclusiva da Assembleia Geral deliberar sobre a exclusão de cooperadores e sobre a perda de mandato dos órgãos sociais, funcionando, ainda, como instância de recurso quanto às sanções aplicadas pela Direção [art. 49.º, al. 1), do *CCoop*].

Das deliberações da Assembleia Geral cabe recurso para os tribunais (art. 43.º, n.º 8, do *CCoop*).

O art. 65.º do *CCoop* estatui que «são responsáveis civilmente, de forma pessoal e solidária, perante a cooperativa [...] os diretores, gerentes e outros mandatários que hajam violado os estatutos, os regulamentos internos ou as deliberações da Assembleia Geral ou deixado de executar fielmente o mandato [...]».

O direito de ação contra diretores, gerentes e outros mandatários e membros do Conselho Fiscal está consagrado no art. 68.º do *CCoop*. O n.º 1 desta disposição estabelece que o exercício, em nome da cooperativa, da ação civil contra os diretores, gerentes e outros mandatários e membros do Conselho Fiscal deve ser aprovado pelos membros em Assembleia Geral.

do *CSC*, às sociedades anónimas. Quanto ao «exercício pessoal», o art. 254.º, n.º 3, do *CSC*, que regula a proibição de concorrência dos gerentes das sociedades por quotas, determina que «no exercício por conta própria inclui-se a participação, por si ou por interposta pessoa, em sociedade que implique a assunção de responsabilidade ilimitada pelo gerente, bem como a participação de, pelo menos, 20% no capital ou nos lucros de sociedade em que ele assuma responsabilidade limitada».

3. O SISTEMA PORTUGUÊS DE GOVERNANÇA: O SISTEMA TRIPARTIDO

3.1. A Assembleia Geral: o órgão deliberativo da cooperativa

3.1.1. Composição, convocatória e funcionamento

Tal como já foi referido, a Assembleia Geral é considerada o órgão supremo da cooperativa, composto por todos os cooperadores, sendo as suas deliberações obrigatórias para todos os órgãos da cooperativa e para todos os membros (art. 44.º, n.º 1, do *CCoop*).

Participam na Assembleia Geral todos os cooperadores, ainda que o legislador estabeleça uma limitação: a de que os cooperadores estejam no pleno gozo dos seus direitos (n.º 2 do art. 44.º do *CCoop*).

Por força da remissão do art. 9.º do *CCoop*, têm o direito de assistência à Assembleia Geral os subscritores dos títulos de investimento e de obrigações (art. 379.º do *CSC*).

Os estatutos de cooperativas podem prever assembleias gerais de delegados — as chamadas assembleias setoriais (art. 54.º do *CCoop*). Estas podem ser organizadas com base nas atividades desenvolvidas pela cooperativa ou com base nas áreas geográficas em que vivem os cooperadores.

Nos termos do art. 45.º do *CCoop*, a Assembleia Geral reúne ordinariamente, duas vezes em cada ano, e pode reunir extraordinariamente sempre que seja convocada por quem de direito (pelo seu presidente, por sua iniciativa, a pedido da Direção ou do Conselho Fiscal ou a requerimento de, pelo menos, 5% dos membros da cooperativa, num mínimo de quatro).

A Assembleia Geral é convocada pelo presidente da mesa da Assembleia Geral com pelo menos 15 dias de antecedência (art. 47.º, n.º 1, do *CCoop*).

A convocatória deve conter, pelo menos (art. 47.º, n.º 2, do *CCoop*): a ordem de trabalho, o dia, hora e local da reunião.

Quanto ao quórum constitutivo da Assembleia Geral, o art. 48.º, n.º 1 do *CCoop* estabelece que o mesmo corresponde a «mais de metade dos cooperadores com direito de voto ou os seus representantes devidamente credenciados».

Quanto ao quórum deliberativo, o art. 51.º do *CCoop* exige: maioria qualificada para as matérias constantes do n.º 2 daquela norma; maioria abso-

luta pra as restantes matérias; maioria relativa para a eleição dos titulares dos órgãos sociais.

Dado o carácter pessoal da cooperativa, todos os cooperadores têm o direito irrevogável de participar ou de se fazer representar nas assembleias gerais, admitindo-se o voto por representação (art. 53.º do *CCoop*).

3.1.2. Competências

Nos termos do art. 49.º do *CCoop*, são da exclusiva competência da Assembleia Geral, para além de outras constantes dos estatutos, as seguintes matérias: eleição e destituição dos membros dos órgãos da cooperativa; apreciação e votação anual do relatório de gestão e contas do exercício; a apreciação e certificação legal das contas; a apreciação e votação do orçamento e do plano de atividades; a fixação das taxas de juros a pagar aos membros da cooperativa; a aprovação da forma de distribuição dos excedentes; alteração dos estatutos; aprovação da fusão, cisão ou dissolução voluntária da cooperativa até à filiação voluntária da cooperativa em uniões, federações e confederações; deliberação sobre a exclusão dos cooperadores, perda de mandato dos órgãos sociais; fixação da remuneração dos membros dos órgãos sociais da cooperativa; decisão quanto ao exercício do direito da ação civil ou penal contra diretores, gerentes e outros mandatários ou membros do Conselho Fiscal.

Desta norma resulta que nas cooperativas não se assiste a uma concentração dos poderes de gestão no órgão de Direção, podendo a Assembleia Geral deliberar sobre assuntos diretamente ligados à gestão corrente da atividade da cooperativa, o que constitui uma importante evidência da relevância do cooperador na governação da cooperativa.

3.2. A Direção: o órgão executivo da cooperativa

A Direção é o órgão executivo da cooperativa, competindo-lhe, como tal, poderes de gestão e de representação da cooperativa, ainda que não se possa afirmar que tais poderes sejam exclusivos deste órgão, dada a sua subordinação hierárquica à Assembleia Geral, enquanto órgão supremo da cooperativa.

Nos termos do art. 55.º do *CCoop*, a composição da Direção varia consoante o número de membros da cooperativa: (i) nas cooperativas com mais de 20 membros, a Direção é composta por um presidente e dois vogais, um dos quais substituirá o presidente nos seus impedimentos, quando não houver vice-presidente; (ii) nas cooperativas que tenham até 20 membros, a Direção

é composta por um presidente que designará quem o substitui nas suas faltas e impedimentos (o legislador consagra, assim, a possibilidade de nestas cooperativas existir um só diretor que cumula em si a qualidade de presidente).

O número de membros da Direção deverá ser sempre ímpar, podendo os estatutos alargar a composição da Direção (art. 55.º, n.º 2, do *CCoop*). Os estatutos podem, igualmente, prever a existência de membros suplentes (art. 57.º, n.º 4, do *CCoop*).

Os membros do órgão Direção são eleitos de entre os cooperadores (art. 40.º, n.º 1, do *CCoop*), afastando-se assim a possibilidade de não membros poderem integrar este órgão, o que poderá representar um obstáculo à profissionalização da gestão das cooperativas portuguesas.

Quer a eleição quer a destituição são da competência exclusiva da Assembleia Geral [al. a) do art. 49.º do *CCoop*].

O legislador cooperativo português parece admitir a gratuidade das funções dos membros do órgão Direção, uma vez que o art. 43.º, n.º 6, do *CCoop*, não impõe tal remuneração, determinando apenas que será a Assembleia Geral o órgão competente para a fixar, quando devida, competência esta que é reafirmada pela al. m) do art. 49.º do *CCoop*. Esta última norma estabelece a possibilidade de os estatutos impedirem a remuneração dos membros dos órgãos sociais da cooperativa.

A Direção pode delegar poderes de representação e administração para a prática de certos atos ou de certas categorias de atos em qualquer dos seus membros, gerentes ou outros mandatários (art. 59.º do *CCoop*), o que poderá possibilitar uma maior profissionalização da gestão da cooperativa.

Mediante convocação do seu presidente, a Direção reúne ordinariamente pelo menos uma vez por mês. Poderá reunir extraordinariamente sempre que o seu presidente a convoque, por sua iniciativa ou a pedido da maioria dos seus membros efetivos (art. 57.º, n.ºs 1 e 2, do *CCoop*).

A Direção só pode deliberar com a presença de mais de metade dos seus membros efetivos, admitindo-se a possibilidade de os membros suplentes poderem assistir e participar nas reuniões da Direção, mas sem direito de voto (art. 57.º, n.ºs 3 e 4). O presidente da Direção terá voto de qualidade (art. 43.º, n.º 1, do *CCoop*).

3.3. O Conselho Fiscal: o órgão de controlo da cooperativa

O Conselho Fiscal é o órgão de controlo e de fiscalização da cooperativa.

As competências do Conselho Fiscal encontram-se enunciadas no art. 61.º do *CCoop*, destacando-se a verificação do cumprimento da lei e dos estatutos, a auditoria formal (verificação da regularidade dos lançamentos e procedimentos contabilísticos) e material (avaliação da qualidade da gestão face aos objetivos da empresa) da cooperativa.

Nos termos do art. 60.º do *CCoop*, a composição do Conselho Fiscal varia consoante o número de membros da cooperativa: (i) nas cooperativas com mais de 20 membros, o Conselho Fiscal é composto por um presidente e dois vogais; (ii) nas cooperativas que tenham até 20 membros, o Conselho Fiscal é composto por um único titular.

O número de membros do Conselho Fiscal deverá ser sempre ímpar, podendo os estatutos alargar a composição do conselho. Os estatutos podem, igualmente, prever a existência de membros suplentes (art. 60.º, n.º 2, do *CCoop*).

O Conselho Fiscal pode ser assessorado por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores oficiais de contas (art. 60.º, n.º 3, do *CCoop*).

Tal como relativamente à Direção, também os membros do Conselho Fiscal são eleitos de entre os cooperadores (art. 40.º, n.º 1, do *CCoop*), afastando-se assim a possibilidade de não membros poderem integrar este órgão, o que poderá representar um obstáculo à profissionalização deste órgão. Assim se compreende que o legislador consagre a possibilidade de o Conselho Fiscal ser assessorado por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores oficiais de contas (art. 60.º, n.º 3, do *CCoop*).

Quer a eleição quer a destituição dos membros do Conselho Fiscal são da competência exclusiva da Assembleia Geral [al. a) do art. 49.º do *CCoop*].

Mediante convocação do seu presidente, o Conselho Fiscal reúne ordinariamente pelo menos uma vez por trimestre. Poderá reunir extraordinariamente sempre o seu presidente o convoque, por sua iniciativa ou a pedido da maioria dos seus membros executivos (art. 62.º, n.ºs 1 e 2, do *CCoop*).

Os membros do Conselho Fiscal podem assistir, por direito próprio, às reuniões da Direção (art. 62.º, n.º 3, do *CCoop*).

O Conselho Fiscal só pode deliberar com a presença de mais de metade dos seus membros efetivos (art. 63.º do *CCoop*), admitindo-se a possibilidade de os membros suplentes poderem assistir e participar nas reuniões do Conselho Fiscal, mas sem direito de voto c (art. 62.º, n.º 4 do *CCoop*). O presidente do Conselho Fiscal terá voto de qualidade (art. 43.º, n.º 1, do *CCoop*).

4. O DIREITO DOS MEMBROS À INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA

4.1. A obrigação de informar e o direito de ser informado

O valor da transparência na governação é fulcral na cooperativa e consubstancial à participação ativa do cooperador no controlo democrático da mesma. A transparência é assegurada, antes de mais, através do reconhecimento do direito à informação ao cooperador, permitindo-lhe um conhecimento efetivo sobre o modo como são conduzidos os negócios sociais e sobre o estado da cooperativa e reflexamente um controlo da administração da mesma.

Neste direito à informação poderemos distinguir uma vertente ativa e uma vertente passiva.

Na vertente passiva incluiremos as múltiplas obrigações impostas aos órgãos da cooperativa, designadamente ao órgão de administração (a Direção), de divulgar factos e disponibilizar documentos relativos à vida da cooperativa. Destaca-se o especial dever de informação que recai sobre o órgão Direção no sentido de disponibilizar aos cooperadores, na sede da cooperativa, o relatório de gestão, os documentos de prestação de contas do exercício, o plano de atividades e orçamento para o ano seguinte, acompanhado do competente parecer do Conselho Fiscal [art. 56.º, al. a) do *CCoop* e art. 263.º, n.º 1, do *CSC*, aplicável por remissão do art. 9.º do *CCoop*].

A vertente ativa do direito à informação está consagrada na al. c) do n.º 1 do art. 33.º do *CCoop*, a qual estabelece que os cooperadores têm direito a requerer informações aos órgãos competentes da cooperativa e examinar a escrita e as contas da cooperativa nos períodos e nas condições que forem fixados pelos estatutos, pela Assembleia Geral ou pela Direção.

Desta norma resulta que os sujeitos ativos da informação serão os cooperadores e os sujeitos passivos serão os «órgãos competentes da cooperativa».

Quanto ao objeto do direito à informação, os cooperadores podem obter informações sem quaisquer reservas quanto ao teor da informação a solicitar,

com exceção das cooperativas de crédito, relativamente às quais o legislador ressaltou apenas as regras relativas ao sigilo bancário (art. 33.º, n.º 3, do *CCoop*). Entendemos que esta ressalva deveria ser mais ampla, no sentido de permitir que os órgãos competentes pudessem recusar a prestação da informação quando esse facto ocasionasse violação de segredo imposto por lei.

O direito à informação será exercido nos períodos e nas condições que forem fixados pelos estatutos, pela Assembleia Geral ou pela Direção.

Ora, atendendo ao cunho marcadamente personalista da cooperativa, no silêncio dos estatutos e na ausência de qualquer deliberação da Assembleia Geral ou da Direção nesse sentido, será de defender que os cooperadores poderão exercer o seu direito à informação diretamente perante qualquer órgão da cooperativa, sem quaisquer limitações quanto às condições do respetivo exercício.

Neste direito à informação, para além de um direito geral sobre os negócios e a atividade da cooperativa, outras faculdades haverá que incluir no conteúdo do mesmo, como o direito a informações preparatórias da assembleia geral e o direito a informações no decurso da assembleia geral.

Assim, o cooperador terá um direito à informação preparatória da Assembleia Geral previsto no art. 289.º do *CSC* (aplicável por remissão do art. 9.º do *CCoop*), o qual lhe permitirá obter os conhecimentos necessários para formar a sua decisão e o seu sentido de voto.

Logo, tendo em conta o disposto no n.º 1 do art. 289.º do *CSC*, antes da realização da Assembleia Geral, e com pelo menos quinze dias de antecedência em relação à data da sua realização, devem ser facultados à consulta dos cooperadores na sede da cooperativa determinados elementos que se consideram fundamentais para a formação da vontade social, como a identificação dos membros dos órgãos sociais, as propostas a apresentar à assembleia pelo órgão de administração, bem como os relatórios e a justificação que devam acompanhar essas propostas, entre outras. Quando estiver em causa a realização da Assembleia Geral anual para aprovação das contas, o cooperador poderá consultar na sede da cooperativa os respetivos documentos de prestação de contas, em especial o relatório de gestão e as contas do exercício.

O cooperador terá, igualmente, um direito à informação no decurso da Assembleia Geral, podendo requerer que lhe sejam prestadas informações sobre os assuntos sujeitos a deliberação (art. 290.º, n.º 1, do *CSC*, por remissão do art. 9.º do *CCoop*). A não disponibilização de tais informações ao coope-

rador, torna a deliberação em causa suscetível de anulação, tal como sucede no domínio das sociedades comerciais (art. 290.º, n.º 3, do *CSC*, aplicável por remissão do art. 9.º do *CCoop*).

A aplicação deste regime constante do *CSC*, por remissão do art. 9.º do *CCoop*, estará, contudo, sujeito a uma ressalva: o exercício do direito à informação não estará dependente da titularidade de uma determinada percentagem do capital social (como é exigido para o exercício do direito mínimo e do direito coletivo à informação na sociedade anónima), pois tal implicaria uma violação do princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros. Este direito do cooperador à informação é, deste modo, um direito individual, pelo que cada cooperador terá o direito de requerer informações aos órgãos da cooperativa.

Da deliberação da Direção de recusar informações solicitadas pelos cooperadores, ou a prestação de informações falsas, incompletas ou não elucidativas, cabe recurso para a Assembleia Geral (art. 33.º, n.º 2, do *CCoop*).

Poderá todavia levantar-se um problema nesta matéria e que se prende com a eventual convocação de uma assembleia geral extraordinária para apreciar a recusa de prestação de informação pela Direção a um cooperador. É que o legislador cooperativo estabelece, como regime regra, no art. 45.º, n.º 3, do *CCoop*, que estas assembleias gerais extraordinárias só podem ser convocadas — a menos que os estatutos ou a legislação complementar aplicável aos diversos ramos estabeleçam em sentido diverso — pelo seu presidente, por sua iniciativa, a pedido da Direção, do Conselho Fiscal, ou a requerimento de, pelo menos, 5% dos membros da cooperativa, num mínimo de quatro. Ora, o direito à informação é, como vimos, um direito individual dos cooperadores¹⁸, pelo que se impõe uma alteração legislativa no sentido de permitir que, em caso de violação do direito à informação, qualquer cooperador possa requerer a convocação da Assembleia Geral, para poder fazer valer o seu direito.

O *CCoop* também não esclarece se este recurso para a Assembleia Geral é um recurso necessário ou facultativo e portanto se, perante uma violação do direito à informação, o cooperador pode instaurar, de imediato, um inquérito judicial com vista à obtenção das informações solicitadas (este pedido de inquérito judicial está previsto no art. 292.º do *CSC*, aplicável à cooperativa por remissão do art. 9.º do *CCoop*).

¹⁸ - Ver, sobre esta questão, SOFIA RIBEIRO BRANCO, *O direito dos accionistas à informação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 202-205.

4.2. A educação dos membros

O *CCoop* consagra, no seu art. 3.º, o *Princípio da educação, formação e informação*, dispondo que «as cooperativas promoverão a educação e a formação dos seus membros, dos representantes eleitos, dos dirigentes e dos trabalhadores, de modo que possam contribuir eficazmente para o desenvolvimento das suas cooperativas. Elas devem informar o grande público, particularmente os jovens e os líderes de opinião, sobre a natureza e as vantagens da cooperação».

No que respeita à governação das cooperativas, a educação e a formação cooperativas deverão: (i) proporcionar, aos membros da cooperativa, conhecimentos acerca dos princípios e valores cooperativos, designadamente: induzi-los a participar ativamente na sua cooperativa, a deliberar corretamente nas assembleias, a eleger conscientemente os seus órgãos e a controlar a sua atuação; (ii) ensinar os dirigentes e gestores da cooperativa (de modo a que exerçam corretamente o poder que lhes foi conferido e a preservar a confiança que os restantes membros neles depositaram) que atuem diligentemente, empregando a disponibilidade, obtendo o conhecimento da cooperativa e a competência adequada às suas funções; (iii) fornecer aos trabalhadores os conhecimentos técnicos necessários para o seu correto desempenho; (iv) e, finalmente, fomentar o sentido de solidariedade e de responsabilidade da cooperativa para com a comunidade onde se insere.

Este princípio concretiza-se, no *CCoop*, através da consagração de uma reserva obrigatória «para a educação cooperativa e a formação cultural e técnica dos cooperadores, dos trabalhadores da cooperativa e da comunidade» (art. 70.º).

A reserva para a educação e formação cooperativas é regulada pelo art. 70.º do *CCoop* e é de constituição obrigatória.

A gestão deste fundo de reserva é uma especificidade da governação cooperativa, a que o *CCoop* dedica particular atenção.

Assim, nos termos do art. 70.º, n.º 3, do *CCoop*, «as formas de aplicação desta reserva serão determinadas pela Assembleia Geral» e não obstante o legislador não o mencionar expressamente, consideramos que também competirá à Assembleia Geral o controlo posterior da aplicação deste fundo de reserva. Daqui resulta que será a Assembleia geral o órgão competente para fixar as linhas básicas de aplicação deste fundo de reserva. A titularidade da gestão ordinária deste fundo caberá ao órgão de administração da cooperativa,

ou seja, à Direção, enquanto gestor ordinário da cooperativa, uma vez que o n.º 4 do art. 70.º impõe à Direção o dever de «integrar anualmente no plano de atividades um plano de formação para aplicação desta reserva».

O n.º 5 daquele artigo torna possível que a Assembleia geral permita à Direção a entrega total ou parcial do «montante desta reserva a uma cooperativa de grau superior, sob condição de esta prosseguir a finalidade da reserva em causa e de ter um plano de atividades em que aquela cooperativa seja envolvida».

Por último, o n.º 6 consagra, nos mesmos termos, a possibilidade de uma parte ou da totalidade dessa reserva ser afetada «a projetos de educação e formação que, conjunta ou separadamente, impliquem a cooperativa em causa e: a) uma ou mais pessoas coletivas de direito público; b) uma ou mais pessoas coletivas de direito privado, sem fins lucrativos; c) outra ou outras cooperativas».

5. ADMISSÃO E EXCLUSÃO DOS MEMBROS

Um outro princípio cooperativo com reflexos jurídicos relevantes na governação da cooperativa é o Princípio da adesão voluntária e livre, que corresponde ao tradicional Princípio da porta aberta (art. 3.º do *CCoop*), o qual confere um caráter variável quer ao número de membros (o n.º 1 do art. 2.º do *CCoop* fala em «composição variável») quer ao capital social da cooperativa (art. 18.º, n.º 1, do *CCoop*).

O *Princípio da adesão voluntária e livre* incorpora duas vertentes: a voluntariedade na adesão e a liberdade na saída.

Dado o fim mutualista da cooperativa, qualquer pessoa interessada — e que cumpra os requisitos de admissão exigidos — deverá poder ingressar como membro da cooperativa e beneficiar dos serviços que esta lhe oferece.

Para o efeito, o candidato a membro deverá requerer a sua admissão à Direção da cooperativa (arts. 31.º, n.º 1, e 56.º, al. d), do *CCoop*). A este propósito, Rui Namorado sustenta que «qualquer restrição à livre entrada de novos cooperadores deve resultar da própria natureza da cooperativa e não de um juízo arbitrário de rejeição, potencialmente discriminatório, por ser de mera incidência individual»¹⁹. Assim, ter-se-á de verificar, em concreto, a aptidão do

¹⁹ - RUI NAMORADO, *Os Princípios Cooperativos*, Fora do Texto, Coimbra, 1995, p. 61.

candidato a cooperador, quer para utilizar os serviços da cooperativa ou para desenvolver o trabalho que a integração na cooperativa implicará, quer para aceitar a cultura e valores cooperativos. Nesta matéria, consideramos haver espaço para uma reflexão sobre a pertinência da consagração, numa futura revisão legislativa, daquilo a que poderíamos chamar os «cooperadores em período experimental», tendo por referência os chamados «sócios à prova», previstos quer na legislação cooperativa espanhola, quer na italiana. Os estatutos da cooperativa estabeleceriam um período experimental (*de prueba*), durante o qual se daria a conhecer, ao aspirante a cooperador, o tipo de cooperativa que escolheu, os órgãos da mesma, o seu funcionamento, os seus direitos e deveres como futuro membro. Se, durante esse período, o aspirante a cooperador —que beneficiaria, como qualquer membro de pleno direito, de todos os serviços que lhe poderia prestar a cooperativa— demonstrar aos restantes cooperadores que foi capaz de se adaptar a esse funcionamento, seria definitivamente admitido como membro da cooperativa.

O legislador cooperativo português estabeleceu que os estatutos de cada cooperativa deverão conter as «condições de admissão» dos membros [al. a) do n.º 2 do art. 15.º do *CCoop*]; e, se um candidato preencher essas condições, a proposta de admissão terá ainda que ser objeto de deliberação por parte da Direção [art.º 56.º, al. d), do *CCoop*]. Esta deliberação terá carácter constitutivo, quanto à aquisição da qualidade de sócio cooperador.

Não haverá, por isso, um verdadeiro direito subjetivo a ser admitido como membro de uma cooperativa²⁰. A doutrina prevalecente considera que se estará

²⁰ - Todavia, de alguns diplomas complementares do *CCoop* derivam verdadeiros direitos de admissão para os candidatos a cooperadores. Neste sentido, vejamos: o art. 6.º, do DL n.º 303/81, de 12 de novembro (cooperativas de artesanato); art. 8.º, do DL n.º 309/81, de 16 de novembro (cooperativas de produção operária); e art. 8.º, do DL n.º 323/81, de 4 de dezembro (cooperativas de serviços). Estes, depois de consagrarem que a admissão dos cooperadores só poderá ser recusada «com fundamento em inaptidão patente do interessado para o desenvolvimento da sua atividade profissional ou na desnecessidade de momento dessa atividade para o prosseguimento dos fins da cooperativa», estipulam que «a admissão não poderá em caso algum, ser recusada com base em qualquer dos fundamentos enunciados no número anterior, às pessoas que, em regime de contrato de trabalho», desenvolvam a sua atividade há mais de dois anos ao serviço da cooperativa. Na mesma linha, também o art. 8.º, do DL n.º 509/99, de 19 de novembro (cooperativas de habitação e construção), depois de, no n.º 1, dispor que «as cooperativas de habitação e construção só podem condicionar a admissão de novos membros à existência de programas em

perante uma simples expectativa jurídica, ou seja, perante uma posição ativa que, embora tenha relevância jurídica, não dispõe dos mecanismos de garantia que correspondem aos direitos subjetivos²¹.

Ainda que *CCoop* não o mencione expressamente, consideramos que a Direção da cooperativa deverá fundamentar a recusa de admissão de um novo membro, a qual poderá ser motivada, quer por razões de ordem subjetiva (por exemplo, o aspirante a cooperador não preencher as condições de admissão previstas na lei ou nos estatutos), quer por razões de ordem objetiva (por exemplo, a dimensão da empresa ou as condições de mercado não aconselharem, naquele momento, o aumento do número de cooperadores).

No ordenamento português, a Assembleia Geral funcionará como uma instância de recurso quanto à admissão ou recusa de novos membros [art. 49.º, al. 1), do *CCoop*].

O Princípio da adesão voluntária e livre relaciona-se, igualmente, com a saída de cooperadores: aquilo a que Sérvulo Correia chamou a «liberdade de exoneração»²². Efetivamente, os cooperadores terão um verdadeiro direito de saída ou direito de demissão, tal como resulta do art. 36.º, n.º 1, do *CCoop*.

Contudo, nesta fase, deparamos com dois interesses que, pelo menos tendencialmente, se apresentam contrapostos: o interesse da cooperativa em não ver diminuído o seu número de membros; e a liberdade de o cooperador abandonar a cooperativa quando esta já não responder aos objetivos que justificaram, inicialmente, a sua adesão. Assim, haverá que encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses da cooperativa e os interesses de cada cooperador. Neste contexto, será plenamente legítima a consagração de mecanismos estatutários «que desencoragem abandonos, envolvendo-os de alguma onerosidade»²³. Apontem-se, neste sentido, certas soluções legais constantes do *CCoop*, tais como a possibilidade de diferir o reembolso durante um certo período de tempo (n.º 3 do art. 36.º); a possibilidade de estabelecer dedu-

que os candidatos possam ser integrados», estabelece que «nenhuma cooperativa de habitação e construção poderá usar da faculdade prevista no n.º 1 [...] durante mais de três anos consecutivos».

²¹ - Neste sentido, ver por todos RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 21.

²² - SÉRVULO CORREIA, «Elementos de um regime jurídico da cooperação», cit., p. 127.

²³ - Ver RUI NAMORADO, *Os Princípios Cooperativos*, cit., p. 64.

ções ao direito ao reembolso (n.º 4 do art. 36.º); o estabelecimento de prazos mínimos de permanência e de regras que condicionem a saída a um aviso prévio (n.º 2 do art. 36.º); o regime de responsabilidade externa dos cooperadores (art. 35.º); o recurso a outros instrumentos financeiros (arts. 26.º a 29.º e art. 30.º); a fixação de um número mínimo de cooperadores (art. 32.º); a fixação de um capital social mínimo (n.º 2 do art. 18.º); o regime jurídico-legal definido para as reservas, designadamente para as reservas obrigatórias (arts. 69.º e ss.).

No entanto, no ordenamento português, estes mecanismos nunca poderão limitar, e muito menos suprimir, o direito de demissão. Nesta decorrência, o art. 36.º, n.º 2, do *CCoop*, estabelece que «os estatutos não suprimirão ou limitarão o direito de demissão, podendo, todavia, estabelecer regras e condições para o seu exercício».

Em matéria de governação da cooperativa, esta «liberdade de exoneração» coloca igualmente o problema da eventual perturbação no exercício de funções por parte dos membros dos órgãos sociais, dado que estes membros são obrigatoriamente cooperadores (art. 40.º, n.º 1, do *CCoop*). Sendo assim, como os cooperadores podem a qualquer momento sair da cooperativa, ao abrigo do princípio da adesão voluntária e livre, interrompendo o respetivo mandato, não deveria o legislador condicionar a saída de cooperadores que integrem os órgãos sociais ao cumprimento de um aviso prévio adequado que permita à cooperativa preencher o cargo (ou por eleição ou pela chamada de um suplente, caso exista)?

A liberdade de adesão implica, ainda, que nenhum cooperador poderá ser arbitrariamente compelido a sair de uma cooperativa. O *CCoop* trata da exclusão, no art. 37.º. O n.º 1 desta norma estabelece que «os cooperadores podem ser excluídos por deliberação da assembleia geral». Ora, poderá levantar a dúvida de saber se o legislador ao aplicar a palavra «podem» não estará a admitir a possibilidade de outro órgão também ter essa competência. Contudo, o art. 49.º, al. 1), do *CCoop* é perentório: «É da competência exclusiva da assembleia geral: 1) Deliberar sobre a exclusão de cooperadores [...] e ainda funcionar como instância de recurso [...] em relação às sanções aplicadas pela direção». Daqui resulta que a Direção não tem competência para deliberar a exclusão de cooperadores²⁴.

²⁴ - Ver sobre esta questão, ver ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «A Direção exclui e a Assembleia Geral aprova (Sobre deliberações inexistentes e nulas)»,

Esta exclusão terá de se fundar em violação «grave e culposa» da legislação cooperativa, dos estatutos da cooperativa ou dos seus regulamentos internos (n.º 2 do art. 37.º do *CCoop*), devendo ser precedida do competente processo escrito, do qual constará a indicação das infrações, a sua qualificação, a prova produzida, a defesa do arguido e a proposta de aplicação da medida de exclusão. Os motivos de exclusão e as normas que regerão o respetivo processo deverão estar expressas, de forma clara, nos estatutos, para que cada cooperador saiba, à partida, em que casos correrá o risco de ser excluído, assegurando-se ao cooperador os direitos processuais de defesa. Assim, o art. 15.º, n.º 2, al. a), do *CCoop*, estabelece que os estatutos poderão, ainda, incluir «as condições de admissão, suspensão, exclusão e demissão dos membros, bem como os seus direitos e deveres».

Finalmente, dever-se-á ter ainda em conta o teor do art. 37.º, n.º 5, do *CCoop*, segundo o qual é «insuprível a nulidade resultante: a) da falta de audiência do arguido; b) da insuficiente individualização das infrações imputadas ao arguido; c) da falta de referência aos preceitos legais, estatutários ou regulamentares violados; d) da omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade».

BIBLIOGRAFIA

BONFANTE, GUIDO, [*Delle Imprese Cooperative. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di FRANCESCO GALGANO), Libro quinto del Lavoro, Zanichelli Editore, Bologna, 1999

BRANCO, SOFIA RIBEIRO, *O direito dos accionistas à informação*, Almedina, Coimbra, 2008

CORREIA, SÉRVULO, «Elementos de um regime jurídico da cooperação», *Estudos Sociais e Cooperativos*, n.º 17, Ano V, março 1966, pp. 111-174.

ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade dos gerentes e gestores das cooperativas», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, Curso 2009/2010, Universidade de Vigo, pp. 35-54.

in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola* (coord. geral de DEOLINDA APARÍCIO MEIRA), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2012, pp. 439- 443.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA / GONÇALVES, DIOGO COSTA, «A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais», *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009) - Número 4, Almedina, pp. 885-922.

HENRY, HAGEN, *Guidelines for Cooperative Legislation*, Third revised edition, International Labour Office (ILO), 2012

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, «A Direção exclui e a Assembleia Geral aprova (Sobre deliberações inexistentes e nulas)», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola* (coord. geral de DEOLINDA APARÍCIO MEIRA), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2012, pp. 439-443.

MEIRA, DEOLINDA APARÍCIO, «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 31-46.

—, «Cooperative social responsibility: A Intercultural Analysis» in: *In Permanent Transit. Discourses and Maps of the Intercultural Experience*, Cambridge Scholars Publishing, 2012

—, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora VidaEconómica, 2009, Porto

MOREIRA, VITAL / CANOTILHO, GOMES, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007, pp. 127-144.

NAMORADO, RUI, *Os Princípios Cooperativos*, Fora do Texto, Coimbra, 1995

—, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005

RODRIGUES, JOSÉ ANTÓNIO, *Código Cooperativo Anotado e Comentado*, 4.ª Edição, Quid Juris, 2011

VELLA, FRANCESCO, «Amministrazione e controllo nelle cooperative 'spa' e 'srl'», in: *Atti del Convegno di Bologna di 7 febbraio 2003 «Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario»* (www.associazionepreite.it)

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 37-65

REPRESENTAÇÕES SOBRE EMPREENDEDORISMO SOCIAL

Cristina PARENTE, Vanessa MARCOS,
Daniel COSTA, Cláudia AMADOR¹

Resumo:

O artigo visa discutir as representações acerca da problemática do empreendedorismo social² veiculadas por atores que, em Portugal, intervêm na configuração deste campo de conhecimentos e de práticas, ora a título institucional (político e setorial), ora organizacional, ora mesmo individual dada a sua pertença a organizações do terceiro sector. As representações dos

¹ - Cristina Parente, Professora Auxiliar do Departamento de Sociologia, Faculdade de Letras da Universidade do Porto e investigadora do Instituto de Sociologia da mesma instituição; cparente@letras.up.pt; Vanessa Marcos, Doutoranda em Sociologia, Investigadora do Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto; vanessa.c.marcos@gmail.com; Daniel Costa, Psicólogo Social, Doutorando em Sociologia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto e membro do ISFLUP - Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto; danielcostapsy@gmail.com; Cláudia Amador, Doutoranda em Sociologia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto e Bolseira de Investigação no ISFLUP – Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto; claudia.carvalho.amador@gmail.com.

² - O artigo resulta do trabalho desenvolvido pelos autores no âmbito do projeto *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (PTDC/CS-SOC/100186/2008), liderado pelo ISFLUP - Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, e desenvolvido em parceria com a A3S - Associação para o Empreendedorismo Social e a Sustentabilidade do Terceiro Setor e com o Dinâmia/CET do Instituto Universitário de Lisboa.

atores são discutidas à luz de diferentes escolas teóricas, procurando captar-se igualmente a diversidade de significados das dimensões caracterizadoras do empreendedorismo social, bem como as controvérsias em torno do conceito.

A análise realizada permite concluir que existe uma heterogeneidade de sentidos e uma fluidez das fronteiras que enquadram e definem estes processos. Prevalece a proximidade do conceito às escolas norte-americanas, porém com especificidades que se coadunam com as particularidades da sociedade portuguesa e da própria Escola Europeia da Economia Social.

1. OS ATORES DO CAMPO DO TERCEIRO SETOR E AS REPRESENTAÇÕES DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL

Por força da imprecisão sentida e a escassez de trabalhos sobre a temática do empreendedorismo social no contexto nacional³, o presente texto tem como prioridade auscultar as representações de atores que, em Portugal, intervêm atualmente na configuração do conceito de empreendedorismo social, ora a título institucional (político e setorial), ora organizacional, ora mesmo individual. A análise dos discursos combina informações recolhidas, sob a forma de entrevistas, em dois momentos distintos da investigação: 20 são resultado da primeira fase da pesquisa, desenvolvida com um carácter exploratório, em que foram entrevistados indivíduos com pertenças variadas ao terceiro setor; sete surgem numa fase posterior, no âmbito dos estudos de caso a organizações do terceiro sector (OTS) socialmente empreendedoras, em que se realizaram entrevistas aos seus dirigentes, mais especificamente aos seus presidentes, diretores ou técnicos (estes últimos, sobretudo com funções de chefia).

Assim, o universo analítico é constituído por 27 atores chave, sendo que, no total, foram recolhidos depoimentos de 44 entrevistados. Duas advertências neste âmbito, a saber: i) o número de entrevistados varia consoante a organização e a fase da investigação (exploratória ou de estudos de caso); ii) existem atores chave que não figuram enquanto representativos de qualquer instituição, mas como atores individuais (Quadro 1). Assumimos o pressuposto segundo o qual as representações, o discurso e o perfil destes atores, detentores de algum grau de poder genericamente associado a funções dirigentes, influenciam a configuração atual dos processos de empreendedorismo social, em Portugal.

³ - Atenda-se, contudo, às reflexões de Quintão (2004) e Ferreira (2005).

Os discursos são sempre uma forma de expressão que revela uma posição com repercussões ao nível da práxis, não ignorando contudo o desvio sempre existente entre as narrativas e as práticas efetivas. Acresce que a diversidade da pertença institucional e organizacional constituiu um critério de seleção dos atores, de modo a darmos conta da pluralidade legal e setorial do terreno em que intervêm profissionalmente. Deste modo, entendemos os discursos como equivalentes nos seus contributos para a construção do conceito e das práticas de empreendedorismo social, porém atendendo à especificidade de cada ator.

No Quadro 1, tipifica-se os atores e as organizações de pertença dos entrevistados, segundo os critérios da forma jurídica e da pertença institucional (política e setorial) e organizacional⁴.

Quadro 1. Pertença dos atores chave entrevistados segundo a forma jurídica e pertença institucional e organizacional

Organizações dos entrevistados/atores chave	Pertença institucional e organizacional
Organização A	Cúpula setorial
Organização B	
Organização C	
Organização D	
Organização E	
Organização F	
Organização G	
Organização H	
Organização I	Investigação e formação
Organização J	
Organização K	
Organização L	Instituições e atores ligados ao ensino
Organização M	
Organização N	

⁴ - No contacto efetuado aos informantes privilegiados obtivemos quatro recusas, dois atores individuais e dois representantes de cúpula.

Organização O	Organização política
Organização P	
Organização AD	Organizações de base objeto de estudos de caso
Organização CE	
Organização CT	
Organização DIA	
Organização PR	
Organização PP	
Organização TC	
Programa de fomento 1	Programas de fomento
Programa de fomento 2	
Informante 1	Pluralidade de pertencas ligadas à problemática
Informante 2	

Fonte: concebido pelos autores baseado nas entrevistas

Do total de 25 entrevistados institucionais, 8 foram selecionados por constituírem atores de representação de cúpula setorial, isto é, integrantes de entidades representativas das diversas formas jurídicas de organizações que constituem o terceiro setor, embora a diferentes níveis de agregação. Segundo a tipologia de estruturação setorial apresentada por Cerdeira e Padilha (1988), entrevistou-se enquanto cúpula de terceiro nível, a organização D; no âmbito das organizações representadas pelas entidades que integram esta estrutura setorial e que assumem um nível intermédio na correspondente hierarquia das representações institucionais, foram entrevistadas as organizações A, B, C, E, F, G, M e a H.

O nível primário congrega as organizações de base, no qual se inserem:

- As entrevistas realizadas a quatro organizações que se dedicam à investigação e formação, designados por Organizações I, J, N e K. As Organizações I e K foram selecionadas pela importância assumida no panorama da formação especializada nos domínios do empreendedorismo social e por colocarem na agenda nacional a problemática da inovação social; com atividades idênticas, encontra-se, mas afeta a uma família específica do terceiro setor, a Organização J; a Organização N define-se como ator chave na promoção da economia social na área do ensino secundário;

- A Organização L, única agência de financiamento do terceiro setor, à época;

- As sete organizações objeto dos estudos de caso (AD, CE, CT, DIA, PR, PP e TC) que partilham, pelo menos, uma característica típica dos processos de empreendedorismo social, a saber: (i) atuam junto de públicos vulneráveis e insolventes e (ii) dedicam-se a atividades de índole social que combinam com atividades de cariz comercial para alavancar a missão social da organização. Apresentam, de acordo com os critérios em análise, um perfil socialmente empreendedor.

Foram ainda selecionados dois atores chave de representação da política estatal, aqui designados por Organização O e a Organização P e dois representantes de programas nacionais, com pertinência ao nível do fomento do empreendedorismo social: o Programa de fomento 1, destinado a eliminar fatores que estão na origem das desigualdades e discriminações no acesso ao mercado de trabalho (EQUAL); o Programa de fomento 2, de coordenação estratégica e operacional das políticas de combate à pobreza e à exclusão social (PNAI).

Enquanto atores individuais, foram entrevistados o Informante 1 e o Informante 2, devido à experiência de trabalho no domínio da intervenção e consultoria na área do empreendedorismo social, bem como pela sua integração atual enquanto docentes de universidades que lecionam programas científicos relacionados com a problemática.⁵ Neste sentido, procurámos aferir, através das entrevistas semiestruturadas: i) se os atores chave conheciam o conceito de empreendedorismo social; ii) a que universo de práticas o aplicavam; iii) se o conceito era aplicável à organização que integravam ou tinham integrado; iv) se preferiam usar outros conceitos para identificar a missão e as práticas da(s) sua(s) instituição(ões) (e.g. economia social, terceiro setor, economia solidária).

As entrevistas foram objeto de uma análise de conteúdo baseada no procedimento de codificação temática clássico (Straus 1987, *cit in* Flick 1998),

⁵ - Foram entrevistados 22 mulheres e 22 homens, genericamente com habilitações académicas ao nível do ensino superior. No que concerne às funções ou cargos desempenhados, 26 dos interlocutores são membros de direção (presidentes, vice-presidentes e outros), 13 ocupam funções de coordenação e chefia e 3 são membros sem funções de chefia, o que, em termos gerais, significa que aferimos representações de dirigentes organizacionais. Mais de metade destes atores (29) tem idades inferiores a 50 anos, embora a maioria (25) possua uma vasta experiência (igual ou superior a 10 anos) no campo do terceiro setor.

com base em categorias pré-estabelecidas no nosso quadro teórico, e outras que emergiram indutivamente dos discursos dos atores.

2. AS REPRESENTAÇÕES DISCURSIVAS

2.1. As concepções de empreendedorismo social

A partir de uma análise do discurso na sua integralidade, começamos por afetar os atores chave a uma representação teórica de empreendedorismo social (Quadro 2). Ou seja, a análise de conteúdo das entrevistas, conjugada com a filiação institucional e organizacional dos entrevistados, permitiu aferir uma aproximação ideológica às escolas de pensamento do empreendedorismo social consideradas ao longo do estudo e, em alguns casos, debater a existência de concepções distintas sobre a temática.

Neste sentido, as quatro escolas de pensamento que estão na base da nossa abordagem analítica e enformam o conceito adotado são as seguintes:

i) Escola da Inovação Social (Dees, 2001; Bornstein, 2007; Mulgan, 2007).

A tónica assenta na promoção de formas inovadoras de capacitação das comunidades, de criação de impacto social ou capacidade de mudança, bem como a escala e a sustentabilidade das iniciativas. Esta abordagem veicula a figura do empreendedor social e das suas qualidades pessoais intrínsecas enquanto ator com um papel fundamental na criação de valor social.

ii) Escola Empresarial ou de Geração de Receitas (Boschee & McLurg, 2003).

Postula o recurso a mecanismos e ferramentas de planeamento e gestão estratégica de carácter empresarial e de orientação para o mercado. Neste sentido, a premissa avançada por esta escola reside no desenvolvimento de atividades comerciais enquanto garantia de sustentabilidade, eficácia e prossecução de objetivos sociais no setor não lucrativo tal como a Escola da Inovação Social, esta abordagem tem origem anglo-saxónica.

iii) Escola da Economia Social Europeia (Defourny & Borzaga, 2001; Spear, 2006; Defourny & Nyssens, 2010b).

O enfoque desta abordagem reside nos mecanismos organizacionais que, obedecendo a uma estratégia de democraticidade interna e de gestão participadas, bem como orientadas para os diversos *stakeholders*, asseguram a perseguição de objetivos sociais. Neste sentido, destacamos a incorporação

de determinados princípios na estrutura interna das organizações, designadamente: i) objetivo de servir a comunidade e os interesses sociais em detrimento dos interesses do capital; ii) a gestão independente face ao setor público e privado; iii) a democraticidade dos processos de decisão; iv) a primazia das pessoas e do trabalho sobre o capital na distribuição do rendimento. A nossa proposta analítica está sobretudo alinhada com a proposta da EMES e doravante designada por Escola da Economia Social.

iv) A Escola da Economia Solidária (Souza, 2010; Laville & Gaiger, 2009).

Trata-se da abordagem latino-americana que enfatiza, em linha com a Escola da Economia Social Europeia, a participação e a democraticidade interna das iniciativas, porém diferencia-se por advogar uma proposta alternativa ao modelo económico vigente assente nos princípios da solidariedade, da autogestão, da reciprocidade e da redistribuição económica.

De salientar que o valor heurístico das diferentes propostas teóricas define-se, largamente, pela sua capacidade de configurar a realidade empírica que tomam como referência.

Quadro 2. Afetação do discurso dos atores chave, por referencial teórico

Referencial teórico	Organizações	Excertos	N
Escola da Inovação Social	Organização I Organização L Informante 1 Informante 2 Organização F Organização H Programa de fomento 2	<i>“uma iniciativa que gera inovação social deve ser empreendedora, deve ter impacto social, tem de resolver sistemicamente problemas (...) Tem de ser eficiente, fazer ao menor custo; tem de ser sustentável, não pode ser pontual (...) e tem de ser replicável” (Organização H). “consiste em encontrar (...) respostas em pequena escala, que depois podem ser ampliadas de baixo para cima, e assentes no empowerment “ (Informante individual 1)</i>	7

<p>Escola Empresarial ou da Geração de Receitas</p>	<p>Organização A Organização B Organização E Organização CT Organização DIA Organização P</p>	<p>“E isso só acontece quando cria uma lógica de comércio justo ou que tem alguma rentabilidade [...]. Normalmente empreendedorismo implica uma atividade, pelo menos a forma como eu vejo, uma atividade econômica; a parte do social tem a ver com a forma como esse empreendedorismo é feito e o local onde é feito (...)” (Organização A).</p> <p>“Há sessenta anos criou-se um mote...a diocese entendeu que para suprimir essas necessidades...[n]um concelho pobre e (...) perante as dificuldades dessas famílias, a [CT] tinha que arranjar meio de subsistência e de ganhar a sua sustentabilidade financeira para poder educar esses jovens. E então aí foi com a gráfica, e ganhou-se logo aí a ideia da parte comercial para investir na parte social! Surgiu daí o resto que vem com naturalidade, ou seja, houve uma consciencialização [...] que as bombas também eram uma oportunidade de negócio [...]! Depois nós criamos uma cozinha industrial para providir outra oportunidade de negócio para poder fazer um investimento depois na parte social e tudo isto é consequência e é natural, pronto porque a ideia base [...] é que nós pensamos que uma IPSS deve ter sempre... deve pensar sempre essencialmente em ter também valências de valor acrescentado, geradores de riqueza!” (Organização CT).</p>	<p>6</p>
<p>Escola da Economia Social</p>	<p>Organização C Organização D Organização J Organização M Organização N Organização PR Programa de fomento I</p>	<p>“um conjunto de entidades que se caracterizam por serem entidade de um membro, um voto; serem organizações sem fins lucrativos, organizações de gestão democrática, organizações com autonomia institucional” (Organização N)</p> <p>“entendo que a Economia Social é sobretudo um instrumento para o desenvolvimento regional e local. A Economia Social não se pode colocar como alternativa ao sistema global (...) porque a sua inserção é no mercado” (Organização J).</p>	<p>7</p>
<p>Escola da Economia Solidária</p>	<p>Organização G Organização K Organização O Organização TC</p>	<p>“Na economia social (...) não cabe isto que para mim é fundamental – que é o compromisso da solidariedade. (...) que tem a ver com a nossa dimensão humana, no quadro da nossa relação, na satisfação das nossas necessidades, eu ponho o solidário como imagem de marca” (Organização G).</p> <p>“A Economia Solidária é mais antiga e autónoma do Estado (...) pretende ter uma ligação muito estreita com a sociedade civil, com o mercado e com o Estado também” (Organização O).</p>	<p>4</p>

Sem referencial teórico	Organização AD Organização CE Organização PP	<i>“inovação, dinamismo... é agora o que me ocorre!” (Organização CE)</i> <i>“Porque o empreendedorismo social acaba por ir às pessoas, as pessoas (...), estão ligadas a todo o mundo, é algo que as bafeja, e a partir daí eu penso que o empreendedorismo social é o que é feito à pala da banca que faz promover o progresso! E promovendo o progresso faz promover o Homem!” (Organização PP)</i>	3
Total			27

Fonte: concebido pelos autores baseado nas entrevistas

No conjunto, e independentemente do grau de familiaridade com a temática, a análise das representações dos atores chave mostra que os discursos se distribuem, de forma relativamente proporcional, pelas diferentes escolas de pensamento, ainda que a influência anglo-saxónica seja maior, especialmente se acumularmos os discursos próximos da Escola da Inovação Social e da Escola Empresarial ou da Geração de Receitas (13 do total de 27 atores chave entrevistados). Deste total, sete narram uma representação que se aproxima da Escola da Economia Social e quatro identificam-se com a perspetiva da Escola da Economia Solidária. De salientar, ainda, que três organizações de base do terceiro setor, alvo de estudo de caso, assumem o seu desconhecimento face à temática e, por isso mesmo, produzem um discurso vago e generalista.

As questões colocadas em situação de entrevista suscitaram um debate sobre outros conceitos associados ao empreendedorismo social, que é interessante reter e que abordaremos nos próximos pontos.

2.2. Os conceitos em discussão

A análise de conteúdo às entrevistas revela que a temática emergente do empreendedorismo social faz emergir no discurso uma série de conceitos que lhe estão mais ou menos associados. No caso das entrevistas exploratórias, as organizações sublinham, por um lado, a pouca familiaridade com a temática (Organizações A, D e N) e, por outro lado, preferem uma filiação a outros conceitos, designadamente o de “Terceiro Setor” (Organização M) e o de “Economia Social” (Organização J). Como veremos adiante, estas opções não estão alheias a conflitos teóricos e ideológicos com o conceito de empreendedorismo social. Segundo diferentes perspetivas, estes conceitos concorrem para uma maior aproximação (ou distanciamento) face ao emergente “empreendedorismo social”.

No que toca à aplicabilidade do conceito, regista-se a existência de 10 organizações, cinco no âmbito das entrevistas exploratórias (Organizações A, D, J, M e N) e cinco no âmbito dos estudos de caso (Organizações AD, CT, PP, PR e CE) e que afirmam não aplicar o conceito de empreendedorismo social nas suas organizações. Destas últimas, quatro (AD, CE, PP e CT) não se identificam com o conceito de empreendedorismo social. Estamos em crer que tal resulta do facto de serem atores de terreno, provavelmente mais focados na *praxis* e menos atentas a questões terminológicas, de reflexão ou de discussão teórico-empírica.

2.2.1. A economia social e solidária

Apesar de ser um dos conceitos associados à temática em estudo, o termo “Economia Solidária” tem diferentes leituras para os vários entrevistados, demonstrando-se uma fraca consolidação da sua definição. A título de exemplo, a Organização N associa-o ao conjunto de organizações caritativas, no âmbito da Igreja, e a Organização C considera-o como o conjunto de associações de desenvolvimento local e de inserção social.

Já a Organização B insere a economia solidária no âmbito mais alargado da economia social. Segundo esta entidade, a economia solidária inclui as IPSS e as Misericórdias, pois têm como objetivo a satisfação de necessidades sociais da comunidade em geral. Além disso, defende que a economia social apenas inclui as cooperativas e mutualidades, uma vez que estas encerram objetivos e interesses específicos dos seus membros.

Por fim, destaca-se a complementaridade que 3 organizações (E, F e G) conferem aos diferentes conceitos de economia social e solidária e de empreendedorismo social:

“Quanto a mim os conceitos não são a mesma coisa, mas complementam-se – para mim o empreendedorismo social está dentro do grande bolo da economia social.” (Organização E)

“(...) e dentro deste conceito de economia solidária, o empreendedor social é uma figura chave. Quando falo de empreendedor pode não ser uma pessoa, pode ser um grupo de pessoas, o empreendedorismo social é a alavanca da economia solidária” (Organização F)

Uma perspetiva menos complementar é aquela apresentada pelo Informante 1, que coloca a economia social e o empreendedorismo social em polos opostos, fazendo mesmo lembrar o *continuum* de Dees (2001). Concretizando,

este ator reconhece a presença de “*uma série de híbridos (...) [sendo que] a economia social está mais próxima da atividade económica e o empreendedorismo social mais próximo da atividade puramente social (...) Mas são manchas em que ao mesmo tempo há uma zona de interseção*”.

2.2.2. O terceiro setor

Transversal aos diferentes discursos, surge com intensidade notável o conceito de “terceiro setor”, porém novamente sem reunir consenso. O seguinte excerto é indicativo disso mesmo:

“O grande problema do terceiro setor, que eu situei aqui, acaba por estar ao longo da reta de várias formas, porque é assim, o terceiro setor é uma grande amálgama. Nós temos no terceiro setor desde uma Mutualidade ou uma IPSS, [esta] 90% dependente de fundos públicos, portanto, uma instituição para-pública basicamente, como temos a [cooperativa X] que, como sabem, é uma grande empresa (...) lucrativa (...) eu diria que não tem fatores identitários muito coesos. Há uma enorme diversidade de organizações e de propostas (Informante 1).

O caráter ambíguo do campo do terceiro setor está presente neste discurso, que salienta a perplexidade de ver reunidas sob uma mesma designação, por um lado, as práticas e objetivos lucrativos de certas cooperativas (deixando subjacente uma crítica à aparente falta de compromisso com os princípios éticos que enformam o cooperativismo) e, por outro, as práticas de mera execução da política social estatal, frequentemente levadas a cabo de forma subordinada e acrítica.

Não obstante, a heterogeneidade deste setor de atividade constitui, para a representante do Programa de fomento 1, a sua principal riqueza e “simultaneamente a sua debilidade porque há aqui uma necessidade de afirmação perante a outra economia, a economia dominante”. Este Programa parece pugnar pela necessidade de uma designação comum capaz de potenciar o sentimento de pertença entre as diversas organizações. Contudo, não é uma perspetiva que recolha amplo consenso.

Deste modo, evidencia-se a ausência de uma identidade coesa, conforme destaca o Informante 1, não só pela diversidade jurídica das organizações que integram o terceiro setor, mas sobretudo pelos princípios que as regem, pelas atividades que desenvolvem e pelos públicos que servem.

3. DIMENSÕES CARATERIZADORAS DO EMPREENDEDORISMO SOCIAL

Como vimos, o empreendedorismo social encontra-se associado a uma pluralidade de ideias, uma vezes com relações de complementaridade, outras remetendo para forças contraditórias. Como tal, procuramos aprofundar as diferentes visões que os atores chave mobilizam para caracterizar este fenómeno.

Uma primeira ilação remete para a própria indefinição concetual e ausência de conhecimento de referências teóricas sobre o conceito. Este vazio de significado é associado quer ao carácter recente do fenómeno, quer à ambivalência que parece ter subjacente:

“Ninguém consegue responder a esta questão de forma muito fácil, até porque o empreendedorismo social integra em si um conceito misto e com uma zona cinzenta bastante significativa (...)” (Organização E)

“(...) enfim são territórios ainda novos e pouco fechados do ponto de vista académico, do ponto de vista teórico, portanto ainda [há] muita indefinição” (Informante 1)

No que se refere aos traços distintivos do processo de empreendedorismo social focados pelos atores chave, observe-se o Quadro 3 que sintetiza as principais dimensões caraterizadoras e fundamenta-as com excertos ilustrativos, embora nem sempre mutuamente exclusivos.

Quadro 3. Dimensões caraterizadoras do empreendedorismo social

Dimensões caraterizadoras	Excertos	Atores chave
Resposta a necessidades sociais	<p><i>“a resolução de necessidades da sociedade, de uma forma de preferência inovadora, quer quanto ao problema, quer quanto ao método” (Organização F)</i></p> <p><i>“Eu penso que é um pouco essa procura de respostas a problemas sociais que existe, de uma forma inovadora e criativa, muitas vezes com poucos recursos” (Organização M)</i></p>	Organizações F, K, CT, CE, DIA, PP e M

Desenvolvimento territorial e capacitação das comunidades	“consiste em encontrar (...) respostas em pequena escala, que depois podem ser ampliadas de baixo para cima, e assentes no empowerment” (Informante 1)	Organizações B, E, F, I, K, L, AD, CE, e PR e TC, o Programa de fomento 1 e 2, e Informante 1
Sustentabilidade econômica e gestão empresarial	“Normalmente, empreendedorismo implica uma atividade, pelo menos a forma como eu vejo, uma atividade econômica; a parte do social tem a ver com a forma como esse empreendedorismo é feito e o local onde é feito (...) isso tem muito a ver também com o que é tradicional, está muito ligado ao local em si, onde é desenvolvido e com tudo o que traz de mais-valia quer no produto que é produzido ou trabalhado, quer no retorno que há para a comunidade do trabalho que é feito.” (Organização A) “Enquanto organização social que se tenta orientar à sustentabilidade” [...], é uma questão e uma abordagem que tem de ser mesmo profissionalizada” (Organização DIA).	Organizações A, K, CT, CE, DIA e PR, Informante 1 e 2
Postura não assistencialista	“Por exemplo na área social, há uma coisa que nós combatemos e criticamos muito que é a cultura da caridadezinha e do miserabilismo” (Organização DIA) “(...) capacidade empreendedora, criatividade, (...) e sustentabilidade” (Organização PR) “É aí que eu acho que o Empreendedorismo Social ganha espaço na sociedade que temos porque traz a questão da inovação, a questão da responsabilidade, a questão da diferenciação, a questão da parceria e da sinergia!” (Organização PR)	Organizações F, CE, CT, PR, DIA, TC e PP

Fonte: concebido pelos autores baseado nas entrevistas

As dimensões caracterizadoras do empreendedorismo social surgem frequentemente inter-relacionadas, e da análise do Quadro 3 emerge um entendimento plurifacetado do conceito assente em 4 pilares: i) resposta a necessidades sociais; ii) desenvolvimento territorial e capacitação das comunidades; iii) sustentabilidade econômica e gestão empresarial e iv) postura não assistencialista.

É sugerida a existência de uma necessidade social, não atendida nem pelo Estado nem pelo mercado, como um dos motores da iniciativa de empreendedorismo social. É nesta linha que a Organização K considera que o empreendedorismo social permite dar respostas aos problemas sociais, capacitando populações no sentido da mudança da “balança de poder”, da criação de valor e de impactos sociais.

Outra característica do conceito do empreendedorismo social prende-se com o “desenvolvimento territorial e capacitação das comunidades” e é percecionada pela Organização G como: “*a vontade, a capacidade e a motivação que as pessoas têm para levar a cabo ações que promovam o bem-estar comum nos seus territórios de intervenção*”. Por territórios de intervenção entenda-se as áreas da “*cultura, o desenvolvimento económico, o apoio social direto e mais tradicional, o ambiente*”.

Os discursos das organizações A e B evidenciam um cruzamento de dimensões, na medida em que a eficácia do empreendedorismo social é maior quando assenta em respostas locais e numa atividade económica geradora de riqueza:

“Normalmente empreendedorismo implica uma atividade, pelo menos a forma como eu vejo, uma atividade económica; a parte do social tem a ver com a forma como esse empreendedorismo é feito e o local onde é feito (...) isso tem muito a ver também com o que é tradicional, está muito ligado ao local em si, onde é desenvolvido e com tudo o que traz de mais-valia quer no produto que é produzido ou trabalhado, quer no retorno que há para a comunidade do trabalho que é feito.” (Organização A)

A dimensão da sustentabilidade económica é sublinhada na medida em que tende a considerar-se que o empreendedorismo social representa a procura de “métodos, organizações e formas de responder a necessidades sociais que sejam total ou parcialmente sustentáveis do ponto de vista económico” (Informante 1). O conceito de sustentabilidade implica de *per si* considerar a vertente social, ambiental e económica, pelo que constitui, de acordo com a nossa proposta analítica, um critério de definição de uma iniciativa de empreendedorismo social; porém, é sobretudo a sustentabilidade económica canalizada para uma missão social que assume relevância nos discursos analisados. As organizações CE e PP associam o empreendedorismo social à questão da sustentabilidade apoiada nas áreas comerciais, sem perder de vista a missão da organização e a qualidade dos serviços prestados, indo de encontro às necessidades do(s) seu(s) público(s). A questão da sustentabilidade económica é reiterada pela organização DIA, que associa o empreendedorismo social a instrumentos e práticas gestionárias oriundas ou aplicadas no e pelo setor privado. Refere-se, designadamente, ao uso eficiente de recursos, à medição dos impactos e à responsabilização das organizações.

A rutura com a postura de um paradigma assistencialista é outra das características do empreendedorismo social que autonomizamos, ainda que alguns

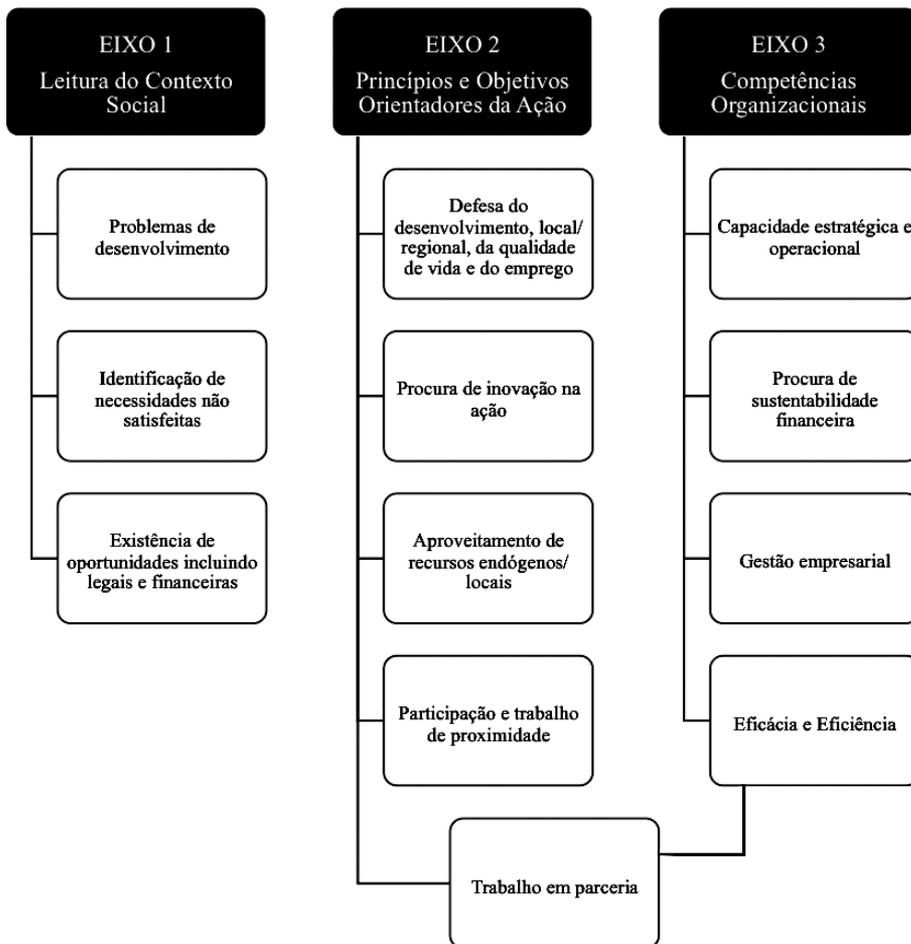
atores chave a relacionem ora com a sustentabilidade económica, ora com as modalidades de intervenção, ou seja, “*a resolução de problemas sociais, de preferência de uma forma inovadora, quer quanto ao problema, quer quanto ao método*” (Organização F). Nesta linha de raciocínio, o empreendedorismo social remete quer para a gestão profissional de vários recursos, considerados como raros, quer para um modelo de intervenção capacitador e empoderador (Organização PR). Tendo em conta as dimensões enunciadas, parece que a generalidade dos discursos sobre o empreendedorismo social revela uma tendência anglo-saxónica, onde a sustentabilidade económica, a gestão empresarial e a qualificação organizacional é mais notória comparativamente à perspetiva da economia social ou da economia solidária. Estas focam os princípios de democratização do processo de decisão, de participação das populações, descentralização das iniciativas e as práticas emancipatórias assentes no empoderamento das comunidades e parecem estar menos presentes em termos discursivos.

4. SENTIDOS E SIGNIFICADOS DAS DIMENSÕES CARATERIZADORAS DO EMPREENDEDORISMO SOCIAL

Atendendo à análise aprofundada que fizemos nas sete organizações objeto de estudos de caso, onde o contacto com os diferentes membros foi mais prolongado e próximo e que contou com a participação de vários níveis hierárquicos em diferentes momentos da permanência nas OTS, procuramos esclarecer o sentido e o significado atribuídos às dimensões características do conceito de empreendedorismo social, a partir dos discursos dos vários interlocutores.

Neste sentido, as suas perceções sobre “o que é o empreendedorismo social” permitiu identificar uma relação do conceito, assente nas dimensões caracterizadoras anteriormente descritas (Quadro 3), com três eixos interpretativos dos estudos de caso (Figura 1): i) uma determinada leitura do contexto social (que remete para a abordagem mais generalista em torno da resposta a necessidades sociais), ii) os princípios e objetivos que enformam a atividade da organização em termos de modelos de intervenção, orientada seja para os indivíduos, seja para o coletivo ou para a comunidade (que integra a dimensão do desenvolvimento territorial e a capacitação das comunidades) e iii) competências organizacionais (em que se incluem as características da sustentabilidade económica e da gestão empresarial).

Figura 1 – Práticas associadas ao conceito de empreendedorismo social



Fonte: concebido pelos autores baseado nas entrevistas

4.1 A leitura do contexto social

O eixo da *leitura do contexto social* remete para a interpretação das dinâmicas locais e sociais, ou ausência delas, que se consubstancia nos designados problemas de desenvolvimento. Sobre estes, afirmam ter um olhar inconformista, resultado de uma consciência da capacidade de inovação que podem exercer. Apesar do contexto internacional e nacional de crise económico-financeira, estas organizações consideram que se vive um momento de novas

oportunidades para o desenvolvimento de atividades e iniciativas que fazem parte da missão das OTS, para a satisfação de necessidades sociais dos públicos e para a oferta de serviços de proximidade (regional ou local) em falta, decorrentes, nomeadamente, de programas comunitários e do estatuto jurídico, que lhes conferem benefícios fiscais e acesso a financiamento.

Não estando assegurado por outras entidades públicas ou privadas, o tipo de atividades que estas OTS desenvolvem é encarado como uma resposta única a necessidades que carecem de intervenção no território:

“(...) ao nível da região não existe nenhuma outra organização vocacionada para este tipo de públicos. Portanto nós temos uma área de abrangência que vai da região X ao Concelho Y, Z e K. Portanto, nesta área de abrangência não existe uma outra organização que tenha a mesma missão que nós.” (Organização CE).

Paralelamente, os estatutos jurídicos de discriminação positiva são encarados como um incentivo e uma oportunidade para a recolha de benefícios para a organização:

“(...) somos IPSS [...] com [o estatuto de] utilidade pública porque de facto a intervenção que temos merece a ideia de utilidade pública e mesmo em termos de donativos etc. é vantajoso para os privados! (...) No caso da ONGD, o impacto até ao ano passado ainda teve as linhas de apoio (...) à cooperação [...] do IPAD. Também já trabalhamos com eles [IPAD] como prestadores de serviços curiosamente, mas aí não precisávamos de estatutos, temos que prestar os serviços a estas entidades e pronto! E aí foi importante, ganhamos projetos de I&D e mesmo para candidatar a outras linhas de financiamento e fazer outro tipo de intervenção, este estatuto é importante!” (Organização PR)

4.2. Princípios e objetivos orientadores da ação

No eixo *princípios e objetivos orientadores da ação*, constatamos uma tendência forte para a dimensão coletiva do desenvolvimento. As incidências discursivas revelam uma leitura funcionalista, ou seja, uma ação ancorada na resolução imediatista das necessidades socioeconómicas identificadas e na qual o desenvolvimento local, a qualidade de vida e do emprego, o aproveitamento dos recursos endógenos, o trabalho de proximidade assumem prepon-

derância, em detrimento de uma prática estratégica, de longo prazo, com vista à emancipação dos indivíduos e das coletividades.

De facto, as próprias experiências de participação dos públicos/destinatários/membros existem, mas com intensidade eventualmente menor do que qualquer processo de capacitação e empoderamento nos parece exigir. Dos discursos dos sete casos, surgem apenas dois depoimentos neste sentido.

“E todas as quintas feiras há o Fórum das Comunidades [...] que é um espaço de formação, de avaliação, em que falam uns com os outros e com a equipa da comunidade! Nós criamos aquilo que para nós é importante, que são espaços de participação!” (Organização CT).

“ (...) tudo era decidido em reunião e agora também, ainda que a participação seja menor que aquilo que gostávamos ” (Organização TC).

A inovação na ação parece ser considerada um traço do empreendedorismo social, surgindo em alguns discursos conotada com uma noção de inconformismo consentânea com uma “*alavanca do desenvolvimento*” (organização PP). Trata-se em alguns casos, da replicação de iniciativas ou metodologias inspiradoras, através da importação e aplicação, ao nível da organização, de exemplos provenientes de áreas de intervenção alternativas, ou mesmo de outras regiões e países. Em conformidade, os discursos assumem a inovação como uma característica identitária central, entendida como um princípio e objetivo que demarca umas organizações das outras.

Numa elaboração tributária da Teoria da Identidade Social (Tajfel & Turner, 1986; Brown, 2000), poder-se-á ilustrar o processo comparativo inter-organizacional, estabelecido pelos atores chave: a comparação entre entidades utiliza um sistema dicotómico, fixando-as em posicionamentos distintos ao longo de características fulcrais. Assim, as organizações socialmente empreendedoras mobilizam o seu pretenso carácter inovador também para salientar o carácter tradicionalista de todas as outras. A inovação, quando inserida num leque de características mais alargado, permite agregar o conjunto de organizações socialmente empreendedoras, diferenciando-as positivamente de outras, através do princípio do meta-contraste (Turner *et al.* 1987).

Retendo a nossa atenção nestes traços que, segundo os nossos entrevistados, marcam a diferença entre uma organização socialmente empreendedora e uma outra, definem-se quatro categorias principais que ilustram o discurso

de distanciamento identitário: i) filiação paradigmática; ii) a orientação das ações; iii) as características organizacionais; iv) a relação com o financiamento (Quadro 4).

Quadro 4 - Diferenciação identitária no terceiro setor

Vetores de diferenciação	Filiação paradigmática	Orientação das ações	Caraterização organizacional	Relação com financiamento
Organizações socialmente empreendedoras	Empoderamento	Inovador (Alto potencial de inovação)	Centralidade da Missão Flexibilidade / Criatividade	Tendência para a autossuficiência financeira Geração de receitas
Outras organizações do terceiro setor	Assistencialismo	Tradicionalista (Fraco potencial de inovação)	Missão Generalista Burocracia / Hierarquia	Tendência para a dependência financeira Subsidiarização

Fonte: concebido pelos autores baseado nas entrevistas

O discurso dos entrevistados foca o empreendedorismo social como um paradigma orientado para o futuro, acusando a referência a “velhos paradigmas” de filantropia para definir a rutura com a categoria das organizações não empreendedoras. A formação do “outro organizacional” desenvolve-se através da categoria de “terceiro setor não empreendedor”, caracterizado por formas de ação “assistencialistas”, pela dependência do financiamento estatal, pela fraca presença no mercado e, em suma, pela submissão às regras das burocracias estatais que marcam o trabalho por projeto na área da ação social.

Em contraciclo, apoia-se a vertente inovadora do empreendedorismo social, distinguindo-se sobretudo três componentes da inovação: i) a diversificação das ações; ii) a antecipação das respostas e iii) a novidade dos objetivos, ações e resultados. A necessidade da inovação é ilustrada pelo seguinte excerto:

“Corresponde ao aceitar desafios que lhes são postos enquanto IPSS, ao nível da criação de novas valências, de novos projetos, tentar sempre dinamizar e acompanhar evoluções” (Organização CT).

4.3. Competências organizacionais

Numa perspetiva estratégica, a noção de competência tem origem numa abordagem da organização como um portefólio de recursos físicos (e.g. finan-

ceiros) ou intangíveis (e.g. cultura organizacional) (Fleury & Fleury, 2001). Trata-se de uma concepção reificada da organização detentora de competências que resultam da combinatória de saberes existentes. É esta combinatória que faz com que a organização como um todo detenha um potencial de gestão organizacional que lhe permite atingir com sucesso os seus objetivos e cumprir a sua missão. De acordo com esta linha de raciocínio, o trabalho em parceria é mais um recurso, externo à organização, que é possível potenciar.

Deste modo, o trabalho em parceria, tal como se pode visualizar na Figura 1, pode ser entendido como uma prática de gestão (eixo 3) que permite uma utilização mais eficaz dos recursos escassos, bem como igualmente um princípio orientador da ação (eixo 2), no sentido do desenvolvimento de um trabalho complementar entre organizações, de modo a responder às múltiplas necessidades sociais. Com efeito, aparece com regularidade nos discursos dos entrevistados, assumindo todavia diversas configurações e outras tantas ambiguidades que se podem ler no Quadro 5, onde procurámos tipificar as redes de acordo com os critérios de pertença.

Neste sentido, inventariamos quatro critérios, designadamente: i) formalidade (caráter formal ou informal); ii) funções (sejam de associado, de cliente, fornecedor ou outro); iii) relação setorial (em que a intersetorial remete para as relações com os setores público —regional e local— e privado; e a intrasetorial para as relações estabelecidas no seio do terceiro setor); iv) temporalidade (que diz respeito ao cariz pontual ou de continuidade, mas com manifestas preocupações de beneficiar do capital social disponível).

Quadro 5 – Tipos de redes por critérios de pertença

Tipos de redes	Excertos
Formalidade (formal e informal)	<p><i>“Relativamente aos supermercados G e J, nós somos fornecedores [...]. Relativamente ao hipermercado F, eles também fornecem-nos semanalmente alimentos! (...). Também temos as parcerias para a formação no posto de trabalho [...] na [área] formação profissional: portanto são também muito importantes pois permite que os jovens [...] possam ter uma aproximação ao mercado de trabalho [...]!” (Organização CE).</i></p>
Função (associado, cliente, fornecedor)	<p><i>“As parcerias são com as duas instituições onde sou Presidente! (...) Porque nós precisamos de alguma coisa é só ligar e dizer «Precisamos das V/ carrinhas hoje!», e vêm! Porquê? Porque eu sou responsável, não é?! Depois [...] temos excelentes relações com a Câmara Municipal, com as Juntas de Freguesia, com as associações desportivas!” (Organização CT)</i></p>
Relação setorial (intersectorial e intrasetorial)	<p><i>“Há redes de vários níveis, no fundo nós pertencemos um bocadinho a todas as redes sociais do nosso concelho das nossas áreas! [...] E estamos a falar de redes que não são formais [...] E depois pertencemos à rede A, ou seja, somos associados!” (Organização AD)</i></p>
Temporalidade (esporádica e contínua)	<p><i>“As parcerias mais significativas começam pela comunidade local, é uma parceria empírica não é, não está escrita! Depois temos as entidades externas: a instituição de ensino superior K, o Professor Y [...]. A ligação à Associação X que nos representa que também traz sempre alguns técnicos que vão conhecendo outras experiências e são sempre conhecimentos que vamos adquirindo e que nos vão ajudando também! E depois é o IEFP mais numa perspetiva institucional em termos de programas de formação!” (Organização TC).</i></p>

Fonte: concebido pelos autores baseado nas entrevistas

Voltando às especificidades deste último eixo agregador, o que parece estar em causa é a detenção de recursos, sob a forma de competências, que garantam um funcionamento operacional e estratégico, ambos focados na eficiência e eficácia das intervenções. Aqui, parece haver uma relação entre a capacidade de explorar as oportunidades do contexto e uma liderança empreendedora que aposta na profissionalização da estrutura organizacional, tendo como base os instrumentos de gestão do setor empresarial. Surge de novo o enfoque na procura de sustentabilidade económico-financeira como uma competência organizacional que é, como vimos no Quadro 4, sinónimo de diferenciação identitária.

5. AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DO CONCEITO: INICIATIVA INDIVIDUAL OU COLETIVA, GERADORA OU NÃO DE EXCEDENTE ECONÓMICO, RESPONSABILIDADE SOCIAL?

Apesar das características anteriormente enunciadas facilitarem o ângulo interpretativo, não eliminam as controvérsias acerca do conceito de empreendedorismo social, pelo que acresce a importância de salvaguardar algumas destas interpretações. As maiores controvérsias localizam-se em três domínios⁶: i) o carácter individual versus coletivo de uma iniciativa ou de um processo de empreendedorismo; ii) a possibilidade de levar a cabo uma atividade lucrativa de mercado e em que condições e iii) a identificação do conceito com as práticas de responsabilidade social dos setores público e privado.

A primeira controvérsia, presente nos discursos de oito interlocutores (Organizações D, G, I, J, K e L, Organização O, Informante 1), é reveladora das ambiguidades que se operacionalizam no debate entre um empreendedor individual e/ou um empreendedor coletivo, enquanto motor do processo empreendedor. A este respeito, os seguintes excertos ilustram a perspectiva em torno do empreendedor individual:

“O empreendedor social é alguém que cria uma organização social e é bem-sucedido do ponto de vista não só próprio, do seu trabalho, mas da comunidade, dos beneficiários, ele consegue mostrar que é um sucesso [...] tem essa qualidade de olhar a situação de forma sistémica e mapear onde nasce o problema e atuar nas causas” (Organização L).

“O empreendedor social é aquele que promove, que faz mexer, que avança as coisas, que dinamiza e que tem de recorrer a pessoas que saibam de outras áreas [...] situa-se muito ao nível de uma liderança dinâmica” (Organização G).

Os que fazem a apologia ao empreendedor coletivo referem que:

⁶ - Estes domínios remetem para as próprias divergências das Escolas mobilizadas para a análise do conceito: i) a primeira confronta as posições assumidas pela Escola da Inovação Social e as Escolas da Economia Social e da Economia Solidária; ii) a segunda, para o debate entre a Escola Empresarial ou da Geração de Receitas vs. a Escola da Economia Social; iii) a terceira, para as posições assumidas pela Escola da Inovação Social.

“O bom empreendedor social normalmente tem uma estratégia de saída, está pronto a sair do palco logo que o problema seja resolvido” (Organização I).

“(...) nós não usamos muito a questão do empreendedorismo porque a gênese vem mais ligada a uma atitude individual. Quer dizer, é mais a atitude do empresário ou do empreendedor e nós vemos as cooperativas exatamente como elemento da comunidade, do coletivo, e não da pessoa que se destaca e que encontra uma solução produtiva, seja ao nível de bens ou de serviços. Portanto, as cooperativas são para resolver problemas comuns e trabalhados por conjuntos e não por uma pessoa, quer dizer, não há uma cooperativa de uma pessoa, ela necessita de um coletivo” (Organização D).

Relativamente à primeira perspetiva, subentende-se a aproximação à Escola da Inovação Social, isto é, à conceção do empreendedor individual bem-sucedido que, independentemente da sua pertença aos setores público ou privado, responde de forma criativa, inovadora e eficiente a uma necessidade social. Esta abordagem centrada no indivíduo é reforçada pelas capacidades que se associam ao perfil de empreendedor social, designadamente o facto de se tratar de um estratega perspicaz, que coloca as suas capacidades ao serviço de um objetivo social. Curiosamente, no discurso de uma rede de investigação científica europeia (Organização J), a dimensão organizacional é preterida face a uma análise mais focada no ator individual, ainda que as organizações possam constituir um meio de desenvolvimento de projetos dos empreendedores sociais. Acresce o destaque das dimensões da inovação, da pró-atividade, da escala, da sustentabilidade, da criação de valor social e do risco que caracterizam os projetos ou as iniciativas promovidas pelos empreendedores sociais.

A Organização C, uma associação mutualista, e a organização D, uma confederação de cooperativas, ao referirem-se a esta dicotomia entre iniciativa individual e coletiva, remetem para as especificidades das suas famílias de OTS. Trata-se de uma iniciativa coletiva, mas que está associada a interesses de um conjunto de indivíduos particulares, que se agrupam e se constituem como os membros beneficiários da sua decisão. O exemplo do mutualismo, onde os membros são beneficiários, é considerado como empreendedorismo coletivo (e não social) pois responde aos interesses individuais de um coletivo de pessoas e não geral.

A representação individualista do empreendedor social é recusada pela organização D que, na figura de um dos seus dirigentes, considera que o conceito de empreendedor social remete para uma conceção individual do fenómeno e que não se adequa a uma organização que tem uma natureza coletiva de *per si*. Uma postura que tende a aproximar-se da Escola da Economia Social e da Economia Solidária, que reclama uma estrutura coletiva e não um projeto individual.

Ligeiramente diferente destas conceções, mas alinhado com o carácter individual ou coletivo do empreendedorismo social, o Programa de fomento 1, pela sua natureza de fomento à capacitação individual e de combate às desigualdades, evidencia uma noção aproximada ao empreendedor individual clássico. O empreendedorismo é visto como uma solução de promoção de autoemprego e enquanto medida e instrumento das políticas de combate ao desemprego: *“a capacidade de fomentar o empreendedorismo em indivíduos em desvantagem, que por si só não seriam capazes de ser empreendedores”* (Programa de fomento 1).

A Organização I alinha-se por um significado individual do conceito, ao afirmar que o empreendedorismo social não tem que ocorrer obrigatoriamente numa organização, podendo ser apenas num projeto em qualquer tipo de organização, independentemente da pertença setorial. Tal proposta remete para a transversalidade do conceito, aplicável a qualquer setor de atividade, independentemente da sua forma jurídica e dos seus princípios gestionários e objetivos de mercado. Este é o caso paradigmático da última controvérsia anunciada e adiante retomada: a confusão entre práticas de responsabilidade social das empresas e o conceito de empreendedorismo social. À luz destas representações, há uma confluência de perspetivas que vão desde uma aproximação à Escola da Inovação Social, com o pressuposto da transversalidade do empreendedorismo social aos diferentes setores de atividade, até à Escola da Economia Solidária, onde se incluem pequenos negócios familiares como medida de combate ao desemprego.

A controvérsia em torno do excedente económico marca, igualmente, a temática do empreendedorismo social. Para pelo menos quatro entrevistados (Organização C, I, L e M), o “lucro” está inerente ao empreendedorismo social, como condição indispensável para garantir a sustentabilidade da missão social. Para a Organização L, o negócio social abarca as organizações em que o excedente económico não é apropriado individualmente e *“vai para uma comunidade, uma associação (...) o dinheiro é permanentemente investido e tem um propósito muito claro, social”*. A Organização C defende

mesmo a ideia de que as instituições sem fins lucrativos devem ser rentáveis e financeiramente sustentáveis. Os excedentes económicos constituem um meio para se chegar a um fim que, neste caso, são a utilidade para os associados e a utilidade social em geral, mas não a repartição desse excedente.

Contudo, este não é um traço consensual com o conceito de empresa social proposto pela Escola da Economia Social, a EMES, em que se assume a possibilidade de divisão do excedente pelos associados/cooperantes dentro de determinados limites, após garantidas todas as reservas previstas e o reinvestimento decidido democraticamente. No caso do Programa político 2, embora se ressalvem diferentes leituras, o empreendedorismo social é entendido como iniciativas desenvolvidas pela sociedade civil, nos diferentes campos (social, económico, cultural), que criam alternativas ou complementam as atividades já existentes. A diferença face ao setor privado lucrativo reside nos objetivos e princípios, sendo o lucro uma mais-valia que deve ser distribuído e/ou reinvestido.

A Organização E, apesar de classificar o conceito de empreendedorismo social como “dual e cinzento”, entende-o enquanto iniciativa composta por uma atividade produtiva com fins lucrativos. O adjetivo social afunila para as áreas “*que são consideradas áreas de intervenção social (...) muito importantes para a comunidade. Estamos a falar das várias valências: centros de dia, apoio domiciliário, [...] apoio à criança e aos jovens*”. Para esta entidade, o empreendedor social e o empresário em nome individual divergem apenas no tipo de conhecimento específico da área onde intervêm porque, em termos organizacionais, os recursos gestionários são comuns, aproximando-se claramente das perspetivas do empreendedorismo clássico e também da Escola Empresarial ou de Geração de Receitas.

A última das controvérsias assenta na equiparação do empreendedorismo social à esfera da responsabilidade social. A este respeito, a Organização N considera que o conceito de empreendedorismo social é falacioso, quando se reporta a estratégias de *marketing* social de empresas privadas lucrativas. Ou seja, a sua perceção é que se sobrepõe frequentemente ao conceito de responsabilidade social das empresas, remetendo para uma busca de notoriedade por via da benfeitoria social, pelo que manifesta alguma reserva e desconfiança:

“Uma qualquer empresa ao nível da sua responsabilidade social [...] desenvolve um projeto que [...] é inovador, colmata algumas necessidades da comunidade e ainda espicaça alguns potenciais fatores que estavam

subvalorizados, [...] é empreendedorismo, é um facto. Mas a ideia que eu tenho é que a responsabilidade social das empresas não é ... gratuita. Queria aqui usar a palavra certa... A empresa, quando leva um projeto de empreendedorismo para a frente, tem como fim único melhorar a sua imagem perante a comunidade e, seguindo por esse caminho fora, angariar mais clientes” (Organização B)

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo identificar e compreender as diferentes representações de atores chave do terceiro setor relativamente ao conceito de empreendedorismo social, tomando como base as aceções mais difundidas internacionalmente e baseadas nas tradições académicas norte-americana, europeia e da América Latina. Não obstante, refletiu-se acerca da aproximação das representações dos entrevistados às diversas escolas de pensamento, ainda que com relevo para as conceções e dimensões de análise postuladas pelas correntes teóricas das duas escolas norte-americanas analisadas, a da Inovação Social e a Empresarial ou da Geração de Receitas, por via, em particular, dos seguintes elementos caracterizadores, a saber: i) ênfase atribuída à figura individual do empreendedor e suas características; ii) preocupação com a garantia da sustentabilidade financeira das organizações e iniciativas; iii) procura de soluções inovadoras para os problemas sociais; iv) transversalidade do conceito aos vários setores da atividade económica.

De uma forma geral, esta temática assumiu relevo em Portugal, nos últimos anos, no discurso dos meios de comunicação social, de organismos públicos e políticos, de algumas estruturas do terceiro setor e no seio da comunidade científica. Pese embora o crescente destaque do fenómeno, a análise realizada permite evidenciar a ausência de unicidade relativamente à definição do empreendedorismo social e um conhecimento pulverizado face ao mesmo.

As manifestações de desconfiança nem sempre se traduzem de forma clara, o que pode explicar-se pela heterogeneidade de enquadramentos institucionais. Acresce que as ambivalências acerca do conceito e do processo remetem para a: i) pertença setorial (Estado, mercado e terceiro setor) e ii) relação entre as personalidades jurídicas das OTS e o exercício de atividades de mercado, no cumprimento de uma missão social. Neste sentido, parece haver conflitos e contradições difíceis de resolver nestes domínios, que resultam da própria hibridiz de lógicas e dinâmicas que caracterizam o terceiro setor.

No que diz respeito às dimensões da emancipação cidadã dos destinatários, o conceito de autogestão ou ainda os mecanismos de governação baseados na participação democrática de trabalhadores e na máxima “1 indivíduo, 1 voto” aparecem com muito menos intensidade. Deste modo, a dimensão económica do empreendedorismo social parece sobrepor-se às dimensões política e ideológica.

A partir da análise realizada, é possível aferir que os atores entrevistados tendem a privilegiar uma interpretação do conceito de empreendedorismo social associado à sustentabilidade económica, à gestão profissionalizada, à recusa do paradigma assistencialista e à promessa de resposta a necessidades sociais não satisfeitas pelas instâncias do mercado e do Estado.

Tal caracterização parece-nos ser resultado de uma contingência histórica. As OTS têm vindo a ocupar um espaço que resulta da “retirada” do Estado Social, aliás sempre frágil em Portugal, o qual, ainda mais em contexto de crise económico-financeira, tem vindo a transferir responsabilidades de execução de políticas sociais para a sociedade civil organizada que responde às suas prioridades de acordo com as regras estabelecidas pelo Estado. É comum estas organizações encararem-se a si próprias como meras prestadoras de serviços sociais ou de atividades de formação, desporto e lazer, mas tal postura esvazia o conceito de empreendedorismo social. Portanto, não deixa de ser estranho a quase recusa de se assumirem como alternativas ao modelo de desenvolvimento dominante, mesmo quando o conjunto das suas atividades é reconhecido pelos próprios como inovador.

De salientar, ainda, que se avançou a hipótese das OTS com perfil de empreendedorismo social ilustrarem e pugnarem por um modelo de desenvolvimento mais integrado nas suas dimensões locais, económicas, de emprego, demográficas, de formação e de educação, entre outras. Contudo, não se constata a ambição, ou a referência a outro modelo societal capaz de inspirar o reequacionamento de outras formas de relação económica e política e de coesão social. As lógicas de concorrência e de subsidiação colocam estas organizações numa situação de constrangimento, onde a sua luta diária pela sobrevivência parece retirar-lhes a disponibilidade para funcionarem como “movimento alternativo”, como experiências de outros tipos de relação entre o económico, o social e o ambiental.

Por fim, considera-se que o resultado do confronto entre a revisitação de diversas correntes teóricas e as representações dos atores chave entrevistados possa ser um contributo fundamental para a estruturação reflexiva de um

campo, onde tem vigorado a indefinição, o desconhecimento e a ausência de referências consensuais. As perspetivas destes atores assumem um papel acrescido no debate e na configuração do empreendedorismo social no domínio nacional. Além disso, demonstra-se que, se o conceito sofre as influências óbvias das abordagens internacionais, ele é também apropriado pelos atores, assumindo especificidades e originalidades que se coadunam com as particularidades da sociedade portuguesa.

BIBLIOGRAFIA

BOSCHEE & MCCLURG, *Towards a better understanding of social entrepreneurship: some important distinctions*, 2003, Retirado a 12 Novembro de 2012, de: <http://www.caledonia.org.uk>

BORNSTEIN, *Como mudar o mundo: os empreendedores sociais e o poder de novas ideias*, Estrela Polar Editora, Alfragide, 2007.

BROWN, “Social Identity Theory: past achievements, current problems and future challenges.” *European Journal of Social Psychology*, n.º 30, 2000, pp. 745-788.

CERDEIRA & PADILHA, *As Estruturas Sindicais Portuguesas: Uma Análise Evolutiva, 1933–1984*. Lisboa: Ministério do Emprego e da Segurança Social, Lisboa, 1988.

DEES, *The Meaning of “Social Entrepreneurship”*, Duke University: Center for the Advancement of Social Entrepreneurship, 2001. Retirado a 8 de novembro, 2013, de http://www.caseatduke.org/documents/dees_sedef.pdf.

DEFOURNY & BORZAGA (Eds.), *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge, London, 2001.

DEFOURNY & NYSSSENS, “Social enterprise in Europe: At the crossroads of market, public policies and third sector.” *Policy and Society*, n.º 29, 2010b, pp. 231-242.

FERREIRA, “O que tem de especial o empreendedor social? O perfil de emprego do empresário social em Portugal.” *Oficina do CES*, Coimbra, n.º 223, 2005, pp. 1-43. Retirado a 8 de novembro, 2013, de http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/527_2005%20Oficina%20do%20CES%20n.223.pdf.

FLEURY & FLEURY, “Construindo o conceito de competência.” *Revista de Administração Contemporânea*, n.º 5, 2005, pp. 183-196. Retirado a 8 de novembro, 2013, de <http://www.scielo.br/pdf/rac/v5nspe/v5nspea10.pdf>.

FLICK, *An introduction to qualitative research*, Sage Publications, Thousand Oaks, 1998.

LAVILLE & GAIGER, *Economia Solidária*, In Gattani, A. S., Laville, J.-L., Gaiger, L. I. et.al (Eds.), *Dicionário Internacional da Outra Economia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 162-168.

MULGAN, “Social innovation: what it is, why it matters and how it can be accelerated”, *Skoll Centre for Social Entrepreneurship*, 2007.

SPEAR, “Social entrepreneurship: a different model?”, *International Journal of Social Economics*, n.º 33, 2006, Vol. 5/6, pp. 399-410.

SOUZA, *A economia solidária é uma miragem*. Comunicação ao 34º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), Caxambu, Minas Gerais, texto policopiado, 2010.

TAJFEL & TURNER, *The social identity theory of intergroup behavior*. In Worchel S. & Austin W. (Eds.), *Psychology of Intergroup Relations*, Nelson Hall, Chicago, 1986, pp. 7-24.

TURNER, HOGG, OAKES, REICHER & WETHERELL (Eds.), *Rediscovering the social group: A self-categorization theory*, Blackwell, Oxford, 1987.

QUINTÃO. *Empreendedorismo social e oportunidades de construção do próprio emprego*. Comunicação apresentada no Seminário Trabalho Social e Mercado de Emprego, Porto: Universidade Fernando Pessoa. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2004. Retirado a 8 de novembro, 2013, de <http://www.letras.up.pt/isociologia/uploads/files/working4.pdf>.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 67-90

AS COOPERATIVAS E AS MODALIDADES CONTEMPORÂNEAS DE DIREITO À CIDADE

Paula GUERRA

*Socióloga, Professora Auxiliar do Departamento de Sociologia e investigadora do
Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto
pguerra@letras.up.pt*

Fátima Loureiro de MATOS

*Geógrafa, Professora Auxiliar do Departamento de Geografia da Faculdade de
Letras da Universidade do Porto
f.l.matos@sapo.pt*

Teresa Sá MARQUES

*Geógrafa, Professora Associada do Departamento de Geografia da Faculdade de
Letras da Universidade do Porto
teresasamarques@gmail.com*

Mónica SANTOS

*Socióloga, Doutoranda em Sociologia pela Faculdade
de Letras da Universidade do Porto
88.monica@gmail.com*

1. ENQUADRAMENTO

É traço comum de toda a estrutura social o constante movimento dos seus elementos, ocasionando processos de recomposição incessantes e, nessa medida, a estrutura urbana não escapa a esse movimento de devir constante. Seguindo de perto a perspetiva defendida por François Ascher, situamo-nos numa linha que tende a «considerar a cidade como complexa e não só como complicada», postulando «que ela funcione tendo na base lógicas e racional-

dades múltiplas eventualmente contraditórias; que forme um sistema aberto; que os seus equilíbrios são instáveis; que variações ligeiras podem engendrar mudanças consideráveis; que as evoluções são geralmente irreversíveis»¹.

Situando melhor a questão, partilhamos do ponto de vista de quem defende que as «regiões ganhadoras»² continuam a ser as regiões urbanas, na medida em que se desenrola nelas a maior parte dos quotidianos. Com efeito, as zonas urbanas têm vindo a acumular ao longo dos tempos uma riqueza e uma diversidade de serviços, funções e objetos que lhe conferem um lugar central nos modos de vida atuais. Não obstante essa relativa riqueza e centralidade, esses próprios espaços são recompostos continuamente, dando-lhes novos contornos e fazendo advir novas configurações, o que definitivamente põe a cidade numa encruzilhada complexa com o urbano. Consubstanciando este ponto de vista, Oriol Bohigas argumenta que a cidade é o nosso primeiro recurso e a nossa única possibilidade, justificando-se dizendo que, «se eu penso que a civilização atual é especificamente urbana, é porque tudo o que é importante — a política, a ciência, a cultura, a arte, todas as atividades humanas — está condicionado por dados especificamente urbanos»³. Em suma, as cidades e os seus prolongamentos são por excelência os cenários onde se desenrola a nossa civilização⁴.

¹ - FRANÇOIS ASCHER, *Metapolis – acerca do futuro da cidade*, Oeiras, Celta Editora, 1998, p. 141.

² - A expressão é de Georges Benko e Alain Lipietz (orgs.), *As Regiões Ganhadoras: distritos e redes. Os Novos Paradigmas da Geografia Económica*, Celta Editora, Oeiras, 1994.

³ - ORIOL BOHIGAS, em entrevista registada na publicação, Odile Filion (org.), *La Ville – Six interviews d’architectes à la occasion de l’exposition «La Ville» au Centre Georges Pompidou*, Paris, Publications du Moniteur, Paris, 1994, p. 9.

⁴ - As reflexões aqui feitas decorrem de uma releitura atual de projetos de investigação levados a cabo pelas autoras: PAULA GUERRA, “O Bairro do Cerco do Porto: cenário de pertenças, de afectividade e de simbologias”, *Sociologia – Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, N.º 12, 2002; FÁTIMA LOUREIRO DE MATOS, *A habitação no Grande Porto. Uma perspectiva geográfica da evolução do mercado e da qualidade habitacional desde finais do séc. XIX até ao final do milénio*, Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2001; e TERESA SÁ MARQUES (coord.), *Plano Estratégico da Habitação Política de Habitação*, Porto: CEGOT, 2008.

A modernidade tem ditado uma intensa recomposição do tecido urbano. Essa recomposição, ínsita ao tecido urbano, configura duas facetas fundamentais: a espacial e a social. Assim sendo, neste artigo, iremos privilegiar os processos de recomposição social e espacial que têm como pano de fundo e vetor fundamental, o espaço de habitação urbana, nomeadamente, a habitação decorrente da ação cooperativa. A complexidade inerente à análise deste fenómeno social impõe sérios limites à pretensão de esgotar, por agora, todas as vertentes analíticas possíveis em torno de uma abordagem sociológica daqueles processos sociais e das dimensões que incorpora. Assim, centraremos a nossa análise na existência, à escala portuguesa, de uma reivindicação ao direito à cidade fundada no movimento cooperativo de construção de habitação.

Como processo de transformação contínua, a recomposição urbana tem vindo a revestir-se de algumas dimensões fundamentais. A primeira das dimensões/eixos de análise de recomposição social e espacial do tecido urbano centra-se no que muitos apelidam de fragmentação acelerada das formas urbanas. Tal equivale à emergência de tendências cada vez mais segregadoras na estruturação do espaço urbano levando à existência de uma cidade retalhada espacialmente e pouco coesa socialmente. Muitos autores fazem corresponder a esta fragmentação, o surgimento de uma «sociedade arquipélago»⁵, uma espécie de metáfora de um espaço pautado por uma ordem descontínua e até isolado face aos demais, contrariando os princípios que estiveram na sua génese, isto é, de lugar de trocas, de encontros, de passagens múltiplas⁶.

Não iríamos tão longe, mas vale a pena lembrar que as sucessivas clivagens territoriais e sociais têm vindo a projetar no terreno uma cidade não só dual, mas uma rede de zonas urbanas contíguas sem qualquer relacionamento territorial ou social entre si. Neste contexto, vemos também emergir o que poderemos chamar de espaços «legítimos» e «ilegítimos»⁷ dentro desta

⁵ - Cf. JEAN VIARD, *La Société d'Archipel – ou les territoires du village global*, Ed. de l'Aube, Paris, 1994.

⁶ - Vd. AA. VV., “Banlieues...Intégration ou explosion?”, *Panoramiques*, Vol. II, n.º 12, 1993.

⁷ - Entendemos por espaços legítimos, os espaços apropriados por grupos sociais portadores de recursos económicos, sociais e culturais mais abundantes; os espaços ilegítimos são, inversamente, ocupados por grupos sociais portadores de menores recursos em geral, e cuja capacidade de apropriação (afirmação) se torna consequentemente menor.

cidade urbanizada, cuja principal fonte de diferenciação é social e simbólica, isto é, relaciona-se com princípios decorrentes de uma crescente polarização social e distância classista profunda, que se traduzem de modo concreto nas desigualdades sociais crescentes do ponto de vista de escala entre modos de vida e consequentes capacidades de apropriação do espaço social da cidade⁸. Se bem que a imagem de grandes cidades onde se viveria no reino de uma mistura social completa quer do ponto de vista social ou funcional esteja mais associada a uma mitologia de uma comunidade aldeã do que a referências históricas concretas⁹, devemos ter em conta que o crescimento das urbes foi modificando progressivamente a natureza e a escala a que se efetivam as segregações combinando especializações espaciais, funcionais, sociais jamais percebidas no curso da história¹⁰.

Neste sentido, o desafio que se coloca hoje à cidade prende-se com a «capacidade de contrariar as tendências de uma cada vez maior segregação sócio-espacial que o custo dos bens urbanos está a provocar». Este desafio tem sem dúvida uma raiz económica, mas é sobretudo de índole sócio-política «porque o primado da economia está a destruir, cada vez mais a capacidade de convivência sócio-espacial gerando formas altamente segregadas de ocupação territorial.»¹¹. Este processo de segregação não produz a justaposição simples de territórios sociais, mas contrariamente, a sua imbricação cada vez mais complexa, dando uma visibilidade acrescida às diferenças sociais que os trespassam. A face

⁸ - A problemática da polarização social das cidades tem desencadeado um número crescente de debates interdisciplinares, nomeadamente, ao nível da economia, da sociologia, da geografia e do urbanismo. Dentro deste debate podemos salientar os contributos de: MANUEL CASTELLS, *The Informational City. Information Technology, Economic Restructuring, and the urban-regional process*, Basil Blackwell, Oxford, 1994-1989; J. H. MOLLENKOPF/ MANUEL CASTELLS (eds.), *Dual City: restructuring New York*, Russel Sage Foundation, New York, 1991; e finalmente, ALBERT MARTENS / MONIQUE VERYAEKE (coord.), *La Polarisation Sociale des Villes Européennes*, Ed. Anthropos, Paris, 1997.

⁹ - Tal como refere YVES GRAFMEYER, “Regards sur la segregation”, in J. BRUN / C. REIN (orgs.), *La Ségrégation dans la Ville*, Ed. L’Harmattan, Paris, 1993, p. 85-117 e do mesmo autor “La ségrégation spaciale”, in Serge Paugam (dir.), *L’Exclusion, l’État des Savoirs*, Éditions La Découverte, Paris, 1996, p. 209-207.

¹⁰ - Cf. FRANÇOIS ASCHER, *Metapolis – acerca do futuro da cidade*, Celta Editora, Oeiras, 1998, p. 81-96.

¹¹ - EDUARDO VILAÇA / ISABEL GUERRA, “Degradação do parque habitacional”, *Sociologia - Problemas e Práticas*, n.º 15, 1994, p. 81.

mais visível deste processo é constituída pela emergência em quase todas as cidades europeias do pós-guerra, de grandes bairros de cariz dito social vocacionados para classes sociais desfavorecidas percebidos exteriormente como espaços de «medo», de «miséria», de «desorganização», de «perigo» e de pobreza, e representados interiormente, como espaços de estigmatização, de marginalização e de «destituição», ou mesmo, de «desafiliação»¹².

A imagem exterior e interior destes espaços aproxima-os de uma espécie de «não-lugares» tal como os define Marc Augé, na precisa medida em que «se um lugar pode definir-se como lugar de identidade, espaço relacional e histórico; um espaço que não pode definir-se como espaço de identidade, nem como relacional nem como histórico, definirá um não lugar.»¹³. Esta posição radicalizada de análise prende-se com a assunção de que uma cidade não pode ser considerada unicamente como um conjunto funcional, capaz de gerir e ordenar a sua própria expansão, mas tem de ser assumida como uma estrutura simbólica portadora de um conjunto de sinais e de referentes que permitam o estabelecimento de relações entre a sociedade e o espaço.¹⁴ É neste esforço que se insere o movimento cooperativo de construção habitacional que nos propomos analisar.

2. CIDADE, DIREITO À CIDADE E DESIGUALDADES

A formação de uma cidade, neste sentido, implica a produção de um léxico simbólico que caracterize e identifique o quadro imaginético e os valores de referência dos seus habitantes. A dimensão simbólica da cidade não é um facto estranho à vida social e às experiências quotidianas dos seus habitantes, pelo contrário, relacionam-se numa «dupla hermenêutica». Por um lado, o simbolismo urbano representa um ponto de referência que estrutura e condiciona de muitos modos as atividades sociais, entrando profundamente nos processos que definem as identidades dos atores sociais. Por outro lado, as atividades e práticas sociais e as constantes interações desenvolvidas nesse quadro con-

¹² - A expressão é de ROBERT CASTEL, “De l’indigence à l’exclusion, la désaffiliation – precarité du travail et vulnérabilité relationnelle”, in J. DONZELOT (dir), *Face à l’Exclusion – le modèle français*, Ed. Esprit, Paris, 1993.

¹³ - MARC AUGÉ, *Los “No Lugares” – espacios del anonimato. Una Antropología de la Sobremodernidad*, Barcelona, Gedisa Editorial, Barcelona 1995, p. 83.

¹⁴ - Tal como defende MANUEL CASTELLS, *Problemas de Investigação em Sociologia Urbana*, Lisboa, Editorial Presença, Lisboa, 1994.

tribuem para produzir e reproduzir, estruturar e reestruturar a simbólica e a forma urbana.

Neste âmbito, assume particular relevância o aumento quantitativo e qualitativo dos excluídos da e na cidade urbanizada¹⁵. Considerando que o termo exclusão social recobre sobretudo um carácter processual, seria importante salientar que a particular vulnerabilidade a situações de carência — não só económica — abrangente de um conjunto cada vez maior de indivíduos, conduz-nos a repensar este termo e a ter particularmente em conta as suas incidências em território urbano. Um dos aspetos particularmente importantes da exclusão social prende-se com o acentuar de uma crise crescente de cidadania.¹⁶ Desta maneira, os habitantes urbanos — com particular incidência, os dos grandes aglomerados habitacionais — perdem paulatinamente o sentimento dos seus interesses coletivos e a capacidade de se mobilizarem em torno de projetos comuns. A este propósito, atentemos ao que nos diz J. M. Carvalho Ferreira ao afirmar que «até à década de setenta, era possível construir análises dos movimentos sociais, na medida em que as reivindicações discorriam da “crise urbana”, a qual se associava a períodos de continuidade social. [...] As acções colectivas identificavam as necessidades sociais aos sistemas de representação social através de problemas concretos: habitação, espaços de lazer, infra-estruturas colectivas e vida associativa...»¹⁷. Sendo exemplar, a este título, recordar a mobilização efetuada em torno das Associações de Moradores no período imediato ao 25 de abril de 1974¹⁸. N. Teotónio Pereira refere que

¹⁵ - Cf. A. TEIXEIRA FERNANDES, “Formas e mecanismos de exclusão social”, *Sociologia - Revista da Faculdade de Letras do Porto*, vol. I, série I, 1991, pp. 9-66; J. FERREIRA DE ALMEIDA, “Integração social e exclusão social. Algumas questões”, *Análise Social*, vol. XXVIII, n.º 123-4, 1993; J. FERREIRA DE ALMEIDA e Outros, *Exclusão Social. Factores e tipos de pobreza em Portugal*, Celta Editora, Oeiras, 1992.

¹⁶ - CLAUDE JACQUIER, “La citoyenneté urbaine dans les quartiers européens”, in Joel Roman (ed.), *Ville, Exclusion et Citoyenneté - Entretiens de la Ville II*, Paris, Ed. Esprit, Paris, 1993.

¹⁷ - J. M. CARVALHO FERREIRA, “Marginalidade e movimentos sociais nos contextos urbanos”, in *Estruturas Sociais e Desenvolvimento*, Actas do III Congresso Português de Sociologia, Lisboa, Editorial Fragmentos/APS, Lisboa, 1993, p. 984.

¹⁸ - Veja-se HELENA VILAÇA, “As associações de moradores enquanto aspecto particular do associativismo urbano e da participação social”, in *Sociologia - Revista da Faculdade de Letras do Porto*, I Série, Vol. IV, 1994, p. 49-96.

nessa época, «o entusiasmo era transbordante. As populações, cansadas de promessas e de uma vida em condições infra-humanas, viam chegar o dia em que podiam ter uma verdadeira casa para habitar; os técnicos viam realizada a possibilidade de uma afirmação directa do interesse social da sua profissão, libertos de peias burocráticas, de hierarquias autocráticas e de esquemas abstractos, metendo profundamente as mãos na massa»¹⁹.

A precarização do estilo de vida de significativas franjas da população, não podendo aceder a determinados padrões de bem-estar e de qualidade de vida, tem tradução directa na vida quotidiana, nomeadamente na deterioração da identidade sociocultural desses grupos sociais. Hoje em dia, a participação das populações na defesa dos seus interesses e direitos parece ter sido substituída pelo alastramento de fenómenos plurais de exclusões sociais.

É ainda nas grandes concentrações habitacionais que persistem cumulativamente os maiores estrangulamentos no que concerne aos direitos à cidade, ao alojamento, ao emprego, aos serviços, à cultura e à qualidade de vida urbana e à cidadania. A exclusão prende-se, ainda, com uma ausência de dignidade multiforme na medida em que existem muitas formas de se sentir e ser percebido como digno habitante de uma cidade, tantas quantas as distribuições do capital económico, cultural, social e suas combinatórias o ditem. A grande questão parece ser a de não se conseguir integração em tecidos socialmente diferenciados, transformando-se assim, a desintegração urbana²⁰ de que se ouve falar tanto em desintegração social e cívica.

¹⁹ - N. TEOTÓNIO PEREIRA, *Tempos, Lugares, Pessoas*, Ed. Público, Lisboa, 1997, p. 33. O mesmo autor refere que esta movimentação que teve por base o Saal (Serviço de Apoio Ambulatório Local) «Baseava-se numa filosofia de intervenção do Estado em que se criticava implicitamente os meios convencionais até então usados com pouco ou nenhum sucesso na resolução do problema da habitação, nomeadamente no que respeitava à eliminação de barracas e ilhas. Esta filosofia estava então na ordem do dia nos meios técnicos internacionais, ligada a experiências no Terceiro Mundo, especialmente na América Latina. Pressupunha-se que o protagonismo das acções a desenvolver era desempenhado pelas organizações populares de base, tendo a intervenção do Estado um papel de apoio supletivo, embora indispensável. Os verdadeiros motores do processo eram a iniciativa e o dinamismo das populações», p. 32.

²⁰ - Isto porque na maior parte das vezes, quando se ouvem referências à desintegração urbana, parecem existir nesses discursos duas opacidades fundamentais: por um lado, a (in)consciência de que não existe desintegração urbana sem termos em linha de conta os verdadeiros produtores do urbano e por outro, a não percepção de que qualquer processo de desintegração porque social é diverso e pluriforme.

A acrescentar a tudo isto, saliente-se a heterogeneidade das populações excluídas, tornando-as avessas a categorizações ou tipologias sociológicas *strictu sensu*, como bem refere Didier Lapeyronnie «todas as combinações estão abertas»²¹. Neste caso, o grande desafio que se coloca é o da inserção na medida em que «inserir é devolver uma margem de escolha a indivíduos que pensam nada ter a esperar da integração, confrontando as instituições com formas de expressão desses grupos sociais gerando mediações entre os recursos das instituições e as necessidades dos indivíduos e grupos»²². Neste sentido e indo mais longe, podemos dizer que a integração implica um processo que segundo a terminologia de Anthony Giddens se poderia apelar de «dualidade da estrutura». Porque pressupõe uma dinâmica de inserção, e não de assimilação social, como um processo que facilita o acesso por parte dos excluídos às oportunidades da sociedade, não correspondendo a uma anulação das diferenças e dos conflitos. E também porque passa por um processo de inclusão porque obriga a que a sociedade se organize de forma a assumir oportunidades plurais. Desta forma, «inserção e inclusão são, assim as duas fases de um processo (duplo) que é o da integração»²³.

O processo de recomposição social e espacial do espaço urbano sugere-nos ainda a problematização da representação dicotómica do espaço urbano alicerçada nos pilares: centro e periferia. É razoável admitir que a crescente dualização do espaço urbano tem gerado rupturas não só sociais, nem territoriais, mas sobretudo, simbólicas. Num contexto em que o centro ou os centros são cada vez mais centros e as periferias são mais periferias, parece importante criar distância epistemológica face a uma abordagem dicotomizada da realidade e dos seus consequentes efeitos nefastos e perversos. E acreditamos que o movimento cooperativo de construção de habitação se situa na charneira da resolução desta dicotomia como resposta à fragmentação da cidade.

A cidade como lugar de realização humana, e, acima de tudo, como centralidade simbólica, parece uma fórmula do passado. É neste sentido que muitas

²¹ - DIDIER LAPEYRONNIE, “De l’intégration à la ségrégation”, in JOEL ROMAN (ed.), *Ville, Exclusion et Citoyenneté – Entretiens de la Ville II*, Paris, Ed. Esprit, Paris, 1993, p. 105. Sobre esta questão é ainda importante o contributo de ROBERT CASTEL em *Art. Cit.*

²² - ISABEL GUERRA, “As pessoas não são coisas que se ponham em gavetas”, *Sociedade e Território*, n.º 20, 1994, p. 14.

²³ - ROGÉRIO ROQUE AMARO, “A inserção económica de populações desfavorecidas, factor de cidadania”, *Sociedade e Trabalho*, n.º 8/9, 2000, p. 36.

das políticas urbanas no momento presente estão mais preocupadas com a qualificação plurifacetada do espaço urbano, ou mais concretamente, com o «fazer cidade por toda a cidade». Indo mais longe, e a acentuar-se esta dicotomia, muitos questionam mesmo a própria cidade e os seus limites e, no extremo, a própria pertinência do termo. A questão é a de estarmos perante uma cidade ou várias cidades, ou perante nenhuma cidade. Questão relevante, neste eixo, será o próprio reequacionamento das funções urbanas tradicionais, pois há partes da cidade que têm sido votadas a uma monofuncionalidade forçada através de operações de zonamentos funcionalistas e minimalistas, o que leva a questionar o seu próprio papel enquanto partes de um todo urbano que se quer plurifuncional numa pluriformidade de manifestações de urbanidade.

O uso maciço da palavra *ghetto* tem vindo a desencadear e a amplificar a estigmatização do espaço e da população que o ocupa, equivalendo a uma espécie de *doxa*²⁴. Frequentemente, faz-se equivaler periferia a *ghetto*, tornando injuriosos os espaços periféricos para quem os vivencia, ainda que sem qualquer fundamento. Outras vezes, o termo *ghetto* é utilizado no sentido de destituição de funções urbanas, o que parece equivaler verdadeiramente à situação real de muitas periferias. Convém salientar que a segregação negra nos E.U.A. constitui um marco histórico fundamental para a elucidação do significado da noção de *ghetto* como bem considera Marielle Gros. Esta mesma autora adianta que «na sua origem, o ghetto-negro americano apresentou características similares às do ghetto judeu europeu pelas duas razões essenciais que, segundo os autores que vêm sendo seguidos, definem esta forma de segregação sócio-espacial: o carácter étnico-racial da segregação, sendo que neste caso é a cor da pele a barreira que separa os habitantes do exterior; o ghetto-negro constitui, como outrora o ghetto judeu, um conjunto social espacialmente separado, com as suas redes comerciais, imprensa, igrejas, instituições políticas, culturais e de assistência. O ghetto é além do mais um conjunto social dotado das suas próprias organizações económicas capazes de satisfazer, pelo menos em parte, as necessidades da população, assim oferecendo a profissionais liberais e pequenos empresários possibilidades de exercício profissional. Por outro lado, a coincidência espacial do ghetto com

²⁴ - PHILIPPE GENESTIER diz a este respeito que «as periferias são um problema; mas sobre este ponto todas as periferias não são equivalentes: são os grandes conjuntos que levantam mais questões e que provocam mais reacções», «Quel avenir pour les grands ensembles?», in JOEL ROMAN (ed.), *Ville, Exclusion et Citoyenneté – Entretiens de la Ville II*, Paris, Ed. Esprit, Paris 1993, p. 133.

delimitações administrativas locais criou condições para a emergência de uma classe política negra. É tão intensa e persistente esta segregação racial que certos analistas americanos criaram o termo de hiper-segregação para a distinguir das formas de separação espacial que atingem outros grupos sociais»²⁵. Contudo, pensamos que o uso dessa palavra não pode ser generalizado nem amplificado a toda a realidade urbana, sob pena de reproduzirmos um discurso mediático e comum acerca desses espaços.²⁶ Tal como alude Loïc Wacquant «a temática do ghetto, alimentada por clichés importados do outro lado do Atlântico (Chicago, Bronx, Harlem...), impôs-se como um dos lugares comuns do debate público sobre a cidade»²⁷.

Numa nota de síntese, gostaríamos de sublinhar que alimentamos a ideia de que as grandes cidades longe de se desagregarem, recompõem-se, fazendo emergir novas centralidades, novas mobilidades, novos espaços públicos, novas formas de sociabilidade e novas formas de cidadania e, tal como refere François Ascher, «as dificuldades, as feridas, os abandonos que acompanham as transformações em curso, engendram agonia e reacções»²⁸, mas é ilusório pretender reencontrar a urbanidade do passado com a recriação de um quadro urbanístico e arquitetónico tradicional, pois torna-se imperioso, na atualidade, readaptar o tecido urbano às novas condicionantes socioeconómicas. É neste quadro que encaramos o movimento cooperativo na reconstituição do direito à habitação em Portugal no pós-25 de abril de 74.

3. REIVINDICAÇÃO PELA CIDADE E MOVIMENTO COOPERATIVO HABITACIONAL EM PORTUGAL

O movimento cooperativo ao nível da habitação emerge logo em 1974 com o objetivo de promover a habitação a custos controlados (num regime de

²⁵ - MARIELLE GROS, *Espaço Residencial e Modo de Vida – Contributos da Sociologia para a Reabilitação de uma Área Urbana Degradada* – Dissertação de Doutoramento, Aveiro, Departamento de Ambiente e Ordenamento, Aveiro, 1998, doc. policopiado, pp. 56-57.

²⁶ - DANIEL BÉHAR, «Banlieues ghettos, quartiers populaires ou ville éclatée», *Les Annales de la Recherche Urbaine*, n.º 68/69, 1995, pp. 6-14.

²⁷ - LOÏC WACQUANT, «Da América como o avesso da utopia» in Daniel Lins (org.), *Cultura e Subjectividade. Saberes Nômades*, Campinas, Papirus Editora, 2000, p. 35.

²⁸ - FRANÇOIS ASCHER, *Op. Cit.*, p. 232.

H.C.C.), em propriedade individual, com empréstimos do Instituto Nacional de Habitação (I.N.H.) com juro bonificado para a construção, aquisição ou reparação de habitações. O movimento cooperativo habitacional foi muito forte, sobretudo no Norte no pós-25 de Abril tendo-se organizado mais de 200 cooperativas de habitação, que depois de ultrapassarem dificuldades significativas, desenvolveram, ainda na década de 1970, conjuntos residenciais com reconhecidos níveis de qualidade ao nível não só das habitações, mas também de espaços exteriores e equipamentos sociais, muitos dos quais até aí inexistentes em habitação com controlo de custos²⁹. Estes conjuntos residenciais foram inovadores na participação dos próprios utentes em todo o processo e mereceram, por parte dos municípios, importantes ações de cedência de terrenos, bem como o apoio técnico e financeiro pelo governo central.

Com a extinção do Fundo de Fomento de Habitação (F.F.H.) no início dos anos 80, os processos em curso foram perturbados, mas com a criação do INH e a respetiva reformulação dos financiamentos, as cooperativas de habitação conheceram uma nova fase de desenvolvimento, ligada a uma clara opção de apoio ao sector, o que fez com que se verificasse um notável aumento na produção de fogos. No final da década de 80, um plano governamental de fomento à HCC criou importantes expectativas, que pouco depois, foram defraudadas por não terem sido desenvolvidas as medidas políticas indispensáveis ao seu cumprimento. Esta situação caracterizou a entrada nos anos 90 e foi agravada pela ausência de um diálogo eficaz entre o governo e os parceiros sociais do sector da construção e habitação. Como consequência desta situação, as cooperativas de habitação começaram a ter grandes dificuldades no desenvolvimento da sua ação de promoção, mais propriamente na oferta residencial para os grupos sociais mais desfavorecidos. Assim, para o sector cooperativo, os anos 90, representaram um período de anulação das anteriores expectativas de consolidação e de crescimento. A partir de 1992 existe uma quebra visível na promoção de habitação do sector cooperativo.

As razões que conduziram a essa quebra são de vária ordem, salientando-se, em primeiro lugar, a falta de solos a preços adequados, a perda de poder de compra da classe «média/baixa», a desatualização do sistema de crédito vigente para o sector, o aumento de custo de natureza fiscal, processual e burocrática, e o aumento, em consequência, dos custos finais de habitação, condições estas que tornam as cooperativas menos competitivas.

²⁹ - Secretaria de Estado da Habitação (2000), *O sector da habitação no ano 2000*, Lisboa: Governo de Portugal.

Depois de um «pico» em 1989, quando se produziram 5 172 fogos, a grande inflação de custo no sector e as altas taxas de juro praticadas nos empréstimos levaram a que, a partir de 1990, as cooperativas tivessem grande dificuldade em encontrar comprador para os seus fogos, acumulando habitações para vender. O sector cooperativo retraiu-se, o número de fogos foi decrescendo progressivamente a partir dessa data, apesar de ainda em 1991 ter atingido 4 833 fogos na promoção anual. A distribuição geográfica da população, as opções políticas da gestão municipal e a estrutura demográfica e de povoamento são algumas das razões que condicionam o desenvolvimento das cooperativas nas regiões. De facto, o maior número de fogos construídos pelas cooperativas encontra-se no distrito de Lisboa, seguido do distrito do Porto e Faro. Esta promoção de habitação teve menos incidência nos distritos de Castelo Branco e Guarda.

Na década de 90, o número de membros das cooperativas de habitação rondava cerca de 100 000 o que equivale a dizer, grosso modo, que uma em cada 30 famílias portuguesas vivia numa habitação cooperativa ou esperava vir a fazê-lo sendo que 60% dessas famílias residiam na região de Lisboa e Vale do Tejo e 16% na Área Metropolitana do Porto. Até 1994 a promoção das cooperativas, embora em proporções diferentes era realizada em todos os distritos. Como já foi referido anteriormente, a promoção cooperativa tem vindo a diminuir ao longo dos últimos anos e isso verifica-se por todo o país. Entre 1995 e 2005 verifica-se que distritos como Castelo Branco, Bragança, Guarda, Leiria e Viana do Castelo deixaram de promover habitação social através das cooperativas de habitação.

A legislação atual que regulamenta a provisão de habitação pelas cooperativas de habitação é fruto de um processo legislativo que surgiu após o 25 de abril, o qual consagrou o quadro regulamentar do cooperativismo habitacional e o regime de financiamento por parte do Estado às cooperativas³⁰. O Decreto-Lei n.º 145/97 teve como objetivos atualizar e adaptar o regime de financiamento às cooperativas num único diploma, no quadro de um conjunto de alterações verificadas em termos da procura (caso dos jovens, por exemplo) e condições dos empréstimos, que se encontravam dispersos por vários diplomas.

³⁰ - Os principais instrumentos legislativos são: a Promoção Cooperativa para venda a custos controlados — DL n.º 145/97 de 11 de junho — e a Promoção para arrendamento — DL n.º 76/85 de 25 de março.

No âmbito deste diploma, as cooperativas de habitação têm acesso a empréstimos bonificados, para a construção de fogos destinados à venda, redução da taxa do IVA nas empreitadas relativas à construção dos empreendimentos e serviços conexos (fiscalização e elaboração de projetos), desde que as cooperativas cumpram os parâmetros de custo, venda e dimensão das casas, definidos para as habitações de custos controlados, bem como, determinadas regras relativas à propriedade e alienação das casas. Para além de um conjunto de benefícios fiscais, como isenção de Imposto Municipal sobre Transmissões de Imóveis (IMT) na aquisição de terrenos, isenção do pagamento de taxas e encargos pela realização de infraestruturas urbanísticas, isenção de taxas e emolumentos no registo de hipoteca em relação aos empréstimos e gratuidade dos atos de registo.

Apesar dos teóricos fundadores do cooperativismo, como António Sérgio, defenderem que a propriedade coletiva é a verdadeira propriedade cooperativa, esta modalidade teve uma aceitação muito limitada entre nós, sendo adotada, apenas, pelas cooperativas surgidas do Serviço de Apoio Ambulatório Local (SAAL) e pelas cooperativas filiadas na União das Cooperativas de Habitação Económica do Distrito de Setúbal (UCHEDES) relativamente aos seus primeiros empreendimentos.

A modalidade mais frequente tem sido a propriedade individual, em que a transmissão dos fogos aos cooperadores é feita através de contrato de compra e venda, segundo o qual a cooperativa transmite ao cooperador o direito real pleno da habitação. No caso da propriedade individual, o preço dos fogos construídos ou adquiridos pode ser satisfeito de uma só vez (o que é raro acontecer) ou através de empréstimos bancários, mediante hipoteca da habitação, segundo o sistema geral de crédito à habitação própria e permanente.

A preferência pela propriedade individual tem sido predominante devido, quer à política de financiamento praticada pelo Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana (IHRU) — que separa o financiamento à construção do financiamento à aquisição, passando este a ser concedido individualmente aos associados, através do regime geral de créditos, em condições iguais às do mercado, quer aos próprios cooperadores, dadas as características da sociedade portuguesa que valoriza a propriedade individual em desfavor da propriedade coletiva e do inquilinato cooperador. Aliás, quanto a este último, não foram tomadas quaisquer medidas que permitissem a sua implementação por parte das cooperativas, nem tão pouco qualquer mecanismo de incentivo.

É imprescindível no quadro atual de uma diminuição da procura para venda, que o IHRU repense os condicionalismos e mecanismos que possibilitem as cooperativas investirem na oferta para arrendamento. Os primeiros diplomas legais que regulamentavam o financiamento à construção pelo ex-F.F.H., os empréstimos concedidos às cooperativas de habitação obedeciam a uma taxa de juro muito baixa (3-5,8%), amortizada a longo prazo (25-30 anos). Estas condições financeiras permitiram às cooperativas desenvolver uma intensa atividade entre 1975-80 e integrarem os estratos populacionais de rendimentos médios-baixos, evoluindo, progressivamente, para as condições do mercado às quais, na prática, as cooperativas têm estado sujeitas, com taxas de juro mais elevadas.

Esta evolução do sistema de financiamento acabou por originar quer a substituição dos sócios de menor capacidade económica por outros provenientes dos estratos sociais médios e elevados, quer ainda, a dissolução de várias cooperativas após a execução dos empreendimentos, pois o vínculo com a cooperativa desaparece após a compra da casa, passando aquele para a instituição de crédito com a qual o cooperador estabeleceu o empréstimo. Assim a partir de meados dos anos 90 começa a sentir-se uma diminuição da promoção cooperativa através deste programa e várias cooperativas começam a ter grandes dificuldades em escoar o seu produto.

Um conjunto de razões está na origem da diminuição da promoção de habitação cooperativa em Portugal nos anos 90. Assim, em primeiro lugar, são de destacar as dificuldades de acesso ao solo público e a ausência de mecanismos mais eficazes (financeiros ou outros) para compartilhar os custos da compra do solo para promoções cooperativas habitacionais, o que conduziu as cooperativas a estratégias de aquisição de solo idênticas às do mercado. Como resultado, a incidência do custo do solo no preço final da habitação aumentou exponencialmente, aproximando os custos finais da habitação cooperativa aos custos correntes na promoção privada.

Também a crescente escassez de solo a preços comportáveis nas localizações onde se fazem sentir as carências habitacionais, fez com que as cooperativas procurassem solos em localizações cada vez mais afastadas das suas áreas de influência habitacional. Os custos sociais deste afastamento, embora permitindo a aquisição de solo a preço mais baixo, tornaram, muitas vezes, essas localizações inacessíveis para as camadas sociais com reduzido poder de mobilidade. Concomitantemente, com a progressiva cobertura nacional dos Planos Diretores Municipais (PDMs), a partir do início da década de 90, deixou de ser possível uma prática corrente de apoio dos municípios às coo-

perativas — o município comprava solo a preços baixos (o proprietário quase sempre não tinha a noção do seu valor para fins de construção) que depois cedia ou transacionava, a preços simbólicos, às cooperativas. Regulado o zonamento do solo urbanizável a situação não só muda drasticamente como, ao mesmo tempo, se criam expectativas exageradas de valorização dos preços. Esta situação foi agravada pelo facto de a lei não prever um regime especial para expropriação do solo destinado à produção de habitação cooperativa. A lei geral das expropriações, em vigor em Portugal, mesmo com a utilização do argumento da «utilidade pública» (aplicável às CHEs), favoreceu o estabelecimento de preços de expropriação ao nível dos preços correntes do mercado. Tal situação impediu os municípios de constituírem uma bolsa de terrenos públicos municipais que, mediante critérios a definir, poderiam favorecer as cooperativas dirigidas a estratos sociais não solventes.

Por seu turno, os benefícios concedidos pelo IHRU à habitação a custos controlados (bonificação de 1/3 da taxa de juro corrente), não compensam a burocracia excessiva na aprovação de financiamentos e projetos e as limitações impostas (áreas, *plafonds* de financiamento e custos) não satisfaziam as exigências dos novos cooperadores com rendimentos ou expectativas mais altos. Outrossim, a diminuição do poder de compra das populações que normalmente constituíam a procura potencial das cooperativas foi importante neste recuo, sendo de salientar que foi uma situação agravada pelo desaparecimento do crédito bonificado à aquisição.

Não podemos deixar de referir no final da década de 90, o Estatuto Fiscal Cooperativo³¹. Este estatuto abre a possibilidade às cooperativas recorrerem a empréstimos não bonificados, para a construção de habitações que se integrem nos parâmetros das HCC (mas com uma majoração de 20%), bem como a aplicação da taxa reduzida do IVA e benefícios fiscais, como isenção do pagamento de IMT na aquisição de terrenos e de Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) (só no caso dos prédios urbanos habitacionais em regime de propriedade coletiva, desde que destinados à ocupação própria e permanente dos cooperadores). Uma das vantagens deste estatuto é sem dúvida a majoração de 20%, quer quanto às áreas dos alojamentos, quer quanto aos custos de construção e venda, o que permitiu um acréscimo de qualidade das habitações e, ainda, alargar a procura a estratos populacionais com maior poder de compra, pelo que, várias cooperativas passaram a recorrer mais a este estatuto. Nas áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, a utilização deste estatuto tem permitido

³¹ - Estatuto Fiscal Cooperativo (Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro).

a construção de alojamentos com melhor qualidade e com preços abaixo do mercado livre.

Esta incursão pelas cooperativas e pelos instrumentos legais que as estruturam no tocante à habitação parece-nos fundamental para abordar a reivindicação pelo direito à cidade na contemporaneidade, não obstante as oscilações que o fenómeno cooperativo tem vindo a «sofrer», designadamente, os seus recuos. Assim, podemos afirmar que o movimento cooperativo se encontra, atualmente, numa situação paradoxal decorrente de duas questões. A primeira, implica que consideremos que do ponto de vista ideológico o movimento cooperativo se foi afastando, progressivamente, dos princípios fundadores e das populações inicialmente visadas. Atualmente, deparamo-nos com «cooperativas-empresas» cujo objetivo é o de servir as classes médias, que dispõem de rendimentos médios e médios-elevados, que, em alguns casos poderia aceder ao mercado livre. As cooperativas encontram-se, assim, afastadas da «ideologia popular» ancorada na organização espontânea de atores socialmente precarizados e que procuravam, na organização cooperativa, a solução para os seus problemas de habitação, assim como um meio de autorreferenciação e de inclusão social.

A segunda questão leva-nos a considerar que na crise atual de redefinição do Estado-Providência, as soluções neoliberais vêm ganhando mais força, tornando-se o mercado, por um lado, um importante agente regulador das dinâmicas sociais e, por outro, a eficiência na gestão das empresas privadas como o modelo organizacional a seguir, favorecendo os interesses individuais em desfavor dos interesses coletivos. A organização cooperativa encontra-se, assim, numa posição de sobrevivência difícil ou de resistência passiva, num contexto de uma contratualização social precária e episódica (os indivíduos organizam-se, cada vez mais, em função de objetivos e de projetos de curto-prazo); o Estado «assistencial» toma a seu cargo os grupos sociais mais precários e excluídos, o que contribui, também, para a diminuição da sua capacidade de auto-organização; o movimento cooperativo, por seu lado, deslizou para uma falta de legitimidade face à sociedade política, neste caso devido a uma escolha (ou, justamente, porque não tinha outra alternativa possível) a favor da lógica de eficácia do mercado. Dito de outra forma, a ação do movimento cooperativo está cada vez mais comprometida pelo interesse de classes sociais, cujos rendimentos constituem um contra-argumento para as reivindicações de medidas de discriminação positiva em face da promoção cooperativa.

Neste contexto, resta uma margem muito pequena para a contratualização entre as cooperativas já organizadas e o Estado ou os municípios. Saliente-se, ainda que, o ritmo e a agenda político-eleitoral, passando pelas necessidades dos eleitos locais apresentarem, rapidamente, os resultados da sua ação política, condicionam as opções e as prioridades da política habitacional, acabando as fórmulas de produção rápida de habitação por orientar as prioridades dos eleitos locais (casos do Programa Especial de Realojamento (PER) e dos Contratos de Desenvolvimento Habitacional (CDH). Refira-se também que, o facto de as grandes empresas de promoção e de construção imobiliária, se apresentarem melhor adaptadas para atingir economias de escala e sendo financeiramente mais sólidas, notavelmente no que diz respeito aos prazos de retorno do capital investido, que podem ser alargados, tende a diminuir a diferença dos custos de produção da habitação entre a promoção privada e a cooperativa (esta não tem como objetivo o lucro, mas é obrigada a reter uma parte das mais-valias de modo a poder suportar o arranque de novas promoções habitacionais).

Quanto ao inquilinato cooperativo, este tem estado praticamente ausente, devido, essencialmente, à falta de um financiamento mais atrativo para esta forma de promoção. A este propósito, a FENACHE propõe a criação de um Fundo de Garantia que poderia ser articulado com um programa de apoio às famílias em dificuldade (por exemplo, com o Rendimento Mínimo de Inserção). Relativamente à relação entre o Estado Central e as cooperativas, persiste uma falta de confiança recíproca: o primeiro acusa as cooperativas de se terem desviado dos grupos sociais alvo da sua ação, uma vez que a promoção cooperativa se dirige, cada vez mais, aos grupos de rendimento médio, pelo que esta situação impede a sua classificação como instituições de utilidade pública (com a exceção das CHEs). As cooperativas, por seu lado, atribuem ao Estado toda a responsabilidade pela sua situação atual, notavelmente, por falta de ajudas públicas suficientes nos momentos em que a conjuntura económica limitou a sua eficácia junto dos grupos sociais de menor capacidade económica.

A realidade atual dos factos reforça este clima de desconfiança e perturba todos os esforços de aproximação e de reformulação que as associações e federações de cooperativas reivindicam ao Estado. No entanto, os novos programas habitacionais, caso do PER, têm como objetivo a resolução rápida do alojamento precário, reorientando as prioridades das políticas municipais habitacionais e condicionando a recomposição do movimento cooperativo. Os municípios são, por princípio, os parceiros mais ativos e mais eficazes na cola-

boração com as cooperativas. Com efeito, nos «anos de ouro» do movimento cooperativo, esta colaboração estreita existiu, apesar de diferenças significativas entre municípios. No caso em que este partenariado funcionou, duas razões justificam o protagonismo atribuído pelo poder local às cooperativas, por um lado, algumas Câmaras dispunham de reservas de terreno para urbanizar (caso de Lisboa e Porto) ou recorreram, nos primeiros anos pós revolução, a expropriações e a aquisições de terrenos, cedendo-os às cooperativas (como, por exemplo, Matosinhos e outros concelhos do sul do país), por outro, o Estado Central e os municípios tinham um papel mais discreto na promoção habitacional. O lugar reservado à promoção cooperativa era mais expressivo e suscetível de interessar os poderes públicos.

Porém, os municípios nunca exerceram qualquer tipo de controlo na seleção dos cooperantes ou até mesmo sobre as cooperativas. Mesmo no caso das CHEs, o princípio de seleção fundamenta-se na ideia de que os custos e as características das construções (regulamentação dos parâmetros dimensionais, de custos bastante controlados, etc.) são suficientes para «filtrar» os cooperadores, apesar de esta situação ser, atualmente, posta em causa. Apesar das alterações legislativas permitirem uma maior flexibilização dos parâmetros dimensionais e de custos dos alojamentos, para além de contemplarem o financiamento de garagens, de arrecadações, de equipamentos sociais e comerciais, as CHEs para poderem cumprir os preços impostos pelo IHRU, serviram-se de várias alternativas, sendo as mais frequentes a transferência da responsabilidade e dos custos dos acabamentos interiores dos fogos para os proprietários ou, ainda, os défices financeiros serem cobertos com a venda das áreas comerciais existentes nos empreendimentos.

Face ao sistema que regulamenta o ordenamento do território e o urbanismo, a recente Lei de Bases do Ordenamento do Território não introduz qualquer alteração significativa ao nível da regulamentação dos sistemas de partenariado entre o domínio público e o privado. Assim, quer ao nível dos privados, quer das cooperativas, persiste um bloqueio quanto à possibilidade de criação de sociedades mistas de urbanização (municípios/particulares/cooperativas), que permitiria relançar a dinâmica cooperativa, segundo o princípio fundador e específico deste modo de promoção habitacional — construir *habitação com os habitantes*, em vez de construir *alojamentos para os habitantes*. Este é o dado crítico que tem vindo a caracterizar a progressão da iniciativa habitacional cooperativa em Portugal, sendo também o dado mais evidente do escamoteamento do direito à cidade fundado nos princípios do cooperativismo.

4. AS COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO NA ÁREA METROPOLITANA DO PORTO

A maioria, das cooperativas da Área Metropolitana do Porto (AMP), foi criada entre 1974-1978, na sequência do apoio então dado pelo Governo e pelas Câmaras Municipais, tal como aconteceu, aliás, ao nível do país. Relativamente à sua distribuição geográfica, verifica-se que são os concelhos do Porto e de Matosinhos que detêm o maior número de fogos construídos por cooperativas, graças ao apoio dado pelas Câmaras, nomeadamente, na disponibilização de terrenos, na aprovação dos projetos de construção e na isenção de taxas municipais. Uma das vantagens do estatuto Fiscal Cooperativo é sem dúvida a majoração de 20%, quer quanto às áreas dos alojamentos, quer quanto aos custos de construção e venda, o que permitiu um acréscimo de qualidade das habitações e, ainda, alargar a procura a estratos populacionais com maior poder de compra, pelo que, diversas cooperativas passaram a recorrer mais a este estatuto, como foi o caso de várias cooperativas da AMP.

Atualmente, existem na AMP, cerca de 30 000 alojamentos construídos pelas cooperativas entre 1976 e 2011, em conjuntos residenciais com reconhecidos níveis de qualidade ao nível não só das habitações, mas também, de espaços exteriores e equipamentos sociais, muitos dos quais inexistentes em HCC, qualidade essa expressa no número de prémios nacionais que têm sido atribuídos desde 1988, pelo atual Instituto de Habitação e Reabilitação Urbana (IHRU), anterior Instituto Nacional de Habitação (INH). Estes conjuntos residenciais foram inovadores na participação dos próprios utentes em todo o processo. Na verdade, a estratégia de desenvolvimento dos projetos cooperativos, que associa a poupança prévia das famílias a outras formas de financiamento — nomeadamente as linhas de crédito bonificadas à construção concedidas pelo INH/IHRU — possibilita a criação de um contexto de intervenção dos consumidores, quer no projeto, quer na gestão posterior do espaço construído. Esta situação contribui, significativamente, não só para uma melhoria da qualidade do espaço habitacional e dos espaços envolventes, como ainda, para uma grande satisfação/apropriação dos bairros, por parte dos moradores. Saliente-se, também, que a promoção cooperativa tem possibilitado a mistura de grupos sociais.

A política de apoio às cooperativas por parte do Estado tem tido «altos e baixos», devido ao desajustamento das condições de financiamento, à falta de solos a preços adequados, à perda de poder de compra da classe «média/baixa», ao aumento de custo de natureza fiscal, processual e burocrática, com

consequências, nos custos finais da habitação. O dinamismo em termos construtivos, comprova que o cooperativismo tem potencialidades e características que o vocacionam para um papel fundamental numa política de habitação dinâmica e inovadora, sendo parceiros fundamentais para proporcionar o acesso à habitação de interesse social com qualidade e a preços vantajosos, sobretudo se dispuserem dos indispensáveis (e viáveis) apoios institucionais.

Na verdade, as cooperativas dispõem de quadros experientes na promoção habitacional, têm um bom relacionamento com os municípios, possuem um potencial de poupança-habitação importante e o processo de promoção cooperativo garante uma melhor adequação dos alojamentos às necessidades das famílias. Outro aspeto a salientar é o facto de a cooperativa permitir uma adequada gestão do seu parque habitacional e dos espaços exteriores, fatores decisivos para a manutenção das urbanizações.

Numa altura em que tanto se fala da falta de qualidade e degradação do espaço construído, sobretudo das áreas centrais e das novas áreas predominantemente residenciais das periferias urbanas, não podemos deixar de salientar a qualidade urbana de alguns conjuntos residenciais, promovidos pelas cooperativas da AMP, onde se conseguiu um equilíbrio entre o espaço residencial (com uma qualidade arquitetónica assinalável), a implantação de equipamentos de lazer e de algumas atividades económicas, constituindo conjuntos socialmente integrados e integradores.

Outra das áreas em que as cooperativas revelam potencialidades acrescidas é na área da gestão de serviços de manutenção e conservação do edificado, espaços envolventes e serviços de apoio à população, sendo aliás uma área que as cooperativas têm mostrado a sua disponibilidade para assegurar este tipo de serviços, mesmo em urbanizações construídas por outros agentes públicos. A título meramente exemplificativo, podemos referir alguns empreendimentos de qualidade, que constituem verdadeiros troços de nova cidade bem habitada e vitalizada, como por exemplo, as urbanizações da Barranha, do Carriçal (prémio INH 1990), da Azenha de Cima (prémio INH 1991), na Senhora da Hora, concelho de Matosinhos, Quinta do Sol em Valbom, Gondomar, da cooperativa Sete Bicas; a urbanização do Forno em Rio Tinto, Gondomar, da cooperativa Mãos à Obra (prémio INH, 1989); a Quinta da Bela Vista, na Madalena em Vila Nova de Gaia, da URBICOOPE; a cidade cooperativa da Prelada, no Porto, promoção de uma união de cooperativas; a urbanização da Ponte da Pedra, em Leça do Balio, primeiro empreendimento habitacional de construção sustentável (prémio IHRU 2007), promoção da união das cooperativas Sete Bicas, CETA e Nortecoope; o conjunto habitacional da Bouça

(prémio IHRU 2007), no Porto, projeto do arquiteto Siza Vieira (no âmbito do SAAL), que foi terminado pela união de cooperativas, constituída pela Sete Bicas, CETA e antiga associação de moradores da Bouça; o conjunto habitacional da SACHE do arquiteto Manuel Correia Fernandes em Aldoar, no Porto, da mesma cooperativa o empreendimento de Serralves em Lordelo do Ouro, que inclui 6 edifícios novos e a reabilitação do edifício de escritórios da antiga fábrica de Lanifícios de Lordelo (para escritórios e sala de exposições), também do arquiteto Manuel Correia Fernandes e a urbanização da cooperativa dos funcionários judiciais em Valbom, Gondomar.

Uma grande parte das urbanizações cooperativas desenvolveu-se em terrenos não urbanizados das freguesias da periferia e, portanto, desinseridos da malha urbana pré-existente, com uma dimensão e densificação por vezes assinalável. Devido a estas circunstâncias elas acabaram por constituir o «motor de arranque» para a urbanização posterior das áreas onde se implantaram. Estas urbanizações são constituídas, essencialmente, por edifícios multifamiliares. No entanto, existe também um conjunto significativo de moradias, ocorrendo por vezes urbanizações mistas, com moradias e prédios multifamiliares.

Saliente-se, ainda, que muitas destas urbanizações não se limitam a áreas exclusivamente residenciais, possuindo áreas de lazer e para a prática de desportos, para além de áreas comerciais e equipamentos escolares (creche e ATL). Estas características conferem a estas urbanizações uma qualidade de vida urbana ímpar, fruto das preocupações sociais que caracterizam o movimento cooperativo, qualidade que contrasta, muitas vezes, com as das áreas envolventes. Assim, a promoção cooperativa pela sua qualidade construtiva, inserção urbanística, boa gestão e *mix* social, apresenta uma capacidade que pode ser considerada como uma opção estratégica para muitos municípios, sendo terreno privilegiado de materialização da utopia do direito à cidade para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA. VV., “Banlieues...Intégration ou explosion?”, *Panoramiques*, Vol. II, n.º 12, 1993.

ALMEIDA, J. FERREIRA DE E OUTROS, *Exclusão Social. Factores e tipos de pobreza em Portugal*, Celta Editora, Oeiras 1992.

ALMEIDA, J. FERREIRA DE, «Integração social e exclusão social. Algumas questões», in *Análise Social*, vol. XXVIII, n.º 123-4, 1993.

AMARO, ROGÉRIO ROQUE, «A inserção económica de populações desfavorecidas, factor de cidadania», in *Sociedade e Trabalho*, n.º 8/9, 2000.

ASCHER, FRANÇOIS, *Metapolis – acerca do futuro da cidade*, Celta Editora, Oeiras, 1998.

AUGÉ, MARC, *Los “No Lugares” – espacios del anonimato. Una Antropología de la Sobremodernidad*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1995.

BÉHAR, DANIEL, «Banlieues ghettos, quartiers populaires ou ville éclairée», in *Les Annales de la Recherche Urbaine*, n.º 68/69, 1995.

BENKO, GEORGES / ALAIN LIPIETZ (orgs.), *As Regiões Ganadoras: distritos e redes. Os Novos Paradigmas da Geografia Económica*, Celta Editora, Oeiras, 1994.

BOHIGAS, ORIOL in ODILE FILION (org.), *La Ville – Six interviews d’architectes à la occasion de l’exposition «La Ville» au Centre Georges Pompidou*, Publications du Moniteur, Paris, 1994.

CASTEL, ROBERT, “De l’indigence à l’exclusion, la désaffiliation – précarité du travail et vulnérabilité relationnelle”, in J. Donzelot (dir), *Face à l’Exclusion – le modèle français*, Ed. Esprit, Paris, 1993.

CASTELLS, MANUEL, *Problemas de Investigação em Sociologia Urbana*, Editorial Presença, Lisboa, 1994.

CASTELLS, MANUEL, *The Informational City. Information Technology, Economic Resctruturing, and the urban-regional process*, Basil Blackwell, Oxford, 1989.

FERNANDES, A. TEIXEIRA, “Formas e mecanismos de exclusão social”, *Sociologia – Revista da Faculdade de Letras do Porto*, vol. I, série I, 1991.

FERREIRA, J. M. CARVALHO, “Marginalidade e movimentos sociais nos contextos urbanos”, in *Estruturas Sociais e Desenvolvimento, Actas do III Congresso Português de Sociologia*, Editorial Fragmentos/APS, Lisboa, 1993.

GENESTIER, PHILIPPE, “Quel avenir pour les grands ensembles?”, in JOEL ROMAN (ed.), *Ville, Exclusion et Citoyenneté – Entretiens de la Ville II*, Ed. Esprit, Paris, 1993.

GRAFMEYER, YVES, “La ségrégation spaciale”, in SERGE PAUGAM (dir.), *L’Exclusion, l’État des Savoirs*, Éditions La Découverte, Paris, 1996.

GRAFMEYER, YVES, “Regards sur la ségrégation”, in J. BRUN E C. REIN (orgs.), *La Ségrégation dans la Ville*, Paris, Ed. L’Harmattan, 1993.

GROS, MARIELLE, *Espaço Residencial e Modo de Vida – Contributos da Sociologia para a Reabilitação de uma Área Urbana Degradada* – Dissertação de Doutoramento, Aveiro, Departamento de Ambiente e Ordenamento, 1998, doc. policopiado.

GUERRA, ISABEL, “As pessoas não são coisas que se ponham em gavetas”, *Sociedade e Território*, n.º 20, 1994.

GUERRA, PAULA, “Cenários portuenses de insegurança. Contributos do interacionismo simbólico para uma análise sociológica da construção mediática do desvio” in *História – Revista da Faculdade de Letras*, Vol. 3, 2002.

GUERRA, PAULA, “O Bairro do Cerco do Porto: cenário de pertenças, de afectividade e de simbologias”, *Sociologia – Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, N.º 12, 2002.

JACQUIER, CLAUDE, “La citoyenneté urbaine dans les quartiers européens”, in Joel Roman (ed.), *Ville, Exclusion et Citoyenneté – Entretiens de la Ville II*, Ed. Esprit, Paris, 1993.

LAPEYRONNIE, DIDIER, “De l’intégration à la ségrégation”, in JOEL ROMAN (ed.), *Ville, Exclusion et Citoyenneté – Entretiens de la Ville II*, Paris, Ed. Esprit, 1993.

MARQUES, TERESA SÁ, coord., *Plano Estratégico da Habitação Política de Habitação*, Porto: CEGOT, 2008.

MARQUES, TERESA SÁ / FÁTIMA MATOS / PAULA GUERRA / DIOGO RIBEIRO, “Uma reflexão compreensiva e prospetiva da habitação nas metrópoles de Lisboa e Porto”, in *Atas do 2.º Congresso Internacional da Habitação no espaço Lusófono e 1.º Congresso Construção e reabilitação sustentável de edifícios no Espaço Lusófono*, Lisboa: LNEC, 2013.

MARQUES, TERESA SÁ / FÁTIMA MATOS / PAULA GUERRA / DIOGO RIBEIRO, “Morfológicas habitacionais a nível nacional: para uma política de habitação territorializada”, in *Atas do 2.º Congresso Internacional da Habitação no espaço Lusófono e 1.º Congresso Construção e reabilitação sustentável de edifícios no Espaço Lusófono*, Lisboa: LNEC, 2013.

MARTENS, ALBERT / MONIQUE VERYAEKE (coord.), *La Polarisation Sociale des Villes Européennes*, Ed. Anthropos, Paris, 1997.

MATOS, FÁTIMA LOUREIRO DE, *A habitação no Grande Porto. Uma perspectiva geográfica da evolução do mercado e da qualidade habitacional desde finais do séc. XIX até ao final do milénio*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2001.

MOLLENKOPF, J. H. / MANUEL CASTELLS (eds.), *Dual City: restructuring New York*, Russel Sage Foundation, New York, 1991.

PEREIRA, N. TEOTÓNIO, *Tempos, Lugares, Pessoas*, Lisboa, Ed. Público, Lisboa, 1997.

Secretaria de Estado da Habitação (2000) – *O sector da habitação no ano 2000*, Lisboa: Governo de Portugal.

VIARD, JEAN, *La Sociéte d'Archipel – ou les territoires du village global*, Ed. de l'Aube, Paris, 1994.

VILAÇA, EDUARDO / ISABEL GUERRA, “Degradação do parque habitacional”, *Sociologia – Problemas e Práticas*, n.º 15, 1994.

VILAÇA, HELENA, “As associações de moradores enquanto aspecto particular do associativismo urbano e da participação social”, in *Sociologia – Revista da Faculdade de Letras do Porto*, I Série, Vol. IV, 1994.

WACQUANT, LOÏC, “Da América como o avesso da utopia” in Daniel Lins (org.), *Cultura e Subjectividade. Saberes Nômades*, Papirus Editora, Campinas, 2000.

LEGISLAÇÃO

Estatuto Fiscal Cooperativo — Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro.

Aquisição e infraestruturas de terrenos — Decreto-Lei n.º 385/89, de 8 de novembro.

Construção de Habitação a Custos Controlados para venda — Decreto-Lei n.º 220/83, de 26 de maio.

Promoção Cooperativa para venda a custos controlados — Decreto-Lei n.º 145/97, de 11 de junho.

Construção ou Aquisição de Habitação a Custos Controlados para Arrendamento — Decreto-Lei n.º 110/85, de 17 de abril.

Promoção para arrendamento — Decreto-Lei n.º 76/85, de 11 de março.

ACTUALIDADE XURÍDICA

Coordinador: Manuel José Vázquez Pena

- Elena Salgado André
Modificacións introducidas pola Orde de 31 de maio de 2012 no modelo orientativo de estatutos sociais da sociedade cooperativa especial
- María Luisa Cabello López
A lei de fomento da integración de cooperativas e doutras entidades asociativas de carácter agroalimentario
- Xacobo Izquierdo Alonso
Baixa voluntaria: non acumulación das deducción feitas na liquidación ao socio por incumprimento do periodo de permanencia coas relativas ao incumprimento do compromiso de non causar baixa voluntaria durante a vixencia dun programa operativo [Anotación á sentenza do Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm. 575/2012 de 10 de outubro. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo]
- Francisco Torres Pérez
Anotación á sentenza da Audiencia Provincial de Murcia (Secc. 4ª 346/2012) de 24 de maio. relator: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader
- José Antonio Rodríguez Míguez
Convocatoria xudicial e xurisdicción voluntaria (comentario ao auto da Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, do 3 de decembro de 2012)
- Estanislao de Kostka Fernández Fernández

A responsabilidade dos membros do consello reitor dunha cooperativa, en aplicación do artigo 367 da Lei de sociedades de capital (comentario á sentenza da Audiencia Provincial de León 335/2012, de 12 de xullo)

- Isabel Sánchez Cabanelas
Cooperativa de vivendas. Baixa voluntaria non xustificada
- María Jesús Rodríguez Míguez
Impugnación dos acordos do consello reitor dunha cooperativa de vivendas e improcedencia da dedución de cantidades nas devolucións por baixa xustificada dun socio. Comentario da SAP de Palencia núm. 31/2013 (Sección 1), de 4 febreiro
- Sinesio Novo Fernández
Acordos do Consello reitor de natureza sancionatoria. Comentario da SAP de Burgos núm. 214/2012 (Sección 3ª), de 23 de mayo

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 93-95

MODIFICACIÓNS INTRODUCIDAS POLA ORDE DE 31 DE MAIO DE 2012 NO MODELO ORIENTATIVO DE ESTATUTOS SOCIAIS DA SOCIEDADE COOPERATIVA ESPECIAL

Elena SALGADO ANDRÉ

Co propósito de axilizar o proceso de constitución das sociedades cooperativas, flexibilizar o seu funcionamento orgánico e modernizar o seu réxime económico, a Lei 8/2006, de 23 de decembro, de sociedades cooperativas especiais, crea un novo modelo de sociedade cooperativa —a sociedade cooperativa especial— que da resposta ás necesidades económicas dos seus socios e, en xeral, satisfai calquera tipo de necesidade empresarial. Pois ben, o apartado 3 do seu artigo 6 dispón que “por Orde da Consellería competente en materia de sociedades cooperativas aprobarase un modelo orientativo de estatutos sociais da sociedade cooperativa especial que estará dispoñible por medios telemáticos”.

Xustamente para dar cumprimento a esta obrigaón, adoptouse a Orde de 23 de maio de 2007, polo que se aproba o modelo orientativo de estatutos sociais da sociedade cooperativa especial. A Orde contén as previsións estatutarias esenciais necesarias para regular o funcionamento deste tipo de entidades, establecendo que no non previsto aplicárase a xa citada Lei 8/2006, así como a Lei 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura. Na medida en que esta última foi reformada urxentemente mediante Decreto-Lei 1/2011, de 11 de novembro, resultaba necesario modificar o modelo orientativo de estatutos sociais da sociedade cooperativa especial. Para iso, apróbase a Orde de 31 de maio de 2012 que modifica o Anexo da Orde de 2007 e, máis concretamente, os artigos 10, 13, 16, 17, 18 e a segunda nota referente ás Sociedades Cooperativas de explotación comunitaria da terra.

Así as cousas, dentro do artigo 10 (“Baixa Voluntaria”), cámbiase a redacción do seu apartado 2 ao que se lle engade unha nova causa —a transforma-

ción de achegas— que vén a engrosar a lista de supostos nos que a baixa non se considera xustificada. De forma que, con independencia de que o socio poida darse de baixa voluntariamente na cooperativa en calquera momento, se alega a transformación de achegas como motivo para cursar a mesma será cualificada como baixa inxustificada.

O apartado 6 do artigo 13 (“Asemblea Xeral”) establece que, á marxe dos supostos xa previstos, será necesaria a maioría dos dous terzos dos votos presentes e representados para aprobar a transformación das achegas con dereito de reembolso en caso de baixa en achegas cuxo reembolso en caso de baixa poida ser rehusado incondicionalmente polo órgano de administración e representación ou a transformación inversa.

O artigo 16 (“Capital Social”), logo de afirmar que o capital social estará constituído polas achegas dos socios, aclara que ditas achegas serán de dous tipos: achegas con dereito de reembolso en caso de baixa e achegas cuxo reembolso en caso de baixa pode ser rehusado incondicionalmente polo órgano de administración e representación. A continuación, no apartado 2, engade que a Asemblea Xeral poderá proceder á transformación dunhas achegas noutras cando conte co voto favorable dos dous terzos dos votos presentes e representados. Agora ben, o socio que fixese constar de forma expresa a súa disconformidad co acordo, ou o ausente por causa xustificada, ten un prazo dun mes para darse de baixa da cooperativa coa cualificación de xustificada.

Dentro do artigo 17 (“Achega obligatoria minima”), introdúcese un novo apartado para regular as achegas ao capital dos novos socios. En tal suposto, as achegas efectuaranse con carácter preferente mediante a adquisición daquelas cuxo reembolso fose solicitado con motivo da transformación dun tipo das achegas noutra. Polo demais, dita adquisición producirase por orde de antigüidade das solicitudes de reembolso e, no caso de que as solicitudes teñan a mesma data, distribuirase en proporción ao importe das achegas.

Finalmente, o artigo 18 (“Reembolso e transmisión das achegas”) contén as condicións e prazos para proceder ao reembolso das achegas unha vez finalizada a relación societaria. Así, nas achegas obrigatorias con dereito de reembolso en caso de expulsión poderase practicar unha dedución de ata un 30% e devolver as cantidades no prazo de 5 anos, e, para o suposto de baixa obligatoria ou voluntaria non xustificada, unha dedución do 20% e devolver as cantidades no prazo de 3 anos ou de 1 tratándose de baixa xustificada ou defunción. Agora ben, se a baixa débese á transformación dunhas achegas noutras, a Asemblea poderá fixar a porcentaxe máxima de capital social que

será devolto no exercicio económico, de forma que o importe pendente se reembolsará no seguinte por orde de antigüidade das solicitudes de reembolso ou, na súa falta, da data da baixa. No que respecta ás achegas voluntarias, se reembolsarán nas condicións que sinale o acordo de emisión ou conversión, tendo en conta que o prazo máximo para o reembolso das achegas en caso de transformación dunhas noutras será de 5 anos a contar desde a data da baixa.

Por outra banda, nas achegas, xa sexan de carácter voluntario ou obrigatorio, cuxo reembolso en caso de baixa pode ser rehusado incondicionalmente polo Órgano de Administración aplícanse os mesmos criterios que nas achegas con dereito de reembolso á hora de proceder á liquidación das cantidades, aínda que o prazo computarase desde a adopción do acordo de reembolso polo Órgano de Administración.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 97-105

A LEI DE FOMENTO DA INTEGRACIÓN DE COOPERATIVAS E DOUTRAS ENTIDADES ASOCIATIVAS DE CARÁCTER AGROALIMENTARIO

María Luisa CABELLO LÓPEZ

1. INTRODUCCIÓN

O asociacionismo agrario, como fenómeno xeral, e as cooperativas en particular, son protagonistas do gran cambio experimentado no sector agroalimentario español, contribuíndo á vertebración do territorio, ao dar continuidade á actividade agraria, fomentando o emprego rural e tendo unha especial capacidade para ser motor de desenrolo económico e social, favorecendo, por tanto, a viabilidade e sostenibilidade das nosas zoas rurais.

Se trata, sen embargo, dun sector que se caracteriza por unha forte atomización, que está a provocar que as entidades que forman parte do mesmo, incluso as millor estruturadas, no vexan rentabilizados os seus esforzos e inversións. Faise necesario, neste senso, por en marcha medidas que fomenten a integración e a potenciación de grupos comercializadores de base cooperativa e asociativa, con implantación e ámbito de actuación superior ao dunha comunidade autónoma, que resulten capaces de operar en toda a cadea agroalimentaria, tanto nos mercados nacionais como nos internacionais, e que contribúan a millorar a renda dos agricultores, consolidando así un tecido industrial agroalimentario nas nosas zonas rurais.

Con este plantexamento, expresamente recollido no seu Preámbulo, vense de aprobar a Lei 13/2013, de 2 de agosto, “*de fomento da integración de cooperativas e doutras entidades asociativas de carácter agroalimentario*” (Boletín Oficial do Estado do 3 de agosto de 2013; corrección de erros no de 18 de setembro); Lei que se estrutura en cinco Capítulos con seis artigos,

unha disposición adicional, unha disposición transitoria e cinco disposicións finais. Nesta norma, para corrixir as desvantaxes que provoca a aludida atomización, o Goberno fíxase “*como un eixe prioritario de actuación o impulso e fomento da integración cooperativa e asociativa, na convicción de que favorecerá a competitividade, o redimensionamento, a modernización e a internacionalización*” das entidades do sector, “*no marco das reformas estruturais para millorar a economía e competitividade do país*”.

2. O CONTIDO PROPIAMENTE DITO DA LEI 13/2013

O Capítulo I (“*Disposicións xerais*”) establece, nos artigos 1 e 2, o obxecto, o ámbito de aplicación e os fins da Lei. Respecto do primeiro, sinala o artigo 1, apartado primeiro, que o mesmo consistirá en “*fomentar a fusión ou integración das cooperativas agroalimentarias e doutras entidades de natureza asociativa mediante a constitución ou a ampliación de entidades asociativas de ámbito supra-autonómico*”, instrumentando, no seu caso, as medidas necesarias para obter un tamaño adecuado que lles permita alcanzar os fins descritos na Lei, que logo veremos.

O apartado segundo deste mesmo artigo dispón que a Lei será de aplicación ás entidades asociativas agroalimentarias calificadas de prioritarias, a aquelas entidades asociativas que as integran, no seu caso, así como aos produtores individuais, xa sexan persoas físicas ou xurídicas, que forman parte das mesmas.

Aos efectos da Lei, serán entidades asociativas “*as sociedades cooperativas, as cooperativas de segundo grao, os grupos cooperativos, as sociedades agrarias de transformación, as organizacións de produtores con personalidade xurídica propia, recoñecidas de acordo ca normativa comunitaria no ámbito da Política Agraria Común e as entidades civís ou mercantís, sempre que máis do cincuenta por cento do seu capital social pertenza a sociedades cooperativas, a organizacións de produtores ou a sociedades agrarias de transformación. No caso de que estas entidades económicas teñan a forma de sociedade anónima, as súas accións deberán ser nominativas*” (apartado terceiro do artigo 1).

Polo que fai aos “*fins*” cuia consecución pretende a Lei, o artigo 2 apunta os seguintes: a) Fomentar a agrupación dos primeiros eslabóns que conforman a cadea alimentaria, mediante a fusión ou integración das entidades asociativas, con obxecto de favorecer o seu redimensionamento, millorar a súa competitividade e contribuir á posta en valor das súas producións; b) millorar a

formación dos responsables na gobernanza e xestión de ditas entidades, en especial nas novas ferramentas e instrumentos de xestión; c) contribuír á millora da renda dos produtores agrarios integrados nas entidades asociativas; e d) favorecer a integración dos produtores en entidades asociativas prioritarias, así como en calquera das entidades asociativas previstas no apartado terceiro do artigo 1, xa apuntado, a fin de millorar a súa posición no mercado e a súa participación no proceso de valorización e comercialización dos seus produtos.

Coma é lóxico, as medidas que se arbitren para alcanzar os fins sinalados “*se exercitarán de conformidade co Dereito Comunitario que resulte de aplicación, en particular á normativa de axudas públicas, e cas normas e principios recollidos na Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia*” (apartado segundo do artigo 2).

O artigo 3, único que integra o Capítulo II (“*Entidades asociativas prioritarias*”), no seu apartado primeiro, enumera unha serie de requisitos, en concreto cinco, para que unha entidade asociativa poda ter a consideración de prioritaria: a) Ser entidade asociativa agroalimentaria das disputas no xa citado apartado terceiro do artigo 1; b) ter implantación e un ámbito de actuación de carácter supra-autonómico; c) levar a cabo a comercialización conxunta da totalidade da produción das entidades asociativas e dos produtores que as compoñen; d) que a facturación da entidade asociativa solicitante, ou a suma das facturacións das entidades que se fusionan ou integran, alcance, alomenos, a cantidade que se determine regulamentariamente; e) constar expresamente nos estatutos ou disposicións reguladoras correspondentes ás distintas entidades que compoñen a entidade asociativa prioritaria, así como nos de esta entidade, a obriga dos produtores de entregar a totalidade da súa produción, para a súa comercialización en común; e f) os estatutos ou disposicións reguladoras da entidade asociativa prioritaria e das entidades que a integran deberán contemplar as necesarias previsións para garantir aos seus produtores asociados o control democrático do seu funcionamento e das súas decisións, así como para evitar a posición de dominio dun ou varios dos seus membros.

Continúa o apartado segundo sinalando que “*a solicitude da entidade interesada, o Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente procederá ao recoñecemento da entidade asociativa prioritaria, conforme ao procedemento que se estableza regulamentariamente*”. As entidades asociativas agroalimentarias recoñecidas como prioritarias, as entidades que as integren e os produtores que formen parte das mesmas, que non cumpran cos requisitos

esixidos para manter a súa condición, non poderán beneficiarse das axudas e beneficios previstos nas normas reguladoras da súa concesión. Tamén regulamentariamente se determinará a forma e condicións na que se deba acreditar o mantemento dos requisitos e as consecuencias da súa perda (apartado terceiro do artigo 3).

Tendo en conta que, en calquer caso, sería convinte incluír un réxime transitorio para os casos nos que as entidades socias dunha entidade asociativa prioritaria non manteñan o principio de exclusividade nas súas entregas, o Lexislador ten introducido na Lei unha disposición transitoria única ao efecto [*“Réxime transitorio do artigo 3.1 c)”*]: *“Reglamentariamente se establecerá un período transitorio a efectos de cumprir o previsto no apartado c) do artigo 3.1 desta Lei, para as entidades asociativas que non cumpran co previsto no mesmo, no momento da solicitude do seu recoñecemento e inscrición no Rexistro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias”*.

Si transcorrido dito período continúa habendo entidades asociativas que non entregan a totalidade da súa produción comercializable á Entidade Asociativa Prioritaria na que están integradas, *“ditas entidades e os socios que as compoñen perderán os beneficios que poideran corresponderlles en aplicación do establecido no Capítulo III (que vemos a continuación)”*.

Asimesmo, a Entidade Asociativa Prioritaria deberá someterse a un novo procedemento de recoñecemento para determinar que, contando exclusivamente cas entidades que sí entregan a totalidade da súa produción, cumpre o conxunto de condicións establecidas no antes mencionado artigo 3. No caso de que estas condicións non se cumpran, dita Entidade perderá a condición de prioritaria.

O Capítulo III (*“Axudas e beneficios previstos”*), que consta dun único artigo, o 4, refírese ás axudas e beneficios previstos ante as diferentes situacións de preferencia tanto das entidades asociativas resultantes como das que as integran e o seus produtores.

En concreto, as entidades asociativas recoñecidas como prioritarias poderán ter preferencia, de acordo ca normativa específica contida nas bases reguladoras de cada convocatoria, na concesión de subvencións e axudas en materia de inversións materiais ou inmateriais destinadas a mellorar os procedementos de xestión e comercialización; no acceso a actividades formativas e de cooperación; en materia de internacionalización, de promoción e de I+D+i; no acceso ás liñas ICO de financiación preferente, que especificamente se establezan, ou outras das que poidan ser beneficiarias, así como nas actuacións

contempladas nos Programas de Desenrolo Rural, a favor da competitividade, a transformación e a comercialización; e en calesquera outras que para estes mesmos fins se determinen regulamentariamente.

Pola súa banda, as entidades asociativas integradas en entidades asociativas recoñecidas como prioritarias poderán ter preferencia, de acordo ca normativa específica contida nas bases reguladoras de cada convocatoria, na concesión de subvencións e axudas en materia de inversións materiais ou inmateriais destinadas a millorar os procedementos de xestión e transformación; no acceso a actividades formativas e de asistencia técnica; nas contratacións de pólizas que poidan establecerse para estas entidades no marco do Sistema de Seguros Agrarios Combinados; no acceso a programas ou actuacións en I+D+i e en novas tecnoloxías, enfocadas especificamente á millora da competitividade, a transformación e a comercialización; ou en calesquera outras que para estes mesmos fins se determinen regulamentariamente.

No que fai aos produtores agrarios que formen parte de entidades asociativas prioritarias ou das entidades asociativas que as compoñen, poderán ter preferencia, dacordo ca normativa específica contida nas bases reguladoras de cada convocatoria, na concesión de subvencións e axudas para millorar a súa competitividade e orientar a súa produción ao mercado no marco da entidade asociativa prioritaria da que formen parte, respecto aos produtos para os que ten sido recoñecida; e en calesquera outras que para estes mesmos fins regulamentariamente se determine.

Coma é obvio, a citada preferencia a establecer na normativa específica contida nas bases reguladoras de cada convocatoria non poderá ter carácter absoluto. Tamén deberá quedar garantido nas bases que non existirá discriminación no acceso ás axudas e subvencións destinadas ás entidades e produtores, con independencia de cal sexa a organización, entidade ou asociación a través da cal sexan tramitadas ou xestionadas.

O Capítulo IV da Lei 13/2013 (“*Rexistro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias*”) tamén consta dun único artigo, o artigo 5. A través do mesmo se crea no Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente, adscrito á Dirección Xeral da Industria Alimentaria, un Rexistro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, no que se inscribirán as entidades desta natureza recoñecidas dacordo co establecido no texto que analizamos e no seu futuro regulamento de desenrolo.

As inscricións neste Rexistro se realizarán a petición da entidade asociativa prioritaria e unha vez comprobado polo Ministerio o cumprimento dos

requisitos establecidos. Sendo así, parece lógico que a norma prevea que os responsables das entidades asociativas prioritarias vendrán obrigados a comunicar ao Ministerio os cambios que poideran afectar á súa condición de prioritarias cando se produzan. Adicionalmente, con carácter anual, procederán tamén a actualizar a relación de produtores que forman parte das mesmas.

O artigo 6 completa por sí solo o Capítulo V (“*Financiación das axudas e a colaboración das Comunidades Autónomas*”). Trátase dun artigo breve que comeza poñendo de manifesto que as axudas ás que se refire a Lei poderán ser financiadas pola Administración Xeral do Estado e polas das Comunidades Autónomas.

Nesta idea, o Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente presentará na Conferencia Sectorial que corresponda por razón da materia o “*Plan Estatal de Integración Asociativa*”, no que se incluírán as actuacións e dotacións previstas polo Departamento para impulsar a aplicación da Proyecto de Ley, así como as actuacións previstas, neste mesmo senso, polas distintas Comunidades Autónomas. Inclúirá este plan un balance dos logros que vaian alcanzando.

3. A MODIFICACIÓN DA LEXISLACIÓN COOPERATIVA ESTATAL

Para contribuir a facilitar de modo particular o desenvolvemento do sector cooperativo en España, que na actualidade presenta un importante potencial económico con máis de cen mil empregos directos, requírese, a xuízo do lexislador, unha importante ampliación dos seus fins e actividades, o que supón unha revisión da súa regulación básica, tanto de índole sustantiva como fiscal. Estas medidas, continúa o Lexislador, farán posible un mellor desenvolvemento das súas posibilidades de xeración de emprego, para o cal a normativa legal debe ofrecerlles a posibilidade de facerse cargo de actuacións e servizos que repercutan en beneficio do territorio rural e da súa poboación, ao mesmo tempo que lles permita ampliar o seu desenvolvemento empresarial aos efectos de acadar unha maior dimensión.

Con este plantexamento, e a través das disposicións derradeiras segunda e terceira da Lei 13/2013, se introducen modificacións na Lei 27/1999, de 16 de xullo, de “*Cooperativas*” (concretamente, en tres dos seus artigos), e na Lei 20/1990, de 19 de decembro, “*sobre réxime fiscal das Cooperativas*” (soamente en un dos seus artigos).

3.1. A modificación da Lei 27/1999, de “Cooperativas”, a través da disposición derradeira segunda.

A disposición derradeira segunda da Lei 13/2013 modifica os artigos 6, 56 e 93 da Lei Estatal de Cooperativas. No que respecta ao artigo 6 (“*Clases de cooperativas*”), dásele unha nova redacción, incluíndo tamén un novo apartado, o segundo. En efecto, no seu apartado primeiro, que enumera as distintas clases de sociedades cooperativas de primeiro grao, se substitúe el termo “*cooperativas agrarias*” pola expresión “*cooperativas agroalimentarias*”; modificación ésta que, conforme á Exposición de Motivos da Lei que nos ocupa, “*faise extensiva a todos os casos en que apareza o nome de cooperativa agraria nos artigos da Lei 27/1999, de 16 de xullo*”.

No novo apartado segundo se sinala que “*os Estatutos das cooperativas de segundo grao poderán calificar a éstas conforme á clasificación do apartado anterior, sempre que todas as cooperativas socias pertencen á mesma clase, añadiendo en tal caso a expresión «de segundo grao»*”.

Con esta modificación perséguese o obxectivo, recoñecido polo propio Lexislador estatal na Exposición de Motivos da Lei 13/2013, de mellorar a definición das clases de cooperativas agrarias na súa denominación actual para adaptalas á súa realidade económica e social, adaptación que tamén se persigue respecto das cooperativas de segundo grao.

Pola súa parte, co obxectivo de contribuir á consolidación das asociacións de cooperativas e en relación cas aportacións ao Fondo de Educación e Promoción, se modifica o apartado segundo do artigo 56 (“*Fondo de Educación e Promoción*”), permitindo que ditas aportacións se realicen a favor da unión ou federación de cooperativas na que esté asociada cada concreta sociedade cooperativa, para o cumprimento das funcións que a Lexislación lles teña encomendadas na medida en que sexan coincidentes cas propias de ditos fondos.

Por último, na nova redacción do artigo 93 (“*Obxeto e ámbito*” das cooperativas agrarias, agora agroalimentarias) se inclúen, dentro da definición de cooperativa agroalimentaria, ás persoas titulares de explotacións agrícolas, ganadeiras ou forestais en réxime de titularidade compartida.

Dentro do seu obxecto, destácase a súa implantación ou actuación no medio rural. Se incide no ámbito de actuación da cooperativa agroalimentaria, de forma que, ademais de incidir na actividade especificamente agraria, tamén actúe en razón á súa implantación no medio rural, ao tempo que se puntualiza

que as actividades da cooperativa afecta tanto aos seus produtos, como aos dos seus socios.

A maiores resáltase a actuación das cooperativas agroalimentarias no entorno territorial e social propio da súa ubicación, diversificando a súa actividade en beneficio dos seus habitantes tanto socios coma terceiros non socios. Respecto das actividades que poderán desenrolar se aclara o réxime de operacións con terceiros, dispoñendo que o volume destas non supere o cincuenta por cento do total das que procedan das explotacións da propia cooperativa e das dos seus socios.

3.2. A modificación da Lei 20/1990, de “Réxime Fiscal das Cooperativas”, a través da disposición derradeira terceira.

A disposición derradeira terceira da Lei que nos ocupa modifica o apartado primeiro, e as letras a) y b) do apartado segundo, ambos do artigo 9 da Lei 20/1990 (“*Cooperativas agrarias*”, antes, “*Cooperativas agroalimentarias*”, agora). En concreto, no momento de establecer os requisitos necesarios que teñen que reunir as Cooperativas Agroalimentarias para considerarse especialmente protexidas, elimínase a referencia á condición de persoas físicas dos titulares de explotacións agrícolas, forestais, ganaderas ou mixtas, suprimíndose, asimismo, o parágrafo segundo do referido apartado primeiro que facía referencia á posibilidade de ser socios de outro tipo de entes (cooperativas agrarias –agroalimentarias- e de explotación comunitaria da terra protexidas, sociedades agrarias de transformación, entes públicos, sociedades en cuio capital participen maioritariamente os entes públicos e comunidades de bens e dereitos, integradas, exclusivamente, por persoas físicas).

Ademáis, esíxese que as Cooperativas Agroalimentarias na realización das súas actividades agrarias respeten os seguintes límites: a) Que as materias, produtos ou servizos adquiridos, arrendados, elaborados, producidos, realizados ou fabricados por calquer procedemento pola cooperativa, sexan destinados exclusivamente ás súas propias instalacións ou ás explotacións dos seus socios (no obstante, poderán ser cedidos a terceiros non socios sempre que a súa cuantía, durante cada exercicio económico, non supere o cincuenta por cento do total das operacións de venda realizadas pola cooperativa); e b) que non se conserven, tipifiquen, manipulen, transformen, transporten, distribúan ou comercialicen produtos procedentes doutras explotacións, similares aos das explotacións da Cooperativa ou dos seus socios, en cuantía superior,

durante cada exercicio económico, ao cincuenta por cento do importe obtido polos produtos propios.

4. OUTRAS DISPOSICIÓNS

Mencionada xa a existencia dunha disposición transitoria única, non pode rematarse o comentario sen apuntar, alomenos esquemáticamente, o contido da disposición adicional única e o das disposicións derradeiras primeira, cuarta e quinta.

Polo que fai a primeira, contempla a mesma que o Goberno presentará o primeiro Plan Estatal de Integración Asociativa no prazo de seis meses a contar dende a entrada en vigor da Lei 13/2013. A disposición derradeira primeira alude ao título competencial a cuio amparo se dicta a norma, en concreto, ao artigo 149, apartado primeiro, puntos 13^a. e 14^a. da Constitución; a disposición derradeira cuarta establece unha prohibición de incremento de gasto derivado da aplicación de Lei; e, xa para rematar, a disposición derradeira quinta habilita ao Goberno a dictar cantas disposicións sexan precisas para o desenrolo e aplicación da Lei.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 107-117

**BAIXA VOLUNTARIA: NON ACUMULACIÓN DAS
DEDUCCIÓN FEITAS NA LIQUIDACIÓN AO SOCIO POR
INCUMPRIMENTO DO PERIODO DE PERMANENCIA COAS
RELATIVAS AO INCUMPRIMENTO DO COMPROMISO
DE NON CAUSAR BAIXA VOLUNTARIA DURANTE
A VIXENCIA DUN PROGRAMA OPERATIVO**

**Anotación á sentenza do Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm. 575/2012
de 10 de outubro. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo**

Xacobo IZQUIERDO ALONSO

Resumo

O T.S. resolve o recurso de casación formulado contra a sentenza da A.P. de Murcia dictada en grao de apelación, coma consecuencia do xuízo ordinario seguido en primeira instancia ante o Xulgado do Mercantil nº 1 de Murcia.

Na parte dos ANTECEDENTES, comenza por expoñerse que o litixio comenza coa demanda interposta por varios socios da sociedade cooperativa La Vega de Cieza, S.C.A. contra ésta mesma coas seguintes pretensións:

1, declare a nulidade dos acordos adoptados pola Asemblea de 6 de maio de 2008, de ratificación das resolucions do Consello Rector sobre a cualificación e determinación dos efectos das baixas dos demandantes, e, xa que logo:

2, declare que as baixas causadas polos socios teñen a cualificación de xustificadas, coa consecuencia de que a liquidación das súas achegas ao capital social, debe se realizar segundo balance de peche do exercicio 2007, con deducción das perdas imputabeis ao socio, reflectidas no balance de peche do exercicio no que se produza a baixa, xa correspondan ao dito exercicio o veñan doutros anteriores e estean sen compensar, e sen que proceda deducción ningunha mais.

Subsidiariamente, aínda para o suposto de se manter a cualificación das baixas coma non xustificadas, declare:

Respecto de todo-los acordos, que non procede a deducción de danos e prexuízos causados á Cooperativa como consecuencia de solicita-la baixa durante a vixencia do Programa Operativo.

Respecto dos acordos que afectan a determinados socios, que non procede a deducción do 30% sobre o importe resultante da liquidación das aportacións obrigatorias por incumplimento do período mínimo de permanencia.

Respecto dos acordos que afectan a os ditos socios e máis outros, que non procede a deducción do importe de posibles sancións que poideran se impoñer a ese socio ata a data de efectos da baixa.

Na primeira instancia, o Xulgado do Mercantil dictou sentenza desestimando o esencial da demanda e declara válidos os acordos impugnados, agás os que afectan a determinados socios, en relación á deducción do importe das posibles sancións que puideran se imponer.

En apelación, a Audiencia dictou sentenza desestimando o recurso de apelación e confirmando íntegramente a do Xulgado.

Por auto de data 18 de xaneiro de 2001 a Sala de TS admitiu os motivos primeiro (infracción do art. 32.3 da Lei 8/2006 de Cooperativas da Rexión de Murcia) segundo (infracción do art. 32.3 da mesma lei) e quinto (infracción por incorrecta aplicación do art. 71 da repetida lei e do art. 51 dos Estatutos da Cooperativa) do recurso de casación, rexeitando as infraccións alegadas nos motivos terceiro e cuarto.

Nos FUNDAMENTOS DE DEREITO exponse consideracións que siguen.

A) A Sentenza comentada comeza neste apartado por facer un resumo dos antecedentes segundo se expon a continuación.

En relación aos feitos non controvertidos disque os actores eran 14 socios da Sociedade Cooperativa “La Vega de Cieza”, suxeita á lei 8/2006 de Sociedades Cooperativas de Murcia, que presentaran ante a Cooperativa cadansúas solicitudes de baixa voluntaria o 22 de outubro de 2007.

O Consello Rector resolveu sobre as ditas solicitudes o día 27 de decembro de 2007, cualificando estas baixas de “voluntarias e non xustificadas”. E, xa que logo, acordou a liquidación das achegas de cada un dos socios segundo o balance de peche do exercicio 2007, coas seguintes deduccións:

- 1, as perdas imputables aos socios;
- 2, o importe dos danos e prexuízos causados á Cooperativa por teren solicitada a baixa durante a vixencia do programa operativo, nalgúns casos;
- 3, a fixada estatutariamente dun 30% do importe resultante da liquidación das achegas obrigatorias por incumprimento do período mínimo de permanencia;
- 4, nalgúns casos, o importe das posibles sancións que puideran se imponer polo expediente sancionador aberto á determinados socios ata a data de efectos da baixa.

O 15 de febrero de 2008, estes 14 socios presentaron cadanseus recursos contra as ditas resolución ante a Asemblea Xeral, sendo por ésta desestimados na súa sesión de 6 de maio de 2008.

Na súa demanda, os actores pediron, no primeiro lugar, a nulidade dos acordos adoptados na Asemblea de 6 de maio de 2008, que ratificaron as resolución do Consello Rector de 27 de decembro de 2007.

Os motivos de nulidade invocados foron:

1. O non respecto ao procedemento de preaviso previsto no art. 32.2.c) da Lei de Cooperativas, que se remite ao art. 30.6, porque os recursos non se resolveron na primeira xuntanza da Asemblea, que tivo lugar o 6 de marzo de 2008.

2. En relación ao socio Alfonso, a resolución do Consello Rector de 27 de decembro de 2007 non respectou o procedemento do art. 30.3 da Lei de Cooperativas, pois desde que solicitou a baixa (22 de outubro de 2007) ata que se lle notificou a resolución (25 de xaneiro de 2008) pasaron mais de tres meses, prazo máximo establecido na Lei para a formalización da baixa solicitada.

3. Os afectados pola resolución recurrida non foron citados á Asemblea do 6 de maio de 2008, na que se adoptaron os acordos impugnados, e que á Asemblea privouse do coñecemento completo das resolución que eran obxecto do recurso.

Subsidiariamente, para o caso no que non se acordara a nulidade, os actores pedían:

1. Que non se aplicara a deducción de danos e prexuízos causados á Cooperativa coma consecuencia de ter sido solicitada a baixa durante a vixencia do Programa Operativo.

2. Que, en relación a determinados socios non se fixera a deducción do 30% sobre o importe resultante da liquidación das achegas obrigatorias por incumprimento do periodo mínimo de permanencia.

3. Que en relación a determinados socios non procedía a deducción do importe de posibles sancións que se puideran imponer a ditos socios ata a data de efectos da baixa.

As sentenzas da primeira instancia e da apelación desestimaron a pretensión principal de nulidade do acordó da Asemblea de 6 de maio de 2008. Dos pedimentos subsidiarios, desestimaron os dous primeiros e estimaron o terceiro.

Dos cinco motivos de casación invocados, admitíronse tres:

Primeiro motivo (relativo á pretensión principal de nulidade do acordo impugnado): denuncia a infracción do art. 32.3 da Lei 8/2006 de Cooperativas da Rexión de Murcia que se remite ao art. 30.6 da mesma), porque “os recursos interpostos por todos os socios actores que causaron baixas, fronte as iniciais resolución de cualificación das mesmas polo Consello Rector, non foron coñecidos, nin debidamente tratados e resoltos pola Asemblea Xeral da Cooperativa que era quen tiña a obriga de resolver”.

Segundo motivo (relativo á pretensión principal de nulidade do acordó impugnado): basease na infracción do art. 32.3 da Lei 8/2006 de Cooperativas da Rexión de Murcia porque, en relación co prazo legal de resolución dos recursos por parte da Asemblea Xeral, a citada norma impon a máxima celeridade no tratamento dos recursos dos socios e por elo exixe o seu tratamento na primeira xuntanza, sen prexuízo de que, ademáis, impoña un prazo máximo de seis meses para esa primeira xuntanza. O motivo denuncia a infracción do precepto pola sentenza recurrida porque os recursos non foron resoltos na primeira xuntanza, a de 6 de marzo de 2008, senón na seguinte de 6 de maio de 2008.

Quinto motivo (sobre a incompatibilidade das deduccións impostas na liquidación das achegas iniciais dos socios que se deron de baixa): fundamentase na infracción do art. 71 da Lei 8/2006 de Cooperativas da Rexión de Murcia e do art. 51 dos Estatutos da Cooperativa, coma consecuencia de ter admitido a compatibilidade das dúas deduccións practicadas aos socios, que teñen a súa base no mesmo feito, o incumprimento do prazo de permanencia. O art. 71 da Lei de Cooperativas establece que a deducción por incumprimento do período de permanencia mínimo non pode ser superior ao 30% que

é a que establece o art. 51 dos Estatutos. Segundo o recurso, esta normativa non permite que ademáis se poida imponer unha indemnización polos danos e prexuízos causados polo incumprimento do prazo de permanencia mínimo.

B) Impugnación dos acordos de cualificación das baixas voluntarias solicitadas.

Seguindo a orde que entende coma mais lóxica, o TS comenza pola análise do segundo motivo de casación: infracción do art. 32.3 da Lei 8/2006 de Cooperativas de Murcia, en relación co prazo legal de resolución dos recursos por parte da Asemblea Xeral, porque neste caso, os recursos non foron resoltos na primeira reunión, a de 6 de marzo de 2008, senon na seguinte de 6 de maio de 2008.

Desestimase o motivo: interpretando a conxunción “o” do precepto citado, en vez da conxunción “y”, seguida do adverbio “en todo caso”, a Sala entende que: 1, o recurso debese resolver na primeira xunta ou noutra celebrada dentro dos seis meses dende a recepción do recurso; 2, necesariamente, tamén cando optase pola primeira xuntanza, debe se facer dentro do prazo de seis meses.

O primeiro motivo de casación denuncia a infracción dos arts. 30.6 e 32.3.c) da Lei 8/2006, porque na xuntanza na que se desestimaron os recursos dos socios demandante fronte as resolución de cualificación de baixas realizadas inicialmente polo Consello Rector a cuestión non foi debidamente tratada e resolta.

Desestímase o motivo: con él non se cuestiona tanto a interpretación da norma legal por parte da sentenza recurrida, coma a valoración da proba que realiza acerca de se os asistentes á xuntanza foron dabondo informados da cuestión e se foi permitida a súa deliberación. É unha cuestión fáctica que ficou fixada na instancia, pois a sentenza de apelación expresamente conclúe, despois de valorar a proba de testemuñas practicada e os documentos aportados aos autos, que “os socios recibiron puntual información sobre a orde do día da dita Asemblea” e do contido dos recursos “ben pola súa lectura ou ben mediante a súa entrega material”.

C) Impugnación dos efectos conseguintes á cualificación das baixas non xustificadas.

No quinto motivo de casación o que se cuestiona respecto aos efectos sancionados pola sentenza recurrida, derivados da cualificación de baixa voluntaria non xustificada, é a acumulación, nalgúns casos, da deducción por incumprimento do período de permanencia mínimo (fixada estatutariamente

nun 30 %) e a deducción correspondente ao incumprimento do compromiso de permanencia durante a vixencia do Programa Operativo.

No art. 71.2.apartado b) da Lei de Cooperativas de Murcia díse que nos casos de baixa non xustificada por incumprimento do período de permanencia mínimo a que se fai referencia no art. 30.2 da mesma Ley, poderáse establecer unha deducción sobre o importe resultante da liquidación das achegas obrigatorias, unha vez efectuados os axustes sinalados no punto anterior do mesmo precepto. E dí tamén que os Estatutos sociais fixarán unha porcentaxe a deducir, sen que éste poida superar o trinta por cento.

A Sala non entra a considerar a procedencia da aplicación desta última deducción por incumprimento do período de permanencia mínima, que o artigo 51 dos Estatutos da Cooperativa de autos fixan nun 30%, facendo uso da porcentaxe permitida pola Lei.

O que se discute é que, respecto de tres socios, poida se acumular á anterior deducción por incumprimento do período mínimo de permanencia, unha outra deducción polos danos e prexuízos ocasionados co incumprimento do compromiso de non causar baixa durante á vixencia do Programa Operativo 2007/2010, aprobado pola Consellería de Agricultura.

O art. 9.2.d) dos Estatutos vencella o compromiso de permanencia a un período mínimo de tres anos e ao tempo que dure un Programa Operativo aprobado, que non poderá superior a cinco anos. En base a ese precepto e outros dos mesmos Estatutos, a Sala entende que a pendencia do Programa Operativo o que fai é complementar o prazo de permanencia de tres anos, de xeito que á vista do establecido no art. 71.2 da Lei de Cooperativas, non xustifica a aplicación de outra deducción distinta da que, ata o límite do 30% prevé o apartado b): este precepto trata de garantir un límite de deducción por infracción do período de permanencia do socio que solicita a baixa voluntaria, ao marxe de si o compromiso de permanencia é xeral, de tres anos, ou particular e relacionado cun Programa Operativo. Deducción que pretende compensar á Cooperativa dos posibles prexuízos derivado do incumprimento do deber de permanencia.

Polo dito, o Tribunal Supremo casa parcialmente a sentenza recurrida e declara a improcedencia de imposer a determinados socios, ao practicar a liquidación das súas achegas, unha deducción especial por incumprimento do compromiso de permanencia durante a vixencia do Programa Operativo, complementaria á deducción legal por incumprimento do período de permanencia mínimo, que estatutariamente se fixa no máximo legal do 30%.

ANOTACIÓN

O cerne do litixio que se resolve en casación é o da admisibilidade, no caso de baixa voluntaria non xustificada, da acumulación das deducións por incumprimento do período de permanencia mínimo e por incumprimento do compromiso de permanencia mínimo durante a vixencia dun Programa Operativo, segundo o previstos nos Estatutos de cooperativa da litis.

O principio cooperativo de libre adhesión ou de “portas abertas”¹ supón que as cooperativas son entidades organizativas basadas na voluntariedade na súa afiliación, de xeito que a pertenza a unha destas sociedades debe derivar dunha libre decisión tomada pola persoa individual que desexa pertencer a ela e no marco un determinado réxime legal e estatutario. Do mesmo xeito, e a inversa, o dito principio implica a posibilidade do desvencellamento do socio da cooperativa, deixando de pertencer a ela, para o que deberá cumprir os requirimentos que, ao respecto determinen a lei e os estatutos.

Pero na baixa do socio, aínda que pode evocar dalgunha maneira o exercizo do dereito de separación que se reconece, en determinados casos previstos legalmente², existen certos matices peculiares: na sociedade cooperativa, en efecto, a baixa pode depender nuns casos, en exclusiva da libre vontade do socio e, noutras circunstancias, a tal baixa pode levar a cualificación de “forzosa”.

Temos así que a baixa do socio nas sociedades cooperativas pode ser voluntaria e forzosa, puidendose producir, no primeiro caso a baixa voluntaria en sentido estricto, na que o socio non invocaría causa alguna para o exercizo do seu dereito, debendo respeitar, unicamente, os condicionamentos legais de orde forma esixidos pola lei, coma o de cumprir co prazo de preaviso ao Consello Reitor³. Pero, ademáis, débese considerar outro tipo de baixa voluntaria,

¹ - Principio de libre adhesión: as cooperativas son organizacións voluntarias, abertas para todas aquelas persoas dispostas a utiliza-los seus servizos e dispostas a aceptar as responsabilidades que conleva a condición de socios, sn discriminación de xénero, raza, clase social, posición política ou relixiosa (Principios cooperativos aprobados polo Congreso da Alianza Cooperativa Internacional, ACI, en Manchester, el 23 de septiembre de 1995).

² - Por exemplo, a substitución o modificación sustancial do obxeto social nas sociedades de capital, configúrase coma unha causa legal de separación: art. 346.1.a) da LSC.

³ - A LCG (art. 20.1.párr. prim.) establece que “*O socio poderá darse de baixa*

a baixa “xustificada” que configurase coma a posibilidade que se lle outorga ao socio de reaccionar fronte a certas decisión sociais coas que amose a súa disconformidade: é esta unha figura que manifesta evidentes analoxías coa do recoñecemento do “dereito de separación do socio” nas sociedades de capital⁴ (expresión ésta tamén utilizada na propia lei de cooperativas estatal –art. 11.3- ao establecer que cando a modificación consista no cambio de clase de cooperativa, os socios que non votaran a favor do acordo, “tendrán derecho a separarse de la sociedad”).

Pola súa parte, as baixas obrigatorias producíranse cando o socio deixe de reunir os requisitos que a Lei ou os Estatutos da cooperativa esixan para manter a tal condición. Nestes casos, a declaración de baixa deberá revestirse de certas garantías, esixíndose ao respecto o acordó do órgano de administración ou polo Consello Rector⁵.

Producida a baixa do socio xurde o dereito ao reintegro das súas achegas, tendo o seu recoñecemento un sentido tuitivo do socio e puidendo a súa regulamentación reforzar ou debilitar o principio cooperativo de portas abertas⁶. Non é pois o dereito ao reembolso un dereito esencial á natureza das sociedades cooperativas, xa que o dito principio de libre entrada e saída pódese

voluntariamente na cooperativa en calquera momento, mediante preaviso por escrito ó órgano de administración. O prazo de preaviso que fixarán os estatutos non poderá ser superior a un ano”.

⁴ - Así, ocorre nos supostos de que a Asemblea Xeral adopte un acordó que implique a asunción de obrigas ou cargas gravemente onerosas non previstas nos Estatutos (art. 17.4 da LC e art. 20.3.a) da LCG), sempre que o socio disconforme salvase o seu voto e/ou manifestase a dita disconformidade por escrito. Outros supostos que poderían dar lugar á baixa xustificada, a título de exemplo e sen pretensión de exhaustividade: modificación do obxecto social, agravamento da participación dos socios na sociedade, ampliación do tempo mínimo de permanencia na mesma, etc.

⁵ - Art. 20.4, LCG: “*Cesará obrigatoriamente o socio que perda os requisitos esixidos para adquiri-la dita condición./ A baixa obrigatoria será acordada polo órgano de administración, de oficio, por petición de calquera socio ou do interesado, en todo caso logo de audiencia del./ A baixa obrigatoria terá a consideración de non xustificada cando a perda dos requisitos para adquiri-la condición de socio responda a un deliberado propósito do socio de eludir obras ante a cooperativa ou beneficiarse indebidamente coa súa baixa obrigatoria”.*

⁶ - Morillas Jarillo, M.J., Curso de cooperativas, 2ª edición, Madrid, Tecnos, p. 204.

desenvolver ao marxe do recoñecemento do dereito sinalado, admitindo éste, dende un punto de vista teórico, múltiples matices⁷

A cualificación dunha baixa coma obrigatoria ou coma non xustificada vai producir efectos sobre o dereito de reembolso do socio, xa que entón aplicaríanse ademáis unhas deducións penalizadoras. Criterio que, ademáis haberá que combinar, no intre de proceder ás ditas deducións co carácter voluntario ou obrigatorio das achegas⁸.

A calificación da baixa coma xustificada ou non xustificada corresponde ao Consello Rector⁹.

As causas legais que dan lugar á baixa xustificada están tratadas de forma dispersa na lexislación cooperativa (tanto estatal como das distintas comunidades autónomas). Unha posible clasificación das ditas causas que poden dar lugar a unha baixa xustificada é a que segue¹⁰: 1, a disconformidade con calisquer acordo da Asemblea xeral que implique a asunción de obrigas ou cargas gravemente onerosas non previstas inicialmente nos estatutos; 2, cambio de clase da cooperativa; 3, modificación do obxeto social; 4, prórroga da sociedade constituída por tempo determinado; 5, agravamento do réxime de responsabilidade dos socios ou cambio de réxime de responsabilidade dos socios; 6, agravamento da participación dos socios na actividade cooperati-

⁷ - Gadea, E., Sacristán, F., Vargas Vasserot, C.: “Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma”, Madrid, Dyknsón, 2009, p. 385.

⁸ - “Os estatutos regularán o dereito das persoas socias ao reembolso das súas achegas ao capital social no caso de baixa. A liquidación destas achegas farase polo seu valor nominal segundo o balance de pechamento do exercicio no que se produza a baixa. Pódense establecer deducións sobre todas as cantidades reembolsables polos conceptos de achegas obrigatorias, o retorno cooperativo ao que, se é o caso, teñan dereito e fondos de reserva repartibles que, se é o caso, poidan corresponderlles, que non serán superiores ao 30% no caso de expulsión ni nao 20% no caso de baixa non xustificada... No caso de baixa xustificada, non procederá ningunha deducción. En ningún caso se poderán aplicar deducións sobre as achegas voluntarias” (art. 64.1 LCG).

⁹ - Na LCG á referencia é ao “órgano de administración” (art. 20.5). E na LC díse que “la calificación y determinación de los efectos de la baja será competencia del Consejo Rector... (art. 17.2, LC).

¹⁰ - Morillas Jarillo, M.J., Curso de cooperativas, cit., pp. 206 e ss.

vizada; 7, ampliación do tempo mínimo de permanencia dos socios; 8, mutacións estruturais.

En relación ás referidas causas de baixa xustificada, tipificadas legal o estatutariamente, cabería se prantexar a cuestión de se aquelas constituiren *numerus clausus* ou cabería a admisión polos órganos de administración da cooperativa do carácter xustificada da baixa dun socio non fundamentado na lei ou nos estatutos, cuestión esta aberta por non se amosar dun xeito claro á natureza pechada das tales causas.

A regulamentación dos supostos de baixa inxustificada constitúe un certo límite á liberdade de saída do socio da cooperativa, aínda que a remisión que dende o nivel lexislativo se fai aos estatutos permite á adaptación do réxime de entradas e saídas ás concretas circunstancias económicas da sociedade, amolecendo as negativas repercusións que as baixas dos socios poden ter na sociedade dende a perspectiva económico empresarial¹¹.

Configurase así a baixa inxustificada como aquela que se produce cando se da o incumprimento do período de permanencia mínima fixado nos estatutos, agás naqueles supostos nos que concurrise –dentro do dito período- unha causa de xustificación da baixa voluntaria, tanto legal coma estatutaria ou así fose determinado polo Consello Rector¹².

¹¹ - No art. 30.2 da Ley 8/2006 de Cooperativas de Murcia, establécese no seu primeiro párrafo: *“los Estatutos sociales podrán establecer el compromiso del socio de no darse de baja voluntariamente, sin causa que califique la misma de justificada, hasta el final del ejercicio económico en que quiera causar baja o hasta que haya transcurrido, desde su admisión, el tiempo que fijen los Estatutos sociales, que no será superior a cinco años”*. En termos similares, a LC, no art. 17.3: *“Los Estatutos podrán exigir el compromiso del socio de no darse de baja voluntariamente, sin causa que califique la misma de justificada hasta el final del ejercicio económico en que quieran causar baja o hasta que haya transcurrido, desde su admisión, el tiempo que fijen los Estatutos, que no será superior a cinco años”*. Na Lei 5/1998, de 18 decembro, de cooperativas de Galicia, o art. 20.2 pronúnciase en termos semellantes, aínda que o límite temporal dentro do que os Estatutos poden esixir-lo compromiso do socio de non causar baixa, sexa de dez anos.

¹² - Pulgar Ezquerro, Juana: “La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: su baja y expulsión”, en “Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés”, Sáenz García Albizu, J.C. et al., coordinadores, Madrid, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2012, p. 1059.

A baixa non xustificada da lugar a que na devolución das achegas se teñan que efectuar determinadas deducións sobre o importe resultante da liquidación das mesmas¹³, o que ten un tratamento legal con distintos matices na normativa cooperativa.

Na lei murciana, que é a norma aplicable a litis da sentenza anotada, establece que nos casos de baixa non xustificada por incumprimento de período de permanencia mínimo á que se fai referencia no artigo 30.2 da mesma lei, “se podrá establecer una deducción sobre el importe resultante de la liquidación de las aportaciones obligatorias, una vez efectuados los ajustes señalados en el punto anterior. Los Estatutos sociales fijarán un porcentaje a deducir, sin que éste pueda superar el treinta por ciento”¹⁴. En termos semellantes a Lei estatal de cooperativas¹⁵. A lei galega de cooperativas¹⁶, despois de precisar que a liquidación das achegas farase segundo o balance de pechamento do exercicio no que se produza a baixa, admite que se establezcan deducións tan só sobre as achegas obrigatorias, “que non serán superiores ó 30% no caso de expulsión, nin ó 20% no caso de baixa non xustificada. No caso de baixa xustificada, non procederá ningunha deducción”.

Vemos así que a normativa que se expon se considera de xeito taxativo un límite ás deducións que se poden prácticas no caso de baixa xustificada e que se concretará no plano estatutario. Norma que ten un marcado carácter protector dos intereses do socio polo que, acertadamente, a sentenza anotada declara a improcedencia de aplicar outras deducións especiais que ultra pasen o referido límite.

¹³ - As achegas caracterízanse coma unha parte alícuota do patrimonio neto repartible que se reflicte no pasivo do balance polo capital social, dentro dos fondos propios: son unha parte alícuota do capital social; xa que logo, para proceder á liquidación “*habrá que partir de cal sexa a cifra do capital social no balance de peche do exercizo no que se produza a baixa e determinar qué parte alícuota correspondelle ao socio que causa baixa en función do conxunto das achegas obrigatorias e voluntarias de que sexa titular*” (Moral Velasco, E., en AAVV (Coord. García Sánchez, José Aistónico): “Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio”; Madrid, Colegios Notariales de España, 2001, p. 256).

¹⁴ - Art. 71.2 da lei 8/2006 de Cooperativas de Murcia.

¹⁵ - Lei 27/1999, de 16 de xullo, de cooperativas, art. 51.3.

¹⁶ - Lei 5/1998, do 18 de decembro, de cooperativas de Galicia, art. 64.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 119-123

ANOTACIÓN Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA (SECC. 4ª 346/2012) DE 24 DE MAIO

Relator: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader

Francisco TORRES PÉREZ

1.- LIMIAR: ANTECEDENTES DE FEITO

Dúas persoas socias dunha cooperativa agraria interpoñen demanda contra a mesma solicitando a declaración de nulidade do acordo de aprobación das contas anuais do exercicio 2009 así como a súa aplicación. Fundamentan a súa pretensión na vulneración do seu dereito de información. Pola súa banda, a demandada oponse invocando mala fe dos actores dado que estes remitiron a súa solicitude de información nos últimos días previos a Asemblea o que impediu a súa consulta; ademais, alega a demandada, coa convocatoria se lle facilitou toda a documentación precisa e no acto da Asemblea no pediron ningunha outra información. Por último, alega a demandada, non era precisa a aprobación de contas por estar a cooperativa en fase de liquidación. Na sentenza de primeira instancia –ditada o 17 de xaneiro de 2012- estímase a demanda declarando a nulidade do citado acordo asembleario así como a correspondente aplicación de resultados.

Contra a sentenza de instancia recorre en apelación a sociedade cooperativa demandada alegando, por unha banda, erro na valoración das probas, infracción do procedemento de impugnación interno contra a suposta negativa a informar; e, por outra, a suficiencia da información outorgada, a falta de xustificación da necesidade da información requirida, o feito de non ter pedido a información durante a celebración da Asemblea e, por último, que non existía a obriga de aprobalas contas anuais.

2.- PRINCIPAIS RAZOAMENTOS CONTIDOS NOS FUNDAMENTOS DE DEREITO DA SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL —EN ADIANTE SAP—

No fundamento de dereito segundo da SAP aquí anotada, destácase o carácter esencial e autónomo que posúe o dereito de información consonte a lexislación de cooperativas da Rexión de Murcia. Respecto a primeira das características salientadas, mantense que a Lei 8/2006, de 16 de novembro de Sociedades Cooperativas da Rexión de Murcia (en adiante LCMU) establece, con carácter esencial, “no seu artigo 27.2 g) o dereito dos socios a: recibila información necesaria para o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento das súas obrigas”. En referencia ao seu carácter autónomo declárase que, sen prexuízo de que poida cumprir unha finalidade instrumental do dereito de voto, o dereito de información “atribúe ao socio a facultade de dirixirse á sociedade nos termos previstos no artigo 27.3 da comentada Lei de Cooperativas, entre outros supostos para ter o coñecemento preciso dos puntos sometidos a aprobación da Asemblea Xeral, posibilitando unha emisión consciente do dereito de voto”. A estas características debemos sumar que é un dereito que no se pode derrogar nin renunciar ao mesmo.

Feitas estas precisións, na SAP aquí anotada salientase, con acerto, que o dereito de información non ten un carácter absoluto senón que posúe límites legais de diversa índole. Na LCMU, prevense limitacións de carácter formal/temporal dado que o seu exercicio debe facerse na forma prevista —art. 27.3, d) e e)—; e debe pedirse a información no momento establecido por lei —art. 27.2, e) II—. Tamén límites de carácter obxectivo. Por unha banda, a información solicitada ten que consistir en documentos que vaian a ser sometidos a Asemblea (neste caso en concreto: as contas anuais, o informe de xestión, a proposta de distribución de resultados, etc.) —art. 27, d)— e como cláusula de peche “canta información considere necesaria en relación aos puntos contidos na orde do día” —art. 27, e) I—. Por outra, non debe facilitarse tal documentación cando poña en grave perigo os lexítimos intereses sociais da cooperativa —art. 27.4- sendo o Consello Reitor o que decida ao respecto e garantíndose un sistema de impugnación de tal decisión. E, finalmente, operaríase o límite xeral de abuso de dereito previsto no inciso final do primeiro parágrafo do artigo 27.4 da LCMU isto é “cando a petición constituía obstrución reiterada ou abuso manifesto por parte dos socios solicitantes”. Para completar esta acertada referencia legal, a SAP refírese a Sentenza do TS (Sala 1ª), de 16 de xaneiro de 2012 (RJ 2012, 177) onde, en relación co citado dereito de

información nas sociedades anónimas, chégase a solucións moi semellantes as previstas na lexislación cooperativa citada.

Para finalizar, nos f.x. terceiro e cuarto, analízanse as circunstancias do presente caso. Dende un punto de vista formal, os demandantes solicitaron o exame da documentación nas oficinas da cooperativa e que se lle facilitasen determinados documentos e, ademais, que se lle facilitase información escrita antes da Asemblea e verbal durante a mesma. A cooperativa demandada alega no seu recurso de apelación que, por unha parte, a solicitude de información por escrito citada fíxose cun prazo manifestamente insuficiente —chegou o día 21 as oficinas da cooperativa cando a Asemblea íase celebrar o 23—. En relación co dereito a seren informados verbalmente durante a Asemblea, este non se exercita polos demandantes. Finalmente, en referencia ao exame da documentación nas propias oficinas da cooperativa, alégase que tal revisión foi inviable dado o extemporáneo da petición,

Ademais destas cuestións “de forma”, na SAP anotada sinálase que consoante a LCMU -así como reiterada xurisprudencia- tan so se permite solicitar aclaracións ou informacións sobre os asuntos incluídos na orde do día. Esta convértese nunha das principais razóns que utiliza a SAP para estimar o recurso de apelación e revocala sentenza apelada dando a razón a cooperativa demandada. Ademais, como ven se matiza no f.x cuarto o que se decidiu na Asemblea foi plasmar certas operacións nas contas da sociedade. Tal cuestión “non pode ser impugnada, xa que a contabilidade reflexa un feito realmente acaecido. Que tal acordo sexa prexudicial para a cooperativa ou para algúns dos seus socios, poderá das lugar a súa impugnación ou a exixir responsabilidade aos socios, pero non a atacar a decisión de que tal operación fiquen plasmada nas contas anuais (...)”.

3.- VALORACIÓN DO FALLO DA SAP

A SAP aquí anotada sitúa a chave deste litixio na limitación prevista no art. 27.3, e), I da LCMU onde se circunscribe a solicitude de ampliación de información —sexa por escrito antes da Asemblea ou verbalmente durante a celebración da mesma— a toda aquela que: a) se considere necesaria; e, b) teña relación cos puntos contidos na orde do día. Por tanto, semella que neste punto as persoas socias —como acertadamente se pon de manifesto na SAP— non poden exercitalo dereito de información de forma xeral e indiscriminada. En suma, “o exercicio deste dereito non pode servir como medio para obstaculizar ou paralizar a actividade social, sobrepondo, por tanto, aos

intereses sociais o particular do socio que require información” —a tradución e miña— (DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a P., “Principales aspectos jurídicos del derecho de información del socio en la cooperativa”, CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa, núm. 21, 2010, p. 23).

Non obstante, na LCMU —de xeito semellante ao que acontece na maioría das normas cooperativas— o maior problema interpretativo atópase en deslindar qué tipo de información é necesaria. Tal e como ten sinalado a doutrina especializada, “(...) o dereito de información na súa acepción mais pura aparece ligado á participación efectiva do socio na asemblea xeral” —a tradución é miña— (MILLÁN CALENTI, R.A., El derecho de información en la LCG, CECOOP, Santiago de Compostela, 2003, p. 86). Esta información solicitarase, consonte ao art. 27.3, e), II da LCMU, cun prazo mínimo de antelación á celebración da Asemblea. No suposto de que tal petición se faga verbalmente durante a Asemblea, o Consello Reitor poderá dar resposta nun prazo máximo segundo a complexidade da cuestión formulada. Tales prazos (mínimo e máximo) deberán estar determinados estatutariamente.

Pois ben, a SAP aquí anotada —recorrendo a usual, e excesiva, analogía a normativa das sociedades de capital— declara que “(...) o dereito de información non comprende o de investigar na contabilidade e nos libros sociais, (...) sen comprender tal exame a investigación xeral da contabilidade e demais antecedentes que lle serviron de base (...) A Lei obriga a informar, que non entregala práctica totalidade dos documentos da Sociedade, nin permite que os accionistas supla a actividade dos Auditores”. Con todo, esta interpretación estrita do dereito de información non debería ser automaticamente adoptada en sede de sociedades cooperativas. O principio de xestión democrática e de certos valores cooperativos como a honestidade e a transparencia deberían presidir o funcionamento das sociedades cooperativas. Por tal motivo, cando se obstaculiza ou impide o dereito de información das persoas socias estase a desnaturalizar a propia forma social. Ademais, como con acerto se ten declarado, a estrutura e xestión democrática da cooperativa “implica -ou debería polo menos implicar- un claro reforzo do papel de la Asemblea Xeral da cooperativa fronte a outros órganos de xestión e representación como el Consello Reitor” (TATO PLAZA, A., “Concepto e características da Sociedade Cooperativa (con especial referencia á Sociedade Cooperativa Galega)”, Cooperativismo e Economía Social, núm. 23, 2000/2001, p. 45).

Feita esta aclaración tamén compre salientar que o art. 27.3, f) LCMU tamén outorga as persoas socias o dereito a solicitar por escrito e recibir información sobre “a marcha da cooperativa nos termos previstos nos Estatutos

sociais e en particular a que afecte aos seus dereitos económicos e sociais”. En tal caso, o Consello Reitor deberá facilitar tal información nun prazo de 30 días ou, si se considera de interese xeral, incluíla na orde do día da Asemblea mais próxima a celebrar. Semella que, acreditado o interese lexítimo da persoa socia a tal información, o exercicio do dereito non debería impedirse polo órgano de administración —tal e como con precisión conclúe MILLÁN CALENTI, op. cit. p. 86—. Non obstante, no presente litixio os demandantes non alegan que se lle teña impedido esta forma de acadar información, si ben, atendidas as circunstancias do caso —sitúan a causa da insolvencia da cooperativa nos anticipos feitos a algunhas persoas socias—, debería ter sido a principal vía para exercitalo seu dereito sobre todo valorando a relevancia de tal información cara os seus dereitos económicos.

Para finalizar, simplemente sinalarei outro punto feble da SAP aquí anotada. Dedúcese do texto da sentenza que os cooperativistas demandantes tamén intentaron —como lle faculta o art. 27.3, d) da LCMU— o exame no domicilio social da cooperativa de certa documentación relacionada coa orde do día. A cooperativa demandada alegou que a solicitude, como citamos anteriormente, chegou tan só con dous días de antelación a celebración da citada Asemblea. Ademais, matízase na SAP, no único día que era viable a consulta, o propio solicitante —entendemos que a solicitude ia asinada por unha soa das dúas persoas demandantes— así como o liquidador e o administrador da cooperativa estiveron presentes nun xuízo o que imposibilitou realizar o exame solicitado. En todo caso, compre unha matización. Nestes supostos o exercicio do dereito non se supedita —polo menos legalmente— a unha solicitude previa de información. A persoa socia ten dereito ao exame *in situ* de tódolos documentos que vaian a ser sometidos a Asemblea no período que se comprende entre a súa convocatoria e a celebración da mesma. Como pode comprobarse, o argumento de solicitude extemporánea non é o mais axeitado para negar aos demandantes o citado exame.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 125-129

**CONVOCATORIA XUDICIAL E
XURISDICCIÓN VOLUNTARIA**
(Comentario ao Auto da Audiencia Provincial de Madrid,
Sección 28ª, do 3 de decembro de 2012”).

José Antonio RODRÍGUEZ MÍGUEZ

1.- INTRODUCCIÓN

A intervención xudicial na vida das sociedades mercantís en xeral, e das cooperativas en particular, realízase, en no poucas ocasións, pola vía da chamada xurisdicción voluntaria.

A xurisdicción voluntaria, a pesar de non terse producido aínda a súa pendente modernización tal e como se prevía cando se aprobara a Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de Axuizamento civil (Disp. final 18ª), resulta unha vía especialmente útil para resolver moitos problemas cotiás na vida das sociedades mercantís, que esixen unha rápida resposta.

Tal é o caso que imos examinar no presente comentario, que ten por obxecto a convocatoria xudicial dunha asemblea xeral extraordinaria nunha sociedade cooperativa. Vexamos os feitos e cal foi o pronunciamiento xudicial.

2.- ANTECEDENTES DE FEITO E CUESTIÓNS “LITIXIOSAS”

O Auto sobre o que no presente comentario centramos a nosa atención, que foi adoptado pola Sección 28, da Audiencia Provincial de Madrid, o 3 de decembro de 2012, resolve o recurso de apelación interposto contra un anterior ditado polo Xulgado do Mercantil, nº 5 de Madrid, de 18 de marzo de 2011, polo que se acordara non haber lugar á convocatoria xudicial da

Asemblea Extraordinaria da Cooperativistas de San Juan Bautista de Guadalupe, Sociedad Cooperativa.

Os feitos, de xeito moi resumido, xiran ao redor da negativa dos administradores dunha sociedade cooperativa á convocar a asemblea xeral extraordinaria reclamada por un número de socios que, ante tal negativa, deciden solicitar a intervención xudicial, promovendo a correspondente convocatoria xudicial, que é rexeitada polo órgano xurisdiccional por considerar que os solicitantes carecían da preceptiva lexitimación.

O Xulgado do Mercantil que coñeceu do asunto en primeira instancia adoptou un Autos que contiña dous pronunciamentos, ambos os dous recorridos polas respectivas partes. O primeiro, de carácter preliminar, foi o de rexeitar a prexudicialidade civil en relación aos procedementos de impugnación de acordos sociais que se estaban a ventilar ante outros xulgados do Mercantil. A segunda, que neste caso é a cuestión substantiva, a negativa a acordar a convocatoria xudicial solicitada por considerar insuficiente o número de socios que a reclamaban. A Sala en apelación desestima ambas as dúas pretensións, confirmado o primeiro pronunciamento do Xulgado.

3.- O PRONUNCIAMENTO EN APELACIÓN

O pronunciamento da Audiencia Provincial de Madrid aborda diversas cuestións de interese que expoñemos seguindo a propia sistemática da propia Sala.

a) A convocatoria xudicial como acto de xurisdicción voluntaria.

A primeira cuestión que aborda o Tribunal atinxe á natureza e consecuencias da vía procedimental elixida para tramitar a intervención xudicial, a da xurisdicción voluntaria. A cuestión se analiza no Fundamento Xurídico (FX segundo), no termos seguintes:

A Sala parte da base de que os procedementos a través dos que se interesa a convocatoria xudicial das asembleas xerais das cooperativas, como os das xuntas xerais das demais sociedades mercantís “se consideran incluídos dentro dos actos de xurisdicción voluntaria”, destacando que “en ningún caso”, lles será de aplicación o artigo 1817 da Lei de Axuizamento Civil de 1881 vixente transitoriamente en tanto non se aprobe a nova regulación da xurisdicción voluntaria] “non so pola necesidade de evitar que a resolución se prolongue indefinidamente, senón especialmente porque o seu artigo 2111 [LEC 1881], no seu parágrafo cuarto, exclúe a conversión do expediente en contencioso,

sen prexuízo de que as partes acudan ao procedemento que corresponda para dirimir as súas controversias.”

A Sala engade dous datos adicionais de interese. Por unha banda que o así chamado “expediente de xurisdicción voluntaria” conclúe coa decisión xudicial acordando ou denegando a convocatoria solicitada, “sen que resulte precisa ningunha outra resolución.” Polo tanto, queda ao marxe do mesmo mesmo a publicidade da convocatoria (“Incluso se ten destacado que nin mesmo a publicidade da convocatoria forma parte do expediente”). Por outra, que a “resolución denegatoria poderá ser susceptible de recurso de apelación.”, como aconteceu precisamente no caso que examinamos.

Varias cousas podemos destacar destas primeiras afirmacións da Sala.

En primeiro lugar e de xeito coherente coa natureza societaria das cooperativas, que a Sala recoñece que a convocatoria xudicial tanto no caso das cooperativas como nas demais sociedades mercantís pódese tramitar como un expediente de xurisdicción voluntaria.

En segundo lugar, que de acordo cunha práctica xudicial consolidada, tal e como xa sinalamos, a Sala comparte o criterio da non aplicación do artigo 1817 LEC 1881, é dicir, rexeita a posibilidade de que as cuestións suscitadas nesta vía, se volvan contenciosas, o que dilataría a solución requirida polas partes, que é, precisamente, unha das finalidades deste tipo de expedientes.

En terceiro lugar, e de xeito moi importante, a Sala recoñece que cando a resolución sexa denegatoria se poderá interpor recurso de apelación. O que supón, *sensu contrario*, que si o órgano xudicial da luz verde á convocatoria, a súa resolución débese executar do xeito máis rápido posible. Sen que iso impida, non obstante, que a validez dos acordos que se puideran adoptar de celebrarse a xunta ou asemblea podan ser posteriormente impugnada e que mesmo a validez da convocatoria poda ser posta en cuestión no seu momento.

A Sala tamén engade algúns detalles de interese respecto da tramitación destes expedientes. Así, afirma que os mesmos se sustancian “facilitando trámite aos representantes da sociedade” para que formulen alegacións”, o que, sen embargo, dada a natureza do procedemento, exclúe tanto a posibilidade de réplica como da apertura dun período de proba. Este mesmo razoamento leva a Sala a afirmar a imposibilidade de paralizar as actuacións para sustanciar incidente algún, ou de tramitar alegacións paralelas de natureza incidental.

Non obstante, a convocatoria non é automática no caso de que se suscite controversia xudicial, de maneira que poden poñerse de manifesto cuestións

que obriguen a decidir sobre a procedencia ou non da mesma [a convocatoria] ou da inclusión de determinados extremos da orde do día. O argumento é claro. Pois de non admitir este mínimo control “poderían provocarse situacións absurdas, que chegasen a amparar a convocatoria de xuntas ante solicitudes fraudulentas, abusivas ou carentes de obxecto, entre outros motivos que poderían ser debidamente apreciados.” Se admiten, pois, aínda que de xeito moi excepcional, a práctica de dilixencias adicionais.”

Realizadas as anteriores consideracións, a Sala resolve que non cabe apreciar prexudicialidade civil algunha nin tampouco alterar o sistema de recursos non sendo posible outro recurso que o de apelación. Esta última cuestión ten un importante alcance práctico xa que é a base sobre a que a Sala rexeita por improcedente a análise da “adhesión” de novos solicitantes, coa invocación ao principio xeral “pendente appellatione nihil innovetur” Cfr. FX Cuarto *in fine*].

b) A legalidade da denegación da convocatoria: unha cuestión de concurso de normas.

A discrepancia entre os socios e os administradores respecto da legalidade da solicitude de convocatoria efectuada polos primeiros ten a súa orixe nun presunto conflito de normas; e dicir, acerca de cal é a normativa que rexe a sociedade cooperativa implicada, nun punto no que existe discrepancia entre as solucións que recolle a lexislación xeral de cooperativas, a Lei 27/1999, do 16 de xullo, de cooperativas (LC), e a lexislación autonómica madrileña, a Lei 4/1999, do 30 de marco, de Cooperativas de la Comunidade de Madrid (LCM), onde radica a mesma. A cuestión resólvese no FX terceiro.

Mentres a LC require que a convocatoria sexa solicitada por, alomenos, o 20% dos socios (Artigo 23 LC: “3. A Asemblea Xeral extraordinaria será convocada ... a petición efectuada, fehacemente, por un número de socios que representen o vinte por cento do total dos votos...”), o Artigo 31 LCM, reduce a porcentaxe ao 10 % (Artigo 31.1 LCM “1. A Asemblea Xeral poderá ser convocada polos administradores ... petición ... de alomenos un dez por cento dos socios ou de cincuenta socios...”).

Resulta evidente que cal sexa a norma que se considere de aplicación a convocatoria será lícita ou non, pois segundo os autos, o número de socios que solicitaron a referida convocatoria foi de 9 dun total de 55, o que supera o 10 % pero non chega ao 20 %.

A Sala, centra o debate na cuestión da aplicación directa dunha ou doutra norma, rexeitando que se tratara dun problema de supletoridade. En conse-

cuencia, xa que logo o artigo 2 LC establece que dita lei “será de aplicación: A) ás sociedades cooperativas que desenvolvan a súa actividade cooperativizada no territorio de varias Comunidades Autónomas, agás cando nunha delas se desenvolva con carácter principal.” E comprobar que nos estatutos da cooperativa interesada se establece que o ámbito territorial dentro do que deben estar situadas as explotacións agrarias dos socios “é o correspondente ás (sic) Comunidade Autónoma de Madrid e comunidades adxacentes”, conclúe —como xa o fixera o Xulgado no seu día—, que resulta de aplicación a norma estatal e non a autonómica, centrado a súa atención en comprobar a concurrencia dos requisitos que nela se establecen.

Así, interpreta a previsión contida no citado artigo 23.3, par. Segundo (“Se o requirimento de convocatoria non fora atendido polo Consello Rector dentro do prazo dun mes, os solicitantes poderán instar do xuíz competente que a convoque.”) no sentido de que a solicitude ao xuíz “debe efectuarse polos que instaron o requirimento.” De xeito que, ao seu xuízo, “non cabe dar lugar a dita convocatoria cando a solicitude non a efectúa un número de socios que, habendo previamente efectuado o requirimento (e non outros), representen a porcentaxe que esixe a Lei.”

Para a Sala “a convocatoria xudicial precisa tanto que os solicitantes sexan antes requirentes, como que cumpran a porcentaxe esixido legalmente.”, interpretación que estima coincidente coa que se recolle respecto das sociedades de capital nos artigos 168 e 169.2 TRLSC (RD Lex. 1/2010, do 2 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Sociedades de Capital), en canto que “se precisa unha solicitude previa aos administradores por socios que representen un cinco por cento do capital social e é esa minoría solicitante e non outra a que, de non ser atendida, pode promover a convocatoria xudicial.”

4.- VALORACIÓN FINAL

A axilidade na resposta é esencial para a resolución dos conflitos, e para tal fin, a vía da xurisdicción voluntaria, aínda que non axeitadamente modernizada, é especialmente útil na maioría dos supostos que podan xurdir.

O substrato común que se aprecia en todas as sociedades mercantís fai conveniente adoptar solucións o máis homoxéneas posibles entre os diversos figuras societarias existentes. O presente caso é un bo exemplo.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 131-135

A RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DO CONSELLO REITOR DUNHA COOPERATIVA, EN APLICACIÓN DO ARTIGO 367 DA LEI DE SOCIEDADES DE CAPITAL (COMENTARIO Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN 335/2012, DE 12 DE XULLO)

Estanislao de Kostka FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

1. ANTECEDENTES

1.1. Suposto de feito

No litixio dirímese a acción de responsabilidade dos membros do Consello Reitor de Construcións Conspa, Sociedade Cooperativa Limitada, coa existencia de serias dúbidas de Dereito sobre a aplicación da lexislación da Lei de Sociedades de Capital ás Cooperativas, aspectos sobre os que non hai unanimidade entre a doutrina e entre a xurisprudencia. En concreto, o fondo do asunto versa sobre a aplicación ou inaplicación do artigo 367 da Lei de Sociedades de Capital ás actuacións dos membros do Consello Reitor.

Tanto en primeira instancia como en apelación, desestimáronse as pretensións da acción de responsabilidade dos membros do Consello Reitor por danos, fundamentadas na omisión do deber de convocatoria da Xunta Xeral para a disolución da Cooperativa. A demandante, pretende a aplicación por analogía da normativa recollida na Lei de Sociedades de Capital sobre a responsabilidade por débedas, en caso de non convocatoria da Xunta Xeral, á responsabilidade por danos dos membros do Consello Reitor, si existise falta de dilixencia dos demandados no exercicio das súas funcións.

1.2. A sentenza de xuízo ordinario do Xulgado de 1º Instancia nº 8 do Mercantil de León, de 28 de novembro de 2011.

Os autos instrúense con número 175/2011 no Xulgado de 1ª Instancia Nº 8 e do Mercantil de León, onde se dictou sentenza de data 28 de novembro de 2011, cuio fallo desestima íntegramente a demanda presentada, absolvendo ós demandados.

Na demanda exercítase a acción de responsabilidade fronte ós integrantes do Consello Reitor, para reclamar o cumprimento da obriga dineraria derivada, conforme sinala a sentenza, do establecido por un Decreto que aprobou a valoración do custo da “obriga de facer”, en virtude de acordo transaccional.

A esixencia de responsabilidade ós demandados fundamentase no “incumplimiento da obrigación legal de convocar a Asemblea Xeral ou de solicitar a disolución xudicial cando concorra algunha das causas de disolución legalmente previstas”. A parte actora, tras enumerar diversa lexislación, en particular a Lei 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas da Comunidade de Castilla e León, e a Lei 27/1999, de 16 de xullo, de Cooperativas, acaba facendo “unha derivación ó disposto para a responsabilidade dos administradores de sociedades de capital”. (artigo 51.3 da primeira Lei citada e 43 da segunda citada).

Os demandantes exercitan a vía do Real Decreto Lexislativo 1/2010, de 2 de xullo (RCL 2010, 1792 e 2400), polo que se aproba o texto refundido da Lei de Sociedades de Capital, en concreto a do artigo 367, que textualmente di que: “Responderán solidariamente das obrigas sociais posteriores o acaecimento da causa legal de disolución os administradores que incumplan a obriga de convocar no prazo de dous meses a xunta xeral para que adopte, no seu caso, o acordo de disolución, así como os administradores que non soliciten a disolución xudicial ou, si proceder, o concurso da sociedade, no prazo de dous meses a contar desde a data prevista para a celebración da xunta, cando esta non se constituíu, ou desde o día da xunta, cando o acordo fose contrario á disolución”.

Fronte ás posibles accións recollidas na Lei de Sociedades de Capital, análogas ás previstas nas derogadas Lei de Sociedades Anónimas e Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada, a demandante optou, como sinalamos, por exercitar a acción prevista no artigo 367 da Lei de Sociedades de Capital, que ten a súa equivalencia nos artigos 262.5 da derogada Lei de Sociedades Anónimas e 105.5 da derogada Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada [sobre un feito similar, vid. VÁZQUEZ PENA, M. J., “Aplicación do artigo 262.5 da Lei de Sociedades Anónimas a un suposto de responsabili-

dade dos membros do Consello Reitor por falta de disolución e liquidación da Cooperativa [Anotación á Sentenzada Audiencia Provincial de Vizcaia núm. 133/2005 (Sección 4ª), do 18 de febreiro. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés-Solís Cecchini (A.C. 2005\612)”, Revista (Anuario) Cooperativismo e Economía Social, núm. 28 (Curso 2005/2006), 2006, páxs. 193 a 198]. Circunstancia que se pon de relevo de forma taxativa, cando o demandante no recurso de apelación, o indicar os pronunciamentos que se impugnan, expresamente alúdense a “o rexeitamento da aplicabilidade os membros do Consello Reitor das Sociedades Cooperativas das normas da responsabilidade contida no artigo 367 da Lei de Sociedades de Capital”.

2. A SENTENZA DE APELACIÓN

O recurso foi visto polo Tribunal da Sección Primeira da Audiencia Provincial de León, con número de recurso de apelación civil 77/2012, delimitándose o obxecto á acción de responsabilidade exercitada fronte os demandados, como integrantes do Consello Reitor, para reclamar o cumprimento da obrigación dineraria, entendéndose que esa responsabilidade incluía tamén débedas da Cooperativa, petitio que foi desestimada.

Tal e como recolle a sentenza da Audiencia Provincial de León que analizamos, a responsabilidade prevista no artigo 367 da Lei de Sociedades de Capital non é unha responsabilidade por danos causados, senón unha responsabilidade por débedas legalmente establecida nun suposto concreto: non convocar xunta xeral para adoptar acordo de disolución ou, no seu caso, non solicitar a súa disolución xudicial ou, no seu caso, promover declaración de concurso. É dicir, o administrador non responde por dano algún, senón polas débedas da sociedade. [Respecto disto, entre outras, a sentenza da Sala 1ª do Tribunal Supremo de data 30 de xuño de 2010 (RJ 2010, 5694)].

Como afirma a sentenza número 228/2008, de 25 marzo, desta mesma Sala (RJ 2008, 4649), a responsabilidade dos administradores por obrigacionais, con carácter solidario coa sociedade, prevista no artigo 260.1, números 3º, 4º e no artigo 260.5 da Lei de Sociedades de Capital (RCL 1989, 2737 e RCL 1990, 206), “constitúe unha responsabilidade por débeda allea “ex lege”, en canto a súa fonte —feito determinante— é o mero recoñecemento legal, sen que sexa reconducible a perspectivas de índole contractual ou extracontractual. Fundamentase nunha conduta omisiva do suxeito o que pola súa específica condición de administrador esíxeselle un determinado facer, e cuxa inactividad presúmese imputable —reprochable—, salvo que acredite unha

causa razoable que xustifique ou explique adecuadamente o non facer”. Conduzas estas que proporcionan confianza ó tráfico mercantil e seguridade as transaccións comerciais, cando interveñen persoas xurídicas mercantiles sen responsabilidade persoal dos socios, tal e como se recolle no artigo 1 da Lei de Sociedades Anónimas e o artigo 1 da Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada (RCL 1995, 953).

É suliñable, ademais, que a norma non ten carácter sancionador ou punitivo, en palabras da propia sentenza “non ten natureza de sanción ou pena civil” [...], senón que establece “unha responsabilidade en garantía”, pero á marxe de cómo poida calificarse, é totalmente allea o concepto de resarcimiento por dano, xa que non se pretende a reparación dun dano, senón o pago dunha débeda. Non obstante, si o dano causado é produto do impago dunha débeda por causa imputable ó administrador, poderíanse exercer en aplicación do artigo 397 da Lei de Sociedades de Capital.

En conclusión, a aplicación da lexislación sobre Sociedades Cooperativas á responsabilidade por danos non pode estenderse á responsabilidade do pago da débeda, tal e como recolle de forma practicamente unánime sentenzas dictadas nas Audiencias Provinciais, sen que lle conste á Sala que haxaalgunha dictada en sentido contrario polo Tribunal Supremo. Entre outras a sentenza da Sección 1ª da AP de Pontevedra de data 15 de setembro de 2011 (PROV 2011, 347996) na que se sinala que “[...] na lexislación de cooperativas non existiu nin existe unha responsabilidade dos membros do Consello Reitor que sexaparangonable á responsabilidade dos administradores que se regula na lexislación da sociedade anónima e de responsabilidade limitada, particularmente porque non se estableceu a responsabilidade “ex lege” dos arts. 262.5LSA e 105.5 LSRL. A única acción que se establece está próxima á configurada no art. 135 LSA e 69 LSRL, no senso de que tratasedunha acción de danos que responde ó esquema típico das accións desta clase e esixen, para que a responsabilidade poida ser declarada: que exista un feito negligente, que do mesmo resulte un dano e que entre un e outro concorra un adecuado nexo de causalidade”.

E no mesmo senso as sentenzas da Sección 9ª da AP de Valencia de data 29 de xuño de 2011 (PROV 2011, 398842), da Sección 28ª da AP de Madrid de data 30 de decembro de 2009 (PROV 2010, 137597), ou a sentenza da Sección 1ª da AP de Jaén de data 30 de xuño de 2010 (PROV 2010, 370377) que, ásúa vez, cita neste mesmo sentido as seguintes: sentenzas da Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de Abril de 2007 (PROV 2007, 262950), de Badajoz de 17

de Outubro de 2005, de Valencia de 19 de Setembro de 2005 (PROV 2005, 275154) e de Barcelona de 24 de Xaneiro de 2005 (PROV 2005, 54742).

3. REFLEXIÓNS FINAIS

Aínda cando o criterio seguido nesta sentenza é maioritario e xeneralizado, o certo é que a sentenza da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Vizcaya, de data 18 de febreiro de 2005 (AC 2005, 612), de xeito moi concreto, a da Sección 16ª da Audiencia Provincial de Barcelona, de xeito máis xenérico, e a da Sección 3ª da Audiencia Provincial de Burgos de data 11 de xaneiro de 2012 (PROV 2012, 34651), estende nos membros do ConselloReitor a aplicación dos artigos 262.5 da Lei de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 e RCL 1990, 206) e 105.5 da Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada (RCL 1995, 953). Por tanto, aínda admitindo como xeneralizada a opinión que sustenta as sentenzas dos tribunais que viñemos analizando, o certo é que devandito criterio non basa en xurisprudencia do Tribunal Supremo. Ao que é preciso engadir que o devandito criterio raramente é considerado por sentenzas das audiencias provinciais. Non en balde, a sentenza comentada conclúe estimando que “concorren serias dúbidas de Dereito que non xustifican a condena en costas das demandantes”.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 137-142

COOPERATIVA DE VIVENDAS. BAIXA VOLUNTARIA NON XUSTIFICADA

Isabel SÁNCHEZ CABANELAS

O obxecto deste comentario é a sentenza da Sección 4^a da Audiencia Provincial de Coruña 508/2012, do 14 de decembro, no recurso de apelación número 118/2012, interposto por D. JACOBO (cooperativista da cooperativa de vivenda “A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA”), contra a sentenza dictada polo Xuzgado do Mercantil número 2 de A Coruña, de data 18 de maio de 2011, nos autos número 392/10, sobre reclamación de cantidade, sendo recurrida “A MUIÑA S. COOP. GALEGA”.

1.- ANTECEDENTES

A sentenza obxecto de estudo trae a súa causa nos seguintes antecedentes:

1.- O 12 de setembro do 2005, D. JACOBO solicita o ingreso como socio na cooperativa de vivendas “A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA”.

2.- Na súa condición de socio achega 300 euros ao capital social e 100 euros como cuota de ingreso.

3.- O 25 de setembro do 2007, fai entrega de 40.125 euros en concepto de cantidade para financiar o pago da vivenda.

4.- O 15 de febreiro do 2008, previa solicitude, “A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA” acorda a baixa de D. JACOBO. O acordo de baixa califica a mesma como baixa voluntaria non xustificada e establece un prazo máximo de cinco anos para a devolución das achegas efectuadas polo socio conforme ao artigo 64 da Lei de Cooperativas de Galicia.

5.- D. JACOBO entende que o acordo de baixa aplica inadecuadamente o artigo 64 da Lei de Cooperativas de Galicia debendo aplicar o 121.2 da citada Lei. O artigo 121.2 establece un prazo máximo dun ano e non de cinco para a devolución das achegas.

6.- O 1 de xuño do 2010, o actor remite un burofax á Cooperativa, requirindo a devolución das achegas por entender que xa rematara o prazo legal para o seu reintegro.

7.- A Cooperativa non atende o requerimento e o 3 de novembro do 2010, D. JACOBO plantexa demanda de reclamación de cantidade. A cantidade reclamada se corresponde coas achegas feitas para financiar o pago da vivenda, menos as deducións aplicadas por baixa voluntaria non xustificada e sumados os xuros legais dende o requerimento do 1 de xuño do 2010.

8.- O 18 de maio do 2011, o Xuzgado do Mercantil nº2 da Coruña dicta sentenza desestimando a demanda formulada por D. JACOBO, contra A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA.

9.- En tempo e forma D.JACOBO presenta recurso de apelación contra a citada sentenza interesando a revocación da sentenza de instancia e a estimación da demanda formulada.

10.- O 14 de decembro do 2012, a Sección 4ª da Audiencia Provincial da Coruña falla estimando o recurso de apelación interposto por D. JACOBO, revocando a sentenza de instancia, a cal deixa sen efecto, e no seu lugar estima a demanda formulada por D. JACOBO contra “A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA”, a quen condena a abonar ao actor a cantidade de 36.915 euros, con aplicación do xuro legal dende o requerimento do 1 de xuño do 2010, incrementado en dous puntos por aplicación do artigo 576 da Lei de Axuizamento Civil, dende o dictado da resolución, con imposición das costas de instancia á demandada, e sen imposición de costas en alzada.

2.- CONCLUSIONES

A sentenza obxecto de recensión pon fin ao litixio que plantexan as partes sobre o prazo que ten a Cooperativa para a devolución das cantidades achegadas por D. JACOBO destinadas a financiar a vivenda, unha vez que causa baixa voluntaria non xustificada na cooperativa.

A Lei de Cooperativas de Galicia contempla no seu artigo 20 o dereito de todo cooperativista a darse de baixa voluntariamente da cooperativa da que sexa socio.

Artigo 20.1 “O socio poderá darse de baixa voluntariamente na cooperativa en calquera momento, mediante preaviso por escrito ao órgano de administración. O prazo de preaviso que fixarán os estatutos non poderá ser superior a un ano”.

Este dereito do socio de darse de baixa da cooperativa, non supón que a competencia para decidir sobre esa baixa recaia en cada socio, antes ben, aquel socio que decide darse de baixa na cooperativa ten que formalizar a súa solicitude de baixa ante o órgano de administración. O Consello Reitor é o órgano competente para acordar a baixa do socio.

Asemade, ese acordo de baixa adoptado polo Consello Reitor aceptando a solicitude de baixa, require a súa calificación como baixa xustificada ou baixa non xustificada.

O artigo 20 da Lei de Cooperativas de Galicia establece que a calificación da baixa será de “baixa xustificada”, nos supostos contemplados no parágrafo terceiro e en tódos os demais supostos previstos na lei ou nos estatutos.

Artigo 20.3 “Terán a consideración de xustificadas as baixas que teñan a súa orixe nas seguintes causas:

A adopción de acordos pola asemblea xeral que impliquen obrigas ou cargas gravemente onerosas, non previstas estatutariamente, se o socio salvase expresamente o seu voto ou, estando ausente, manifeste a súa desconformidade por escrito dirixido ao órgano de administración da cooperativa, no prazo de dous meses dende a adopción do acordo. En ambos os casos deberá formalizar a súa solicitude de baixa dentro do mes seguinte á data de realización da asemblea ou da presentación do devandito escrito.

En todos os demais supostos previstos nesta lei ou nos estatutos”.

Polo tanto, aqueles supostos de baixas que a lei non califica expresamente como baixas voluntarias xustificadas, entenderase que merecen a calificación de baixas voluntarias non xustificadas.

A calificación da baixa como xustificada ou non xustificada ten consecuencias económicas importantes para o socio que deixa a cooperativa, xa que soamente as baixas que merecen a calificación de baixas xustificadas non sofren deducións na devolución das achegas ao capital social.

No caso que nos ocupa, D. JACOBO causa baixa na cooperativa o 15 de febreiro do 2018 coa calificación de baixa voluntaria non xustificada.

As partes non cuestionan a calificación da baixa como baixa voluntaria non xustificada, a súa disputa fai referencia á aplicación dos artigos 64 e 121 da Lei de Cooperativas de Galicia.

“A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA” invoca o artigo 64 para dilatar ata cinco anos a devolución das cantidades entregadas por D. JACOBO en concepto de entrega para financiar o pago da vivenda.

Artigo 64 “Os estatutos regularán o dereito dos socios ao reembolso das súas achegas ao capital social no caso de baixa. A liquidación destas achegas farase segundo o balance de pechamento do exercicio no que se produza a baixa, podendo establecer deducións tan só sobre as achegas obrigatorias, que non serán superiores ó 30% no caso de expulsión, nin ó 20% no caso de baixa non xustificada. No caso de baixa xustificada, non procederá ningunha dedución. 4.- O prazo de reembolso non poderá exceder de cinco anos a partir da data da baixa. No caso de falecemento do socio, o reembolso deberá realizarse nun prazo non superior a un ano dende o feito causante.”

Pola contra, D. JACOBO sostén que o prazo de cinco anos contemplado no artigo 64 fai referencia ao reembolso das achegas ao capital social no caso de baixa, pero nada dí respecto ao reembolso das cantidades entregadas para financiar o pago da vivenda.

As cantidades entregadas para financiar o pago da vivenda son unha peculiaridade das cooperativas de vivenda e constiúen o obxecto deste litixio. No relativo a estas cantidades, entende D. JACOBO que temos que acudir ao artigo 121.2 da citada Lei.

Artigo 121.2 “No caso de baixa do socio, a cooperativa poderá reter o total das cantidades entregadas por el para financiar o pagamento de vivendas e locais ata que sexa substituído no seus dereitos e obrigas por outro socio. Os estatutos fixarán o prazo máximo de duración do dereito de retención, que non poderá ser superior a un ano.

Cando a baixa do socio fose considerada como non xustificada, se o prevén os estatutos, poderán aplicárselles ás cantidades entregadas por el para financiar o pagamento das vivendas e locais as deducións ás que se refire o artigo 64 desta lei, ata un máximo do 40% das porcentaxes que nel se establecen, destinándose na súa totalidade ao Fondo de Reserva Obligatorio.

As cantidades ás que se refire o parágrafo anterior, así como as achegas ao capital social, deberánse reembolsar ao socio no momento en que sexa substituído nos seus dereitos e obrigas por outro socio.”

Neste procedemento, D. JACOBO non reclama á Cooperativa os 300 euros que en concepto de capital social achegou no momento de adquirir a condición de socio. Asemade tampouco reclama os 100 euros que entregou como cuota de ingreso, o que reclama D. JACOBO é a cantidade entregada para financiar a vivenda, 40.125 euros, menos as deducións que sexan de aplicación ao causar baixa voluntaria non xustificada na Cooperativa, máis os intereses de demora. Sobre esta cantidade, de acordo coa Lei de Cooperativas de Galicia a A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA, tiña un prazo dun ano e non de cinco anos para proceder ao reembolso.

Do tenor literal do artigo 121 - artigo que resulta aplicable por tratarse dunha cooperativa de vivenda e ser obxecto deste litixio a cantidade entregada polo socio para financiar a súa vivenda- se desprende que a remisión que fai ao artigo 64 é referida exclusivamente ás porcentaxes de deducións que se lle poden aplicar as cantidades entregadas para financiar a vivenda, pero non fai referencia algunha ao prazo para devolver tales cantidades, que está fixado no parágrafo segundo do citado artigo como prazo máximo dun ano.

Polo exposto, pódese afirmar que nas cooperativas de vivendas no caso da baixa dun socio temos que diferenciar á hora de devolver as achegas entre: achegas ao capital social e achegas para financiar a vivenda.

As achegas ao capital social poden reembolsarse, segundo o artigo 64 da Lei de Cooperativas de Galicia, nun prazo máximo de cinco anos. Pola contra, as cantidades entregadas polo socio nunha cooperativa de vivenda para financiar a mesma deberán reembolsarse, segundo o artigo 121 da citada Lei, nun prazo máximo dun ano desde que o socio causa baixa.

Por último, tanto as achegas ao capital social como as cantidades entregadas para financia-lo pagamento da vivenda deberán reembolsarse ao socio no momento en que sexa substituído nos seus dereitos e obrigas por outro socio.

Esta interpretación dos artigos 64 e 121 da Lei de Cooperativas de Galicia á a sostida na sentenza número 508/2012, de 14 de decembro dictada pola Sección 4ª da Audiencia Provincial da Coruña na que revoca a sentenza de instancia estimando a demanda formulada por D. JACOBO contra A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA, a quen condena a abonar ao actor a cantidade de 36.195 euros, con aplicación do xuro legal dende o requeri-

mento de 1 de xuño do 2010, incrementado en dous puntos por aplicación do artigo 576 da lei de Axuizamento Civil, con imposición de costas de instancia á parte demandada.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 143-146

**IMPUGNACIÓN DOS ACORDOS DO CONSELLO
REITOR DUNHA COOPERATIVA DE VIVENDAS E
IMPROCEDENCIA DA DEDUCIÓN DE CANTIDADES
NAS DEVOLUCIÓNS POR BAIXA XUSTIFICADA DUN
SOCIO. COMENTARIO DA SAP DE PALENCIA NÚM.
31/2013 (SECCIÓN 1), DE 4 FEBREIRO DE 2013**

M.^a Jesús RODRÍGUEZ MÍGUEZ.

1.- PRESENTACIÓN

A baixa ou saída nunha sociedade ou en calquera tipo de organización, teña ou non carácter asociativo é polo xeral un feito cotiá e relevante ao mesmo tempo. No caso das sociedades cooperativas é mesmo un principio substantivo e estrutural. Trátase do que se chama “principio de portas abertas”, segundo o cal se permite aos socios que se adhiran ou ben causen baixa libremente na mesma, sen prexuízo de que a súa eventual saída poda ter transcendencia mesmo para a supervivencia da sociedade, xa que debe respectarse as esixencias dun número mínimo legal de socios (ou, en sentido contrario, o número máximo que podan fixar os Estatutos).

No caso das cooperativas de vivenda este feito é aínda máis relevante, como teremos ocasión de ver neste caso, e presenta un carácter singular que esixe unha normativa específica destinada a regular de xeito equitativo os intereses en conflito (os que se van e os que se quedan), en función de variantes diversas e requisitos propios.

En efecto, o caso que imos examinar versa sobre da procedencia ou non de practicar nunha Cooperativa de vivenda deducións nas devolucións de cantidades aos socios que causan baixa na mesma. É dicir, non se cuestiona o dereito á baixa senón as condicións nas que esta se debe producir.

Non debemos esquecer que a crise na que está o sector inmobiliario desde 2008 non só fai que este tipo de casos sexan máis frecuentes senón que pon en evidencia a necesidade dunha regulación específica.

2.- ANTECEDENTES

A sentenza ditada en Apelación pola Audiencia Provincial de Palencia resolve un recurso contra o previo pronunciamento do Xulgado de 1ª Instancia e Instrución núm. 1 de Palencia, recaída no Xuízo Ordinario núm. 309/2012, de data 10 de setembro de 2012, onde o xuíz literalmente dispón:

“Desestimar a demanda interposta [...] en nome e representación de D. Fabio contra Río Pisuerga Sociedade Cooperativa de vivendas, absolvendo a parte demandada dos pedimentos deducidos na súa contra. Con imposición a parte actora das costas causadas.”

Os feitos aceptados na sentenza impugnada poden resumirse brevemente no seguinte:

D. Gabriel e D. Fabio impugnaron xudicialmente o acordo do Consello Reitor de Río Pisuerga Sociedade Cooperativa de Vivendas de 1 de setembro de 2010, así como o acordo da súa Asemblea Xeral, do 15 de abril de 2011, nos que se acordaba que tras da súa baixa na cooperativa se procedía a actualizar o seu saldo de reembolso de acordo coas perdas do Balance de peche do 2009, o que supuña practicar unha dedución a cada un deles por importe de 29.120,47 € no saldo resultante. É dicir, preténdeselles reducir as cantidades a reembolsar a causa das perdas nas que tivera incorrido a sociedade.

O fundamento era que na cooperativa se aprobara por unanimidade un plano de viabilidade (constando que os actores o votaron e o fixeron a favor) no que se acordaba que “o que se vai sen parcela soporte as perdas derivadas do actual prezo de mercado en relación cos custos”, polo que a sentenza agora impugnada considerou axustado que se lles repercutira ós actores as correspondentes perdas.

Pola contra, os demandantes/apelantes sosteñen que os citados acordos son nulos de pleno dereito, sen que o seu voto favorable o convalide, xa que eles causaron baixa o 22 de decembro de 2009, e baixa xustificada, polo que de conformidade coa lexislación aplicable (neste caso, como veremos, a Lei 4/2.002, do 11 de abril de Cooperativas de Castela e León) e os Estatutos da propia cooperativa non lles correspondía soportar dedución algunha sobre

das cantidades no seu día anticipadas, e polo tanto a practicada do 40% debe anularse.

3.- COMENTARIO

A Lei 4/2.002 do 11 de abril de Cooperativas de Castela e León (a partires de aquí LCCL), establece no seu artigo 59 que o capital social estará constituído polas aportacións obrigatorias e voluntarias dos socios, e que poderán ser:

“a) Aportacións con dereito de reembolso no caso de baixa.

b) Aportacións no que o seu reembolso no caso de baixa poda ser refusedo incondicionalmente polo Consello Reitor.”

Pola súa banda, o artigo 118.6 LCCL sinala o seguinte:

“Os Estatutos poderán prever en que casos a baixa dun socio é xustificada e para os restantes, a aplicación, na devolución das cantidades entregadas polo mesmo para financiar o pago das vivendas e locais, das deducións a que se refire o apartado 3 do artigo 66, ata un máximo do 50% das porcentaxes que no mesmo se establecen.”

O citado artigo 66 da LCCL, no seu parágrafo 3º (na redacción vixente no momento dos feitos), establecía a respecto do reembolso das aportacións que:

“Os Estatutos de cada cooperativa fixarán o importe porcentual das deducións, que como máximo serán aplicables a contía do reembolso, segundo as causas motivadoras do mesmo, que non poderán exceder do 30% no caso de expulsión, nin do 20% no caso de baixa non xustificada.”

Polo tanto, a singularidade que presentan nesta materia as cooperativas de vivendas sometidas á lexislación de cooperativas da Comunidade de Castela e León é que a lei se remite aos Estatutos para coñecer os casos nos que a baixa dun socio se poderá calificar como xustificada.

No presente caso, o artigo 12.1.3 dos Estatutos da Sociedade Cooperativa Río Pisurga establecía especificamente que, se no prazo de tres meses e mediante resolución expresa, o Consello Reitor non califica a baixa, a mesma entenderase como xustificada. Trátase dunha sorte de silencio positivo, no que a falta de dilixencia dos órganos xestores das cooperativas non calificando a baixa resólvese en interese dos socios que causan baixa, dado que se califica

ex lege como xustificada, coas importantes consecuencias que de tal calificación derivan para os mesmos, en detrimento no seu caso da propia sociedade.

Como consta acreditado no expediente xudicial, o Consello Reitor, por acordo do 31 de marzo de 2010 (modificado por outro do 1 de setembro), non só calificou a baixa como xustificada, senón que producida, segundo o demandante/apelante, con data 22 de decembro de 2009 e sen que conste rebatido o citado acordo, ditándose este fora do prazo de tres meses legalmente establecido.

En consecuencia, e en aplicación da LCCL e das disposicións estatutarias, a baixa é claramente xustificada, o cal impide a práctica de dedución algunha no reembolso das aportacións.

Á vista do exposto, a Sala pronunciouse estimando na súa integridade o recurso interposto, revocando a sentenza apelada e declarando a nulidade dos acordos do Consello Reitor do 1 de setembro de 2010, así como o da Asemblea Xeral do 15 de abril de 2011 relativos os dereitos dos apelantes, declarando en consecuencia o dereito ao reembolso das aportacións ao capital da Sociedade Cooperativa e dos pagos a conta, con devengo de intereses dende a baixa (22 de decembro de 2009), sen impoñer costas nas dúas instancias a ninguén.

4.- CONCLUSIONES

Non cabe dúbida de que os que ao longo da presente crise participaron en proxectos cooperativos no sector da vivenda teñen asumido un risco especial, que vai máis aló do que inicialmente se podería pensar nun proxecto desta natureza.

Na situación na que se atopan moitas das cooperativas de vivenda desde o comezo da crise, especialmente delicada na maioría dos casos, o que fai preciso, para evitaren abusos, que os socios que desexen causar baixa (algo perfectamente lexítimo), sexan perfectamente escrupulosos cos requisitos formais esixidos para poder facelo. Do mesmo xeito, non cabe dúbida de que nestas mesmas circunstancias os demais socios e, de xeito moi especial, os que participan na vida das cooperativas desde postos directivos, deben extremar pola súa banda a vixilancia deses mesmos requisitos formais para, sen impedir o lexítimo dereito de saída, non repercutan, pola súa negligencia, en detrimento do patrimonio cooperativo, como xa sinalamos, a bo seguro estarán xa de por si deteriorados na meirande parte dos casos a causa da mesma crise.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 147-152

ACORDOS DO CONSELLO REITOR DE NATUREZA SANCIONATORIA. COMENTARIO DA SAP DE BURGOS NÚM. 214/2012 (SECCIÓN 3ª), DE 23 DE MAYO.

Sinesio NOVO FERNÁNDEZ

Resumo

Dous socios da COOPERATIVA AVÍCOLA Y GANADERA DE BURGOS, en concreto as persoas xurídicas GUTIÉRREZ EXPORCI, S. L. e ÁLAMO DOMINGO, CARLOS Y PEDRO, S. C., presentan demanda pola que impugnan dous acordos do Consello Reitor da cooperativa á que pertencen

O primeiro dos acordos impugnados impoñía a ambas as dúas sociedades demandantes o pago dunha cláusula penal por incumprimento das obrigas dos cooperativistas. Dita cláusula atopábase prevista no contrato asinado polas actoras cando se incorporaron á cooperativa, no cal tamén se expresaba que os socios se obrigaban a entregar toda a produción de porcos para o sacrificio no matadoiro que a cooperativa designe durante todo o período de duración do contrato. É, precisamente, o incumprimento desta concreta obriga, o que motiva a aplicación polo Consello Reitor da cláusula penal. Fronte ó acordo que impoñía o pago da cláusula, os cooperativistas sancionados interpuxeron recurso ante a Asemblea Xeral, que foi inadmitido polo mesmo Consello.

A inadmisión a trámite, polo susodito órgano cooperativo, do recurso presentado polos demandantes, constitúe o segundo dos acordos obxecto de impugnación na vía xurisdiccional.

O Xulgado do Mercantil nº1 de Burgos ditou sentenza en data 16 de xaneiro de 2012, pola que estimaba a excepción de falta de lexitimación da sociedade civil demandante. Considerou o tribunal de primeira instancia que as sociedades civís que non se constituíron en escritura pública ou non se inscribiron no

Rexistro Mercantil carecen de personalidade xurídica propia e independente da do resto dos socios que as integren.

Contra a sentenza absolutoria ditada en primeira instancia, os demandantes presentan recurso de apelación, do que coñece a Sección Terceira da Audiencia Provincial de Burgos.

En primeiro termo, a sentenza da Audiencia apártase da tese sostida polo Xulgado do Mercantil en canto á personalidade xurídica da sociedade civil demandante. En aplicación de xurisprudencia tanto do Tribunal Supremo como da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado, en todo caso posterior á sentenza citada polo xulgador de primeira instancia, a Audiencia Provincial recoñece a personalidade xurídica da sociedade civil recurrente. Segundo a mencionada xurisprudencia do Tribunal Supremo, os dous requisitos de inscrición no Rexistro e constitución en escritura pública xa non constitúen unha esixencia ineludible para que unha sociedade mercantil ostente personalidade xurídica, podendo ser substituídos pola chamada publicidade de feito nas relacións da sociedade con terceiros. Esta mesma doutrina, logo da resolución da Dirección Xeral dos Registros e do Notariado, de 14 de febreiro de 2002, sería extensible ás sociedades civís irregulares.

En segundo termo, unha vez desestimada a excepción procesual, a Audiencia Provincial vese na necesidade de entrar no fondo do asunto. Viamos anteriormente que os recurrentes impugnaron dous acordos do Consello Reitor, un de data 28 de setembro de 2010, e outro de data 29 de decembro do mesmo ano. A impugnación do primeiro, que impoñía ós demandantes o pago dunha cláusula penal por incumprimento das súas obrigas como cooperativistas, fundamentabase na infracción do principio de audiencia e na desproporción e carácter desorbitado da sanción. O segundo acordo obxecto de impugnación refírese á decisión do Consello Reitor de non admitir o recurso presentado ante a Asemblea Xeral polos socios sancionados. Os demandantes solicitan a nulidad de devandito acordo por non respectar o procedemento regulado na Lei de Cooperativas de Castela e León, que prevé a impugnación dos acordos sancionatorios ante o Comité de Recursos e, na súa falta, ante a Asemblea Xeral, como vía previa e obrigatoria para acudir á xurisdición ordinaria.

Finalmente, a sentenza da Audiencia Provincial de Burgos declara nulo o acordo do Consello Reitor de 28 de setembro de 2010, por estimar que o incumprimento que orixina a aplicación da cláusula penal identifícase, á súa vez, co suposto de feito dunha falta moi grave tipificada nos estatutos da cooperativa, como é o incumprimento da obriga de poñer a disposición da Agru-

pación a totalidade da produción referente ó produtor ou ós produtos para os cales se adheriron. Xa que logo, estamos perante un acordo sancionatorio do Consello Reitor que debe respectar, como non foi o caso, o principio de audiencia ós interesados preceptuado no artigo 24.3.b da Lei de Cooperativas de Castela e León. O carácter sancionatorio do acordo de 28 de setembro de 2010 tamén conduce á Audiencia Provincial de Burgos a declarar a nulidade do acordo de 29 de decembro de 2010, polo cal o Consello Reitor inadmitía a trámite a impugnación do anterior acordo ante a Asemblea Xeral.

ANOTACIÓN

I. Personalidade xurídica da sociedade civil

As principais cuestións que suscita a sentenza da Audiencia Provincial de Burgos pódense reducir a unha de índole procesual e outra de carácter substantivo. Respecto da primeira, semella claro que se trata de decidir si a sociedade civil que aparece como recorrente ten personalidade xurídica e, polo tanto, a lexitimación activa necesaria para ser parte no procedemento de impugnación de acordos nulos. Neste punto, a opinión da Audiencia, contrariamente ó manifestado na sentenza da primeira instancia, móstrase favorable a admitir a personalidade xurídica de ÁLAMO DOMINGO, CARLOS Y PEDRO, S.C.

Como oposición á doutrina acollida na sentenza que nos incumbe, é interesante apuntar a recente e controvertida resolución da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado, de 25 de xuño de 2012, que entre outras cuestións declara: “resulta hoxe claramente que foi vontade do lexislador -que debe ter valor preferente para o intérprete- que só tivesen personalidade xurídica as sociedades civís que cumprisen un plus de requisitos e que son os mesmos que se esixen no Código de comercio para que as sociedades mercantís teñan personalidade xurídica”.

Isto no entanto, segue sendo maioritaria a doutrina que admite a personalidade xurídica das sociedades civís non inscritas no Rexistro Mercantil, postura coincidente con xurisprudencia reiterada do Tribunal Supremo. En virtude da sentenza do alto tribunal, de 7 de marzo de 2012, o noso sistema non esixe a inscrición das sociedades civís en rexistro algún e nin o art. 1669 do Código Civil nin o artigo 35 do mesmo Código supeditan á inscrición o recoñecemento da personalidade das asociacións de interese particular, sexan civís, mercantís ou industriais, ás que a lei conceda personalidade propia, independente da de cada un dos asociados. A esta liña xurisprudencial axús-

tase igualmente a interesante sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, sé de Granada, de 2 de xullo de 2012. Segundo a mesma, os pactos efectuados pola sociedade en cuestión eran públicos por constar en escritura, para tal efecto non é requisito imprescindible que estivese inscrita no Rexistro Mercantil, pois tal circunstancia poderá dotar de maior publicidade, pero a súa ausencia non significa que os pactos sexan secretos. Así e todo, a constancia en escritura pública e a contratación polos órganos sociais non deixan lugar a dúbidas de que a entidade actuaba no tráfico xurídico como suxeito de dereito. No caso que nos ocupa, apreciamos claramente que o pacto polo cal a sociedade civil recurrente se incorpora á Cooperativa consta en escritura pública, polo que os argumentos do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía son perfectamente aplicables á sentenza obxecto da presente análise.

II. Naturaleza sancionatoria dos acordos do consello reitor

Unha vez resolta a cuestión procesual, é obrigado atender ós argumentos de fondo suscitados polos recurrentes para impugnar os acordos do Consello Reitor. A enumeración de todos eles lévanos a concluír que o recurso se fundamenta na desproporción e carácter desorbitado da sanción, na infracción do principio de audiencia para a súa imposición e na non admisión dun recurso suscitado, ante a Asemblea Xeral, contra o acordo sancionatorio do Consello Reitor.

O primeiro dos argumentos relacionados non foi aceptado polo tribunal de apelación para estimar o recurso. Trátase de considerar desproporcionada a cuantía que o acordo do Consello Reitor de 28 de setembro de 2010 impuxo ós recurrentes por aplicación dunha cláusula penal. En orde á determinación da devandita cantidade, a Audiencia Provincial entende que os cálculos efectuados son correctos, segundo informe do perito xudicial. Tendo en conta que a forma de obter a cuantía da indemnización formúlase en termos obxectivos na propia cláusula penal, non atopamos atranco algún á decisión da Audiencia. Di a cláusula que o socio incumpridor pagará a parte pendente de amortizar tomando unha proporción ou prorrateo de 9 anos sobre o investimento realizado no momento de asinarse este contrato e a que se puidese realizar ata o momento en que ocorra o incumprimento do socio. O período de tempo ó que se extenderá esta obriga de pago por parte do socio será o que reste ata que se cumpran os cinco anos pactados de duración do presente compromiso.

Deixando á marxe a discusión sobre o carácter desproporcionado da sanción imposta polo acordo do Consello Reitor de 28 de setembro de 2010, a

apreciación dos restantes argumentos de fondo do recurso redúcese a determinar si o devandito acordo presenta ou non natureza sancionatoria. Os recurrentes pretenden tanto a declaración de nulidade do acordo do Consello que lles impón o pago dunha cantidade de diñeiro, en aplicación da cláusula penal prevista na escritura de constitución da cooperativa, como a nulidade da inadmisión do recurso contra o anterior acordo, presentado ante a Asemblea Xeral.

En virtude do artigo 39 da Lei de Cooperativas de Castela e León, en relación co artigo 45.4 da mesma lei, son nulos os acordos do Consello Reitor contrarios á lei. Os recurrentes consideran nulos os acordos impugnados porque entenden que, no caso do de data 28 de setembro de 2010, non se lles proporcionou ós interesados a audiencia prevista no artigo 24.3.b da Lei de Cooperativas de Castela e León e, no caso do acordo de data 29 de decembro de 2010, infrínxese a letra c do mesmo artigo, que permite a impugnación do acordo de sanción ante a Asemblea Xeral. Para podermos determinar si houbo vulneración da lei e, en consecuencia, que os acordos impugnados sexan declarados nulos, debemos concluír si os preceptos mencionados son aplicables ó suposto de feito. No artigo 24.3 recóllense unha serie de normas mínimas que han de observar os procedementos sancionadores, regulados con maior detalle nos estatutos das cooperativas. Así as cousas, tendo en conta que o Consello Reitor da cooperativa recurrida non respectou ningún dos trámites legais que han de seguirse nun expediente sancionador, chegamos á conclusión de que, para considerar a nulidade solicitada polos demandantes, debemos de concluír a natureza sancionatoria do acordo de data 28 de setembro de 2010. Tralo exame dos fundamentos de dereito da sentenza da Audiencia, apreciamos que un mesmo suposto de feito é subsumible, á vez, nunha infracción moi grave, tipificada nos estatutos da cooperativa recurrida, e nunha estipulación contractual, integrada na escritura de constitución de devandita sociedade e sancionada cunha cláusula penal. Esta establece unha obriga de pago ós socios firmantes que non entreguen toda a produción de porcos para o sacrificio no matadoiro que a cooperativa designe durante todo o período de duración do contrato. Pola súa banda, os estatutos da COOPERATIVA AVÍCOLA Y GANADERA DE BURGOS cualifican como falta moi grave o incumprimento, por parte dos socios, da obriga de poñer a disposición da Agrupación a totalidade da produción referente ó produtor ou ós produtos para os cales se adheriron. Resulta evidente que a conduta descrita na cláusula penal constitúe, ó mesmo tempo, unha falta estatutariamente tipificada. Neste punto estamos dacordo coa Audiencia en que, de non considerarmos sancionatoria a resolución do Consello Reitor de 28 de setembro de 2010,

estaría permitindo a inaplicación do procedemento sancionador e as consiguientes garantías legais que supón para os socios infractores e, do mesmo xeito, eludiríase o control da Asemblea Xeral, que é competente para coñecer dos recursos non xurisdiccionais fronte ós acordos sancionatorios do Consello. A esta interpretación podemos engadirlle o principio xeral do dereito in dubio pro reo, posto que, polo tipo de materia de que se trata, as dúbidas han de resolverse en beneficio do socio (Morillas Jarillo, M. J. e Feliú Rei, M. I., Curso de Cooperativas, segunda edición, Madrid, 2002, p. 197).

ACTUALIDADE FISCAL

Coordinadora: Ana María Pita Grandal

- Ana María Pita Grandal
Las tasas en el ámbito de la administración de justicia. ¿Posibles supuestos de injusticia?
- Roberto I. Fernández López
As principais novidades introducidas no ordenamento orzamentario e tributario de Galicia en 2013
- Soraya Rodríguez Losada
Novidades lexislativas introducidas pola lei 16/2012, de 27 de decembro, pola que se adoptan diversas medidas tributarias dirixidas á consolidación das finanzas públicas e ao impulso da actividade económica
- Carmen Ruiz Hidalgo
Incentivos fiscais á contratación regulados na Lei de Reforma Laboral
- Luis Miguel Muleiro Parada
As novas medidas tributarias de apoio aos emprendedores
- María Cruz Barreiro Carril
Os novos impostos medioambientales e a normativa de desenvolvemento

- Mónica Siota Álvarez

Escrituras públicas de subrogación e novación modificativa de préstamos e de créditos hipotecarios: o seu ¿dispar? tratamento no Imposto sobre Actos Xurídicos Documentados. Comentario á Resolución do TEAC de 16 de maio de 2013

- Jaime Aneiros Pereira

A transmisión de empresas e o IVE. A esixencia do imposto no caso de que se transmita un paquete accionarial

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 155-163

LAS TASAS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. ¿POSIBLES SUPUESTOS DE INJUSTICIA?

Dra. Ana María PITA GRANDAL
Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Vigo

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se cumple un año desde la entrada en vigor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, parece oportuno realizar una reflexión en relación con su contenido. Aunque no existen aún datos fiables y consolidados se conoce que se ha producido un descenso en la litigiosidad, lo que podría ser una buena noticia si no constituye consecuencia de una limitación al derecho de defensa.

Sin lugar a dudas el Estado social y democrático de Derecho tiene en la Administración de Justicia uno de sus pilares fundamentales y ésta ha de entenderse, en los términos del art. 24 de la Constitución Española como el derecho que tienen todos los ciudadanos “a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Tampoco existen duda alguna respecto a que la Administración de Justicia, como servicio público esencial que garantiza la resolución de conflictos y la paz social, implica un gasto cuya financiación podría hacerse de diversas formas, pero fundamentalmente de dos. En primer lugar, el Estado puede asumir íntegramente el gasto público que produce este servicio público financiándolo con los recursos del Tesoro público, que proceden, fundamentalmente, de la recaudación de impuestos. En segundo lugar, puede repercutir todo o parte del

coste a través del establecimiento de un tributo cuyo hecho imponible sería el propio de la tasa. La solicitud de amparo judicial supone el desarrollo de una actividad administrativa, típica en la estructura del hecho imponible de este tributo.

La aprobación de la Ley 10/2012 ha supuesto en nuestro país la asunción de esta segunda opción, que ha sido también asumida por países de nuestro entorno. En el fondo de esta temática se encuentra el debate de la escasez de los recursos de la Administración de Justicia y la necesidad de prestar una Justicia rápida, eficaz y de calidad, lo que resulta incompatible con la precariedad a que se ve sometida.

La primera cuestión que suscita esta Ley, sin lugar a dudas, es la de la compatibilidad de la tasa en ella regulada con el texto constitucional. A este respecto, el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia gratuita, ha venido a introducir modificaciones en la Ley 10/2012, para una mejor adaptación a la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada tanto en la sentencia 20/2012, de 16 de febrero de 2012 y en otras posteriores. En la propia Exposición de Motivos se reconoce que la modificación de la cuantía de la tasa se ha manifestado como necesaria para evitar que pueda generar “efectos indeseados”.

2. LOS ANTECEDENTES

Por Decreto 1035/1959, de 18 de junio se establecieron tasas judiciales a cuyo pago venían obligadas las personas naturales o jurídicas “que promuevan la actuación de los Tribunales y Juzgados o sean parte en el proceso, salvo los casos de no sujeción o exención determinados por los preceptos vigentes”. Se exigían en todos los órdenes jurisdiccionales excepto el social. En el ámbito penal había importantes exenciones. La recaudación se efectuaba por medio de efectos timbrados y se aplicaba a la remuneración complementaria de los funcionarios de la Administración de Justicia, hasta que la Ley de 8 de julio de 1963 dispuso que el producto de las tasas judiciales se ingresase en el Tesoro Público, integrándose en el Presupuesto del Estado.

El Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 30 de diciembre de 1980 sujetaba a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados “las resoluciones jurisdiccionales y los laudos arbitrales, los escritos de los interesados relacionados

con aquéllas, así como las diligencias y actuaciones que se practiquen y testimonios que se expidan”.

La Ley 25/1986, de 24 de diciembre, suprimió las tasas judiciales, y explicó dicha supresión en los siguientes términos: “La Constitución Española en su art. 1 propugna la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico español. Además, en el párrafo dos del art. 9 instituye a los poderes públicos en la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. Señala, además, que en el ámbito de la Administración de Justicia, los valores constitucionales se manifiestan en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos reconocidos en el art. 24 de la propia Constitución. Y en este sentido expresa la incompatibilidad de los principios tributarios vigentes con la ordenación de las tasas judiciales.

Continuando con la línea de gratuidad, se suprime el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en relación con las actuaciones judiciales y con el Registro Civil.

3. LA REINCORPORACIÓN DE TASAS JUDICIALES A PARTIR DE 2002

La Ley 53/2002 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo en su art. 35 la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso administrativo. El gravamen recae sobre las personas jurídicas, y declara exentas a las personas físicas y a las entidades de reducida dimensión de acuerdo con lo previsto en el Impuesto de Sociedades.

La LO 1/2009, de 3 de noviembre, estableció el depósito judicial para recurrir y en la DA 15^a.13 dispuso que la exigencia del depósito “será compatible con el devengo de la tasa exigida en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”.

La Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la LEC, incluyó en el hecho imponible de la tasa judicial la presentación inicial del procedimiento monitorio y del procedimiento monitorio europeo.

Finalmente, la Ley de Medidas de Agilización Procesal de 10 de octubre de 2011, incluyó en las costas el importe de “...la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional cuando ésta sea preceptiva”.

4. LA TASA POR EL EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL EN LOS ÓRDENES CIVIL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL, DE LA LEY 10/2012, MODIFICADA POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2013

A pesar de que la Ley 10/2012 ha evitado utilizar la expresión “tasa judicial” o “tasas judiciales”, como se hacía en el Decreto de 1959, lo cierto es que esta Ley a supuesto un franco retroceso a la situación que en materia judicial existía en esa época y que, como hemos dicho, se suprimió con la finalidad de remover los obstáculos que impedían o dificultaban la plenitud de las condiciones para que la libertad y la igualdad fuesen reales y efectivas.

Si bien es cierto que la “reincorporación” de las tasas judiciales se inicia con la Ley 53/2002, no es menos cierto que el ámbito subjetivo previsto era mucho más reducido y de una capacidad económica presumiblemente mayor: entidades jurídicas, que no tuvieran la calificación de empresas de reducida dimensión.

La Ley vigente, por el contrario, declara sujetos pasivos a todas las personas, físicas o jurídicas, que no tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita. Es también una novedad la sujeción en los supuestos de recursos de suplicación y casación en el orden jurisdiccional social, si bien los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, gozan de una exención parcial del 60% en la cuantía de la tasa. En la legislación de 1959, la jurisdicción social había estado excluida del abono de tasas judiciales.

En relación con los funcionarios públicos, para su equiparación con los trabajadores en el orden jurisdiccional, el Real Decreto-ley 3/2013 ha introducido un nuevo apartado 4 en el artículo 4, en el que, en el orden contencioso-administrativo, “los funcionarios públicos cuando actúen en defensa de sus derechos estatutarios tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de apelación y casación

Posiblemente uno de los aspectos más llamativos de la tasa que venimos analizando, lo constituye el art. 8.2 en el que se dispone que el justificante de pago de la tasa debe acompañar a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible. En caso de no se acompañase dicho justificante, el Secretario judicial requerirá la subsanación, “no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada”. Y, se dispone asimismo, que la falta de presentación del justificante de autoliquidación, “no impedirá la aplicación de

los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda”. Volveremos sobre este precepto pero conviene decir aquí que el Real Decreto-ley 3/2013 también incide en este precepto, señalando un plazo de 10 días para la subsanación, que en la redacción original no se recogía. Entiendo que nos encontramos ante un plazo de caducidad, que no interrumpe la prescripción y que, en consecuencia, el demandante podrá plantear nuevamente la pretensión, dentro del plazo legalmente establecido.

Aspectos especialmente susceptibles de crítica en la regulación actual en atención a la CE y a la vista de la jurisprudencia del TC

Los aspectos que podemos someter a crítica son varios. Pero en este lugar voy a referirme a aquellas cuestiones que, desde mi punto de vista, son muy importantes.

En ese sentido, en primer lugar, se plantea la cuestión relativa a si es compatible la exigencia de tasas judiciales con el derecho a la asistencia gratuita y con el derecho a la tutela judicial efectiva. Y lo primero que hay que decir a este respecto es que existe ya una abundante jurisprudencia tanto del TC como del Tribunal de Derecho Humanos de Estrasburgo, en un sentido que contradice los motivos expuestos en la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, que suprimió las tasas judiciales y en la que, conviene recordar ahora, se fundamentaba la supresión en la CE y, en particular, en su art. 24.

De acuerdo con la sentencia 20/2012 del TC, en relación con la tasa que venían obligadas a satisfacer las entidades mercantiles con elevado volumen de facturación, “en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos”.

En todo caso, en la valoración de esta doctrina del TC, si se pretende su aplicación a la Ley que ahora nos ocupa, es preciso no perder de vista varias cosas. La primera, que si se afirma la posibilidad de aplicar una tasa no debe olvidar el propio TC su propia doctrina, que sobre todo desde el año 2000, viene exigiendo que todos los tributos se establezcan atendiendo a la capaci-

dad económica y, lo que es aún más importante en relación con este principio, que el hecho imponible incluya en sus elementos un índice o manifestación de riqueza.

Pues bien, a la vista de la nueva redacción que el Real Decreto-ley 3/2013 introduce en el art. 7.2 de la Ley 10/2012, es posible que el legislador haya sido consciente de que la STC 20/2012 otorga cobertura a la tasa aplicada a las personas jurídicas, cuya capacidad económica puede ponerse de manifiesto en su volumen de operaciones y correspondiente magnitud de sus pretensiones, mientras que la Ley 10/2012 contempla sujetos pasivos, personas físicas, cuya capacidad económica la Ley no se ocupa de integrar adecuadamente a través del elemento objetivo del hecho imponible.

En efecto, en virtud de la modificación introducida por el citado Real Decreto-ley en el apartado 2 del art. 7 y la introducción de un apartado 3 en el mismo precepto, el componente variable de la tasa se aplicará según el sujeto pasivo sea persona jurídica o persona física, estableciéndose un tipo de gravamen sensiblemente más reducido cuando el sujeto pasivo sea persona física, así como un límite mucho más reducido en este caso (2.000€), que en el primero (10.000€). En la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2013 se reconoce “que pese a que las tasas, en abstracto y por sí mismas, no se consideran lesivas de derecho alguno, podrían llegar a darse casos concretos e individualizados en los que la cuantía fijada en la tasa resultara excesiva. Consecuentemente, aun partiendo de la legitimidad de la vigente configuración de la tasa, es necesario arbitrar los mecanismos que eviten que, ni siquiera con carácter residual, la cuantía de las tasas pueda generar efectos indeseados”. Lo importante al respecto será poder llegar a determinar si realmente esta medida, aunque mejore la situación de muchos sujetos, es suficiente para evitar esos eufemísticamente denominados “efectos indeseados”.

Del articulado de la Ley 10/2012 no resulta fácilmente extraíble que el legislador haya tenido en cuenta la doctrina constitucional en relación con la capacidad económica al configurar el tributo. Por el contrario, la interpretación que del mismo se puede realizar es bien diferente, lo que viene confirmado incluso en muchas expresiones empleadas en la exposición de motivos de la Ley. En efecto, se hace un ejercicio de confusión al pretender que únicamente en aquellos casos en que se acredite insuficiencia de recursos para litigar, la Constitución consagra la gratuidad de la justicia. En esta afirmación se está presumiendo que todos los ciudadanos que carecen de recursos acceden a la justicia gratuita, y eso exigiría un análisis previo y minucioso de la regulación del acceso a la justicia gratuita. Se presume también que aquellos ciudadanos

que no acceden a la justicia gratuita tienen capacidad económica suficiente para soportar las cargas tributarias vinculadas al proceso, sin que ello suponga menoscabo para su derecho de acceso a la jurisdicción. Se trata, en consecuencia de una medición de la capacidad económica técnicamente muy deficiente ya que se hace depender de una circunstancia, acceso a la justicia gratuita, que no garantiza la existencia de una capacidad económica relativa, cuya concurrencia es imprescindible en la aplicación de toda clase de tributos.

En este sentido, aunque el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, particularmente, en cuanto a los requisitos de acceso así como de exclusión por motivos económicos, toda vez que elimina del cómputo de los bienes inmuebles la vivienda habitual, e incluye en el mismo los rendimientos de capital mobiliario, es sabido que la casuística es muy variada y difícilmente se puede afirmar que quienes no tienen acceso a la justicia gratuita están claramente en situación de soportar tasas judiciales. Se olvida que, sobre todo las personas físicas, pueden estar sometidas a situaciones en las que todos sus recursos están comprometidos y el coste de la justicia puede empujarles a renunciar a legítimas pretensiones.

Por otra parte, si tenemos en cuenta las normas de cuantificación de las tasas en las que, al menos en el plano teórico, ha de atenderse al coste del servicio, habría que tomar en consideración al sujeto que provocó el coste. La persona que recurre no es necesariamente la que provoca el coste del servicio, sobre todo cuando el resultado del litigio es una sentencia estimatoria de la pretensión del demandante. No son pocos los casos en los que el sujeto tiene que acudir a los Tribunales por actuaciones de la Administración que posteriormente se declaran arbitrarias o que constituyen supuestos de desviación de poder. Lo adecuado en estos supuestos sería que las tasas recayesen no sobre quienes recurren sino sobre aquellos que fracasan en sus pretensiones.

En segundo lugar, y en cierto modo también en relación con lo ya señalado, en la medida en que se refiere a la cuantificación de la tasa, resulta llamativa la norma introducida por el Real Decreto-ley 3/2013, en la Ley 10/2012, al añadir un nuevo párrafo al art. 7.1: “Cuando el recurso contencioso administrativo tenga por objeto la impugnación de resoluciones sancionadoras, la cuantía de la tasa, incluida la cantidad variable que prevé el apartado siguiente, no podrá exceder del 50 por ciento del importe de la sanción económica impuesta”.

La propia Ley ha puesto de manifiesto que el legislador es plenamente consciente de que probablemente son muchos los casos en los que es posible

que no haya fundamento para pretender la existencia de una manifestación de riqueza gravable en la conducta que da lugar a promover el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Atiende a uno en particular, el de la imposición de sanciones, para limitar en función de la cuantía de ésta la cuantía de la tasa. ¿Y qué ocurre si la sanción no es ajustada a derecho, si el Tribunal finalmente decide que ha sido impuesta sin fundamento jurídico suficiente?. Lo dicho: el contribuyente habrá soportado una tasa que podría ser el 50 por ciento de la cuantía de la sanción.

En esa misma línea de introducir normas que corrijan en la medida de lo posible aberraciones jurídicas, el Real Decreto-ley 3/2013 modifica el apartado 5 del art. 8 e introduce una norma que reviste un gran interés: en el caso de que “la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante”. Se tendrá derecho a la devolución del 60% del importe de la cuota de la tasa, desde la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso y haga constar la forma de terminación. Disposición prevista inicialmente para procesos en los que pudiera existir resolución extrajudicial del litigio, en la expresión original del precepto o “allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio” en los términos empleados por el precepto vigente.

En tercer lugar y para terminar, también en relación con la exigencia del justificante del pago de la tasa que deberá acompañar a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible del tributo.

Este aspecto ha sido también modificado por el Real Decreto-ley 3/2013, que ha dado nueva redacción al apartado 2 del artículo 8, en el que se dispone que cuando no se acompañase dicho justificante, “el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación... dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda”. La novedad en este precepto es que se fija un plazo para la subsanación, si bien se sigue sosteniendo que sin el justificante de pago la consecuencia es que no se dará curso al escrito con las consecuencias procesales correspondientes.

Es cierto que la doctrina del TC en esta materia ha sido desde hace tiempo la de justificar que el legislador pueda condicionar la prestación de la actividad jurisdiccional al abono de una tasas judiciales, porque según la sentencia 20/2012, es lícito que el legislador adopte medidas para lograr un alto grado de cumplimiento espontáneo de la obligación de pagar un tributo. Admitió

el TC incluso que aunque esas medidas incidan en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción. La STC 133/2004, de 22 de julio, estableció que el defecto de timbre de las letras de cambio les privaba de su fuerza ejecutiva.

Sin embargo, la posibilidad de que el Secretario Judicial no dé trámite al escrito por impago de la tasa puede ser considerada, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, una vulneración del derecho al acceso a un Tribunal reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así lo ha establecido el Tribunal en su Sentencia Kreuz contra Polonia de 19 de junio de 2001, entre otras.

A mi juicio, a la misma conclusión debe llegarse a la vista del art. 24.1 CE. Cuestión distinta es el derecho de la Administración a exigir el pago del tributo por el procedimiento legalmente establecido y que puede llegar a la ejecución del patrimonio del deudor.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 165-171

AS PRINCIPÁIS NOVIDADES INTRODUCIDAS NO ORDENAMENTO ORZAMENTARIO E TRIBUTARIO DE GALICIA EN 2013

Roberto I. FERNÁNDEZ LÓPEZ
*Profesor Titular de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo*

I. AS MEDIDAS MÁIS SALIENTABLES NO EIDO ORZAMENTARIO: REDUCCIÓN EN GASTOS DE PERSOAL

No marco do escenario de consolidación fiscal, que caracteriza as contas das Administracións públicas españolas nos últimos anos, a Lei 2/2013, do 27 de febreiro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2013, mantén a liña de actuar non só nos ingresos, con vistas a mellorar a recadación fiscal, senón tamén no terreo do gasto público, no que se aprecia -un ano máis- unha contención xeralizada do mesmo cando non unha verdadeira redución dos importes asignados a determinadas partidas.

Xa que a extensión e contornos deste comentario impiden unha análise pormenorizada da devandita Lei, centrarémonos en primeiro lugar en salientarlle a redución do gasto operada na masa salarial dos empregados públicos cuxas retribucións dependen total ou parcialmente da Xunta de Galicia, para, nun segundo apartado do traballo, sistematizar os cambios operados no eido tributario.

No tocante ao primeiro apartado, merece a pena deterse nos capítulos I e III do Título II da Lei dedicado a regular os gastos de persoal. Concretamente, no que atinxe ao capítulo I, a norma postula expresamente que durante o ano 2013 o persoal ao servizo do sector público autonómico (funcionario, laboral, estatutario, altos cargos, etc.) sufrirá unha merma salarial que se traduce na

percepción do 60 % de media das dúas pagas extra, que unicamente estarán formadas polo soldo base, os trienios e o complemento de destino, ou cantidade equivalente. O lexislador autonómico xustifica a redución salarial na necesidade de manter estes niveis retributivos ata que se acaden ingresos en termos similares ao momento en que se incorporou o complemento específico nas pagas extra. Ademais, en palabras da Lei, “esta medida retributiva enmárase nun contexto de outorgar estabilidade aos empregados públicos, coa derogación do punto 3 do artigo 5 da mencionada Lei 1/2012, do 29 de febreiro, mantendo a xornada laboral íntegra para o persoal interino”. É dicir, téntase manter o mesmo número de empregados públicos (agás as baixas definitivas por xubilacións, etc.) pero a costa de disminuir o monto global dos soldos a percibir por aqueles.

Participa desta mesma filosofía a outra medida reductora do gasto de persoal, a incorporada ao capítulo III do Título II da Lei 2/2013. Estámonos a referir ás universidades, pois o devandito capítulo recolle o límite máximo dos custos de persoal das tres universidades galegas, así como as retribucións adicionais do persoal ao seu servizo e a autorización de convocatorias para a provisión de persoal laboral fixo en casos excepcionais.

Sen dúbida o aspecto máis controvertido atinxe ao disposto no art.37 da Lei, no que o seu apartado 2 dispón que “as retribucións do persoal ao servizo das entidades integrantes do Sistema universitario de Galicia reduciranse nunha porcentaxe equivalente á obtida da aplicación do indicado na letra d) da alínea Un do artigo 21 desta lei sobre as retribucións íntegras anuais do persoal funcionario da Xunta de Galicia, e este axuste deberá supoñer no seu conxunto un 5% da masa salarial de cada entidade”, na mentras que o seu apartado 3 apostilla o seguinte: “A devandita redución aplicarase sobre os conceptos retributivos dos que a súa regulación non sexa de competencia estatal e acordarase ao abeiro das competencias da Comunidade Autónoma de Galicia, respectando o exercicio da autonomía universitaria. Esta redución seralle aplicable a todo o persoal conforme as súas retribucións íntegras anuais e independentemente da súa relación laboral e da aplicación orzamentaria coa que se financie”.

Así pois, a Lei deixou nas mans da “autonomía universitaria” a maneira de executar o fin previsto na norma: reducir a masa salarial nun 5%. O rexeitamento e a contestación social dos empregados públicos das universidades galegas viñeron motivados non só polo obxectivo xenérico pretendido polo lexislador autonómico senón tamén pola forma de aplicar esa redución por parte das respectivas institucións universitarias. A pauta xeral neste caso foi

a posta en marcha dunha regra de progresividade, de tal xeito que os empregados cuxas retribucións procedesen, total ou parcialmente, do financiamento achegado pola Xunta de Galicia sufrirían unha merma dos seus salarios en función do maior ou menor importe deste últimos (maior para os soldos máis altos e menor para os máis baixos). Rexeitouse así a aplicación dunha redución proporcional e lineal (o mesmo porcentaxe reductor para tódolos empregados) por considerarse ésta máis insolidaria que a regra da progresividade.

Convén salientar que, na práctica, esta merma salarial atacou de cheo un dos sinais de identidade do pagamento en función de obxectivos e calidade acadados polo persoal ao servizo das universidades galegas. Estamos a referirnos aos complementos autonómicos por recoñecemento ao labor docente e investigador pero, máis especificamente, ao complemento por excelencia curricular, o que causa verdadeira perplexidade e incredulidade nun momento no que a universidade está a someterse a un continuo proceso de rendición de contas a sociedade en función precisamente dos resultados obtidos no eido docente e investigador. Dito doutra maneira, a merma dos devanditos complementos salariais vai a contracorrente dun escenario no que, hoxe máis que nunca, é preciso incentivar aos profesores universitarios que acadan mellores resultados académicos e científicos para o conxunto da sociedade.

Sen perxucio das medidas reductoras executadas por cada unha das universidades galegas ao abeiro do mandato contido no citado art.37 da Lei 2/2013, o art.38 certifica a maiores e de maneira expresa a merma cuantitativa concreta que sofren en 2013 as retribucións adicionais, do persoal ao servizo das entidades integrantes do Sistema universitario de Galicia, correspondentes aos complementos retributivos autonómicos vinculados ao recoñecemento ao labor docente, ao labor investigador, polos cargos de xestión e á excelencia curricular docente e investigadora. É dicir, estase a emprender un camiño de volta que se iniciou acertadamente hai sete anos coa introducción naquel momento pola Xunta de Galicia dos devanditos complementos con vistas a recoñecer aos docentes universitarios con máis e mellores méritos curriculares, o que demostra unha falta de sensibilidade e coherencia do actual lexislador autonómico coa tantas veces proclamada necesidade de potenciar a calidade do sistema universitario.

II. MODIFICACIÓNS NO EIDO TRIBUTARIO

Pola súa banda, o Título VI da Lei 2/2013 é o que contén as normas de actualización de diferentes tributos. O devandito Título VI enmárcase na filo-

sofía propia que goberna a vontade do lexislador autonómico consistente en conciliar o incremento dos ingresos públicos, necesario para acadar o obxectivo de estabilidade, coa finalidade de adecuar a imposición indirecta ao marco xeral da normativa estatal, especialmente no que atinxe aos tipos impositivos do IVE que rexen dende o 1 de setembro de 2012.

Así, en termos xerais, no capítulo referente aos tributos propios establécense modificacións nas taxas vixentes e a creación de outras novas, ademais de modificar a lei que regula o Imposto sobre o dano medioambiental causado por determinados usos e aproveitamentos da auga encorada, para adaptala á reorganización da Administración tributaria, que se leva a cabo coa creación da Axencia Tributaria de Galicia e o inicio da súa actividade. A Lei 2/2013 engade un criterio de afectación aos recursos financeiros derivados do Imposto sobre o dano medioambiental e do Canon Eólico, e así estipúlase que os ingresos obtidos polos devanditos tributos (a totalidade deles no primeiro caso e metade no caso do Canon Eólico) financiarán os gastos de investimento destinados ao saneamento, a protección e a mellora do medio natural, así como a realización de transferencias para levar a cabo obras e servizos hidráulicos. Por último, tamén se incorpora un artigo no que se modifica a Lei 9/2010, do 4 de novembro, de Augas de Galicia, e que recolle a obriga para as entidades subministradoras de auga de presentaren autoliquidación cuadrimestral das cantidades repercutidas polo Canon da Auga.

Outra novidade atinxe ao réxime de transitoriedade previsto para o Canon Eólico, como consecuencia das modificacións da Lei 8/2009, do 22 de decembro, pola que se regula o aproveitamento eólico en Galicia e se crean o Canon Eólico e o Fondo de Compensación Ambiental, a fin de adaptar a devandita Lei á reorganización da Administración tributaria que se leva a cabo coa creación da Axencia Tributaria de Galicia e o inicio da súa actividade. Deste xeito, outórganselle validez ás actuacións dos obrigados tributarios en tanto non se leve a cabo o desenvolvemento regulamentario da lei e, por outro lado, a dotación gradual do Fondo de Continxencia de Execución Orzamentaria.

No capítulo referente aos tributos cedidos incorpóranse varias modificacións. En primeiro lugar, e en relación coas taxas fiscais sobre o xogo, establécese unha maior seguridade xurídica, ao recoller que todos os xogos quedan sometidos ás taxas administrativas.

En relación co Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas, en primeiro lugar, procédese á supresión da dedución por fomento do autoemprego como consecuencia da Sentenza 161/2012, do Tribunal Constitucional, do 20 de

setembro. Ademais, duplícase a dedución do IRPF, aumentando o límite de dedución aos 8.000 euros, para as persoas que invistan en accións ou participacións sociais de novas entidades ou de recente creación co obxecto de incentivar a actividade dos «Business Angels», e esténdese a dedución anterior ás persoas mozas emprendedoras implicadas na xestión ordinaria cunha nova dedución no seu imposto persoal (IRPF) do 20% das cantidades investidas (cun límite de dedución de 4.000 euros) na creación de novas empresas ou na ampliación da actividade de empresas de recente creación.

No referido ao Imposto sobre o Patrimonio, e coa finalidade de atender mellor a prestación de gastos de carácter social e as políticas de emprego, modifícanse os tipos de gravame da escala para o cálculo da cota íntegra.

En canto ao Imposto sobre Sucesións e Doazóns, e coa finalidade de fomentar as actividades de emprendemento, recóllese unha redución na base imponible nos supostos de sucesións ou doazóns a fillos e fillas e descendentes de diñeiro destinado á creación dunha empresa ou dun negocio, tendo en conta o patrimonio preexistente da persoa donataria.

En concreto, nas adquisicións *mortis causa*, por fillos e descendentes, así como nas doazóns tamén a fillos e descendentes, de diñeiro destinado á constitución ou adquisición dunha empresa ou negocio profesional establécese unha redución do 95% da base imponible do Imposto sobre Sucesións e Doazóns, cun límite de 118.750 euros. No caso de que o habente causa –caso dunha sucesión *mortis causa*- ou o donatario –tratándose dunha doazón- acrediten un grao de minusvalía igual ou superior ao 33 %, o límite será de 237.500 euros.

Polo que se refire ao Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados (ITPAXD), co obxectivo de acadar unha neutralidade fiscal axeitada, os tipos de gravame xerais equipáranse á imposición sobre o valor engadido. Neste eido, destaca a norma según a cal, con carácter xeral, na modalidade de Transmisións Patrimoniais Onerosas do ITPAXD, o tipo de gravame aplicable á transmisión de bens inmobles, así como na constitución e cesión de dereitos reais que recaian sobre estes, agás os dereitos reais de garantía, será do 10% (o mesmo que o tipo impositivo que rexe no IVE dende o 1 de xaneiro de 2013 para a adquisición de edificios ou partes dos mesmos aptos para a súa utilización como vivendas).

Ahora ben, a regra anterior admite unha importante excepción tratándose da adquisición dunha vivenda habitual en Galicia. En concreto, a Lei 2/2013 establece que na modalidade de Transmisións Patrimoniais Onerosas do ITPAXD o tipo de gravame aplicable ás transmisións de inmobles que

vaian constituír a vivenda habitual do contribuínte será do 8%, sempre que se cumbran os seguintes requisitos: a) Que a suma do patrimonio dos adquirentes para os cales vaia constituír a súa vivenda habitual e, de ser o caso, dos demais membros das súas unidades familiares non supere a cifra de 200.000 euros, máis 30.000 euros adicionais por cada membro da unidade familiar que exceda o primeiro. A valoración do patrimonio realizarase conforme as regras do Imposto sobre o Patrimonio referidas á data da adquisición do inmovible, incluíndo este polo seu valor de adquisición e sen dedución das débedas asumidas nos supostos de adquisición con prezo aprazado ou financiamento alleo. b) A adquisición da vivenda deberá documentarse en escritura pública, na cal se fará constar expresamente a finalidade de destinala a constituír a súa vivenda habitual. c) No caso de ter gozado da redución establecida no Imposto de Sucesións e Doazóns (diñeiro recibido para ser destinado á compra dunha vivenda habitual), o tipo reducido do 8% aplicarase ao importe resultante de minorar a base liquidable na contía do importe da doazón. d) No suposto de que o inmovible sexa adquirido por varias persoas e non se cumbran os requisitos sinalados nos apartados anteriores en todos os adquirentes, o tipo reducido do 8% aplicaráselle á parte proporcional da base liquidable correspondente á porcentaxe de participación na adquisición dos contribuíntes que sí os cumbran.

Estes mesmos catro requisitos esixense para poder aplicar o tipo de gravame do 1% na modalidade de Actos Xurídicos Documentados, cota variable dos documentos notariais, do ITPAXD e para as primeiras copias de escrituras que documenten a adquisición da vivenda habitual do contribuínte ou a constitución de préstamos ou créditos hipotecarios destinados ao seu financiamento. Noutro caso, o tipo impositivo aplicable, con carácter xeral, será do 1,5%, sen perxucio do tipo máis reducido do 0,5% previsto para determinados colectivos de contribuíntes (discapacitados, familias numerosas, e menores de trinta e seis anos).

En suma, para introducir elementos de progresividade, mantéñense tipos bonificados no ITPAXD co fin de facilitar o acceso á vivenda e ao crédito para o seu financiamento para determinados colectivos, como as persoas discapacitadas, as familias numerosas ou os menores de trinta e seis anos, establecendo límites a estes tipos bonificados en atención ao prezo de adquisición da vivenda e aos niveis de patrimonio dos contribuíntes, así como mediante a súa incompatibilidade con outros beneficios fiscais establecidos pola Comunidade Autónoma con idéntica finalidade. Na modalidade Actos Xurídicos Documen-

tados establécese unha dedución, tanto na transmisión de inmobles destinados a local comercial coma nos préstamos para adquirilos.

En relación co Imposto sobre Hidrocarburos, modifícase o capítulo V do Texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos polo Estado, aprobado polo Decreto legislativo 1/2011, do 28 de xullo, que actualmente regula o Imposto sobre as Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, imposto que foi derogado pola disposición derogatoria terceira da Lei 2/2012, do 29 de xuño, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2012, con efectos para o 1 de xaneiro de 2013, e pasa a se integrar dentro do Imposto sobre Hidrocarburos, regulado no capítulo VII do título I da Lei 38/1992, do 28 de decembro, de impostos especiais.

Finalmente, en canto ás medidas procedementais e ás obrigas formais, e coa finalidade de sistematizar e aclarar a normativa vixente ata agora, facilitar a xestión e mellorar a loita contra a fraude fiscal, a Lei 2/2013 dalle unha nova redacción á regulación dos beneficios fiscais non aplicables de oficio no Imposto sobre Sucesións e Doazóns e no ITPAXD no que se refire aos requisitos formais para a súa aplicación e ás consecuencias do incumprimento dos requisitos materiais previstos en cada un deles, co obxecto de sistematizar e aclarar a normativa vixente ata agora. Ademáis, introdúcense novas obrigas informativas en relación co ITPAXD, como a de presentar declaracións informativas sobre outorgamento de concesións, ou actos e negocios administrativos asemellados para efectos do referido Imposto, e información sobre bens mobles usados.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 173-180

**NOVIDADES LEXISLATIVAS INTRODUCIDAS POLA LEI
16/2012, DE 27 DE DECEMBRO, POLA QUE SE ADOPTAN
DIVERSAS MEDIDAS TRIBUTARIAS DIRIXIDAS
Á CONSOLIDACIÓN DAS FINANZAS PÚBLICAS E
AO IMPULSO DA ACTIVIDADE ECONÓMICA**

Soraya RODRÍGUEZ LOSADA

*Profesora Axudante Doutora de Dereito Financeiroe Tributario
Universidade de Vigo*

A Lei 16/2012, de 27 de decembro, pola que se adoptan diversas medidas tributarias dirixidas á consolidación das finanzas públicas e ao impulso da actividade económica, así como a Lei 17/2012, de 27 de decembro, de Orzamentos Xerais do Estado para o ano 2013, introduciron diversas novidades para o ano 2013 que afectaron á economía social. En particular, faremos referencia ás modificacións no Imposto sobre a Rendas das Persoas Físicas (IRPF), Imposto sobre Sociedades (IS), Imposto sobre a Renda de Non Residentes (IRNR), Imposto sobre o Valor Engadido (IVE), Imposto Xeral Indirecto Canario (IXIC), Imposto sobre os Depósitos nas Entidades de Crédito, Imposto sobre o Patrimonio (IP), Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados (ITPAXD), Imposto sobre Bens Inmóveis (IBI), Imposto sobre Actividades Económicas (IAE) e Imposto sobre o Incremento de Valor dos Terreos de Natureza Urbana ou Plusvalías municipais (IIVTNU). De modo paralelo, modificáronse algúns aspectos das Sociedades Anónimas Cotizadas de Investimento no Mercado Inmobiliario (SOCIMI), introducíronse cambios puntuais no réxime de notificacións nos tributos periódicos, así como pequenas alteracións no Texto Refundido da Lei do Catastro Inmobiliario.

I. MODIFICACIÓNS NO IRPF

Polo que respecta ao IRPF, destacan as modificacións que afectan á dedución por investimento en vivenda habitual, á tributación das ganancias no xogo, ao gravame das ganancias e perdas patrimoniais que se integran na base imponible do aforro, á valoración da retribución en especie por utilización de vivenda, á imputación de primas de seguros colectivos, e á redución de rendementos do traballo irregulares. Asimesmo, prorróganse a redución do rendimento por creación e mantemento de emprego e os beneficios fiscais ligados aos gastos e investimento en novas tecnoloxías para habituar aos empregados no seu manexo. Finalmente, introducíronse cambios referidos á imputación temporal por cambio de residencia a outro Estado Membro da UE.

Así, suprímese a dedución por investimento en vivenda habitual recollida no art. 68.1º LIRPF a partir do 1 de xaneiro de 2013, aínda que se instaura un réxime transitorio, a través do que se permite que continúen practicando a dedución, dunha banda, os contribuíntes que adquiriran a súa vivenda habitual antes do 1 de xaneiro de 2013; e doutra, os contribuíntes que satisfaceran cantidades para a construción, obras de rehabilitación ou ampliación da vivenda habitual, así como obras de adecuación na vivenda habitual de persoas con discapacidade antes do 1 de xaneiro de 2013, sempre que rematen antes do 1 de xaneiro de 2017.

Non se inclúe ningún réxime transitorio para as contas aforro vivenda, polo que os contribuíntes que depositaran cantidades en contas vivenda destinadas á primeira adquisición ou rehabilitación da vivenda habitual, poderán engadir á cuota líquida estatal e autonómica devengadas no exercicio 2012 as deducións practicadas ata o exercicio 2011, sen ter que satisfacer xuros de demora.

En segundo lugar, súxéitanse ao IRPF a través dun gravame especial os premios das loterías do Estado, CCAA, ONCE, Cruz Vermella e entidades análogas de carácter europeo; aplicarase un tipo de gravame do 20%, declarándose exentos os primeiros 2.500 €. Ademais, con efectos dende 1 de xaneiro de 2012, permítese computar as perdas no xogo, co límite das ganancias obtidas.

En terceiro lugar, con efectos dende o 1 de xaneiro de 2013 pasan a integrar a base imponible do aforro só as ganancias e perdas patrimoniais que derivan de transmisión cando o período de xeración sexa superior a un ano. Pola súa banda, as ganancias e perdas patrimoniais que derivan de transmisións nas que o período de xeración sexa inferior ao ano ou as que non derivan de transmisións, pasarán a integrar a base imponible xeral, limitándose neste caso o saldo das perdas que poden compensarse co saldo positivo dos rendementos e imputacións de rendas ao 10%.

En cuarto lugar, engádense cambios na forma de valorar a retribución en especie por utilización de vivenda, cando non sexa propiedade do pagador. O valor virá dado polo coste para o pagador —incluídos os tributos que se devenguen coa operación—, sen que a valoración poida ser inferior á taxación que tería no caso de que a vivenda fose da súa propiedade.

En quinto lugar, modifícase o réxime de imputación das contribucións empresariais a seguros colectivos que cubran as continxencias de xubilación e falecemento ou incapacidade. A imputación das primas por cada empresario pasa a ser obrigatoria polo importe que exceda de 100.000 euros anuais por contribuínte, salvo nos seguros colectivos contratados a consecuencia de despedidos colectivos realizados atendendo ao disposto no art. 51 do ET. Establécese un réxime transitorio, en virtude do cal a modificación non afectará aos contratos de seguro formalizados antes do 1 de decembro de 2012.

En sexto lugar, establécense novos límites para a aplicación da redución do 40% sobre rendementos do traballo con período de xeración superior a dous anos ou irregulares, cando deriven da extinción da relación laboral, común ou especial, ou da relación de administradores e membros de consellos de administración. Agora ben, establécese un réxime transitorio en virtude do cal non se aplicará o límite aos rendementos do traballo derivados de extincións de relacións laborais ou mercantís producidas con anterioridade ao 1 de xaneiro de 2013.

En sétimo lugar, alterase a regra de imputación temporal das rendas pendentes no caso de cambio de residencia dun contribuínte a outro Estado Membro da UE. A partires do 1 de xaneiro de 2013, permítese que o contribuínte opte por imputar as rendas dunha soa vez ao derradeiro período impositivo no que sexa residente dese Estado, ou presentar unha autoliquidación complementaria cada vez que obteña rendas procedentes da imputación, sen xuros ou sanción.

II. MODIFICACIÓNS NO IS

As principais novidades introducidas no IS responden á limitación das amortizacións fiscalmente deducibles no IS, alteracións na relación de gastos non deducibles, eliminación da obriga de efectuar pagos fraccionados, flexibilización dos requisitos de aplicación do réxime fiscal especial de arrendamento de vivendas, modificación no réxime fiscal especial aplicable ás operacións de reestructuración e resolución de entidades de crédito, actualización dos coeficientes de corrección monetaria do valor de adquisición para transmisións de inmobles, establecemento dun gravame especial sobre os premios procedentes

do xogo e prórroga do tipo de gravame reducido no IS por mantemento ou creación de emprego.

Comezando polos límites ás amortizacións fiscalmente deducibles, con efectos para os períodos impositivos que se inicien en 2013 e 2014 en relación con entidades de reducida dimensión, establécese un límite á deducibilidade das amortizacións contables do inmovilizado material, intanxible e dos investimentos inmobiliarios ata o 70% da que resultara fiscalmente deducible en virtude dos arts. 11.1, 11.4, 111, 113 e 115 TRLIS. A amortización contable que non resulte fiscalmente deducible, deducirase de forma lineal durante un prazo de 10 anos ou, opcionalmente, durante a vida útil do elemento patrimonial, a partires do primeiro período impositivo que se inicie dentro do ano 2015.

En segundo lugar, introdúcese un novo suposto de gasto non deducible: os gastos derivados da extinción da relación laboral ou cese do Consello de Administración que excedan, para cada perceptor, do maior de 1.000.000 € ou a cuantía que esté exenta por aplicación do establecido na LIRPF.

En terceiro lugar, elimínase a obriga de efectuar pagos fraccionados, polo que as entidades ás que se refire o art. 28 LIS, apartados 5º e 6º, non estarán obrigadas a presentar a correspondente declaración; tamén se elimina a obriga de realizar o pago fraccionado mínimo ás entidades acollidas á Lei 49/2002 e ás SOCIMI.

En cuarto lugar, flexibilízanse os requisitos de aplicación do réxime fiscal especial de arrendamento de vivendas. Os novos requisitos serán os seguintes: (a) que o número de vivendas arrendadas ou ofrecidas en arrendo pola entidade en cada período impositivo sexa como mínimo de 8 –frente ás 10 que se requirían-; (b) o período de tempo no que se deben manter en alugamento será de polo menos 3 anos –antes esixíanse 10—; (c) suprimense os requisitos de tamaño das vivendas —antes esixíase que non foran superiores a 135 metros cadrados—.

En quinto lugar, modifícase o réxime fiscal especial aplicable ás operacións de reestructuración e resolución de entidades de crédito. Nesta liña, o réxime establecido no Capítulo VIII do Título VII do TRLIS, de fusións e escisións, pasa a aplicarse tamén ás transmisións do negocio ou de activos ou pasivos realizadas por entidades de crédito en cumprimento de plans de reestructuración ou plans de resolución de entidades de crédito a favor doutra entidade de crédito.

Paralelamente, actualízanse os coeficientes de corrección monetaria do valor de adquisición para transmisións de inmobles que teñan lugar nos perío-

dos que se inicien en 2013, e prorrógase o tipo de gravame reducido no IS por mantemento ou creación de emprego para as microempresas.

Por último, e de modo similar á modificación operada no IRPF, establécese un gravame especial sobre os premios das loterías do Estado, CCAA, ONCE, Cruz Vermella Española e entidades análogas de carácter europeo.

III. MODIFICACIÓNS NO IRNR

As principais novidades en relación co IRNR son dúas. Por unha banda, establécese a suxeición dos premios das loterías, ao igual que sucede co IRPF. Por outro lado, modifícase o gravame especial sobre bens inmoables de entidades non residentes, quedando suxeitas só as entidades residentes nun territorio que teña a consideración de paraíso fiscal.

IV. MODIFICACIÓNS NO IVE E NO IXIC

En relación cos cambios operados no IVE, en primeiro lugar introdúcese un elemento esclarecedor, indicando expresamente que o concepto de entrega de bens inclúe a adjudicación dos inmoables promovidos por comunidades de bens aos seus comuneiros.

En segundo lugar, modifícase a base imponible do imposto. Así, polo que respecta ás operacións a prazos, bastará instar o cobro dun dos prazos para que o crédito se considere incobrable e a base se poida reducir na proporción correspondente. Doutra parte, non se poderá modificar a base imponible atendendo ás regras dos créditos incobrables con posterioridade ao auto de declaración de concurso, para os créditos correspondentes a cuotas repercutidas por operacións devengadas antes de que se dite o auto.

En terceiro lugar, introdúcense diversas matizacións en relación co devengo de determinadas operacións intracomunitarias.

En cuarto lugar, modifícase a Lei do IVE adaptándoa ao novo réxime de facturación do 30 de novembro de 2012.

Finalmente, modifícase a exención dos servizos prestados polas unións e agrupacións de interese económico aos seus membros, ampliando a exención aos casos nos que os membros desenvolvan unha actividade exenta ou non suxeita sin dereito a dedución, aínda que non se trate dunha actividade esencial. Esta exención tamén será aplicable cando se cumpla o requisito de que os membros se limiten a reembolsar a parte que lles corresponda nos gastos rea-

lizados en común, a prorrata de dedución non exceda do 10% e o servizo non se empregue directa e exclusivamente nas operacións que orixinen o dereito á dedución. E, asimesmo, limitase a non exención nos contratos de arrendamento financeiro, establecéndose unha duración mínima de dez anos para que os contratos sexan calificados como tales a eses efectos. En caso contrario, a adquisición do inmovible sería calificada como segunda entrega de edificacións.

De modo paralelo, introdúcese estas modificacións no IXIC, para que o réxime sexa uniforme en todo o territorio do Estado.

V. CREACIÓN DO IMPOSTO SOBRE OS DEPÓSITOS NAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Créase o Imposto sobre os Depósitos nas Entidades de Crédito. Este imposto ten como feito imponible o mantemento de fondos de terceiros por entidades de crédito e as sucursais en territorio español de entidades de crédito extranxeiras e que impliquen a obriga de restitución.

O tipo de gravame fíxase no 0%, polo que os contribuíntes non estarán obrigados a presentar autoliquidación cando a cuota íntegra sexa cero euros.

VI. MODIFICACIÓNS NO IP

Prorrógase a vixencia do IP durante o exercicio 2013.

VII. MODIFICACIÓNS NO ITPAXD

En relación coas novidades neste imposto, en primeiro lugar establécese a non suxeición á modalidade de Actos Xurídicos Documentados (AXD) dos documentos administrativos relativos a anotacións preventivas de embargo que sexan ordenadas pola autoridade administrativa competente.

En segundo lugar, a Lei de Orzamentos Xerais do Estado actualiza a escala de gravame aplicable ás transmisións e rehabilitacións de grandezas e títulos nobiliarios ao 1%.

VIII. TRIBUTOS LOCALES

No que se refire ao IBI, exclúese a exención no IBI dos bens inmovibles integrantes do Patrimonio histórico cando se afecten a explotacións económicas, salvo que sexa de aplicación algún dos supostos de exención previstos na

Lei 49/2002. Agora ben, os Concellos poderán establecer unha bonificación potestativa de ata o 95% da cuota íntegra para estes inmobles non exentos. Doutra parte, establécese que os Concellos poderán regular unha bonificación de ata o 95% da cuota íntegra do imposto a favor de inmobles para actividades declaradas de especial interese ou utilidade municipal.

Polo que respecta ao IAE, tamén se crea unha bonificación para actividades económicas que sexan declaradas de especial interese ou utilidade municipal. Ademáis, en relación coas actividades de temporada, establécese que a redución das tarifas será de aplicación á cuota de superficie, establecéndose a incompatibilidade entre a aplicación desta redución e a presentación da baixa por cese de actividade.

Doutra parte, establécese que o Rexistro da Propiedade non inscribirá ningún documento que conteña acto ou contrato determinante das obrigas tributarias polo Imposto sobre o Incremento do Valor dos Terreos de Natureza Urbana (IIVTNU) sen a previa acreditación de ter presentada a correspondente autoliquidación.

IX. MODIFICACIÓNS NA REGULACIÓN DAS SOCIMI

Flexibilízanse os requisitos de aplicación do réxime especial das Sociedades Anónimas Cotizadas de Investimento no Mercado Inmobiliario (SOCIMI).

Desta maneira, aínda que se esixe o emprego da forma xurídica de sociedade anónima, redúcese o capital social mínimo a 5 millóns de euros (antes esixíanse 15 millóns).

O obxecto social será a adquisición e promoción de bens inmobles de natureza urbana para o seu arrendamento, a tenencia de participacións no capital doutras SOCIMI, doutras entidades non residentes no territorio español que teñan o mesmo obxecto social, doutras entidades, residentes ou non en territorio español e que estén sometidas ao mesmo réxime establecido para as SOCIMI en canto á obriga, legal ou estatutaria, de distribución de beneficios e de requisitos de investimento e financiación. Este réxime amplíase ás SOCIMI non cotizadas.

Establécese que o 80% do valor do seu activo sexan bens inmobles de natureza urbana destinados ao arrendamento, ou terreos para a promoción de bens inmobles que se vaian a destinar a esa finalidade, sempre que a promoción se inicie dentro dos tres anos seguintes á adquisición.

Elimínase a obriga da diversificación dos investimentos inmobiliarios, e establécese que os inmobles que formen parte do activo da sociedade se manteñan arrendados polo menos durante tres anos.

Esíxese, ademáis, que o 80% das rendas do período impositivo proveñan do arrendamento de bens inmobles ou de dividendos ou participacións en beneficios procedentes de participacións afectas ao cumprimento do seu obxecto social principal.

Elimínase o límite do volumen de endebedamento do 70% do activo, e redúcese o límite de distribución obrigatoria de dividendos ao 80%. O tipo de renda pasa do 19% ao 0%, baixo a condición de que se cumpran determinados requisitos.

Polo que respecta á tributación dos socios, se se trata dun suxeito pasivo do IS ou IRNR con establecemento permanente, non será de aplicación a dedución prevista no art. 30 do TRLIS; se se trata dun suxeito pasivo do IRPF, non será de aplicación a exención dos 1500 €; e se trata dun suxeito pasivo do IRNR sen establecemento permanente, non será de aplicación a exención dos 1500€ prevista no art. 14 TRLIRNR.

X. MODIFICACIÓNS NO RÉXIME DE NOTIFICACIÓNS NOS TRIBUTOS PERIÓDICOS E NO TR DA LEI DO CATASTRO INMOBILIARIO. MANTEMENTO DO XURO DE DEMORA E LEGAL DO DIÑEIRO.

En primeiro lugar, establécese que non será necesaria a notificación individual das liquidacións cando tiveran lugar modificacións de carácter xeral dos elementos integrantes do tributos de cobro periódico por recibo, por medio de ordenanzas fiscais, excepto nos supostos do art. 102.3 LXT.

Polo que respecta aos cambios no TR da Lei do Catastro Inmobiliario, prevese unha tramitación abreviada do procedemento de inspección catastral, flexibilízase a actualización dos valores catastrais por medio das leis de orzamentos xerais do Estado e régúlase un procedemento de regularización catastral, para contribuír á loita contra a fraude fiscal.

Por último, mantense para o ano 2013 o xuro legal do diñeiro nun 4% e o interese de demora nun 5%.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 181-182

INCENTIVOS FISCAIS Á CONTRATACIÓN REGULADOS NA LEI DE REFORMA LABORAL

Carmen RUIZ HIDALGO

*Profesora Titular de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo*

A Lei 3/2012, de 6 de xullo, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral inclúe, no capítulo II da mesma, diversas medidas dirixidas a fomentar a contratación indefinida e a creación de emprego, tanto para os traballadores, como as PYMES, que, a efectos destas notas, é a parte que nos interesa.

As empresas de cincuenta ou menos traballadores constitúen, segundo datos do Directorio Central de Empresas do Instituto Nacional de Estatística, o 99,23% das empresas españolas. A reforma laboral trata de facilitar a contratación de traballadores por parte destas empresas, que representan á maior parte do tecido produtivo do noso país e que albergan as diversas fórmulas de organización empresarial que posibilita o noso ordenamiento xurídico, entre as que cabo destacar o traballo autónomo e as diversas familias da economía social.

Con esta finalidade créase unha nova modalidade de contrato de traballo por tempo indefinido da que só poderán facer uso as empresas que teñan menos de cincuenta traballadores que, pese á situación de crise económica, aposten pola creación de emprego. Por suposto este número limitado de traballadores só é determinante no momento da contratación do traballador por este tipo de contrato indefinido. Ademais, establécense dous incentivos fiscais para suxeitos pasivos do Imposto sobre Sociedades e contribuyentes do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas que realicen actividades económicas, destinados a incentivar este tipo de contrato.

O primeiro dos incentivos resulta aplicable exclusivamente a aquelas entidades que carezan de persoal contratado, mentres que o segundo vai destinado ás empresas de cincuenta ou menos traballadores, que realicen a contratación de desempregados beneficiarios dunha prestación contributiva de desemprego. Así mesmo, racionalizar o sistema de bonificacións para a contratación indefinida, cuxa práctica generalización limitou gravemente a súa eficiencia. Así, as bonificacións previstas nesta Lei diríxense exclusivamente ás empresas que teñan menos de cincuenta traballadores, ben pola transformación de contratos en prácticas, de substitución ou de substitución da idade por xubilación en contratos indefinidos, ou ben pola contratación indefinida, a través da nova modalidade contractual sinalada, de mozas de entre 16 e 30 anos ou desempregados maiores de 45 anos.

Para a aplicación dos incentivos vinculados ao contrato de traballo por tempo indefinido de apoio aos emprendedores, a empresa deberá manter no emprego ao traballador contratado polo menos tres anos desde a data de inicio da relación laboral. Así mesmo, deberá manter o nivel de emprego na empresa alcanzado co contrato por tempo indefinido de apoio a os emprendedores durante, polo menos, un ano desde a celebración do contrato. En caso de incumplimento destas obrigacións deberase proceder a o reintegro dos incentivos.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 183-193

AS NOVAS MEDIDAS TRIBUTARIAS DE APOIO AOS EMPRENDEDORES

Luis Miguel MULEIRO PARADA
*Profesor de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo*

No BOE de 28 de febreiro de 2013 publicouse o Real Decreto-lei 4/2013, de 22 de febreiro, polo que se adoptaron determinadas medidas de apoio ao emprendedor e de estímulo e de creación de emprego. Días despois o Congreso dos Deputados aprobou a Resolución de 14 de marzo de 2013, publicada no BOE do día seguinte, pola que se ordenou a convalidación dese Real Decreto-lei 4/2013. Nesta norma adoptáronse, a través de diversas reformas no noso ordenamento xurídico e con carácter urxente, varias medidas dirixidas a desenvolver a Estratexia de Emprendemento e Emprego Xoven, a fomentar o financiamento empresarial a través de mercados alternativos, a reducir a morosidade nas operacións comerciais e, en xeral, a fomentar a competitividade da economía española. Máis recentemente aprobouse a Lei 14/2013, de 27 de setembro, de apoio aos emprendedores e a súa internacionalización, que foi publicada no BOE o 28 de setembro. Nesta norma tamén atopamos un conxunto de medidas fiscais que teñen coma obxectivo común emprender reformas favorables ao crecemento e a reactivación económica, buscando fortalecer o tecido empresarial de forma duradeira. No presente traballo imos facer unha análise valorativa parcial e conxunta destas dúas normas.

Dende a óptica tributaria, a reforma do Real Decreto-lei 4/2013 pretende dar amparo a un marco fiscal máis favorable para o autónomo que inicia unha actividade emprendedora co obxectivo de incentivar a creación de empresas e reducir a carga impositiva durante os primeiros anos de exercicio dunha actividade. Con esta finalidade introdúcese dúas reformas parciais no Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas (IRPF) e unha reforma no Imposto sobre

Sociedades (IS). Todas elas modificacións normativas con efectos dende 1 de xaneiro de 2013. Na Lei do IRPF introdúcese as dúas modificacións seguintes:

1ª) Establécese unha nova redución do rendemento en caso de inicio de actividades económicas en estimación directa para aqueles contribuíntes que iniciaron a súa actividade a partires do 1 de xaneiro de 2013. Introdúcese un novo apartado 3 no artigo 32 da Lei de Imposto onde se regula unha nova redución do 20% do rendemento neto das actividades económicas que se poderá aplicar cando concorran as seguintes circunstancias: a) que os contribuíntes determinen o rendemento polo método de estimación directa, b) que as actividades económicas se inicien a partir do 1 de xaneiro de 2013 e c) que non se exerza ningunha outra actividade no ano anterior á data de inicio da nova actividade. No entanto, entenderase que non se realizou ningunha actividade anteriormente cando a pesar de desenvolver a actividade nese período, esta actividade nunca xerese rendementos netos positivos. A redución aplicárase no primeiro período impositivo no que o rendemento sexa positivo e no seguinte. Naqueles casos en que se inicie, a partir do 1 de xaneiro de 2013, unha actividade que xere o dereito a aplicar esta redución e posteriormente se inicie outra, sen cesar na anterior, a redución empezárase a aplicar no período impositivo no que a suma dos rendementos netos positivos de ambas as actividades sexa positiva, aplicándose sobre dita suma. Nembargante, non se poderá aplicar esta redución nos períodos impositivos en que máis do 50% dos ingresos procedan dunha persoa ou entidade da que o contribuínte obtivese rendementos do traballo no ano anterior á data de inicio da actividade económica. A contía dos rendementos netos de actividades económicas sobre a que se aplicará esta redución non poderá superar o importe de 100.000 euros anuais.

2ª) Esténdese a previsión da exención das prestacións por desemprego na súa modalidade de pago único, regulada na letra n) do artigo 7 da Lei do IRPF, suprimíndose o límite cuantitativo anteriormente existente de 15.500 €. En consecuencia, dende o 1 de xaneiro de 2013 estas prestacións por desemprego estarán exentas integramente, en calquera caso.

Doutra banda, no IS establécese un novo tipo de gravame reducido para entidades de nova creación. O artigo 7 do Real Decreto-Lei 4/2013 introduce, con efectos para períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de xaneiro de 2013, a Disposición Adicional Decimonovena do Texto Refundido da Lei do Imposto sobre Sociedades (en diante TRLIS), que aproba un tipo de gravame reducido para as entidades de nova creación, constituídas a partir de 1 de xaneiro de 2013, que realicen actividades económicas. Non teñen a

consideración de entidades de nova creación aquelas que formen parte dun grupo segundo o artigo 42 do Código de Comercio, con independencia da residencia e da obrigación de formular contas anuais consolidadas. De acordo coa nova norma as entidades de nova creación tributarán, no primeiro período impositivo en que a base imponible resulte positiva e no seguinte, con arranxo á seguinte escala, agás se, de acordo co previsto non artigo 28 do TRLIS, deben tributar a un tipo diferente ao xeneral: 1º) Pola parte de base imponible comprendida entre 0 e 300.000 euros, ao tipo do 15% e; 2º) pola parte de base imponible restante, ao tipo do 20%. Esta escala non será de aplicación na cuantificación dos pagos fraccionados cando ao suxeito pasivo lle sexa de aplicación a modalidade do artigo 45.3 TRLIS. Non se entenderá iniciada unha actividade económica, aos efectos do previsto nesta disposición:

1º) Cando a actividade económica fose realizada con carácter previo por outras persoas ou entidades vinculadas non sentido do artigo 16 TRLIS e transmitida, por calquera título xurídico, á entidade de nova creación.

2º) Nin cando a actividade económica fose exercida, durante o ano anterior á constitución da entidade, por unha persoa física que ostente unha participación, directa ou indirecta, no capital ou nos fondos propios da entidade de nova creación superior ao 50%.

As medidas fiscais recollidas no Real Decreto-lei 4/2013, foron reproducidas na Lei 11/2013, de 26 de xullo, de medidas de apoio ao emprendedor e de estímulo do crecemento e da creación de emprego, cunha única novidade referida ao Imposto sobre Sociedades. Esta novidade consistiu en que a tarifa reducida tamén se ampara como de posible aplicación aos resultados cooperativos e extracooperativos das cooperativas de nova creación.

Nos últimos anos os Decretos leis téñense convertido no instrumento fundamental a través do que moitas das normas fundamentais de ordenación da nosa comunidade se veñen aprobando. Quizais un pouco de razoabilidade na técnica xurídica empregada para aprobación das leis debería empezar a utilizarse polos nosos gobernantes, da orientación política que sexan, sen recaer no abuso de formas de legislar excepcionais. Dende o punto de vista tributario, pese a que as modificacións parciais se enmarcan no cadro dunha reforma máis global do sistema que se considera necesaria e atende ao contexto de crise económica, acadan uns efectos bastante reducidos e non responden realmente aos fins que se din perseguir. Coma valoración das normas adoptadas no Decreto-lei 4/2013 podemos soste que as reformas no IRPF son moi limitadas e non van ter demasiado impacto real, alomenos que se poida enxuizar

moi positivamente. A redución do 20% do rendemento neto de actividades económicas trata de atallar dalgún xeito á situación de crise económica pero esixe ter rendementos positivos, cousa non habitual ao inicio das actividades. En canto á ampliación da exención das prestacións por desemprego na súa modalidade de pago único, tampouco estamos ante un beneficio tributario de efectos tan importantes na medida en que tanto a anterior exención limitada cuantitativamente coma o novo beneficio tributario esixen o mantemento da actividade económica durante cinco anos, cousa non fácil nos tempos que corren. De non moita envergadura, en atención ás finalidades buscadas, nos parece asemade o incentivo fiscal establecido no IS para as entidades de nova creación, posto que para poder aplicar o novo tipo de gravame reducido as novas entidades terán que acadar bases impositibles positivas o que, como dixemos con relación á redución do rendemento neto de actividades económicas do IRPF, non é o máis habitual durante os primeiros anos das empresas. Quizais conveña plantexarse nalgún momento a que empresarios ou sociedades interesa, se é que se estima axeitado, darlle algún incentivo ou axuda fiscal durante os primeiros pasos na súa actividade; ¿as que teñen perdas ou as que teñen ganancias?, ¿a algunhas delas?, ¿a algunhas delas, segundo o momento e a situación económica, pero sempre con condicións?... Sexa como sexa, non faltará quen diga que a medida é óptima, a mellor posible, e acceder as vantaxes fiscais é unha mera cuestión de planificación fiscal.

Pasando á análise da lei 14/2013, debemos comezar dicindo que esta norma dá no seu título preliminar un concepto amplo de emprendedor, como aquela persoa física ou xurídica que vai desenrolar ou está desenrolando unha actividade económica produtiva. En materia tributaria atopamos un maior número de medidas, de máis relevancia e interesa especialmente o contido do título II onde se regulan os: “Apoios fiscais e en materia de Seguridade Social aos emprendedores”. Establécense algunhas reformas nos tres piares fundamentais do ordenamento tributario: IRPF, IS e IVE.

No IRPF, regúlase un novo incentivo fiscal na cuota estatal polo investimento realizado na empresa de nova ou recente creación. A finalidade da vantaxe tributaria é favorecer a captación por empresas de nova ou recente creación, de fondos propios procedentes de contribuíntes que, ademais do capital financeiro, acheguen os seus coñecementos empresariais ou profesionais adecuados para o desenvolvemento da sociedade na que invisten, investidor de proximidade ou «business angel», ou daqueles que só estean interesados en achegar capital, “capital semente”. Xuridicamente, engádese un novo apartado 1 ao artigo 68 da Lei do IRPF polo que se establece unha nova dedución por

investimento en empresas de nova ou recente creación. A dedución aplicarase exclusivamente na cuota íntegra estatal. A porcentaxe de dedución será do 20% das cantidades satisfeitas pola subscrición de accións ou participacións en empresas de nova ou recente creación que cumpran os requisitos establecidos. A base máxima de dedución será de 50.000 euros anuais e estará formada polo valor de adquisición das accións ou participacións subscritas. Cando se aplicou a exención por reinversión regulada no artigo 38 LIRPF, a que nos referiremos despois, unicamente formará parte da base da dedución das novas accións subscritas o exceso do importe total obtido na transmisión das accións polas que se aplicou a exención. A aplicación da dedución requirirá que o importe comprobado do patrimonio do contribuínte ao finalizar o período impositivo exceda do valor que arroxase a súa comprobación ao comezo do mesmo polo menos na contía dos investimentos realizados.

Para a práctica da dedución será necesario obter unha certificación expedida pola entidade cuxas accións ou participacións se subscriben indicando o cumprimento dos requisitos esixidos. A entidade cuxas accións ou participacións se adquiran deberá cumprir os seguintes requisitos: 1) Revestir a forma de Sociedade Anónima, Sociedade de Responsabilidade Limitada, Sociedade Anónima Laboral ou Sociedade de Responsabilidade Limitada Laboral; 2) Exercer unha actividade económica que conte cos medios persoais e materiais necesarios para o desenvolvemento da mesma -non poderá ter por actividade a xestión dun patrimonio mobiliario ou inmobiliario-; 3) Os fondos propios da entidade non poderán superar 400.000 euros no inicio do período impositivo en que o contribuínte adquira as accións ou participacións. A dedución soamente resultará de aplicación respecto das accións ou participacións subscritas a partir do 29 de setembro de 2013, data de entrada en vigor da Lei 14/2013.

No posterior desinvestimento, que terá que producirse nun prazo entre tres e doce anos, declárase exenta a ganancia patrimonial que, no seu caso, se obteña, a condición de que se reinvesta noutra entidade de nova ou recente creación (novo apartado 2 do artigo 38 da LIRPF). A exención poderá ser total, se se reinveste o importe total obtido pola transmisión das accións, ou parcial cando o importe reinvestido sexa inferior ao total percibido na transmisión. Non resultará de aplicación a exención por reinvestimento: a) nin cando o contribuínte adquirise valores homoxéneos no ano anterior ou posterior á transmisión das accións (neste caso, a exención non procederá respecto dos valores que permanezan no patrimonio do contribuínte); b) nin cando as accións se transmitan ao cónxuxe, ou a parentes en liña recta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, ata o segundo grao incluído; c) nin cando as

accións ou participacións se transmitan a unha entidade respecto da que se produza, co contribuínte ou con calquera das persoas citadas no punto anterior, algunha das circunstancias establecidas no artigo 42 do Código de Comercio. Esta medida acompáñase da supresión da letra d) do apartado 4 do artigo 33 e a disposición adicional trixésima cuarta da LIRPF que establecían a exención de determinadas ganancias patrimoniais xeradas na transmisión de accións e participacións en empresas de nova ou recente creación.

Por outra parte, modifícase o apartado 2 do artigo 68 da LIRPF regulando as especialidades necesarias para a aplicación da nova dedución por investimento de beneficios do artigo 37 do TRLIS. Esta dedución será aplicable respecto dos rendementos netos de actividades económicas obtidos a partir de 1 de xaneiro de 2013. En particular, acóllense as seguintes especialidades para a aplicación no IRPF: 1º) Darán dereito á dedución os rendementos netos de actividades económicas que se invistan en elementos novos do inmovilizado material ou investimentos inmobiliarios afectos a actividades económicas desenvolvidas polo contribuínte; 2º) Deberase investir unha contía equivalente á parte da base liquidable xeral positiva do período impositivo que corresponda aos rendementos netos de actividades económicas (a base da dedución será esta contía); 3ª) A porcentaxe de dedución será do 10% ou do 5% cando o contribuínte practicase a redución do 20% prevista no artigo 32.3 da LIRPF, ou a redución por mantemento ou creación de emprego ou se trate de rendas obtidas en Ceuta e Melilla respecto das que se aplicou a dedución prevista no artigo 68.4 da LIRPF; 4ª) O importe da dedución non poderá exceder da suma da cuota íntegra estatal e autonómica. A dedución aplicarase aos contribuíntes que determinen o rendimento en determinación directa en calquera das súas modalidades (normal ou simplificada). No entanto, tratándose de contribuíntes que determinen o rendimento neto polo réxime de determinación obxectiva poderase aplicar cando se estableza regulamentariamente. En todo caso deberán cumprirse os requisitos establecidos para as empresas de reducida dimensión (art. 108 TRLIS). A cifra de negocios no período impositivo inmediato anterior ha de ser inferior a 10 millóns de euros.

No IS: 1º) Establécese a aludida nova dedución por investimento de beneficios para aquelas entidades que teñan a condición de empresas de reducida dimensión (ERD), vinculada á creación dunha reserva mercantil de carácter indispoñible (novo artigo 37 do TRLIS), 2º) modifícanse algunhas normas comúns relativas ao conxunto das deducións en cuota no IS para incentivar a realización de determinadas actividades (novos apartados 2 e tres do art. 44 TRLIS), 3º) modifícase e amplíase a posible aplicación do réxime fiscal

aplicable ás rendas procedentes de determinados activos intanxibles (“patent box”) e; 4º) mellóranse os incentivos fiscais por creación de emprego para traballadores con discapacidade.

En canto á dedución por Investimento de Beneficios, para períodos impositivos iniciados desde o 1 de xaneiro de 2013, introdúcese o artigo 37 TRLIS (sen contido dende había uns anos), creando a dedución, para os suxeitos pasivos que cumpran os requisitos do réxime de entidades de reducida dimensión. A dedución aplicarase sobre a cuota íntegra do exercicio no que se realice o investimento, e consiste no 10% dos beneficios que se invistan en elementos novos do inmovilizado material ou investimentos inmobiliarios afectos a actividades económicas. A dedución será do 5% para as entidades que tributen de acordo coa escala de gravame do D.A. duodécima do TRLIS (tipo reducido por mantemento ou creación de emprego). O investimento deberá realizarse no prazo comprendido entre o inicio do período impositivo en que se obteñen os beneficios obxecto de investimento e os dous anos posteriores ou, excepcionalmente, de acordo cun plan especial de investimento aprobado pola Administración tributaria a proposta do suxeito pasivo. Os elementos patrimoniais obxecto de investimento deberán permanecer en funcionamento no patrimonio da entidade, salvo perda xustificada, durante un prazo de 5 anos, ou durante a súa vida útil se é inferior.

A base da dedución resultará de aplicar ao importe dos beneficios do exercicio, sen incluír a contabilización do IS, obxecto de investimento un coeficiente determinado por: 1º) No numerador: os beneficios obtidos no exercicio, sen incluír a contabilización do IS, minorados por aquelas rendas ou ingresos que sexan obxecto de exención, redución, bonificación, dedución do artigo 15.9 do TRLIS ou dedución por dobre imposición, exclusivamente na parte exenta, reducida, bonificada ou deducida na base imponible, ou ben que xerese dereito a dedución na cuota íntegra e; 2º) No denominador: os beneficios obtidos no exercicio, sen incluír a contabilización do IS. O coeficiente que resulte tomarase con dous decimais redondeado por defecto. As entidades que apliquen esta dedución deberán dotar unha reserva por investimentos, con cargo aos beneficios do exercicio, por un importe igual á base de dedución, que será indispoñible en tanto que os elementos patrimoniais nos que se realice o investimento deban permanecer na entidade. Esta dedución é incompatible coa aplicación da liberdade de amortización, coa dedución por investimentos regulada no artigo 94 da Lei 20/1991, de 7 de xuño, de modificación dos aspectos fiscais do Réxime Económico Fiscal de Canarias, e coa Reserva para investimentos en Canarias regulada no artigo 27 da Lei 19/1994, de 6

de xullo, de modificación do Réxime Económico e Fiscal de Canarias. Como se pode comprobar, esta medida supón unha tributación reducida para a parte dos beneficios empresariais que se destine ao investimento, respecto dos que sexan obxecto de distribución, dado que os primeiros quedarán sometidos, con carácter xeral, a un tipo de gravame do 15% (25 % menos o 10%).

O novo apartado 2 do artigo 44 TRLIS, establece que as entidades que tributen a tipo de gravame xeral, ao resultante da escala do artigo 114 TRLIS previsto para as ERD, ou ao 35%, que xeren deducións por actividades de investigación e desenvolvemento e innovación tecnolóxica (I+D+i, recollidas nos apartados 1 e 2 do artigo 35 do TRLIS) en exercicios iniciados a partir do 1 de xaneiro de 2013, poderán optar por aplicar a dedución nos termos xerais cos límites do apartado 1 do artigo 35.1 TRLIS ou, o que resulta novo, por quedar excluídas do citado límite. Para quedar excluídas deberán renunciar a un 20% (en concepto de desconto) do importe da dedución xerada, a cambio do cal poderán aplicar a dedución sen límites. En caso de insuficiencia de cuota poderase solicitar o seu abono á Administración tributaria, a través da declaración do IS. O importe da dedución aplicada ou abonada, no caso de actividades de innovación tecnolóxica non poderá superar conxuntamente o importe de 1 millón de euros anual. O importe da dedución aplicada ou abonada por actividades de I+D+i non poderá superar conxuntamente e por todos os conceptos, o importe de 3 millóns de euros anuais. Para a aplicación do disposto neste apartado, débense cumprir os seguintes requisitos: 1º) Que transcorra, polo menos, un ano desde a finalización do período impositivo en que se xerou a dedución, sen que a mesma fose obxecto de aplicación; 2º) Que o plantel medio de traballadores ou, alternativamente, o plantel medio adscrito a actividades de I+D+i non se vexa reducido dende o final do período impositivo en que se xerou a dedución e os 24 meses seguintes; 3º) Que se destine un importe equivalente á dedución aplicada ou abonada, a gastos de I+D+i ou a investimentos en elementos do inmovilizado material ou activo intanxible exclusivamente afectos ás devanditas actividades, excluídos os inmobles, nos 24 meses seguintes á finalización do período impositivo en cuxa declaración se realice a correspondente aplicación ou abono; 4º) Que a entidade obtivese un informe motivado sobre a cualificación da actividade como investigación e desenvolvemento ou innovación tecnolóxica ou un acordo previo de valoración dos gastos e investimentos correspondentes ás devanditas actividades, nos termos establecidos no apartado 4 do artigo 35 do TRLIS. O incumprimento de calquera destes requisitos levará a regularización das cantidades indebidamente aplicadas ou abonadas, na forma establecida no artigo 137.3

do TRLIS. Esta medida supón un certo avance, canto menos formalmente, e viña sendo demandada polo sector dado que para a maioría das empresas que realizan actividades de I+D+i a configuración derogada do incentivo fiscal non lles permitía obter un aforro real, posto que non acadaban os beneficios necesarios para absorber a dedución xerada polo seu intenso investimento en I+D+i. Aínda que as empresas non poderán aplicala ata a autoliquidación do IS de 2014. O novo apartado 3 do artigo 44 TRLIS establece que un mesmo investimento non poderá dar lugar á aplicación de máis dunha dedución na mesma entidade salvo disposición expresa, nin poderá dar lugar á aplicación dunha dedución en máis dunha entidade.

Para as cesións de activos intanxibles que se produzan a partir do 29 de setembro de 2013, modifícase a redución das rendas procedentes de determinados activos intanxibles (artigo 23 TRLIS; *patent box*). A redacción anterior do precepto permitía a redución na base imponible do 50% dos ingresos procedentes de determinados activos intanxibles. A reforma eleva a porcentaxe de redución ao 60% e substitúe ingresos por rendas netas, sen modificar os bens cuxa cesión se pode beneficiar do réxime. Determínase como se calculan as rendas netas, mantense a exclusión do beneficio fiscal das rendas procedentes de determinados bens e permítese aos suxeitos pasivos, en aras de conquistar unha maior seguridade xurídica na aplicación do réxime, solicitar á Administración tributaria un acordo previo de valoración ou de cualificación que se desenvolven nos apartados 6 e 7 do artigo, respectivamente. Tamén desaparece o límite cuantitativo-temporal na aplicación da redución presente na redacción anterior -seis veces o custe de xeración do activo-. A tramitación parlamentaria non conseguiu eliminar a importante limitación que presenta a nova redacción do artigo 23 TRLIS, que impide que a cesión de intanxibles entre sociedades que tributen en réxime de consolidación fiscal poida beneficiarse deste incentivo fiscal. Esta circunstancia pode limitar amplamente o interese crecente que espertaba este beneficio tributario no sector empresarial, dando lugar incluso a un efecto contrario ao pretendido se xera a deslocalización e traslado dos equipos de desenvolvemento de empresas multinacionais a países nos que as condicións fiscais resulten máis vantaxosas como é o caso de Reino Unido ou Irlanda. Polo demais, a Disposición transitoria cuadraxésima do TRLIS establece o réxime transitorio da redución de ingresos procedentes de determinados activos intanxibles, para as cesións do dereito de uso ou de explotación de activos intanxibles que se realizaron con anterioridade ao 29 de setembro de 2013, establecendo que se regularán polo establecido conforme ao anterior artigo 23.

Asemade na Lei 14/2013 mellóranse as deducións do IS na cuota pola contratación de traballadores discapacitados dependendo do grao de minusvalía. As cantidades de posible dedución sobre a cuota do tributo elévase dos anteriores 6.000 euros/persoa de incremento do promedio do plantilla respecto ao período anterior a: 1º) 9.000 euros/persoa de incremento da media de traballadores con discapacidade nun grao igual ou superior ao 33% e inferior ao 65% e; 2º) 12.000 euros por cada persoa/ano de incremento da media de traballadores con discapacidade nun grao igual ou superior ao 65%, contratados polo suxeito pasivo.

Polo demais, no IS a Lei amplía as entidades de nova creación que poden beneficiarse da aplicación da escala reducida de gravame, resultando unicamente excluídas da súa aplicación as entidades que tributen a un tipo inferior á escala e non todas as entidades que tributen a un tipo distinto do xeneral. Igualmente suprime a mención expresa á aplicación da escala ás cooperativas de nova creación, tanto respecto dos resultados cooperativos como extracooperativos

No IVE a Lei de apoio aos emprendedores crea un réxime especial do criterio de caixa, con efectos dende o 1 de xaneiro de 2014, con base ao artigo 167 bis da Directiva 2006/112/CE, do Consello, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema común do IVE. Este réxime trata de paliar os problemas de liquidez e de acceso ao crédito das empresas. A nova regulación ampara un réxime optativo, que se coñece como criterio de caixa dobre, para os suxeitos pasivos cuxo volume de operacións non supere os 2.000.000 de euros. Conforme a este, os suxeitos pasivos do Imposto poden optar por un sistema que atrasa o decheo e a consecuente declaración e ingreso do IVE repercutido na maioría das súas operacións comerciais ata o momento do cobro, total ou parcial, aos seus clientes, coa data límite do 31 de decembro do ano inmediato posterior a aquel en que as mesmas se efectuasen. Coma posible crítica, podería dicirse que, aínda así, a empresa que recibe a factura non poderá deducir o IVE ata telo pagado; retárdase o decheo pero tamén se retarda o dereito de dedución. Ten sentido pero as empresas poderían perder clientes, que prefiran escoller un provedor que non se acolla ao novo sistema do IVE, ou ter que cambiar a súa rutina de actuación e programas informáticos de apoio á xestión.

Estas últimas reformas da lei 14/2013 son de maior relevancia e posiblemente supoñan máis apoio real aos emprendedores que as do Decreto-lei 4/2013. Quérese facilitar e incentivar o financiamento dos emprendedores ou a certas actividades ou contratacións que realicen, permitindo retrasar o decheo do IVE e regulando algúns apoios fiscais por reinvestimento de beneficios.

Pero coma reflexión xeral debemos recordar que o ordenamento tributario e os seus elementos fundamentais deben responder a uns fins e as súas normas, se é necesario, deberían adaptarse do mellor xeito, coma todas, á realidade social. Á maior brevidade e ben, para evitar sempre males maiores. Adoptar certas medidas parciais e que non contribúan na mellor medida ao que se persegue só é unha mostra máis da incapacidade, tamén xurídica, pola que pasamos, e vemos pasar, para resolver os problemas. Haberá que contrastar os resultados reais e seguramente seguilo tentando, regulando ou desregulando normativas que, dunha vez, sirvan eficazmente ao que se di, ou mellor dito ao que deben servir, e non se fagan nunca mirando de esguello coma mera propaganda política, nin de cara a certa galería social. Tampouco tratando de saír un chisco ao paso para contribuír a paliar a situación, quizais sen visión de conxunto. Ás veces é posible que sexa mellor algo ca nada, ás veces non.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 195-199

OS NOVOS IMPOSTOS MEDIOAMBIENTALES E A NORMATIVA DE DESENVOLVEMENTO

María Cruz BARREIRO CARRIL
*Profesora Doutora de Dereito financeiro e tributario
Universidade de Vigo*

I. INTRODUCCIÓN

A Lei 15/2012, de 27 de decembro de medidas fiscais para a sostibilidade enerxética introduciu tres impostos sobre a enerxía no sistema tributario español, o imposto sobre o valor da enerxía eléctrica, o imposto sobre a produción de combustible nuclear gastado e residuos radioactivos resultantes da xeración de enerxía nucleoelectrica e o imposto sobre o almacenamento de combustible nuclear gastado e residuos radioactivos en instalacións centralizadas. Ademais, mediante a referida Lei créase un canon por utilización das augas continentais para a produción de enerxía eléctrica; modifícanse os tipos impositivos establecidos para o gas natural e o carbón e suprímense as exencións previstas para os produtos enerxéticos utilizados na produción de enerxía eléctrica e na coxeración de electricidade e calor útil¹. O fundamento da Lei atópase no artigo 45 da Constitución, que consagra a protección do medio ambiente como un dos principios reitores das políticas sociais e económicas. Como se indica no propio preámbulo da Lei un dos eixes da referida reforma tributaria é a internalización dos custos medioam-

¹ - Para un panorama completo da Lei 15/2012, véase Villar Ezcurra, M.: “Cuestiones de eficiencia, eficacia y legalidad comunitaria europea en el proceso hacia un modelo fiscal de la energía”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2013, pp. 38 e ss.

bientais derivados da produción da enerxía eléctrica e do almacenamento de combustible nuclear gastado ou dos residuos radiactivos de modo que a Lei sirva de estímulo para mellorar os nosos niveis de eficiencia enerxética permitindo mellorar a xestión dos recursos naturais e seguir avanzando no novo modelo de desenvolvemento sostible.

II. OS NOVOS IMPOSTOS SOBRE A ENERXÍA

Polo que se refire ó imposto sobre o valor da enerxía eléctrica, grava a realización de actividades de produción e incorporación ó sistema eléctrico de enerxía eléctrica no sistema eléctrico español, medida en barras de central en calquera das instalacións ás que se refire a Lei do Sector Eléctrico², sendo contribuíntes os que realicen as referidas actividades. A base impositiva vén constituída polo importe total que corresponda percibir ó contribuínte pola produción e incorporación ó sistema eléctrico de enerxía eléctrica, medida en barras de central, por cada instalación, no periodo impositivo, esixíndose o imposto ó tipo impositivo do 7%³.

No que atinxe á xestión do imposto, habemos de sinalar que a Lei analizada sinala que os contribuíntes estarán obrigados a autoliquidar o imposto e ingresar a cota dentro do mes de novembro posterior ó devengo do imposto, de acordo coas normas e modelos que estableza o Ministro de Facenda e Administracións Públicas⁴. Neste sentido habemos de destacar que o referido Ministerio aprobou a Orde HAP/703/2013, de 29 de abril, pola que se aproba o modelo 583 “*Impuesto sobre el valor da produción da enerxía eléctrica. Autoliquidación y Pagos Fraccionados*”, e establécese a forma e procedemento para a súa presentación. O modelo 583 -que se presentará por vía telemática, a través de Internet, ben polo propio declarante ou ben por un terceiro que actúe na súa representación-, e o ingreso da cota tributaria ou dos pagos fraccionados efectuarase, salvo que se domicilie o pago, nos seguintes prazos: -Se se trata de pagos fraccionados, os correspondentes ós períodos dos tres, seis nove e doce meses de cada ano natural, entre os días 1 e 20 dos meses de maio, setembro, novembro e febreiro seguintes á finalización de cada período, respectivamente.

² - Lei 54/1997 de 27 de novembro, no seu título IV.

³ - Arts. 4-8 da Lei 15/2012.

⁴ - Art. 10.1 da Lei 15/2012.

-Se se trata de autoliquidacións, entre os días 1 e 30 do mes de novembro do ano natural seguinte ó do exercicio de que se trate, salvo no suposto que se produza o cese de actividade con anterioridade ó 31 de outubro de cada ano natural. Neste último caso, a presentación do modelo e, no seu caso, o ingreso da cota, deberá ter lugar entre os días 1 e 30 de novembro do ano natural en que se produciu o cese de actividade.

Pola súa banda, o Imposto sobre a produción de combustible nuclear gastado e residuos radioactivos resultantes da xeración de enerxía nucleoelectrónica, grava a produción deste tipo de combustible e residuos sendo contribuíntes os que realicen esta actividade. A Lei analizada contempla un suposto de responsabilidade solidaria dos propietarios das instalacións cando non sexan os que as explotan. A base impositiva vén constituída polos kilogramos de metal pesado contidos no combustible nuclear producido durante o período impositivo, ou, no seu caso, polos metros cúbicos de residuos radioactivos de media, baixa ou moi baixa actividade, sendo aplicable, no primeiro caso un tipo de 2.190 euros por kilogramo de metal pesado e, no segundo caso, un tipo de 6.000 euros por metro cúbico para residuos de baixa e media actividade e de 1.000 euros por metro cúbico para residuos de moi baixa actividade⁵.

Finalmente, o Imposto sobre o almacenamento de combustible nuclear gastado e residuos radioactivos en instalacións centralizadas grava a actividade de almacenamento na instalación centralizada, sendo contribuíntes os titulares das instalacións. Decláranse exentos os residuos procedentes de actividades médicas ou científicas, así como os residuos radioactivos procedentes de incidentes excepcionais en instalacións industriais non suxeitas á regulamentación nuclear que sexan cualificados como tales polo Consello de Seguridade Nuclear. A base impositiva deste imposto vén configurada de forma distinta dependendo do tipo de residuo radioactivo ante o que nos atopemos. Se se trata de combustible nuclear, a base determínase en función da diferenza entre o peso do metal pesado contido no combustible nuclear gastado almacenado, expresado en kilogramos. Se se trata de residuos radioactivos de alta actividade, distintos do combustible nuclear gastado, ou de media actividade e vida longa, a base impositiva calcúlase en función da diferenza entre o volume de tales residuos almacenados á finalización e ó comezo do período impositivo, expresados en metros cúbicos. Finalmente, se se trata de residuos radioactivos de media actividade non contemplados anteriormente e de baixa ou moi baixa actividade, a base impositiva vén constituída polo volume de tales residuos,

⁵ - Art. 15-18 da 15/2012.

expresado en metros cúbicos. A base liquidable determínase a través dun coeficiente multiplicador de redución. En canto ó tipo de gravame, este será diferente, dependendo do tipo de residuos de que se trate. Así, é de 70 euros por kilogramo de metal pesado, no primeiro caso dos referidos anteriormente, de 30.000 euros por metro cúbico de residuo radioactivo no segundo dos supostos, e de 10.000 ou 2.000 euros por metro cúbico segundo trátase de residuos radioactivos de baixa ou media actividade ou de moi baixa actividade⁶. Os aspectos relacionados coa xestión dos dous últimos impostos analizados neste traballo foron desenvolvidos pola Orde HAP/538/2013, de 5 de abril, pola que se aproban os modelos 584 “*Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica. Autoliquidación y pagos fraccionados*” e 585 “*Impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas. Autoliquidación y pagos fraccionados*”, e establécese a forma e procedemento para a súa presentación. A referida Orde regula as regras que rexen os modelos 584 e 585 que se han de utilizar para a presentación da autoliquidación e dos pagos fraccionados correspondentes ós impostos en cuestión. Tal presentación debe realizarse obrigatoriamente por vía telemática, a través de internet, xa sexa polo obrigado tributario, xa por un terceiro autorizado. A presentación da autoliquidación debe realizarse durante os vinte días naturais seguintes ao devengo, mentres que a relativa ós pagos fraccionados debe realizarse durante os vinte primeiros días naturais dos meses de abril, xullo e outubro.

III. CONSIDERACIÓNS FINAIS

Comezabamos este traballo sinalando que o fundamento da Lei 15/2012 atópase no artigo 45 da Constitución que establece un deber para os poderes públicos de conservación do medio ambiente como principio reitor da política económica e social. Dunha primeira lectura do preámbulo da referida Lei, ben puidésemos pensar que nos atopamos ante os coñecidos como “impostos medioambientais”⁷. Con todo unha análise detallada da configuración dos referidos impostos pon en dúbida tal conclusión. Malia que non existe

⁶ - Arts. 19-24 da Lei 15/2012.

⁷ - Sobre a relación entre a fiscalidade e o medio ambiente, véxase Pita Grandal, A.M.: “Sistema tributario y medio ambiente”, *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pp. 588 e ss.

unha única definición uniforme do concepto de “imposto medioambiental”, o Tribunal Constitucional, veu entendendo que para que un imposto reciba tal cualificativo deben cumprirse dúas condicións⁸. En primeiro lugar, da delimitación do feito imponible e dos elementos cuantitativos debe desprenderse que existe unha conexión entre a finalidade (protección do medio ambiente) e o medio empregado. En segundo lugar, o imposto debe conter medidas incentivadoras para non contaminar, constituíndo tan só un indicio o feito de que o importe recadado estea afectado á realización dun gasto medioambiental⁹.

De acordo coas consideracións anteriormente expostas, Marta Villar manifestou que o imposto sobre o valor da produción da enerxía eléctrica non é un imposto verdadeiramente medioambiental, entre outras cuestións porque non ten en conta a distinta capacidade contaminante das fontes de enerxía utilizadas, na configuración do imposto ó gravalas todas por igual ó 7%. Así mesmo e segundo esta autora, as diferenzas nos elementos cuantitativos nos novos impostos á produción e almacenamento de enerxía nuclear son tecnicamente cuestionables. En definitiva, atopámonos ante instrumentos meramente recadatorios que, ademais, non se alían coas estratexias comunitarias¹⁰. Os impostos analizados tampouco foron ben recibidos no sector das enerxías renovables, por entender que a nova normativa prexudica, en particular ó sector fotovoltaico, ó da coxeración -que vai ter que asumir o imposto lineal á produción de enerxía e o incremento do imposto sobre o prezo do gas- así como ó sector das biomásas¹¹.

En definitiva, ben parece que o lexislador español deixou pasar, unha vez máis, unha oportunidade para emprender unha verdadeira Reforma Fiscal Verde.

⁸ - Véxase, por exemplo, a sentenza do Tribunal Constitucional 179/2006, de 13 de xuño sobre o imposto extremeño sobre instalacións que inciden no medio ambiente.

⁹ - Villar Ezcurra, M.: “Desarrollo sostenible y tributos ambientales”, *Crónica Tributaria*, núm. 107, 2003, p.136.

¹⁰ - Villar Ezcurra, M.: “Cuestiones de eficiencia, eficacia y legalidad comunitaria europea...”, op. cit., pp. 40 e ss. Roberto Ignacio Fernández López xa puxera de manifesto as deficiencias dalgúns incentivos fiscais españois ó uso das enerxías renovables no seu traballo españois “Un nuevo enfoque de la tributación ambiental: la fiscalidad específica sobre las fuentes de energías renovables”, en *Quincena Fiscal*, 22, 2012, p. 43.

¹¹ - Villar Ezcurra, M.: “Cuestiones de eficiencia, eficacia y legalidad comunitaria europea ...”, op. cit., pp. 42 e ss.

**ESCRITURAS PÚBLICAS DE SUBROGACIÓN E NOVACIÓN
MODIFICATIVA DE PRÉSTAMOS E DE CRÉDITOS
HIPOTECARIOS: O SEU ¿DISPAR? TRATAMENTO NO
IMPOSTO SOBRE TRANSMISIÓNS PATRIMONIAIS E
ACTOS XURÍDICOS DOCUMENTADOS. COMENTARIO
Á RESOLUCIÓN DO TEAC DE 16 DE MAIO DE 2013.**

Mónica SIOTA ÁLVAREZ
*Profesora de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo*

1. ANTECEDENTES

O art. 9 párrafo primeiro da Lei 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación e modificación de préstamos hipotecarios -á que remite o art. 45.1.c) do Real Decreto Lexislativo 1/1993 polo que se aproba o Texto Refundido da LITPO e AJD-, permite a exención, na modalidade gradual de Actos Xurídicos Documentados, das escrituras públicas de subrogación e novación dos préstamos hipotecarios.

Pero como consecuencia da promulgación da Lei 41/2007, de 7 de decembro, pola que se modifica a Lei 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación do Mercado Hipotecario e outras normas do sistema hipotecario e financeiro —entre elas a Lei 2/1994—, empezouse a defender, por parte dos suxeitos pasivos do imposto, a aplicación da exención ás escrituras públicas de subrogación e novación dos créditos hipotecarios. Un dos argumentos básicos esgrimidos a favor desta interpretación era que a Lei 41/2007 establecía unha clara equiparación entre créditos e préstamos, ao sinalar abertamente a súa Exposición de Motivos que “un dos obxectivos da presente Lei é alcanzar a neutralidade no

tratamento regulatorio dos diversos tipos de créditos e préstamos hipotecarios ofertados no mercado”.

Ata o momento, tanto a doutrina administrativa como os pronunciamentos xurisprudenciais sostiveron, de xeito maioritario, que a aplicación de dita exención ás escrituras de novación e subrogación de créditos hipotecarios supoñería recorrer á integración analóxica, o cal estaría prohibido polo art. 14 da LXT¹². No entanto, tamén se aprecian algunhas opinións doctrinais e certos pronunciamentos administrativos e xurisprudenciais diverxentes, que defenden a aplicación da exención amparándose nunha mera interpretación da Lei 2/1994 e das súas posteriores modificacións¹³.

En definitiva, os términos da discusión, á hora de permitir, ou non, que as escrituras de subrogación e novación de créditos hipotecarios se beneficien da exención prevista para os préstamos do art. 9 da Lei 2/1994, xira en torno a considerar que nos atopamos ante unha interpretación do devandito precepto —polo que se podería aplicar a exención— ou ben ante unha integración analóxica do mesmo —nese caso, e en virtude do disposto no art. 14 da LXT, a exención non resultaría de aplicación—.

2. A RESOLUCIÓN DO TEAC DE 16 DE MAIO DE 2013

Quizais o máis salientable desta Resolución é que se aparta claramente do criterio reiterado, ata o momento, pola DXT de negar a equiparación entre

¹² - Así poderían citarse, entre outras, as Consultas da DXT de 16 de xuño de 2008 (V1291-08), 6 de agosto de 2009 (V1829-09) (JT 2009/1229), 21 de xaneiro de 2010 (V0081-10) (JT 2010/184), 19 de febreiro de 2010 (V0309-10), 2 de xuño de 2010 (JT 2010/326163), 9 de xullo de 2010 (V1542-10) (PROV 2010/373573), 30 de marzo de 2011 (V0825-11) (JUR\2011\154698), 26 de decembro de 2011 (V3062-11) (JUR\2012\55109), 22 de marzo de 2012 (V613-12) (JUR\2012\142926).

E entre os pronuncionamentos xurisprudenciais: SSTSX de Madrid: núm. 471 de 8 de xuño de 2011 (JT 2011\1063); núm. 472 de 8 de xuño de 2011 (JT 2011\994); núm. 473 de 8 de xuño de 2011 (JT 2011\996); núm. 946 de 17 de novembro de 2011 (JUR 2012\205009); núm. 953 de 17 de novembro de 2011 (JUR 2012\198757); núm. 50 de 3 de febreiro de 2012 (JT 2012\484); núm. 310 de 10 de maio de 2012 (JT 2012\699); núm. 336 de 17 de maio de 2012 (JT 2012\703); núm. 111 de 31 de outubro de 2012 (JT 2013\72).

¹³ - SSTSX de Galicia de 25 de xuño de 2012 (JUR\2012\268303), de 6 de febreiro de 2013 (JUR\2013\95353); e, SSTSX de Castela e León de 9 de novembro de 2012 (JT\2012\1305) e de 21 de xaneiro de 2013 (JUR\2013\53485).

contrato de préstamo e conta de crédito, a efectos da aplicación da exención da modalidade gradual de Actos Xurídicos Documentados, que estamos comentado. Xa que o TEAC conclúe que a exención contida no art. 9 da Lei 2/1994 debe aplicarse ao financiamento hipotecario en xeral, con independencia do modelo de instrumentación (crédito ou préstamo) empregado. Para iso, o TEAC utiliza básicamente tres argumentos:

En primeiro lugar, e aínda partindo da distinción entre as figuras de préstamo e crédito hipotecario, o TEAC considera que no ámbito do Imposto sobre Transmisións Patrimoniales e Actos Xurídicos Documentados existe un tratamento unitario para as figuras de préstamo e crédito, como se pon de manifesto, por exemplo, no art. 15 do Texto Refundido da LITPO e AXD.

A continuación, o TEAC recoñece que a distinción entre ambas figuras xurídicas non se mantén nítidamente en parte dos produtos crediticios moderadamente ofertados pola banca a particulares e empresas.

E para rematar, o Tribunal ampárase na finalidade perseguida e nos problemas que intenta resolver a Lei —non só a Lei 2/1994 senón as sucesivas reformas lexislativas posteriores—, para considerar que non existe ningún motivo (social, económico, etc.) que explique, á hora de interpretar a norma, o distinto trato tributario dos créditos hipotecarios fronte aos préstamos hipotecarios¹⁴.

Na nosa opinión, con todo, cada un dos argumentos esgrimidos polo Tribunal resultan ffacilmente rebatibles. Polo que non compartimos o fallo do TEAC.

¹⁴ - En opinión do TEAC, e á marxe dos razoamentos baseados na distinta orixe xurídica de ambas figuras, a única razón que podería avalar o distinto tratamento a uns e a outros estribaría en entender que o lexislador perseguía exclusivamente favorecer as condicións dos particulares respecto da adquisición de vivenda e non ao sector empresarial, o cal preferentemente fai uso de sistemas de contas de crédito. No entanto, o Tribunal recoñece, a continuación, que non é infrecuente que os particulares acudan a sistemas de contas de crédito para financiar a adquisición de vivenda, como así mesmo empresas, que para o financiamento dun activo inmobiliario, acudan a un préstamo hipotecario de amortización periódica. Conclúe o Tribunal afirmando que, para admitir dita interpretación, sería necesario que o lexislador sinalase esta finalidade, nese caso o criterio distintivo non descansaría necesariamente na natureza de préstamos e créditos, senón no obxecto de financiamento (vivendas), ou nos suxeitos deudores (particulares ou empresas), distinción que a Lei en ningún lugar realiza.

Así, por exemplo, a equiparación que o art. 15 do Texto Refundido da LITPO e AXD realiza entre préstamos persoais e contas de crédito só sería efectiva a efectos da modalidade Transmisiones Patrimoniales Onerosas -xa que o artigo 15 atópase no Título Primeiro do Texto Refundido relativo a devandita modalidade- e non á de Actos Xurídicos Documentados¹⁵.

Por outra banda, e con independencia de cal sexa a finalidade da norma, a Lei 2/1994 refírese insistentemente aos préstamos hipotecarios, cuxa mención aparece no seu propio título —“Lei sobre subrogación e modificación de préstamos hipotecarios”— e na determinación do seu ámbito de aplicación. E malia que esta norma sufriu tres reformas lexislativas de distinto calado, o seu ámbito de aplicación non se viu modificado por ningunha delas.

Especialmente significativa é a reforma operada pola Lei 41/2007, porque moitos se ampararon nela para xustificar a exoneración na modalidade gradual de Actos Xurídicos Documentados das escrituras públicas de novación e subrogación de créditos hipotecarios. O curioso, en calquera caso, é que, trala modificación levada a cabo pola Lei 41/2007, o artigo 9 da Lei 2/1994, no que se regula dita exención, segue facendo referencia exclusivamente aos préstamos hipotecarios.

E si efectivamente, como manteñen algúns autores, a intención do lexislador do ano 2007 era equiparar totalmente aos préstamos cos créditos hipotecarios —medida que, lexítimamente, podería adoptar—, tería que facelo feito expresamente, ben cambiando o ámbito de aplicación da Lei 2/1994, ben

¹⁵- A cuestión de si as tres modalidades do imposto constitúen un único tributo ou en realidade son tres tributos independentes regulados nun mesmo corpo normativo foi obxecto dunha viva polémica:

-A posición do tributo único apóiase fundamentalmente no propio Texto Refundido que así o configura baixo unha única denominación e unhas normas comúns aplicables ás tres modalidades (Título preliminar e Título IV). Os Tribunais Económico-Administrativos adoitan adherirse a esta tese.

-A posición do triplo tributo susténtase en argumentos históricos e na configuración de tres modalidades con elementos tributarios específicos (feito imponible, suxeito pasivo, tipos de gravame). Esta é a posición mantida por unha consolidada liña xurisprudencial do Tribunal Supremo e pola maioría da doutrina (por todos: ESCRIBANO, F., “El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, en PÉREZ ROYO, F. (Director), *Curso de Derecho tributario. Parte especial*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, páxs. 527 e ss.)

modificando dita norma facendo referencia a préstamos e créditos hipotecarios ao longo de todo o seu articulado.

3.- CONCLUSIÓN

Da interpretación da Lei 2/1994, e en particular da modificación operada nesta norma pola Lei 41/2007, non cabe inferir que as escrituras públicas de novación e subrogación de créditos hipotecarios se atópen exentas da modalidade gradual de Actos Xurídicos Documentados.

Na época en que foi dictada a Lei 2/1994, o préstamo era o sistema xeneralmente utilizado para a adquisición da vivenda habitual; por iso é polo que foi a única figura contemplada pola norma. Con todo, e aínda que o contrato de apertura de crédito parecía máis propio do ámbito empresarial, os particulares tamén foron recorrendo a él progresivamente. E de feito, se nos fixamos en normas aprobadas nos últimos anos, poderemos advertir como o lexislador foi equiparando os préstamos hipotecarios aos créditos hipotecarios.

Por outra banda, a doutrina entende que “non habería obstáculo para aplicar a exención tanto aos préstamos como aos créditos hipotecarios, xa que, no substancial, presentan a mesma problemática”¹⁶. Pero tendo en conta a prohibición regulada no artigo 14 da LXT, dita equiparación só se podería producir por vontade expresa do lexislador.

Desde o noso punto de vista, un dos maiores argumentos a favor de considerar que nos atopamos ante unha lagoa normativa, e non ante un problema interpretativo, ofrécenolo o propio lexislador autonómico que, consciente do baleiro normativo e querendo emendalo, regulou distintos beneficios fiscais que supoñen a exoneración, na práctica, das escrituras de novación e subrogación dos créditos hipotecarios da modalidade de Actos Xurídicos Documentados¹⁷.

¹⁶ - GARCÍA GIL, J. L., GARCÍA GIL, F. J., GARCÍA GIL, M., *Nuevo tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, DAPP, Navarra, 2011, páx. 543.

¹⁷ - Por exemplo, o art. 122-6 do Decreto Lexislativo 1/2005, de 26 de setembro, do Goberno de Aragón, polo que se aproba o texto refundido das disposicións dictadas pola Comunidade Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, establece unha bonificación do 100% da cota tributaria do Imposto de Actos Xurídicos Documentados na súa modalidade gradual “nas primeiras copias de escrituras de novación modificativa non exentas dos préstamos e créditos hipotecarios a que se

Podemos concluir que, na nosa opinión, no caso de que se aplicara a exención prevista na Lei 2/1994 para as escrituras públicas de subrogación e novación modificativa de préstamos hipotecarios aos créditos hipotecarios estaríase producindo unha integración analóxica que se atopa expresamente prohibida polo artigo 14 da LXT.

refiren os apartados II), III) e IV do punto 2 do artigo 4 da Lei 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación e modificación de préstamos hipotecarios”. E aínda de forma máis evidente, o art. 38 bis do Texto Refundido das disposicións legais dictadas pola Comunidade Autónoma de Canarias en materia de Tributos Cedidos -aprobado mediante Decreto Lexislativo 1/2009, de 21 de abril- dispón: “Na modalidade gradual de Actos Xurídicos Documentados aplicarase o tipo cero ás escrituras públicas de novación modificativa de créditos hipotecarios pactados de común acordo entre acreedor e deudor, sempre que o acreedor sexa unha das entidades a que se refire o artigo 1 da Lei 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación e Modificación de Préstamos Hipotecarios, e a modificación refírase ás condicións do tipo de interese inicialmente pactado ou vixente, á alteración do prazo, ou a ambas”.

Cooperativismo e Economía Social, nº 35 (2012-2013), pp. 207-209

A TRANSMISIÓN DE EMPRESAS E O IVE. A ESIXENCIA DO IMPOSTO NO CASO DE QUE SE TRANSMITA UN PAQUETE ACCIONARIAL.

Jaime Aneiros Pereira
*Profesor de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo*

A Directiva 2006/112/CE de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema común do imposto sobre o valor engadido, establece no primeiro párrafo do artigo 19 que «os Estados membros quedan facultados para considerar que a transmisión, a título oneroso ou gratuito ou baixo a forma de aportación a unha sociedade, dunha universalidade total ou parcial de bens non supón a realización dunha entrega de bens e que o beneficiario continúa a personalidade do cedente». A finalidade é facilitar as transmisións de empresas ou partes de empresas, simplificándoas e evitando sobrecargar a tesorería do beneficiario cunha carga fiscal desmesurada que, ademáis, se recuperaría posteriormente mediante a deducción do IVE soportado. Este precepto reproduce literalmente o antes previsto no artigo 5.8 da Sexta Directiva do IVE.

Sobre este precepto, o Tribunal de Luxemburgo xa dixerá na Sentenza de 27 de novembro de 2003, no asunto Zita Moldes, que os Estados Membros poden establecer a regra da non suxección Así, no apartado 31 da citada sentenza Zita Modes se afirma que «un Estado membro que fai uso da facultade conferida pola primeira frase do artigo 5, apartado 8, da Sexta Directiva debe aplicar a regra da non entrega a toda transmisión dunha universalidade total ou parcial de bens e non pode, polo tanto, limitar a aplicación da regra so a algunhas desas transmisións, salvo nas condicións previstas na segunda frase do mesmo apartado».

A xurisprudenza comunitaria establece, así, que a regra de non suxección ou, da non realización do feito imponible do IVE ou «non entrega» na termi-

noloxía do Tribunal de Xustiza, non se aplica so ás transmisións que supoñan unha subrogación ou sucesión a título universal, senón a todo tipo de transmisións dunha empresa ou parte da mesma.

Pois ben, neste contexto ten importancia a **Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 30 de maio de 2013 (asunto C-651/11)** no caso X BV decide una cuestión prejudicial na que se discutía a suxección ou non ao IVE da transmisión dunha participación, representada polo 30 por cento das accións, no capital dunha sociedade.

Así pois, a primeira cuestión que resolve o Tribunal é si a cesión do 30% das accións dunha sociedade poden constituir unha transmisión dunha universalidade total ou parcial de bens. Ao non existir unha remisión expresa ao Dereito dos Estados membros para determinar o sentido e o alcance do conceto de transmisión dunha universalidade total ou parcial de bens, éste constitúe un concepto autónomo do Dereito da Unión, e debe, en consecuencia, interpretarse de xeito uniforme coa finalidade de evitar diverxencias dun Estado membro a outro á hora de aplicar o réxime do IVA.

El Tribunal de Xustiza interpreta este concepto no sentido de que comprende a transmisión dun establecemento mercantil ou dunha parte autónoma dunha empresa, con elementos corporais e, no seu caso, incorporais que, conxuntamente, constitúen unha empresa ou unha parte dunha empresa capaz de desenvolver unha actividade económica autónoma, pero que non se comprende a mera cesión de bens, como a venda de existencias. Tamén é necesario que o cesionario teña a intención de explotar o establecemento mercantil ou a parte da empresa transmitida e non simplemente de liquidar de inmediato la actividad en cuestión.

Nunha recente sentenza de 10 de novembro de 2011 (no asunto Schriever) o Tribunal manifestou que para que poida considerarse que existe una transmisión dun establecemento mercantil ou dunha parte autónoma dunha empresa é necesario que o conxunto de elementos transmitidos sexa suficiente para permitir desenvolver una actividade económica autónoma. No caso obxecto desta sentenza se discutía si o non transmitir a propiedade dun local comercial privaba de efecto á non suxección no IVE.

O problema que se plantexa a sentenza de 30 de maio de 2013 é si a transmisión de acción e, en concreto dunha porcentaxe, pode beneficiarse do suposto de non suxección e, polo tanto, da non esixencia do IVE na operación. O Tribunal conclúe que **“procede sinalar que, a diferencia da tenencia dos activos dunha empresa, o feito de ser titular das accións de ésta non é sufi-**

ciente para permitir desenvolver unha actividade económica autónoma”. Xaquelogo, a operación está sometida a esixencia do IVE.

Deste xeito, segundo a xurisprudencia do Tribunal de Xusticia, a mera adquisición, a mera tenencia e a simple venda de participacións sociais non constitúen en sí mesmas, unha actividade económica xa que a mera adquisición de participacións financeiras en outras empresas non constitúe unha explotación dun ben co fin de obter ingresos continuados no tempo.

A situación sería distinta cando a participación vai acompañada dunha intervención directa ou indirecta na xestión das sociedades nas que se adquire a participación, si ésta implica a realización de operacións suxeitas ao IVE, tales como a prestación de servizos administrativos, financeiros, comerciais e técnicos.

Por conseguinte, a cesión das accións dunha sociedade non pode asimilarse, independentemente da importancia da participación no capital, á transmisión dunha universalidade total ou parcial de bens a non ser que a participación forme parte dunha unidade independente que permita o exercicio dunha actividade económica independente e que o adquirente exerza esta actividade. Pola contra, unha simple cesión de accións que non se acompaña da transmisión dos activos non permite ao cesionario levar a cabo unha actividade económica independente como sucesor do cedente.

Para o Tribunal, ademáis, é irrelevante que varios accionistas realizasen a operación de cesión á vez e, tamén, que deixasen os cargos directivos na sociedade.

ACTUALIDADE COOPERATIVA EM PORTUGAL

Coordinadora: Deolinda Aparício Meira

- Eduardo Graça
A conta satélite da economia social (CSES) em Portugal - 2013
- Ana Maria Alves Bandeira
O Regime de Normalização Contabilística das Entidades sem Fins Lucrativos e as suas especificidades
- Deolinda Aparício Meira
A Lei de Bases da Economia Social portuguesa. Breve apresentação
- Equipa GeraçãoCoop
Projeto GeraçãoCoop – despertar para o cooperativismo
- Equipa COOPJOVEM
COOPJOVEM – uma resposta para o emprego jovem em Portugal
- Maria João Dias / João Anacoreta Correia
Os corpos de bombeiros voluntários, as associações humanitárias de bombeiros e a liberdade de associação. Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de janeiro de 2012
- André Almeida Martins
A debatida questão da qualificação da relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa. Anotação ao Acórdão do TRP, de 27 de fevereiro de 2012

- Tiago Pimenta Fernandes
Do seguro de danos na cooperativa de habitação. Anotação ao Acórdão do TRL, de 28 de fevereiro de 2012
- Mariana Pinheiro de Almeida
O segredo bancário e o direito à informação nas cooperativas de crédito. Acórdão do TRE, de 22 de março de 2012
- Catarina Proença / Raul Guichard
Da possibilidade de celebração de um contrato-promessa entre uma cooperativa e um sócio. Anotação ao Acórdão do TRE, de 29 de março de 2012
- Deolinda Aparício Meira
A participação do cooperador na atividade de uma cooperativa agrícola. Anotação ao Acórdão do TRC de 17 de abril de 2012
- Paulo Vasconcelos
Associações mutualistas. Comunicação da exclusão de associado. Âmbito das coberturas dos benefícios subscritos. Anotação ao Acórdão do STJ, de 11 de setembro de 2012
- Irene Portela
Caso da transferência de farmácia de associação pública. Anotação ao Acórdão do STA de 26 de setembro de 2012
- Elisabete Ramos
Responsabilidade civil pela administração da cooperativa. Anotação ao Acórdão do STJ de 25 de outubro de 2012
- Manuela da Silva Patrício
As cooperativas de ensino que desenvolvem funções com caráter de interesse público: funções públicas ou privadas? Anotação ao Acórdão do TRP, de 5 de novembro de 2012
- Helena Salazar
A impossibilidade de acumulação do cargo de presidente da direção de cooperativa com o exercício de funções por contrato de trabalho durante o mesmo período temporal. Anotação ao Acórdão do TRE de 15 de novembro de 2012
- Nina Aguiar
Aspetos fiscais dos donativos a Fundações participadas pelo Estado. Anotação ao Acórdão do STA de 5 de dezembro de 2012

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 213-221

A CONTA SATÉLITE DA ECONOMIA SOCIAL (CSES) EM PORTUGAL - 2013

Eduardo GRAÇA

*Presidente da direção da Cooperativa António Sérgio para a Economia Social
(CASES)*

INTRODUÇÃO

A propósito do tema que me foi proposto abordar, qual seja, a criação de uma Conta Satélite da Economia Social (CSES), em Portugal, considero pertinente tecer algumas considerações acerca do contexto em que se desenvolveu o projeto.

Nos inícios de 2010, finalizado o desenho institucional, e organizacional, da Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES), que sucedeu ao INSCOOP, deu-se início a um processo de encontro e de descoberta mútua das diversas «famílias» da Economia Social (ES) em Portugal.

A economia social contemporânea, herdeira de uma tradição histórica forte, cuja memória carece de ser avivada, foi durante muitas décadas constituída por uma nebulosa de «famílias» próximas, pelos princípios e valores comuns, mas distantes entre si, na prática e ação, assim como na relação com os poderes públicos.

Verifiquei, na minha qualidade de presidente do INSCOOP e de presidente da direção da CASES, a partir de março de 2010, esse fenómeno surpreendente que consistia, salvo raras exceções, no facto dos próprios dirigentes das organizações de cúpula da economia social não se conhecerem pessoalmente.

O «setor cooperativo e social», que a Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra, no seu art. 82.º, como um dos três setores de propriedade dos

meios de produção, com a mesma dignidade, dos restantes dois, o público e o privado, afinal nunca havia tomado corpo enquanto setor organizado em torno de uma qualquer organização associativa, nem sequer havia prosseguido, de forma estruturada, objetivos comuns.

As cooperativas e as mutualidades, nascidas de uma mesma raiz, com uma história centenária, raramente coabitavam em espaços de trabalho e diálogo (mesmo as financeiras); as Misericórdias, com uma tradição de cinco séculos de história, construíram um conglomerado económico, prosseguindo, legitimamente, o seu próprio caminho, estribadas no direito canónico; as instituições particulares de solidariedade social (IPSS) assumiam crescente protagonismo, e importância, na área social, em torno de um estatuto que o estado lhes atribuiu, preenchidas determinadas condições; as associações, mais numerosas e diversificadas pela natureza das suas atribuições e objetivos, além de mais pulverizadas no território, desembaraçavam-se exercitando um intenso espírito de sobrevivência.

A economia social que, finalmente, a Lei de Bases da Economia Social (LBES), em vigor desde 7 de junho de 2013, reconheceu legalmente, no enquadramento do «setor cooperativo e social» que a CRP consagra, somente começou a ganhar corpo, no Portugal contemporâneo, como setor autónomo e estruturado, nos planos institucional e legal, através da criação da CASES, do Conselho Nacional para a Economia Social (CNES) a partir de 2010 culminando, nesta fase de reinauguração, com a entrada em vigor da LBES.

Em Portugal, nos últimos três anos, ocorreram, pois, mudanças de fundo nas instituições e na legislação de enquadramento da economia social sendo assinalável o facto de tais mudanças ocorrerem com uma eleição legislativa de permeio da qual resultou uma mudança de governo demonstrando que é possível fazer prevalecer, sem escamotear naturais diferenças de opinião, compromissos políticos como foi, emblematicamente, demonstrado com a aprovação por unanimidade, pela Assembleia da República, da LBES.

Neste novo edifício em construção, com o contributo de todas e todos os que entendem a importância estratégica da economia social para a coesão social numa perspectiva de melhoria, e reforma do estado social, não esteve ausente a necessidade de criar um instrumento estatístico que permitisse enfrentar um *deficit* crónico de informação credível, e certificada, neste setor em Portugal.

O HISTÓRICO RECENTE DA CSES

Após um longo período histórico de vazio no que respeita à reinvenção do conceito de economia social, com suas virtualidades e constrangimentos, quer no plano político, institucional, legal, doutrinário, económico e social, Portugal deu, num curto período de tempo, um salto em frente, colocando-se na primeira linha, não só a nível europeu como mundial, na abordagem do tema, para admiração dos mais atentos ao fenómeno.

A Lei de Bases da Economia Social portuguesa, antecedida pela aprovação de lei homóloga em Espanha, antecipou a iniciativa legislativa francesa (viveiro dos movimentos inaugurais da economia social) e a do Canadá (Quebeque), integrando no seu articulado (art. 6.º, n.º 2) a obrigatoriedade da elaboração de uma Conta Satélite da Economia Social (CSES) nos seguintes termos: «*Deverá ainda ser assegurada a criação e a manutenção de uma conta satélite para a Economia Social, desenvolvida no âmbito do sistema estatístico nacional*».

Tal consagração foi consensual em grande medida pelo facto de a CSES ter suscitado, e incluído no seu plano de ação, logo em 2010, a criação de uma CSES correspondendo, aliás, a um desafio contido em diversos documentos da UE tal como na Resolução do Parlamento Europeu de 19 de março de 2009, sobre Economia Social, publicada em 25 de março de 2010 em que, nos seus pontos 15 e 16, faz menção explícita ao «*reconhecimento estatístico*» nos seguintes termos:

15. Convida a Comissão e os Estados-Membros a apoiarem a criação de registos estatísticos nacionais das empresas da economia social, a estabelecer contas satélite nacionais por sector institucional e por ramo de atividade, e a permitir a utilização desses dados pelo Eurostat, recorrendo também às competências disponíveis nas universidades;

16. Salieta que a medição da economia social é complementar à medição das organizações sem fins lucrativos (OSFL), convida a Comissão e os Estados-Membros a promoverem a utilização do Manual da ONU sobre as organizações sem fins lucrativos e a prepararem contas satélite que permitam melhorar a visibilidade das OSFL e das organizações da economia social;

A conceção, e criação, de tal instrumento estatístico competiriam sempre à autoridade estatística nacional (Instituto Nacional de Estatística – INE) que, desde logo, aderiu à proposta tendo sido celebrado um protocolo entre as duas

instituições (CASES e INE), em 14 de abril de 2011, tendo em vista a concretização, em parceria, do projeto.

Em Portugal à semelhança do que acontece um pouco por todo o mundo coexistem duas grandes conceções de economia social: a chamada *conceção americana*, circunscrevendo o perímetro das organizações da economia social às chamadas organizações sem fins lucrativos, «*nonprofit institutions*» (excluindo as cooperativas e mutualidades, as principais organizações do chamado «setor de mercado»), e a *conceção europeia* que, com mais ou menos variantes, por região ou país, estabelece um perímetro, mais alargado, no qual são consideradas as organizações dos chamados «setor de mercado» e «de não mercado».

Como refere o relatório final da CSES esta «*constitui a última etapa de um processo que se iniciou com a Base 2006 das Contas nacionais e que se desenvolveu nas seguintes fases:*

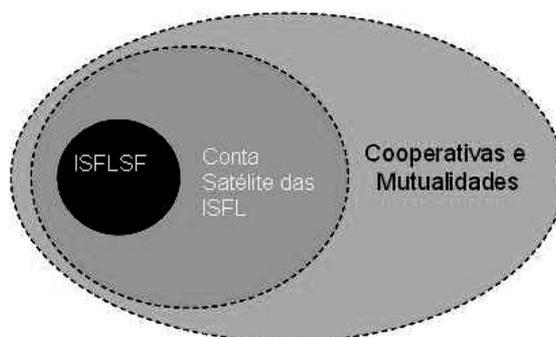
- *Fase 1: Compilação da conta das Instituições sem fins lucrativos ao serviço das famílias ISFLSF (S.15) de acordo com a Base 2006 das Contas nacionais Portuguesas;*

- *Fase 2: Extensão da conta do setor institucional S. 15 a outras ISFL, nos termos do HNPI (excluindo trabalho voluntário), produzindo uma conta satélite piloto para as ISFL para 2006, publicada em 2011;*

- *Fase 3: Compilação, tendo como referência 2012, de uma conta satélite mais alargada, abrangendo a totalidade das unidades no domínio da Economia Social e, também, a conceção e realização de um inquérito piloto ao trabalho voluntário.»*

A DEFINIÇÃO DE ECONOMIA SOCIAL ADOTADA PELA CSES

Como se pode visualizar pelo gráfico seguinte a CSES resulta de um processo evolutivo que, na sua última fase, assentou na adoção da definição operacional proposta no relatório *The Social Economy in the European Union:*



A Economia Social é um «conjunto de empresas privadas, organizadas formalmente, com autonomia de decisão e liberdade de adesão, criadas para satisfazer as necessidades dos seus membros através do mercado, produzindo bens e serviços, assegurando o financiamento, onde o processo de tomada de decisão e distribuição de benefícios ou excedentes pelos membros não estão diretamente ligados ao capital ou quotizações de cada um, correspondendo a cada membro um voto.

A Economia Social agrupa também as entidades privadas organizadas formalmente, com autonomia de decisão e liberdade de adesão, que produzem serviços não mercantis para as famílias e cujos excedentes, quando existem, não podem ser apropriados pelos agentes económicos que os criam, controlam ou financiam.»

São os próprios autores da CSES que consideram ser esta definição «a que melhor se adequa aos sistemas de Contabilidade Nacional visto não ter em consideração nem critérios jurídicos, nem administrativos, centrando-se na análise do comportamento dos atores da Economia Social, assim como na procura de semelhanças e diferenças entre os próprios atores e entre estes e os outros agentes económicos. Tem ainda em consideração os princípios históricos, bem como os valores próprios da Economia Social. É, por conseguinte, uma definição que tem um amplo consenso científico e que permitiu quantificar e tornar visível, de forma homogénea e harmonizada internacionalmente, alguns agregados das entidades pertencentes à Economia Social.»

O ESSENCIAL DOS GRANDES NÚMEROS REVELADOS PELA CSES

Tomando por base o ano de 2010 foi possível concluir que o setor da Economia Social em Portugal era constituído por **50 383 unidades**, com forte

heterogeneidade, tanto em número como pelo tipo de atividades desenvolvidas. A maior parte das mesmas (48,4%) situam-se na área da cultura, desporto e recreio. A hegemonia quantitativa não corresponde, no entanto, à hegemonia económica pois a ação social foi responsável por 48,6% do emprego e 41,3% do Valor Acrescentado Bruto (VAB) da economia social.

Quadro 1.1 – Principais indicadores por grupos de entidades da Economia Social (2010)

Famílias	Unidades	ETC (Remunerados)	VAB	Remunerações	VAB Emprego	Remunerações Emprego
	N.º	N.º	10 ⁶ euros	10 ⁶ euros	10 ³ euros por ETC	
Cooperativas	2 260	31783	749,2	657,3	23,6	20,7
Mutualidades	119	4 537	329,9	176,2	72,7	38,8
Misericórdias	381	32 493	5 18,3	426,9	16,0	13,1
Fundações	537	10 765	361,1	215,1	33,5	20,0
Associações e outras OES	52 086	147 357	2 304,1	2 479,9	15,6	16,8
Total das OES	55 383	226 935	4 262,6	3 955,4	18,8	17,4
Total da Economia	-	4 138 163	151426	86 814	36,6	21,0
Peso da ES na Economia	-	5,5%	2,8%	4,6%	-	-

Fonte: INE, Conta Satélite da Economia Social

O quadro acima condensa os principais indicadores por grupo de entidades e permite-me, de forma sintética, tecer algumas considerações que considero pertinentes no contexto deste artigo.

As associações e outras Organizações da Economia Social (OES) representavam, em termos quantitativos, 94% do universo total, contribuindo com 54,1% do VAB, 64,9% do emprego remunerado e 62,7 % das remunerações. O tipo de entidades sob a designação de associações e outras OES constituíam, conforme o relatório refere, «o grupo mais heterogéneo e com maior carência de informação estatística, tornando a sua análise mais complexa e menos precisa».

Atento o forte peso relativo deste grupo no conjunto da Economia Social, como os indicadores apresentados evidenciam, deverão ser criadas condições para o aprofundamento do seu estudo, incluindo a definição de metodologias de trabalho, processo para o qual a reforma da legislação ordinária do setor, conforme determina a Lei de Bases da Economia Social, muito poderá contribuir e que os resultados da próxima CSES portuguesa, que a mesma lei consagra, provavelmente a ser elaborada em 2014, com bases em dados de 2012, deverão refletir.

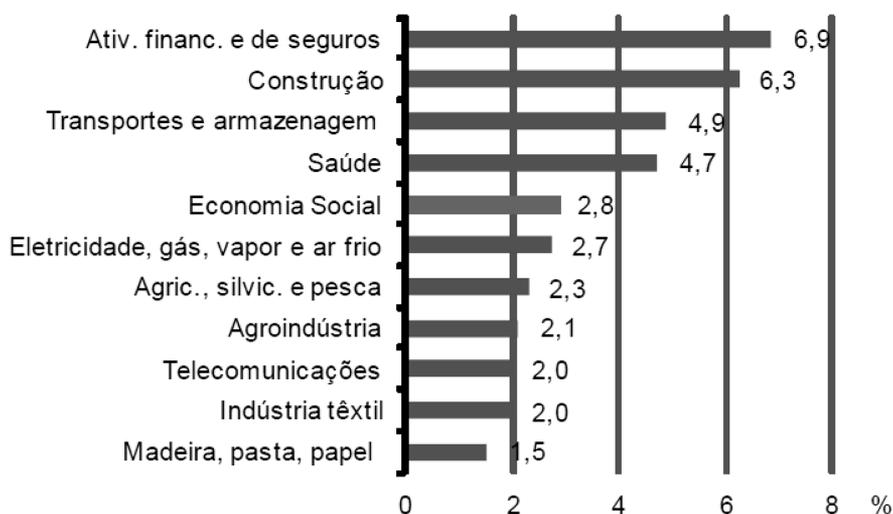
É assinalável, atenta a estagnação do setor cooperativo em Portugal, nas últimas duas décadas, que este se tenha apresentado como o segundo grupo de entidades da Economia Social com maior peso relativo, em número de unidades, VAB e remunerações, salvo no emprego remunerado em que as Misericórdias se apresentam em segundo lugar. As mutualidades, por sua vez,

apresentaram a média mais elevada quer do VAB gerado por ETC¹ (emprego remunerado) quer na remuneração média.

No que respeita aos indicadores mais relevantes do VAB gerado pela Economia Social em 2012, representou 2,8% do VAB nacional, tendo 54,1% origem nas Associações e OES, 17,5% nas Cooperativas, 12,2 % nas Misericórdias, 8,5% nas Fundações e 7,7% nas Mutualidades.

Para obter uma imagem mais impressionante do peso relativo do VAB gerado pelas organizações da Economia Social, face a alguns outros ramos de atividade, no VAB nacional veja-se o gráfico seguinte:

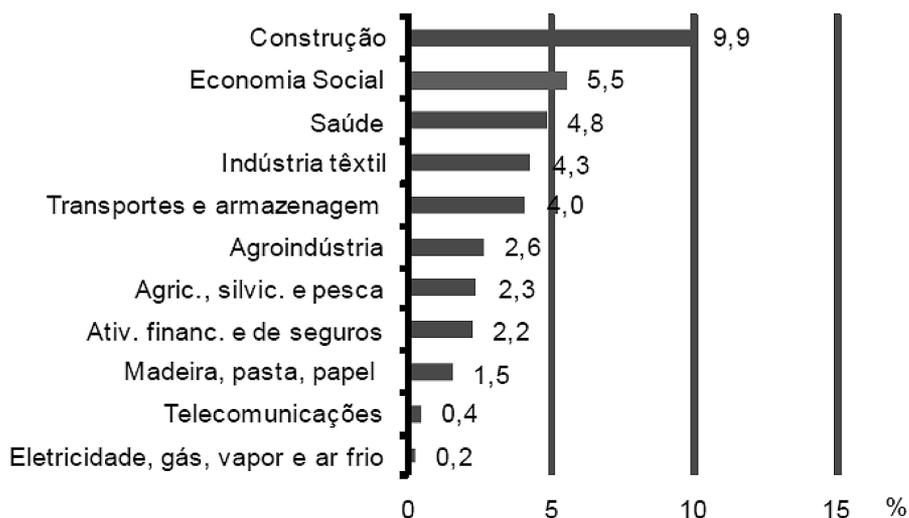
Gráfico 1.59 - Peso do VAB da ES e de alguns ramos de atividade, na Economia Nacional



O emprego remunerado gerado pela Economia Social representava, em 2010, por sua vez, **5,5% do emprego total nacional** revelando uma capacidade empregadora superior a outros ramos considerados trabalho intensivos como se evidencia pelo gráfico abaixo:

¹ - Equivalente a tempo completo.

Gráfico 1.60 - Peso do emprego (rem) da ES e de alguns ramos de atividade, na ec. nacional



Sublinho, no que respeita a este indicador, muitíssimo relevante num tempo em que o desemprego ameaça os próprios alicerces do estado social, que o emprego remunerado gerado pela economia social na UE ronda os 7,5% do emprego remunerado total (mais de 14 milhões de pessoas) o que, comparado com o indicador homólogo português (5,5%) indicia ser a economia social, em Portugal, um setor com elevado potencial na criação de emprego, assim o próprio setor seja capaz de se reorganizar, em particular, através de fusões, dinamização de redes e fomento da intercooperação, e o poder público, assuma e ponha em prática a recém-aprovada LBES, desenvolvendo todo o seu potencial de apoio à regeneração e fomento da economia social.

Por fim uma nota para assinalar um indicador que a CSES evidencia e que desmitifica uma ideia feita, qual seja, a da chamada subsidiodependência do setor da economia social.

Em 2010, os recursos da economia social, no seu conjunto, estimaram-se em € 14 177,9 milhões sendo que **62,8%** desses recursos eram provenientes da produção e somente 23,8% de transferências correntes e subsídios, sendo os restantes **10,3%** provenientes de rendimentos de propriedade. Verifica-se, pois, que a economia social **dependia em menos de ¼ de recursos com ori-**

gem em transferências correntes e subsídios, resultando a maioria desses recursos da produção própria das organizações da economia social (62,8%).

CONCLUSÃO

Não será arriscado afirmar que a CSES portuguesa é original, e única, a nível mundial, embora carecendo de aperfeiçoamentos, distinguindo-se de todas as restantes contas satélites por abarcar, no seu universo de estudo, um perímetro no qual cabem todas as organizações da economia social consideradas quer no *conceito americano* quer no *conceito europeu*. Acresce que foi concebida como um agregado de subcontas nas quais são tratadas as realidades dos diversos grupos da economia social, quais sejam, cooperativas, mutualidades, misericórdias, fundações e associações e outras OES a que acresce o conjunto eclético, em termos da configuração jurídico-formal, das organizações com estatuto de Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS).

Trata-se, pois, de uma conta satélite de «vasto espetro», cuidadosamente apelidada de «conta piloto», pela inovação que comporta e os riscos inerentes à metodologia adotada numa experiência de congregação de informação estatística de organizações tão próximas, pelos princípios e valores que encerram, e, ao mesmo tempo, tão diversas, nos planos económico e sociológico, nunca antes estudadas de forma tão vasta e abrangente, em particular, no que respeita ao setor associativo.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 223-230

O REGIME DE NORMALIZAÇÃO CONTABILÍSTICA PORTUGUÊS PARA AS EMPRESAS DO SETOR NÃO LUCRATIVO —SNC-ESNL— E AS SUAS ESPECIFICIDADES RELATIVAMENTE AO RELATO FINANCEIRO

Ana Maria ALVES BANDEIRA
*Professora-Adjunta do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Porto*

1. INTRODUÇÃO

As Entidades do Sector Não Lucrativo (ESNL) sempre tiveram um papel importante na sociedade, oferecendo bens e serviços de interesse geral. Com a publicação do Decreto-Lei n.º 36A de 2011 foi aprovado o regime da normalização contabilística para as entidades do sector não lucrativo que passou a fazer parte integrante do Sistema de Normalização Contabilístico (SNC). Este recente normativo contabilístico trouxe regras próprias aplicáveis especificamente às entidades que prossigam, a título principal, atividades sem fins lucrativos e que não possam distribuir aos seus membros ou contribuintes qualquer ganho económico ou financeiro direto, exceto as cooperativas e as entidades que apliquem as normas internacionais de contabilidade.

As especificidades da prestação de contas das ESNL assentam sobretudo no facto destas entidades apresentarem três características básicas distintas relativamente às entidades com finalidades lucrativas: (i) respondem a finalidades de interesse geral que transcendem a atividade produtiva e a venda de produtos ou prestação de serviços, o que se traduz numa interpretação não económica do conceito *benefício*; (ii) o seu financiamento pode resultar do seu próprio património ou de recursos atribuídos por pessoas singulares ou coletivas; (iii) ausência de títulos de propriedade-controlo que possam ser comprados, cedidos, trocados ou de que se espere algum tipo de contrapres-

tação económica no caso de a entidade cessar as suas atividades e ser objeto de liquidação.

Era, de facto, necessário reforçar as exigências de transparência relativamente às atividades que estas entidades realizam e aos recursos que utilizam, nomeadamente através da obrigação de prestarem informação fidedigna sobre a gestão dos recursos que lhes são confiados, bem como sobre os resultados alcançados no desenvolvimento das suas atividades.

2. O RELATO FINANCEIRO E AS SUAS ESPECIFICIDADES

O atual Sistema de Normalização Contabilística para Entidades do Sector não Lucrativo (SNC-ESNL) veio revogar o Plano de Contas das IPSS, o Plano de Contas das Associações Mutualistas e o Plano Oficial de Contabilidade para Federações Desportivas, Associações e Agrupamentos de Clubes. Aplica-se às entidades que exerçam a título principal atividades sem fins lucrativos e, simultaneamente, que não possam distribuir aos seus membros ou contribuintes qualquer ganho económico ou financeiro direto, nomeadamente, associações, pessoas coletivas de tipo associativo, fundações, clubes, federações e confederações. As cooperativas e as entidades que apliquem as normas internacionais de contabilidade encontram-se excluídas deste normativo contabilístico.

O SNC-ESNL é composto por vários instrumentos, nomeadamente: as Bases para a apresentação de demonstrações financeiras, os Modelos de demonstrações financeiras, o Código de Contas, a Norma contabilística e de relato financeiro para entidades do sector não lucrativo (NCRF-ESNL), e as Normas interpretativas.

2.1. Quanto aos elementos das demonstrações financeiras

O SNC-ESNL apresenta algumas diferenças quanto à terminologia de identificação das demonstrações financeiras, como se pode verificar na seguinte Tabela.

Demonstrações financeiras segundo a Estrutura Conceptual	Demonstrações financeiras segundo o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 36-A (2011)	
	Entidades obrigadas a aplicar o SNC-ESNL	Entidades dispensadas de aplicar o SNC-ESNL
Balanço	Balanço	Mapa do património fixo
		Mapa de direitos e compromissos
Demonstração dos resultados	Demonstração dos resultados por naturezas ou por funções	-
Demonstração das alterações na posição financeira	Demonstração das alterações nos fundos patrimoniais (por opção ou por exigência de entidades públicas financiadoras)	-
Demonstração do fluxo de caixa	Demonstração dos fluxos de caixa	Mapa de Pagamentos e recebimentos
Anexo	Anexo	Outros mapas (designadamente para efeitos de controlo orçamental exigidos por entidades públicas financiadoras e outras divulgações exigidas pela NCRF-ESNLs)
	Outros mapas (designadamente para efeitos de controlo orçamental exigidos por entidades públicas financiadoras e outras divulgações exigidas pela NCRF-ESNLs)	

Com a NCRF-ESNL (Aviso n.º 6726-B/2011, de 14 de março) passaram a existir regras específicas e, nesta conformidade, as ESNL passaram a seguir os mesmos critérios que as empresas em geral têm, nomeadamente a obrigatoriedade de apresentar Demonstrações Financeiras e seguir critérios de mensuração e divulgação.

O Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março, veio estabelecer que, a partir de 1 de janeiro de 2012, todas estas entidades passaram a estar obrigadas a seguir regras contabilísticas próprias — a NCRF-ESNL. Ficam, no entanto, dispensadas da aplicação daquela norma contabilística e, de relato financeiro, as entidades cujas vendas e outros rendimentos não excedam 150 000 euros em nenhum dos dois exercícios anteriores.

A NCRF-ESNL tem pois como primeiro objetivo estabelecer os principais aspetos de reconhecimento, mensuração e divulgação. Após as considerações gerais sobre reconhecimento, aquela norma apresenta a estrutura e conteúdo das demonstrações financeiras. Contudo, é a Portaria n.º 105/2011, de 14 de

março, que aprova os modelos das demonstrações financeiras. No capítulo quatro da NCRF-ESNL são elencados todas as considerações gerais e, sobretudo, as que são específicas destas entidades. As demonstrações financeiras devem ser apresentadas, pelo menos, uma vez por ano.

2.2. O Balanço

O Balanço, cujo objetivo é dar informação sobre a posição financeira da entidade, deve apresentar ativos correntes e não correntes, e passivos correntes e não correntes, como classificações separadas na face do balanço.

A NCRF-ESNL considera que um ativo deve ser classificado como corrente quando satisfaz qualquer dos seguintes critérios:

- a) espera-se que seja realizado ou pretende-se que seja vendido ou consumido no decurso normal do ciclo operacional da entidade;
- b) esteja detido essencialmente para a finalidade de ser negociado;
- c) espera-se que seja realizado num período até doze meses após a data do balanço; ou
- d) é caixa ou equivalente de caixa, a menos que lhe seja limitada a troca ou uso para liquidar um passivo durante pelo menos doze meses após a data do balanço.

Todos os outros ativos devem ser classificados como não correntes, nomeadamente, os ativos tangíveis, intangíveis e financeiros cuja natureza seja de longo prazo. No ativo não corrente de algumas ENL podem existir bens do património histórico e cultural, onde se incluem imóveis, arquivos, bibliotecas, museus, bens móveis, adiantamentos sobre bens do património histórico e cultural.

Segundo a NCRF-ESNL o passivo deve ser classificado como corrente quando satisfizer qualquer um dos seguintes critérios:

- a) se espere que seja liquidado durante o ciclo operacional normal da entidade;
- b) esteja detido essencialmente para a finalidade de ser negociado;
- c) deva ser liquidado num período até doze meses após a data do balanço; ou
- d) a entidade não tenha um direito incondicional de diferir a liquidação do passivo durante pelo menos doze meses após a data do balanço.

Aquela norma refere ainda que alguns passivos correntes, tais como dívidas a pagar e alguns acréscimos de custos relativos a empregados e outros custos operacionais, são parte do capital circulante usado no ciclo operacional normal da entidade. Tais itens operacionais são classificados como passivos correntes mesmo que estejam para ser liquidados mais de doze meses após a data do balanço.

Os passivos financeiros podem ser classificados como correntes quando a sua liquidação estiver prevista para um período até doze meses após a data do balanço, mesmo que:

- a) o prazo original tenha sido por um período superior a doze meses; e
- b) um acordo de refinanciamento ou de reescalonamento de pagamentos numa base de longo prazo seja completado após a data do balanço e antes das demonstrações financeiras serem autorizadas para emissão.

Todos os outros passivos devem ser classificados como não correntes.

2.3. Demonstração dos resultados

O principal objetivo da demonstração dos resultados é informar sobre o desempenho da entidade num determinado exercício. A NCRF-ESNL refere que todos os itens de rendimentos e de gastos, reconhecidos num período, devem ser incluídos nos resultados a menos que um outro capítulo daquela norma o exija de outro modo. A NCRF-ESNL refere ainda que os itens a apresentar na demonstração dos resultados deverão basear-se numa classificação que atenda à sua natureza.

2.4. Anexo

A NCRF-ESNL considera que o anexo deve apresentar informação sobre as bases de preparação das demonstrações financeiras e das políticas contabilísticas usadas, divulgar a informação exigida nos capítulos daquela norma que não seja apresentada na face do balanço e da demonstração dos resultados, e deve ainda proporcionar informação adicional que seja relevante para uma melhor compreensão de qualquer uma delas. As notas do anexo devem ser apresentadas de uma forma sistemática e cada item, na face do balanço e da demonstração dos resultados, que tenha merecido uma nota no anexo, deve ter uma referência cruzada.

As divulgações a efetuar no anexo, pelas ESNL, correspondem às publicadas através do anexo n.º 10 da Portaria n.º 986/2009 — Modelo reduzido

do anexo segundo o SNC —, constando na Portaria n.º 105/2011 apenas as alterações que decorrem das especificidades das ESNL e que consistem basicamente nos parâmetros seguintes: (i) onde se lê «SNC» deve ler-se «ESNL», (ii) onde se lê «NCRF-PE» (Norma Contabilística de Relato Financeiro para as Pequenas Entidades) deve ler-se «NCRF –ESNL» e (iii) onde se lê «Capitais próprios» deve ler-se «Fundos patrimoniais».

Existem, no entanto, outras especificidades das ESNL que a Portaria n.º 105/2011 indica; em particular:

(i) nos *Ativos fixos tangíveis* deverá considerar-se uma divulgação adicional referente ao montante e natureza dos bens do património histórico, artístico e cultural;

(ii) as divulgações relativas aos *Ativos intangíveis* de carácter ambiental não são aplicáveis a estas entidades;

(iii) não se aplica a estas entidades a divulgação sobre as locações operacionais no que se refere aos futuros pagamentos mínimos da locação sob locações operacionais, ao total das rendas contingentes reconhecidas como rendimento durante o período e a descrição global dos acordos de locação do locador;

(iv) relativamente à rubrica de *Inventários* acresce a informação sobre a quantia dos inventários escriturada pelo custo corrente;

(v) quanto às *Provisões, passivos contingentes e ativos contingentes* não devem ser consideradas as informações pormenorizadas sobre as provisões de carácter ambiental e os passivos de carácter ambiental. Deve, no entanto, ser apresentada a informação sobre a indicação do valor dos Fundos Permanentes por modalidade associativa das Mutualidades e do património líquido que lhes está afeto, bem como do respetivo grau de cobertura face às Provisões matemáticas necessárias;

(vi) à rubrica de *Subsídios e outros apoios* são acrescentadas as informações sobre os benefícios sem valor atribuído, materialmente relevantes, obtidos de terceiras entidades e sobre os principais doadores/fontes de fundos;

(vii) relativamente aos *Instrumentos financeiros* devem ser feitas divulgações adicionais quanto ao número de membros dos órgãos diretivos e alterações ocorridas no período de relato financeiro e deve também ser divulgada a informação sobre as remunerações dos órgãos diretivos.

As restantes demonstrações financeiras (demonstração dos resultados por funções, demonstração das alterações nos fundos patrimoniais, demonstração dos fluxos de caixa, mapa de pagamentos e recebimentos, mapa do património fixo, e mapa dos direitos e compromissos futuros) elencadas pelo SNC-ESNL bem como pela Portaria n.º 105/2011 não são mencionadas na NCRF-ESNL.

2.5. Quanto aos seus destinatários

O principal objetivo das demonstrações financeiras é o de proporcionar informação útil aos seus destinatários ou utentes de modo a auxiliá-los na tomada de decisões económicas. A este propósito o SNC-ESNL tem como principais utentes da informação financeira os seguintes:

- doadores, financiadores e associados – pretendem essencialmente conhecer o grau de cumprimento dos objetivos;
- credores – obtenção da informação referente à capacidade da entidade solver os seus compromissos;
- clientes e utentes – avaliar a continuidade dos fornecimentos de bens e das prestações de serviços;
- empregados – conhecer a estabilidade da entidade assim como verificar a capacidade da entidade proporcionar remuneração;
- Estado – determinar a tributação e obtenção de dados para estatísticas;
- voluntários – conhecer os resultados da sua dedicação;
- membros das ESNL – conhecer como os donativos e outros fundos são aplicados;
- público em geral – avaliar a participação da entidade no seu bem-estar, assim como no desenvolvimento económico do sector em que se insere.

Apesar das ESNL não estarem orientadas para o lucro, é notória a importância da prestação de contas face ao conjunto de utentes que esperam que as entidades sejam boas gestoras.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho procurou-se explanar as principais especificidades relativas ao relato financeiro das ESNL. O atual normativo contabilístico criado para regular as ESNL foi desenvolvido atendendo aos distintos obje-

tivos e especificidades deste tipo de entidade. Em particular, a NCRF-ESNL tem como principal objetivo estabelecer os aspetos de reconhecimento, mensuração e divulgação, e é composto por vários instrumentos (bases para a apresentação de demonstrações financeiras, modelos de demonstrações financeiras, código de contas, NCRF-ESNL e normas interpretativas).

4. LEGISLAÇÃO UTILIZADA

Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março – aprova o regime contabilístico para as entidades do sector não lucrativo

Portaria n.º 105/2011, de 14 de março – aprova os modelos de demonstrações financeiras a apresentar pelas entidades que apliquem o regime contabilístico ESNL

Portaria n.º 106/2011, de 14 de março – aprova o código de contas específico para as entidades do sector não lucrativo

Aviso n.º 6726-B/2011, de 14 de março – publica a norma contabilística e de relato financeiro para as entidades do sector não lucrativo

Decreto-Lei n.º 64/2013, de 13 de maio – procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 36-A/2011 de 9 de março

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 231-236

A LEI DE BASES DA ECONOMIA SOCIAL PORTUGUESA. BREVE APRESENTAÇÃO

Deolinda APARÍCIO MEIRA

*Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto/CECEJ
meira@iscap.ipp.pt*

1. INTRODUÇÃO

Em 15 de março de 2013, foi aprovada por unanimidade pela Assembleia da República a Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, *Lei de Bases da Economia Social* (LBES).

Portugal surge, deste modo, como o segundo país na Europa (a seguir à Espanha²) a aprovar uma Lei de Bases da Economia Social³.

Esta Lei de Bases assume-se como uma lei geral, com objetivos muito limitados, destacando-se o reconhecimento institucional e jurídico explícito do setor da economia social, o que passa fundamentalmente: pela delimitação do âmbito subjetivo dos seus atores e dos princípios em que os mesmos assentam; pela identificação das formas de organização e representação da economia social; pela definição das linhas gerais das políticas de fomento da economia social; pela identificação das vias de relacionamento das entidades da economia social com os poderes públicos.

² - *Ley n.º 5/2011, de Economia Social*, que entrou em vigor em finais de abril de 2011.

³ - Entretanto, em França foi já publicado e encontra-se em discussão o «*Projet de Loi relative à l'économie sociale et solidaire*», NOR[V10.º 27-05-2013]; assim como no Quebec (Canadá): «*Projet de loi n.º 27 – Loi sur l'économie sociale*».

Neste sentido, e sem se alhear do facto de, em Portugal, a economia social ter o seu substrato jurídico em sede constitucional, sendo objeto de um tratamento jurídico autónomo por parte da Constituição da República Portuguesa, o art. 1.º da LBES (que tem por epígrafe «Objeto») dispõe que: «*A presente lei estabelece, no desenvolvimento do disposto na Constituição quanto ao setor cooperativo e social, as bases gerais do regime jurídico da economia social [...]*».

2. A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ECONOMIA SOCIAL

A LBES optou, quanto à delimitação do conceito de economia social, por uma técnica combinada, ou seja, complementando a definição de economia social constante do art. 2.º por uma enumeração aberta das entidades da economia social (art. 4.º) e pela enunciação dos seus princípios orientadores (art. 5.º).

2.1. A definição de economia social

Assim, nos termos do n.º 1 do art. 2.º da LBES, «*entende-se por Economia Social o conjunto das atividades económico-sociais, livremente levadas a cabo por entidades referidas no art. 4.º (...)*», atividades estas que «*têm por finalidade prosseguir o interesse geral da sociedade, quer diretamente quer através da prossecução dos interesses dos seus membros, utilizadores e beneficiários, quando socialmente relevantes*».

Desta definição ressaltam dois critérios delimitadores do conceito de economia social: a atividade desenvolvida e o fim prosseguido. De facto, o legislador associa a noção de economia social ao exercício de uma atividade económico-social, a qual terá por finalidade a prossecução de um interesse geral.

2.2. A enumeração aberta das entidades da economia social

A definição de economia social é complementada por uma enumeração aberta das entidades da economia social constante do art. 4.º, nos termos do qual «*integram a Economia Social, nomeadamente, as seguintes entidades, desde que constituídas em território nacional: a) cooperativas; b) associações mutualistas; c) misericórdias; d) fundações; e) instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas alíneas anteriores; f) associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e*

do desenvolvimento local; g) entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, integrados nos termos da CRP no setor cooperativo e social; h) outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social, previstos no art. 5.º da LBES, e que constem da base de dados da economia social».

2.3. Os princípios orientadores da economia social

Os princípios orientadores que complementam a delimitação do conceito de economia social aparecem enumerados no art. 5.º da LBES, nos termos do qual *«As entidades da economia social são autónomas e atuam no âmbito das suas atividades de acordo com os seguintes princípios orientadores: a) o primado da pessoa e dos objetivos sociais; b) a adesão e participação livre e voluntária; c) o controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros; d) a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; e) o respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e não discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade; f) a gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social; g) a afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da economia social, constitucionalmente consagrada».*

3. FORMAS DE ORGANIZAÇÃO, REPRESENTAÇÃO E RELACIONAMENTO DA ECONOMIA SOCIAL COM OS SEUS MEMBROS, COM A COMUNIDADE E COM O ESTADO

Para conhecer a economia social é preciso dispor de estatísticas fiáveis e adaptadas ao setor. Neste sentido, o art. 6.º da LBES dispõe que *«compete ao Governo elaborar, publicar e manter atualizada em sítio próprio a bases de dados permanente da economia social»* (n.º 1) e que *«deve ainda ser assegurada a criação e manutenção de uma conta satélite para a economia social, desenvolvida no âmbito do sistema estatístico nacional»* (n.º 2).

O estabelecimento de formas de organização e de representação das entidades da economia social, que possam atuar como interlocutores perante os outros setores da economia e perante os poderes públicos, foi também uma preocupação da LBES.

Acresce que as formas de articulação destas entidades permitirão incrementar, quer a competitividade das mesmas, quer o seu potencial económico. Neste sentido, o n.º 1 do art. 7.º da LBES reconhece o direito das entidades da economia social de poderem *«livremente organizar-se e constituir-se em associações, uniões, federações ou confederações que as representem e defendam os seus interesses»*. Por sua vez, o n.º 2 do art. 7.º da LBES dispõe que *«as entidades da economia social estão representadas no Conselho Económico e Social e nos demais órgãos com competências no domínio da definição de estratégias e de políticas públicas de desenvolvimento da economia social»*, evidenciando a preocupação do legislador com o estabelecimento de vias que permitam a estas entidades uma intervenção nos processos de decisão política, na sua condição de atores económicos e sociais, dotados de especial relevância na sociedade atual.

No desenvolvimento da sua atividade social — atividade que se orienta necessariamente para os seus membros, utilizadores e beneficiários —, estas entidades deverão assegurar os necessários níveis de qualidade e segurança, e atuar com transparência (art. 8.º da LBES). Esta transparência deverá ser assegurada, igualmente, pelo Estado, ao qual caberá *«desenvolver, em articulação com as organizações representativas das entidades da economia social, os mecanismos de supervisão que permitam assegurar uma relação transparente entre essas entidades e os seus membros, procurando otimizar os recursos, nomeadamente através da utilização das estruturas de supervisão já existentes»* [al. c) do art. 9.º da LBES].

4. A QUESTÃO DO «FOMENTO DA ECONOMIA SOCIAL»

Um dos objetivos primordiais da LBES consiste na promoção, estímulo e desenvolvimento da economia social e das suas organizações.

Assim, o n.º 1 do art. 10.º da LBES prevê o «fomento da economia social» por parte dos poderes públicos, fundamentando-o no facto de se considerar de *«interesse geral o estímulo, a valorização e o desenvolvimento da economia social, bem como das organizações que a representam»*. O interesse geral surge, deste modo, como a justificação para a adoção de medidas de fomento da economia social.

Nesta decorrência, os poderes públicos devem *«promover os princípios e valores da economia social»* [al. a) do n.º 2 do art. 10.º da LBES], *«fomentar a criação de mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira das entidades da Economia Social em conformidade*

com o disposto no art. 85.º da Constituição da República Portuguesa» [al. b) do n.º 2 do art. 10.º da LBES].

O fomento da economia social por parte dos poderes públicos passará, também, por: «*facilitar a criação de novas entidades da economia social e apoiar a diversidade de iniciativas próprias deste sector, potenciando-se como instrumento de respostas inovadoras aos desafios que se colocam às comunidades locais, regionais, nacionais ou de qualquer outro âmbito, removendo os obstáculos que impeçam a constituição e o desenvolvimento das atividades económicas das entidades da economia social*» [al. c) do n.º 2 do art. 10.º da LBES]; «*incentivar a investigação e a inovação na economia social, a formação profissional no âmbito das entidades da economia social, bem como apoiar o acesso destas aos processos de inovação tecnológica e de gestão organizacional*» [al. d) do n.º 2 do art. 10.º da LBES]; e «*aprofundar o diálogo entre os organismos públicos e os representantes da economia social a nível nacional e a nível da União Europeia promovendo, assim, o conhecimento mútuo e a disseminação de boas práticas*» [al. e) do n.º 2 do art. 10.º da LBES].

O fomento da economia social passará, igualmente, pela consagração, para estas entidades, «*de um estatuto fiscal mais favorável, definido por lei em função dos respetivos substrato e natureza*» [art. 11.º da LBES]. Desta norma ressaltam duas notas: em primeiro lugar, o legislador assume um compromisso de caráter fiscal ao consagrar que as entidades da economia social beneficiarão de um regime fiscal diferenciado, em sentido mais favorável (discriminação positiva), relativamente às outras entidades privadas que operam no mercado; em segundo lugar, dada a heterogeneidade das entidades que integram o setor da economia social, o regime fiscal será diferenciado entre elas, tendo em conta, segundo o meu entendimento, o grau de intensidade da prossecução de objetivos de interesse geral, pois é neste sentido que interpreto o complexo segmento da norma «*definido por lei em função dos respetivos substrato e natureza*».

5. A QUESTÃO DA SUJEIÇÃO DAS ENTIDADES DA ECONOMIA SOCIAL À DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA

Sem mencionar expressamente o termo «concorrência», o art. 12.º da LBES dispõe que as entidades da economia social estão sujeitas «*às normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesse geral no âmbito*

das suas atividades, sem prejuízo do princípio constitucional de proteção do setor cooperativo e social».

Desta norma resultará então que: (i) o facto de uma entidade integrar o setor da economia social não a exime da sujeição às normas da concorrência nacionais e comunitárias; (ii) foi intenção do legislador estabelecer que a estas entidades da economia social, do mesmo modo que aos serviços sociais de interesse geral, poderão não ser aplicadas as regras, nacionais ou comunitárias, da defesa da concorrência, quando essa aplicação impossibilitar o cumprimento da respetiva missão: a prossecução do interesse geral.

6. A RENOVAÇÃO JURÍDICA DO SETOR

Nos termos do art. 13.º, com a entrada em vigor da LBES dar-se-á início a uma reforma da legislação aplicável às entidades da economia social, reforma esta que deverá ter em conta o disposto na LBES e os princípios orientadores da economia social nela consagrados.

Esta reforma abrangerá, igualmente, a revisão do Estatuto do Mecenato e do Estatuto de Utilidade Pública.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 237-242

PROJETO GERAÇÃO COOP - DESPERTAR PARA O COOPERATIVISMO⁴

Nós, a GeraçãoCoop⁵
geracaocoop@cases.pt

A Assembleia-Geral das Nações Unidas, através da sua resolução A/RES/64/136, de 18 de dezembro de 2009, declarou o ano de 2012 como Ano Internacional das Cooperativas – AIC 2012, tendo em vista aumentar a visibilidade cooperativa e mostrar como as cooperativas beneficiam diretamente os seus membros e contribuem para o desenvolvimento socioeconómico e para os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio.

Nesse âmbito, a Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES) foi a entidade responsável pela elaboração de uma proposta de atividades, coordenação e acompanhamento do programa nacional do AIC 2012, em Portugal, integradas nos seguintes eixos de intervenção:

- aumento da visibilidade do setor cooperativo;
- promoção do crescimento do setor cooperativo;
- estabelecimento de políticas adequadas ao setor cooperativo.

Estas atividades, definidas pela Comissão Executiva do AIC 2012, em Portugal, pretenderam promover a nível institucional e nos moldes propostos os objetivos definidos pelas Nações Unidas através de:

⁴ - Mais informações em: www.geracaocoop.pt.

⁵ - A equipa do Projeto *GeraçãoCoop* é constituída pelos seguintes elementos: António Heitor, Carla Silva, Cátia Cohen, Cátia Rosas, Célia Lavado, Filipa Farelo, João Melo, Laia Sastre, Paula Correia, Tânia Gaspar, Teresa Lucas e Tiago Dias.

- a) utilização e desenvolvimento integral do potencial e contribuição das cooperativas para o alcance de objetivos de desenvolvimento social, em particular a erradicação da pobreza, a geração de emprego produtivo e pleno e a melhoria da integração social;
- b) encorajamento e facilitação da criação e desenvolvimento de cooperativas, incluindo tomada de medidas direcionadas a permitir que as pessoas que vivem na pobreza ou pertencem a grupos vulneráveis, incluindo mulheres, jovens pessoas com deficiência, pessoas idosas e povos indígenas, participem plenamente, numa base voluntária, em cooperativas e resolvam as suas necessidades de serviços sociais;
- c) tomada de medidas apropriadas direcionadas à criação de um ambiente facilitador e propício ao desenvolvimento de cooperativas, através de, inter alia, o desenvolvimento de uma parceria efetiva entre Governos e o movimento cooperativo, através de conselhos consultivos conjuntos e/ou órgãos consultivos e através da promoção e implementação de uma legislação mais eficaz e adequada, investigação, partilha de boas práticas, formação, assistência técnica e capacitação de cooperativas, especialmente nos campos de gestão, auditoria e *marketing*;
- d) sensibilização da opinião pública relativamente ao contributo das cooperativas para a geração de emprego e o desenvolvimento socioeconómico, a promoção de investigação alargada e recolha de dados estatísticos sobre as atividades, o emprego e o impacto socioeconómico global das cooperativas, a nível nacional e internacional e a promoção da formulação políticas nacionais sólidas através da harmonização de metodologias estatísticas.

A par desta intervenção, foram adotadas pela CASES ações complementares destinadas a promover a divulgação e o crescimento do setor cooperativo junto das pessoas e comunidades que o desconhecem.

Estas ações complementares visaram, em última análise, elevar o nível, consciência e interesse pelo Movimento Cooperativo e o seu impacto social, designadamente:

- Despertar os valores cooperativos nas crianças, jovens e população em geral;
- Incentivar o conhecimento e as boas práticas das organizações do setor cooperativo;

- Promover a formação e criação de novas cooperativas.

Assim nasceu o projeto GeraçãoCoop, que adotou o lema «Despertar para o cooperativismo», com o objetivo principal de dar a conhecer o modelo empresarial cooperativo aos/às jovens, promovendo e divulgando a forma cooperativa enquanto modelo ativo de construção de um mundo melhor.

Este projeto, iniciado pela CASES, procurou, desde cedo, maximizar o impacto e a projeção do seu intento e promover o trabalho cooperativo através do envolvimento de parceiros estratégicos como a Associação Portuguesa de Desenvolvimento Local (ANIMAR), a Confederação Nacional das Cooperativas Agrícolas e do Crédito Agrícola de Portugal (CONFAGRI) e a Confederação Cooperativa Portuguesa (CONFECOOP), entidades que representam, em Portugal, um número significativo de cooperativas.

Sendo a cooperação o alicerce da empresa cooperativa, o GeraçãoCoop considerou que esta premissa deveria constituir não só o seu ponto de partida, mas também a componente transversal a todas as suas atividades. O espírito de cooperação constituiu o instrumento principal para o desenvolvimento do projeto: cooperação interna entre a equipa responsável pela sua promoção e cooperação entre organizações, porque é um projeto partilhado entre diferentes entidades. Assim, para além das organizações da economia social que se associaram a esta iniciativa, o projeto contou, ainda, com a participação da *Fórum Estudante* e a adesão de um conjunto de estabelecimentos de ensino secundário e superior.

Esta base de trabalho fundamental preparou o **GeraçãoCoop** para o desafio de comunicar o cooperativismo aos/às jovens. Enfatiza-se a palavra desafio porque o projeto constatou que o setor cooperativo, para além de pouco conhecido para este público-alvo, é também frequentemente associado a um conjunto de ideias preconcebidas — denominadas pela equipa como mitos cooperativos, entre eles:

- As cooperativas não são empresas.
- Existem cooperativas com fins lucrativos.
- As cooperativas não atuam no mercado.
- As cooperativas seguem a ideologia comunista.
- Só há cooperativas no setor agrícola.
- Não há jovens nas cooperativas.

- O trabalho nas cooperativas não é remunerado.
- As cooperativas só trabalham a nível local.
- As cooperativas só produzem bens, não serviços.
- Não há cooperativas no setor bancário.
- Só há cooperativas nas zonas rurais.
- A finalidade de uma cooperativa é pagar menos impostos.
- Nas cooperativas não pode existir um/a líder.
- As cooperativas são constituídas por pessoas com baixos rendimentos.
- As cooperativas não são autossustentáveis, dependem dos apoios do Estado.
- As cooperativas não são geradoras de emprego.

Este conjunto de ideias, desfasado da realidade cooperativa, constituiu o motor de arranque para a reflexão da equipa sobre as estratégias a adotar para comunicar e divulgar um modelo empresarial que, apesar de contar com mais de 150 anos, permanece desconhecido ou pouco esclarecido para a maioria dos/das jovens portugueses/as.

Como transmitir a mensagem do cooperativismo de uma forma considerada «cool», que seduzisse a juventude a querer conhecer melhor e a encarar este setor como uma perspetiva de futuro foram algumas das interrogações que surgiram ao longo do processo criativo de definição das principais ações que o projeto pretendia levar a cabo.

A resposta para estas questões foi encontrada nas ambições e expetativas da própria equipa, também ela constituída por jovens. Colocou-se, desde logo, uma questão: de que forma este grupo gostaria de ver comunicado o cooperativismo? A conclusão imediata foi: de uma forma informal, moderna, clara e prática.

Para atingir este intuito as estratégias a implementar teriam de ser acessíveis, facilmente reconhecíveis para o público-alvo e com um alto potencial de identificação com o seu quotidiano.

Neste sentido, o projeto definiu como ações:

- a elaboração e divulgação de um Guia — Guia GeraçãoCoop —, no qual foram abordados vários temas relacionados com a cooperação e

o cooperativismo e apresentados exemplos de cooperativas de sucesso constituídas (também) por jovens;

- a produção e disseminação de folhetos e brochuras contendo os princípios e valores cooperativos e com uma componente muito prática sobre a constituição de cooperativas, explicando passo a passo as ações necessárias;
- a realização de um concurso de fotografia intitulado «Consegues capturar os valores cooperativos através da lente de uma máquina fotográfica?», que culminou na exposição das fotografias participantes;
- a realização de *workshops* que tiveram como objetivo sensibilizar e informar os/as jovens sobre os benefícios da cooperação e do cooperativismo e divulgar o papel das cooperativas enquanto organizações de pessoas, promotoras de valores e princípios fundamentais; estes *workshops*, que contaram com a participação de cerca de 900 estudantes universitários e do ensino secundário, integravam uma componente teórica dedicada ao enquadramento da temática do cooperativismo (Cooperativas: agarra esta oportunidade) e uma componente prática (Cooperativas Jovens: experiências em discurso direto), dedicada à divulgação e apresentação de exemplos cooperativos dinâmicos, promovidos por jovens e/ou para jovens; assim, foram abordados, de forma simples e recorrendo a exemplos concretos, as características e os benefícios do modelo cooperativo:
 - > de que forma as cooperativas desempenham um papel essencial na criação de autoemprego e são um fator disseminador e potenciador da participação, da cidadania e do empreendedorismo;
 - > como é que este modelo empresarial, com mais de 150 anos, continua jovem ao ser capaz de responder aos desafios atuais, colocando as pessoas no centro da ação e não os lucros;
 - > de que forma, através da união de esforços, da visão empreendedora partilhada, da resposta conjunta a uma necessidade comum, se consegue fazer da nossa comunidade, do nosso país e do nosso mundo um lugar melhor.

A resposta dos/as jovens participantes foi positiva atendendo às opiniões expressas nos questionários de satisfação, tendo a sua maioria demonstrado interesse em aprofundar os conhecimentos sobre as cooperativas e em considerar o modelo cooperativo como uma opção de futuro. Houve ainda alguns

contactos por parte dos participantes dos *workshops* no sentido da formalização de cooperativas.

Tendo em conta estes resultados motivadores para a equipa, decidiu-se dar continuidade ao projeto, alargando-o a outros públicos. Assim, durante o ano de 2013 foram realizadas ações de sensibilização junto de câmaras municipais e várias participações no âmbito de iniciativas de promoção do empreendedorismo.

Embora o futuro pareça cada vez mais incerto e instável, o projeto **GeraçãoCoop** considera que é nos obstáculos e nas adversidades que surgem grandes ideias e oportunidades, impulsionando os/as cidadãos/ãs a descobrir novas formas de fazer as coisas, de intervir e de reinventar. Esta forma de encarar o futuro exige, assim, maior criatividade e capacidade de reagir e de agir. Exige que sejamos mais solidários, mais participativos, mais cooperativos.

Nós, a **GeraçãoCoop**, acreditamos que o futuro está precisamente no fortalecimento de uma economia baseada na cultura da cooperação e da solidariedade. Através da união de esforços, da visão empreendedora partilhada e da resposta conjunta a necessidades comuns é possível participar na mudança para um mundo melhor.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 243-246

COOPJOVEM – UMA RESPOSTA PARA O EMPREGO JOVEM EM PORTUGAL⁶

COOPJOVEM⁷

coopjovem@cases.pt

Os últimos números sobre as cooperativas e o emprego dizem-nos que este setor gera 100 milhões de empregos em todo o mundo, o que demonstra claramente que as cooperativas são uma importante fonte de criação de emprego.

De acordo com o Relatório V da Organização Internacional do Trabalho (OIT) — A Crise do emprego jovem: Tempo de Agir (2012)⁸ — «nos países da OCDE, há indicações semelhantes de que a formação de cooperativas de jovens profissionais nas profissões liberais (arquitetos/as, designers, serviços de TI, contabilistas, etc.) está a aumentar e que estas são, por vezes, assumidas sob a forma de cooperativas de empresários/as onde pequenas e médias empresas se juntam para formar uma cooperativa para partilhar serviços».

Este relatório também refere que alguns estudos têm apontado para o facto de que as cooperativas são mais resilientes e sustentáveis do que outros tipos de empresa e que «o potencial das cooperativas para criar e manter postos de trabalho reflete-se cada vez mais em programas que introduzem as cooperativas nos currículos nacionais, em consonância com a Recomendação (n.º 193)

⁶ - Mais informações em: www.cases.pt.

⁷ - A equipa do Projeto **COOPJOVEM** é constituída pelos seguintes elementos: António Heitor, Carla Silva, Cátia Cohen, Cátia Rosas, Célia Lavado, Filipa Farelo, João Melo, Laia Sastre, Paula Correia, Tânia Gaspar, Teresa Lucas e Tiago Dias.

⁸ - http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio_emplojovem_2012.pdf.

sobre Promoção das Cooperativas, 2002, e as diretrizes da ONU que visam criar um ambiente favorável para o desenvolvimento de cooperativas.»

O CIRIEC Portugal (Centro de Estudos de Economia Pública e Social) realizou, sob proposta da CASES, em 2012, um inquérito às cooperativas sobre o emprego jovem em Portugal.

Estes são alguns dos resultados:

- os/as jovens (menos de 35 anos) representam quase um terço (31%) dos/as trabalhadores/as das cooperativas;
- a quase totalidade dos/as trabalhadores/as (93%) trabalha a tempo inteiro;
- quatro em cada cinco trabalhadores/as das cooperativas está contratado/a «sem termo»;
- as mulheres são maioritárias (58%) no conjunto dos/as trabalhadores/as das cooperativas;
- a diferença entre as percentagens de cooperativas que geraram emprego e que despediram dá um saldo positivo de 13% a favor da criação de postos de trabalho.

Estes dados indicam que as cooperativas são uma solução de autoemprego para os jovens, que podem, através de uma cooperativa, transformar as suas ideias num negócio empreendedor.

O **COOPJOVEM** é um programa de apoio ao empreendedorismo cooperativo e de incentivo ao desenvolvimento de uma cultura solidária e de cooperação, destinado à criação do próprio emprego pelos/as jovens, que decorre no ano de 2013, estando já elaborada uma proposta, a integrar o Quadro Estratégico Europeu 2014-2020, designado por COOPJOVEM +, que prevê o alargamento dos apoios à constituição de cooperativas por parte de cerca de 6 000 jovens.

O **COOPJOVEM** está disponível para todos/as os/as jovens residentes nas regiões de convergência (Norte, Centro e Alentejo), com idade compreendida entre os 18 e os 30 anos, que possuam, pelo menos, o 9.º ano de escolaridade e que pretendam constituir uma nova cooperativa que integre de 5 a 9 cooperadores/as.

No caso das cooperativas agrícolas, a idade dos/as jovens alarga-se até aos 40 anos.

A Bolsa **COOPJOVEM** constitui um dos apoios do programa, a par do apoio técnico, que tem como objetivo promover o alargamento das competências dos candidatos e a sua capacitação na estruturação e desenvolvimento do projeto cooperativo. Numa fase posterior é ainda disponibilizada uma linha de crédito ao investimento, bonificada e garantida, no âmbito da tipologia MICROINVESTE.

Este programa tem vindo a demonstrar uma grande adesão por parte dos jovens. De facto, das 463 candidaturas efetuadas, num curto espaço de tempo, foram já aprovadas bolsas para 260 jovens, envolvidos em 70 projetos cooperativos. Estes resultados evidenciam que o programa atingiu uma execução de 87,5% no número de projetos cooperativos candidatos e aprovados e uma execução de 36% de jovens.

Dos 260 bolseiros e bolseiras aprovados/as, 156 são jovens residentes na região do Norte, 88 na região do Centro e 16 na região do Alentejo. Dos projetos cooperativos 39 são do Norte, 24 do Centro e 7 do Alentejo, e têm como áreas de intervenção: Agricultura (37,5%); Outros Serviços (11,25%); Agro-alimentar e Turismo (8,75%); Ação Social, Saúde, Indústrias Criativas e Serviços Culturais (7,5%) e Ambiente (5%).

A atribuição das BOLSAS **COOPJOVEM** ascende a um montante total de 450 000 euros para a primeira e segunda fases, que corresponde aos 2 e 4 meses de bolsa.

O **COOPJOVEM** regista já um total de 463 candidaturas à Bolsa COOPJOVEM, que correspondem a 116 projetos cooperativos.

Ficam aqui alguns dados relativos à execução do **COOPJOVEM**:

Gráfico 1 - N.º Projetos Aprovados por Fases de Apoio

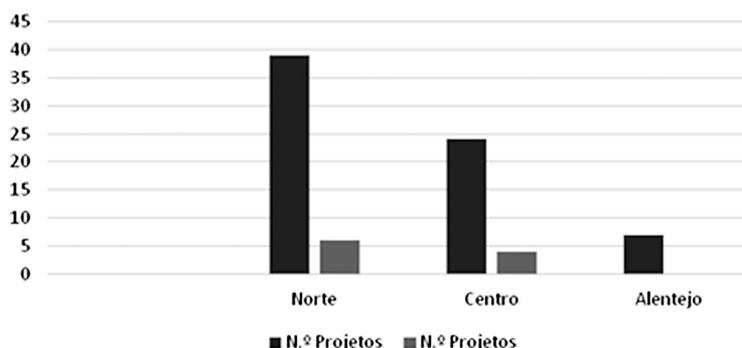


Gráfico 2 - N.º de Bolseiros por Região e Sexo

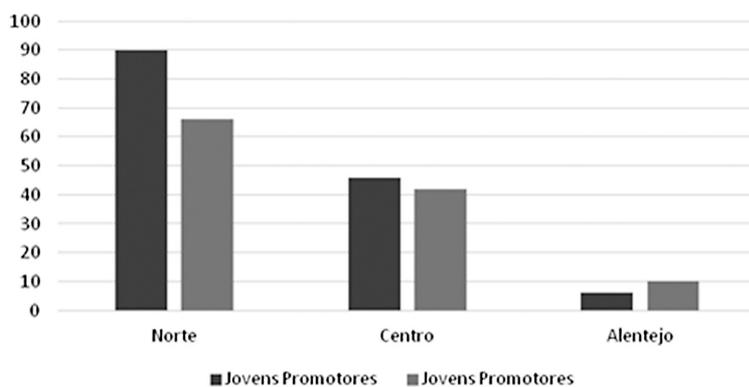
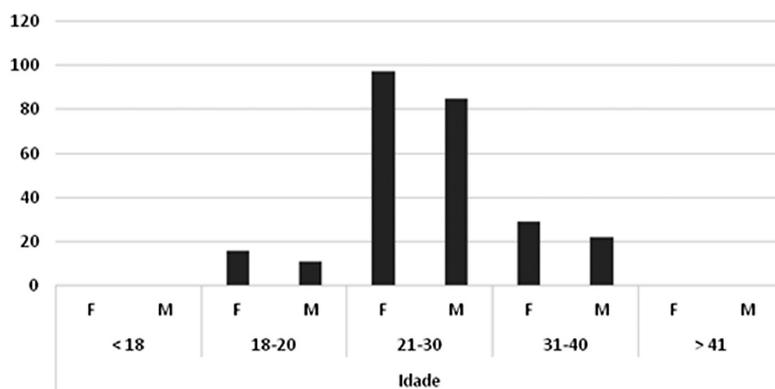


Gráfico 3 - N.º de Bolseiros por Idade e Sexo



Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 247-264

OS CORPOS DE BOMBEIROS VOLUNTÁRIOS, AS ASSOCIAÇÕES HUMANITÁRIAS DE BOMBEIROS E A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2012

Maria João DIAS

Advogada

mariajoao.dias@uria.com

João ANACORETA CORREIA

Advogado

joao.anacoreta@uria.com

1. O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 26 DE JANEIRO DE 2012 («ACÓRDÃO»)

1.1. A ilegalidade do ato de destituição do comandante dos bombeiros face ao Regulamento Geral dos Corpos de Bombeiros («RGCB»)

O Acórdão versa sobre a legalidade — ou, mais propriamente, sobre a ilegalidade — do ato praticado pela direção de uma associação humanitária de bombeiros que fez cessar as funções do comandante do corpo de bombeiros voluntários detido pela associação.

A nulidade da deliberação tendente ao afastamento do comandante fora já declarada pela Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga e confirmada pelo Tribunal Central e Administrativo Norte. O Acórdão percorre o raciocínio já trilhado pelas instâncias anteriores, confirmando integralmente a decisão recorrida.

A ilegalidade do ato, conforme apresentada no Acórdão, resulta da manifesta violação, pelo deliberação da direção, do RGCB. À data dos factos, o RGCB encontrava-se vertido no Decreto-Lei n.º 296/2000, de 17 de novembro, conforme alterado pelo Decreto-Lei 209/2001, de 28 de julho.

Nos termos das disposições relevantes do RGCB — das quais se destacam os seus artigos 19.º e 36.º —, a cessação de funções do comandante dos bombeiros dava-se unicamente pelo decurso do tempo ou mediante a aplicação da sanção disciplinar de demissão.

Com efeito, nos termos do artigo 19.º do RGCB, o quadro de comando dos bombeiros era nomeado por um período de cinco anos, renováveis. O comandante poderia permanecer em funções até ao limite máximo dos 65 anos, sendo esse limite prorrogável por cinco anos. Tanto a nomeação, quanto a renovação de funções estavam sujeitas a homologação pelo inspetor distrital dos bombeiros, nos termos da alínea c) do n.º 1 e do n.º 7 do artigo 19.º do RGCB.

A pena de demissão, por sua banda, encontrava-se prevista na alínea d) do artigo 34.º do RGCB, e apenas poderia ser aplicada mediante processo disciplinar, nos termos do n.º 3 do referido artigo 34.º do RGCB. Por outro lado, o n.º 3 do artigo 36.º do RGCB claramente dispunha que a aplicação de quaisquer penas disciplinares ao comandante do corpo de bombeiros cabia ao inspetor distrital de bombeiros.

Afigura-se pertinente retirar já duas ilações do regime exposto, sem prejuízo do carácter introdutório destas linhas. A primeira, é a de que o RGCB previa causas limitadas de cessação da relação estabelecida entre a associação detentora do corpo de bombeiros e o comandante desse mesmo corpo. Pese embora a associação detentora do corpo de bombeiros fosse competente para a nomeação do comandante — nomeação, reitera-se, sujeita a posterior homologação pelo inspetor distrital dos bombeiros —, não dispunha de corresponsivas competências para a sua destituição. Em suma, a associação tinha poderes para nomear o comandante para um mandato de cinco anos e para renovar o seu exercício de funções por iguais períodos, mas não tinha poderes para fazer o comandante cessar funções depois de nomeado.

A segunda ilação relevante é a de que o inspetor distrital dos bombeiros desempenhava um papel importante tanto na designação como na demissão do comandante. Conforme se tem frisado, a nomeação e a renovação de funções do comandante dependiam de homologação pelo inspetor distrital. Em acréscimo, era ao inspetor distrital que cabia a competência disciplinar sobre

o comandante e, no fundo, o poder para o fazer cessar funções por motivo diferente do decurso do tempo, através da demissão.

Ora, no caso em apreço, a associação pretendeu exercer uma espécie de direito à livre destituição do comandante dos bombeiros, fundada em «*falta de confiança “política” e inexistência de condições de relacionamento entre a Direcção e o referido Comandante, não enquadráveis num procedimento disciplinar*»⁹. Em consequência, e mediante deliberação da direcção de 17 de maio de 2007, a associação decidiu fazer o comandante cessar funções.

Só que, e como se vem de dizer, o RGCB não previa a cessação de funções do comandante por destituição, nem atribuía à associação (nem, logo, à sua direcção) quaisquer poderes para afastar o comandante do exercício do cargo.

Numa outra perspetiva, o RGCB apenas previa a demissão fundada em processo disciplinar, não abrindo a possibilidade de afastamento do comandante por motivos que não merecessem especial censura. Desta forma, a própria conceção de livre destituição não encontrava acolhimento no RGCB.

Face ao exposto, parece assaz claro que o ato da direcção em apreço, tendente à destituição do comandante do corpo de bombeiros, desconsiderou e violou as normas do RGCB que sumariamente se descreveram.

1.2. A alegada inconstitucionalidade do RGCB

A associação, contudo, procurou sustentar a legalidade do ato praticado, alegando a inconstitucionalidade do RGCB, por violação de dimensões pertinentes da liberdade de associação.

Com efeito, de acordo com a argumentação da associação, o quadro vertido no RGCB retirava poderes à associação, violando o número 2 do artigo 46.º da Constituição da República Portuguesa («CRP»), no qual estão plasmadas as liberdades de autorregulação e atuação das associações.

Esta linha de defesa da associação assentava em dois pilares: por um lado, a associação defendia a existência de uma lacuna no RGCB, sustentando que devia estar «*prevista e regulada a possibilidade da cessação do mandato do Comandante de um corpo de bombeiros (fora da previsão do procedimento disciplinar) como está regulamentada a cessação de uma comis-*

⁹ - Conclusão n.º 4 do recurso da associação, transcrita no Acórdão.

*são de serviço»*¹⁰. Lacuna essa que, no entender da associação, deveria ser preenchida com recurso à Lei n.º 51/2005, de 30 de agosto, que ainda hoje estabelece regras para as nomeações dos altos cargos dirigentes da Administração Pública. Por outro lado, a associação defendia que o n.º 3 do artigo 36.º do RGCB, ao subtrair o poder disciplinar da associação a favor do inspetor distrital dos bombeiros, comportava um grau de ingerência das autoridades públicas na vida da associação incompatível com a CRP¹¹.

Como já se antecipou, a argumentação da associação não procedeu, e o acórdão recorrido foi mantido.

Vamos, no entanto, deter-nos sobre as questões levantadas pela associação, procurando explanar e refletir sobre a regulamentação hoje aplicável tanto aos corpos de bombeiros como às associações humanitárias de bombeiros, à luz dos quadros da liberdade de associação patentes no nosso ordenamento jurídico.

2. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

2.1. A liberdade de associação na CRP

A liberdade de associação encontra-se consagrada no artigo 46.º da CRP, precisamente sob a epígrafe «*liberdade de associação*»¹². Insere-se assim no «*Título II - Direitos, liberdades e garantias*» da «*Parte I - Direitos e deveres fundamentais*» da CRP.

Assim, e em primeira linha, a liberdade de associação apresenta-se como um direito, liberdade e garantia. Como decorrência dessa qualificação, ao

¹⁰ - Conclusão n.º 14 do recurso da associação, transcrita no Acórdão.

¹¹ - Cfr. conclusões n.º 12 e n.º 13 do recurso da associação, transcritas no Acórdão.

¹² - Transcreve-se integralmente, para facilidade de referência, o referido artigo 46.º da CRP: «*1. Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal. § 2. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial. § 3. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela. § 4. Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.*».

direito de associação será aplicável o regime material específico previsto no artigo 18.º da CRP.

Feita esta subsunção, cumpre atentar no conteúdo específico da liberdade de associação. Conteúdo esse que se afigura multidimensional. Aliás, e nas palavras de Jorge Miranda, “o direito de associação apresenta-se como um direito complexo, com múltiplas dimensões — individual e institucional, positiva e negativa, interna e externa [...]»¹³.

Concretizando: em primeira linha, a liberdade de associação surge como um «direito individual, mas de exercício necessariamente colectivo»¹⁴. Está aqui contida a manifestação mais imediata ou intuitiva da liberdade de associação: o direito a associar-se com outrem, a constituir uma associação, nos termos exarados no n.º 1 do artigo 46.º da CRP. Em segunda linha, a liberdade de associação surge como um «direito individual e de exercício individual, positivo e negativo»¹⁵. Estão aqui contempladas, entre outras, as vertentes da liberdade de associação que asseguram o direito de aderir a associações já existentes sob determinadas condições, o direito de abandonar uma associação a que se pertença e o direito a não chegar sequer a pertencer a uma associação¹⁶. Por fim, a liberdade de associação surge como «um direito institucional, um direito de liberdade das associações constituídas»¹⁷.

Esta última dimensão da liberdade de associação encontra-se vertida no n.º 2 do artigo 46.º da CRP e é a que mais nos interessa para a compreensão das questões divisadas no Acórdão.

Vamos assim dedicar umas linhas mais a esta vertente da liberdade de associação, procurando perceber o fundamento das alegações de inconstitucionalidade vertidas no Acórdão.

¹³ - MIRANDA, JORGE, «Liberdade de associação e alterações aos estatutos sindicais», em Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XVII, n.º 2, abril-junho 1986, pp. 161-189, p. 168.

¹⁴ - MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 956.

¹⁵ - MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 956.

¹⁶ - Também neste sentido, MACEDO, MANUEL VILAR, *As Associações no Direito Civil*, Coimbra Editora, 2007, p. 23.

¹⁷ - MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 957.

Nesse propósito, cumpre desde já operar a distinção entre duas faces da liberdade institucional: a vertente interna e a vertente externa¹⁸. Veremos de seguida em que consistem e em que relevam no caso em apreço.

2.2. Dimensão institucional interna

A liberdade de associação, na sua vertente institucional, compreende o direito de a associação se autorregular e de se autogovernar.

Tal significa, por um lado, que os termos e condições aplicáveis à constituição e vida da associação são escolhidos pelos associados. Com efeito, aos associados assiste a liberdade de regular os estatutos da associação, ressalvados os imperativos legais.

Nesse sentido, Paulo Videira Henriques afirma que «[n]o plano da actuação colectiva ressalta, sobretudo, a chamada liberdade de organização e regulamentação interna, contemplada no artigo 46.º n.º 2, da CRP; [...]»¹⁹, e que «[e]m nossa opinião, a liberdade de organização e regulamentação interna deve ser concretizada, desde logo, numa ampla liberdade de modelação do conteúdo dos estatutos»²⁰.

Por outro lado, a liberdade institucional interna significa que a associação se governa a si mesma.

Note-se que a competência para designar os órgãos da associação cabe aos associados, sem interferência de poderes públicos. Conforme observado por Jorge Miranda, a associação goza de «[l]iberdade de constituição dos seus órgãos, sendo os seus titulares eleitos pelos associados sem dependência também de aprovação ou homologação [...]»²¹.

¹⁸ - De acordo com MIRANDA, JORGE, *ob. cit.*, pp. 168 e 169, coexistem nas associações, «internamente, o direito de auto-organização, de livre formação dos seus órgãos e da respectiva vontade e de acção em relação aos seus membros» e «externamente, o direito de livre prossecução dos seus fins, incluindo o de filiação ou participação em uniões, federações ou outras organizações de âmbito mais vasto».

¹⁹ - HENRIQUES, PAULO VIDEIRA, *O regime geral das associações, em Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume 2, Coimbra Editora, 2006, pp. 271 a 304, p. 295.

²⁰ - HENRIQUES, PAULO VIDEIRA, *ob. cit.*, p. 297.

²¹ - MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 957.

Em acréscimo, esses órgãos gozam de autonomia. De acordo com Victor Mendes, «[...] *na gestão e administração interna da associação os dirigentes associativos gozam de autonomia, obviamente sobre a protecção das deliberações dos respectivos associados e no estrito cumprimento das normas legais*»²².

Em suma, a dimensão institucional interna da liberdade de associação transparece especialmente no poder de os associados aprovarem os estatutos da associação e elegerem os seus dirigentes, bem como na atribuição de poderes aos órgãos da associação para, autonomamente, exercerem as competências que lhe são atribuídas na administração da associação.

Como decorrência desta liberdade interna das associações e do primado da vontade dos associados, impõe-se o respeito por princípios democráticos nas associações. Tais princípios democráticos podem ser observados no processo de alteração dos estatutos da associação ou na eleição de novos titulares para os órgãos sociais. Conforme observado por Jorge Miranda: «[a] *liberdade ou autonomia interna das associações comporta ainda a observância de princípios democráticos dentro da associação. Um dos corolários deste princípio será assim a eleição periódica dos dirigentes e a admissibilidade de destituição*»²³.

2.3. Dimensão institucional externa

A liberdade institucional externa corresponde à liberdade da associação prosseguir os seus fins e realizar o objeto a que se dedica, sem ingerência externa. Identifica-se assim com uma liberdade de atuação da associação²⁴.

Como já observado, esta liberdade manifesta-se concretamente na possibilidade da própria associação integrar organizações mais latas²⁵, mas também no direito de a associação se organizar e prosseguir livremente a sua atividade»²⁶.

²² - MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 957.

²³ - MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 958.

²⁴ - A expressão é utilizada, nomeadamente, por BELEZA, LEONOR / SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA, «Direito de associação e associações», em *Estudos sobre a Constituição*, III, Lisboa, 1979, pp. 121 a 193, p. 179.

²⁵ - Cfr. nota de rodapé 10.

²⁶ - De acordo com MENDES, VICTOR, *ob. cit.*, p. 46: «esta perspectiva do direito

Em suma, a liberdade institucional externa consiste, para as associações, na «[...] *prossecução dos seus fins, sem interferência das autoridades administrativas e ainda sem dependência de autorização ou de aprovação relativamente aos actos dos seus órgãos*»²⁷.

2.4. Síntese sobre a dimensão institucional. Relevo da liberdade de associação no Acórdão

A liberdade de associação, na sua dimensão institucional, compreende uma vertente interna e uma vertente externa.

Internamente, a liberdade de associação manifesta-se no poder de os associados criarem as regras aplicáveis à associação e escolherem os dirigentes para a associação, sem intervenção de poderes públicos. Externamente, a liberdade institucional manifesta-se na faculdade de a associação atuar e exercer a sua atividade, também sem ingerência das autoridades públicas.

Assim, e no que interessa para as questões visadas pelo Acórdão: a homologação da designação de órgãos da associação não se compagina, em princípio, com o conteúdo do direito de associação; a possibilidade de destituição dos titulares dos órgãos é uma exigência de princípios democráticos; e a associação goza de liberdade na prossecução da sua atividade.

Por estes motivos, a argumentação da associação vertida no Acórdão assenta em suposta inconstitucionalidade do regime aplicável ao comandante de bombeiros no RGBC. Recordamos que o RGBC exigia a homologação da nomeação do comandante pelo inspetor distrital, não admitia a sua destituição pela associação e atribuía o poder disciplinar sobre o comandante ao inspetor distrital.

Vamos agora analisar o regime aplicável aos corpos de bombeiros voluntários e às associações humanitárias de bombeiros, com o filtro da liberdade de associação, tendo por intuito perceber onde reside o equívoco das alegações de inconstitucionalidade esgrimidas pela associação no Acórdão.

de associação corresponde à liberdade de actuação da própria associação e o direito a organizar-se e prosseguir livremente a actividade».

²⁷ - MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 959.

3. O REGIME APLICÁVEL AOS CORPOS DE BOMBEIROS VOLUNTÁRIOS E ÀS ASSOCIAÇÕES HUMANITÁRIAS DE BOMBEIROS

3.1. Os corpos de bombeiros: do RGCB ao Decreto-Lei n.º 247/2007, de 27 de junho, que define o regime jurídico aplicável à constituição, organização, funcionamento e extinção dos corpos de bombeiros, no território continental («DL 247/2007»)

3.1.1. RGCB e DL 247/2007

O RGCB encontrava-se em vigor à data dos factos vertidos no Acórdão e, como tal, é sobre esse regime que o Acórdão versa. No entanto, na data em que o Acórdão foi lavrado — janeiro de 2012 —, o quadro legal vigente para os corpos de bombeiros voluntários era já outro.

Com efeito, o RGCB foi revogado pelo DL 247/2007, diploma que, atualmente, deve ser considerado na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 248/2012, de 21 de novembro e pela Declaração de Retificação n.º 4/2013, de 18 de janeiro.

Apesar de o DL 247/2007 operar uma reforma operacional profunda²⁸, aproxima-se muito do RGCB em termos conceptuais. Assim — e porque interessa ter os olhos no presente, mesmo quando a pretexto de factos passados —, vamos procurar comparar o RGCB com o regime agora em vigor, para procurar entender em que termos se colocam também hoje as questões controversas visadas pelo Acórdão.

3.1.2. Corpo de bombeiros vs. associação humanitária de bombeiros

Do artigo 2.º do DL 247/2007 constam duas definições úteis para a compreensão do caso sob apreço. A primeira, vertida na alínea c) do referido artigo, reporta-se ao conceito de corpo de bombeiros, definido como «*a unidade operacional, oficialmente homologada e tecnicamente organizada, preparada e equipada para o cabal exercício das missões [...]*». A segunda das definições relevantes incide sobre o conceito de entidade detentora de corpo de bombeiros

²⁸ - Veja-se a afirmação, no preâmbulo do DL 247/2007, de que «*pretende concretizar-se uma profunda mudança ao nível da estruturação dos corpos de bombeiros e da sua articulação operacional*».

ros e consta da alínea d) do mesmo artigo 2.º: «*entidade pública ou privada que cria, detém e mantém em actividade um corpo de bombeiros [...]*»²⁹.

Torna-se assim claro que corpo de bombeiros e entidade detentora de corpo de bombeiros são duas realidades distintas. Existem — como existiam já na vigência do RGCB — dois planos diferentes: a organização de meios que prossegue as missões de socorro ou de outra natureza atribuídas aos bombeiros; e a entidade que detém e de alguma forma explora essa organização.

Os corpos de bombeiros podem ser classificados, nos termos do n.º 1 do artigo 7.º do DL 247/2007, como profissionais, mistos, voluntários ou privativos. Por outro lado, nos termos do artigo 4.º do DL 247/2007, as entidades detentoras dos corpos de bombeiros podem ser municípios, associações humanitárias de bombeiros ou outras pessoas coletivas privadas que pretendam criar corpos privativos de bombeiros.

Os dois planos intersectam-se: nos termos do n.º 4 do artigo 7.º do DL 247/2007, os bombeiros voluntários — tipo de corpo de bombeiro em causa no Acórdão — são forçosamente detidos por uma associação humanitária de bombeiros — tipo de entidade detentora de corpos de bombeiro em causa no Acórdão³⁰.

Existe assim uma correlação entre corpo de bombeiros voluntários e organização humanitária de bombeiros. Todavia, e apesar dessa correlação, não existe uma identificação entre as duas estruturas.

Ora o DL 247/2007 visa apenas regular, na sua essência, os corpos de bombeiros. Ao mesmo propósito se dedicava já o RGCB. O regime aplicável às entidades que detêm os corpos de bombeiros, ressalvados aspetos pontuais, terá lugar noutras sedes.

Neste contexto, o tema da designação do comandante do corpo de bombeiros, em discussão no Acórdão, surge inserido nas matérias relativas à organização do corpo de bombeiros, como tal. Não se prende assim, e salvo melhor

²⁹ - A distinção entre corpo de bombeiros e entidade detentora de bombeiros perpassava já claramente o RGCB: veja-se a definição de corpo de bombeiros constante do n.º 1 do artigo 2.º do RGCB, a par da classificação dos corpos de bombeiros constante do artigo 8.º do mesmo diploma, em contraponto com o elenco de entidades com competência para a criação de corpos de bombeiros, vertido no n.º 3 do artigo 5.º do RGCB.

³⁰ - A mesma formulação constava já do n.º 4 do artigo 8.º do RGCB.

opinião, com questões de organização interna da entidade detentora do corpo de bombeiros.

Com efeito, e antecipando as nossas conclusões, parece-nos que o comandante do corpo de bombeiros não é um órgão da associação mas sim um membro do quadro de comando do corpo de bombeiros detido pela associação. Assim, os interesses que gravitam em torno da sua designação e cessação de funções não se confundem com aqueles que presidem ao regime estabelecido para os titulares dos órgãos das associações.

Mais: o simples facto de, no Acórdão, a decisão de afastamento ter emanado da direção e não dos associados, atesta que não houve qualquer pretensão de exercício da liberdade interna da associação, protegida por princípios democráticos.

3.1.3. O regime de designação e cessação de funções do comandante

O RGCB previa um envolvimento da associação na designação do comandante, atribuindo-lhe os poderes para a designação, ainda que sujeita a posterior homologação. O mesmo equilíbrio de interesses perpassou para a alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º do DL 247/2007, que prevê a homologação dos quadros de pessoal do corpo de bombeiros voluntários pela Autoridade Nacional de Proteção Civil («ANPC»).

Simetricamente, nem o RGCB previa, nem o DL 247/2007 prevê, a cessação de funções do comandante por iniciativa da associação. Por fim — e como se verá melhor *infra*, no ponto 3.2 — os quadros disciplinares hoje em vigor, à semelhança dos constantes do RGCB, mantêm a competência disciplinar sobre o comandante fora da alçada da associação detentora do corpo de bombeiros.

O envolvimento da entidade detentora do corpo de bombeiros na designação do comandante facilmente se compreende e deseja. Contudo, não nos parece necessária a conclusão da associação, no sentido de que ao poder de designação deva corresponder também a faculdade de «*dispensar, demitir, exonerar ou prescindir*»³¹ do comandante.

Com efeito, e como temos insistido, o comandante não é um órgão da associação. O cargo de comandante de bombeiros é um cargo operacional, marcado por interesses públicos, que não se prendem com a representativi-

³¹ - Conclusão n.º 16 do recurso da associação, transcrita no Acórdão.

dade dos associados e a direção da associação. Bem pelo contrário, as funções atribuídas ao comandante devem ser exercidas em independência e sem a ingerência de interesses da associação, que possam não ser compagináveis com as atribuições de interesse público cometidas ao corpo de bombeiros.

Recupera-se, a este propósito, a fundamentação do Acórdão, onde se dispõe que: «[...] *óbvias razões de interesse público, ligadas à operacionalidade dos corpos de bombeiros, explicam que a escolha dos seus comandantes fundamentalmente dependa de um juízo da Administração; e, sobretudo, que tais comandantes actuem com independência em relação aos órgãos dirigentes das associações respectivas*».

3.1.4. Outros aspetos relevantes

A questão abordada no Acórdão prende-se com a designação do comandante, e a ela nos dedicámos. Mas em vários outros pontos do regime aplicável aos corpos de bombeiros voluntários pode ser observado o relevo de interesses públicos.

Atentando ao regime ora em vigor, note-se que o DL 247/2007 atribui à ANCP, entre outros, os poderes para autorizar a criação de corpos de bombeiros (n.º 4 do artigo 4.º), suspender a sua atividade (n.º 9 do artigo 4.º), promover a sua extinção (n.ºs 3 e 5 do artigo 4.º) e aprovar os seus regulamentos internos [alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º].

Realce-se, uma vez mais, que tais poderes incidem sobre o corpo de bombeiros, e não sobre a associação que os detém. Naturalmente, a ANPC não dispõe de poderes para suspender a atividade da associação humanitária de bombeiros ou extinguir tal associação, o que consubstanciaria uma violação flagrante do n.º 2 do artigo 46.º da CRP. A ANPC dispõe de poderes, sim, sobre a constituição, atividade e extinção dos corpos de bombeiros.

Não obstante, tais poderes poderão, em algum grau, colidir com a vertente externa da liberdade de associação, considerada na sua dimensão institucional. Com efeito, admitindo-se alguma coincidência, em maior ou menor grau, entre a atividade do corpo de bombeiros e a atividade da associação, admite-se que, em última instância, a ANPC, detenha poderes para cercear a atividade prosseguida pela associação.

Parece-nos, contudo, que o tema exige uma reflexão mais ampla. Qualquer tipo de entidade, que detenha qualquer tipo de empresa, vê-se forçada a conviver com as regras legais específicas da atividade a que se dedica.

A esse propósito cumpre convocar o regime material específico dos direitos liberdades e garantias, vertido no artigo 18.º da CRP, e que sob requisitos exigentes admite a restrição da liberdade de associação.

Em abstrato, parece-nos possível afirmar que os regimes aplicáveis aos corpos de bombeiros só restringem a liberdade de associação, na sua dimensão externa, na exata medida em que regulamentam a atividade levada a cabo pelos bombeiros. As associações humanitárias de bombeiros podem prosseguir a atividade a que se propõem, exatamente nos termos em que esta é admitida no ordenamento jurídico.

Em concreto, cumprirá no entanto pesar, para cada poder atribuído à ANPC, se essa faculdade em alguma medida fere as dimensões relevantes da liberdade de associação, e se o faz ou não ao abrigo de uma restrição constitucionalmente admitida.

3.2. O poder disciplinar: novamente, do RGCB ao Regulamento Disciplinar dos Bombeiros Voluntários («RDBV»)

Frisámos *supra* — ponto 1.1 — que a defesa da associação assentava em dois pilares. Por um lado, a associação avocava-se um direito a destituir o comandante. Por outro lado, a associação qualificava o n.º 3 do artigo 36.º do RGCB como uma «*norma insólita*»³², em virtude de atribuir competências para o procedimento disciplinar ao inspetor distrital dos bombeiros, subtraindo o poder disciplinar à esfera da associação.

A esta luz, os quadros disciplinares aplicáveis ao comandante do corpo de bombeiros voluntários merecem uma breve referência.

À data dos factos, e como já se frisou, o n.º 3 do artigo 36.º do RGCB atribuía a competência disciplinar sobre o comandante dos bombeiros ao inspetor distrital dos bombeiros.

O RGCB, contudo, e como já se disse, foi revogado pelo DL 247/2007. Esse diploma, no entanto, não regula as questões disciplinares. Tais questões, entretanto, haviam já sido confiadas ao Estatuto Social do Bombeiro, constante do Decreto-Lei n.º 241/2007, de 21 de junho, e que hoje se encontra alterado pela Lei n.º 48/2009, de 4 de agosto e pelo Decreto-Lei n.º 249/2012, de 21 de novembro, bem como pelas Declarações de Retificação n.ºs 3/2013 e 4-A/2013, de 18 de janeiro («EBS»).

³² - Conclusão n.º 12 do recurso da associação, transcrita no Acórdão.

No n.º 1 do artigo 37.º, o EBS remete a criação de um regulamento disciplinar próprio dos bombeiros voluntários para portaria do Ministro da Administração Interna. O regime ganhou forma no RDBV, constante da Portaria n.º 703/2008, de 30 de julho. No n.º 4 do artigo 13.º dessa portaria, pode ler-se que «*a aplicação de qualquer pena disciplinar ao comandante do corpo de bombeiros é da competência do comandante operacional distrital*».

Em síntese, atualmente a competência disciplinar sobre o comandante dos bombeiros permanece ainda subtraída à associação humanitária que detém o corpo de bombeiros voluntários. Note-se que a solução é idêntica à prevista para outros tipos de corpos de bombeiros, detidos por outras entidades, nos termos do n.º 3 do artigo 40.º do EBS.

Reiterando o raciocínio exarado acima — ponto 3.1 —, as regras aplicáveis aos corpos de bombeiros e, em específico, ao seu quadro de comandos, podem mediatamente refletir-se na atividade da associação, restringindo a sua liberdade de atuação. A restrição poderá no entanto ser conforme à CRP, se preenchidos os requisitos do artigo 18.º CRP.

3.3. As associações humanitárias de bombeiros: o Regime Jurídico das Associações Humanitárias de Bombeiros («RJAHB»)

Acima — ponto 3.1 — esforçámo-nos por distinguir entre corpo de bombeiros e entidade detentora do corpo de bombeiros. Atentámos nos regimes vigentes para o corpo de bombeiros à data dos factos vertidos no Acórdão (RGCB) e na atualidade (DL 247/2007). Alocámos o comandante dos bombeiros ao primeiro dos planos referidos — corpo de bombeiros —, notando que as funções de comando exercidas não se reportam à organização interna da associação.

Percorrido este caminho, ficou por perscrutar o regime concretamente aplicável à própria associação humanitária de bombeiros. Esse regime consta, no essencial, do RJAHB, vertido na Lei n.º 32/2007, de 13 de agosto e, como tal, aprovado após a ocorrência dos factos carreados para o Acórdão. O RJAHB dedica-se não só à definição do regime jurídico das associações humanitárias de bombeiros, mas também à fixação das regras para a sua associação com confederações ou federações.

Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do RJAHB, associações humanitárias de bombeiros são «*pessoas colectivas sem fins lucrativos que têm como escopo principal a protecção de pessoas e bens, designadamente o socorro de feridos*».

dos, doentes ou naufragos, e a extinção de incêndios, detendo e mantendo em actividade, para o efeito, um corpo de bombeiros voluntários ou misto, com observância do definido no regime jurídico dos corpos de bombeiros». Transparece assim, também na definição do RJAHB, a diferença entre associação humanitária de bombeiros e corpo de bombeiros.

Por um lado, o RJAHB regula as típicas matérias da constituição e vida das associações: aquisição da personalidade jurídica (artigo 3.º), constituição e estatutos (artigo 4.º) e órgãos sociais (artigo 10.º e ss.). Por outro lado, e com especial interesse para o caso vertido no Acórdão, o artigo 8.º do RJAHB, sobre cooperação institucional, expressamente prevê que a cooperação da administração com as associações deve respeito ao princípio da liberdade associativa. Finalmente, o RJAHB debruça-se sobre aqueles temas em que o cariz privado das associações se entrecruza com o interesse público das atividades que prossegue. Referimo-nos às matérias relativas à inelegibilidade, incapacidade e impedimento para os órgãos sociais (artigo 24.º e ss.), aos apoios à atividade associativa (artigo 31.º e ss.) e à tutela (artigo 36.º e ss.).

As disposições relativas à tutela distinguem entre as garantias do interesse público e o controlo sucessivo. Neste último âmbito, e com particular interesse para os temas a que ora nos dedicamos, faz-se notar que as associações humanitárias de bombeiros que usufruam de apoios públicos ficam sujeitas a fiscalização pela ANPC e demais entidades competentes, em conexão com esses apoios (n.º 1 do artigo 42.º). Em acréscimo, cenários de prática reiterada de atos de gestão prejudicial podem conduzir à destituição judicial dos titulares dos órgãos sociais, promovida pela ANPC.

As regras da tutela podem, assim, comportar restrições às dimensões internas e externas da liberdade de associação, que devem obediência ao regime material dos direitos, liberdades e garantias, vertido no artigo 18.º da CRP, que temos vindo a realçar.

Finalmente, note-se que outros diplomas podem ter aplicação às associações humanitárias de bombeiros. Destaca-se naturalmente o Código Civil, com expressa aplicação subsidiária nos termos do artigo 50.º do RJAHB.

A principal ilação que pode ser retirada do estudo conjunto do DL 247/2007 e do RJAHB é a de que estamos em face de dois diplomas autónomos e complementares, como também são autónomos e complementares os corpos de bombeiros voluntários e as associações humanitárias de bombeiros que os detêm.

Tendencialmente, o DL 247/2007 regula as matérias que contendem com a atividade dos corpos de bombeiros, tocando por essa via, mediatamente, a atividade prosseguida pela associação humanitária de bombeiros. Assim, e atendendo ao seu objeto, as normas do RGCB, salvo qualquer patologia, só poderão interferir com a dimensão institucional externa da liberdade de associação. O RJAHB, por seu lado, regula matérias que interferem diretamente com a liberdade de associação, considerada quer como direito individual de exercício coletivo, quer como direito individual positivo e negativo, quer como direito institucional.

4. CONCLUSÕES

a) No caso visado pelo Acórdão, a associação procurou afastar o comandante do corpo de bombeiros, mediante deliberação da direção no sentido da cessação de funções. Ora o RGCB, em vigor à data, só admitia a cessação de funções do comandante por decurso do tempo ou através de pena de demissão, aplicada em sede de processo disciplinar. Ora a competência disciplinar sobre o comandante competia ao inspetor distrital dos bombeiros, e não à associação. A associação procurou, contudo, sustentar a legalidade do ato de afastamento do comandante, arguindo que as normas violadas do RGCB eram inconstitucionais por violação da dimensão institucional do direito à livre associação. O Acórdão não foi sensível à argumentação da associação e manteve a decisão recorrida.

b) A liberdade de associação é um direito multidimensional: corresponde a um direito individual de exercício coletivo, a um direito individual (positivo e negativo) e a um direito institucional.

c) A dimensão institucional da liberdade de associação compreende perspectivas internas e externas. No prisma interno, liberdade de associação significa que a associação se autorregula e autogoverna (nomeadamente modelando os seus estatutos e escolhendo os seus dirigentes). Na vertente externa, liberdade de associação significa que a sociedade pode prosseguir livremente os seus fins e atividades, sem ingerência dos poderes públicos.

d) Os corpos de bombeiros voluntários não se identificam com as associações humanitárias de bombeiros que as detêm. O corpo de bombeiros (voluntários ou não) consiste numa organização de meios encarregue de prosseguir determinadas missões de socorro ou de outra natureza. A associação humanitária de bombeiros corresponde à entidade de natureza associativa que detém um corpo de bombeiros, voluntário ou misto.

e) O RGCB regulava os corpos de bombeiros à data dos factos vertidos no Acórdão. Hoje, a mesma matéria é regulada pelo DL 247/2007.

f) Por seu lado, as associações humanitárias de bombeiros não dispunham de regulamentação específica à data dos factos visados pelo Acórdão. Hoje o seu regime consta do RJAHB.

g) O regime disciplinar aplicável ao comandante do corpo de bombeiros encontrava-se, à data dos factos, regulamentada no RGCB. Hoje, está vertido no EBS e no RDBV.

h) Atualmente, o DL 247/2007, o EBS e o RDBV impõem regras à atividade dos corpos de bombeiros voluntários que, mediatamente, podem contender com a atividade prosseguida pelas associações que detêm os corpos de bombeiros. Na medida em que tais regras consubstanciem uma restrição à dimensão institucional externa do direito de livre associação, devem respeitar o regime material específico dos direitos liberdades e garantias vertido no artigo 18.º da CRP, sob pena de inconstitucionalidade.

i) O RJAHB fixa regras para as associações humanitárias de bombeiros, regulando a dimensão coletiva, individual e institucional do direito à livre associação. No âmbito institucional, destacam-se regras de tutela. Na medida em que tais regras consubstanciem uma restrição ao direito de livre associação, devem respeitar o regime material específico dos direitos liberdades e garantias vertido no artigo 18.º da CRP, sob pena de inconstitucionalidade.

j) À luz de todo o exposto, e salvo melhor opinião, parece-nos que o Acórdão andou bem ao confirmar a decisão recorrida. Em nosso entendimento:

i. o comandante do corpo de bombeiros não é um órgão da associação mas sim um quadro do corpo de bombeiros; a dimensão institucional interna da livre associação não é afetada pelas regras relativas à designação e cessação do comandante dos bombeiros;

ii. a atividade da associação humanitária de bombeiros coincidirá, mediatamente, e em maior ou menor medida, com a atividade desenvolvida pelo corpo de bombeiros detido pela associação; assim, a dimensão institucional interna da liberdade de associação poderá, em abstrato, ser maculada por regras que interfiram com a atividade do corpo de bombeiros, nomeadamente regulando a designação e cessação de funções do comandante, ou subtraindo competências disciplinares à associação;

iii. ainda aí, as restrições à liberdade de associação serão conformes com a CRP se cumprirem com o regime material específico previsto no artigo 18.º da CRP; e, finalmente,

iv. dos factos carreados para o Acórdão e das regras de direito aí aplicadas — e novamente, salvo melhor opinião — não se divisa uma concreta restrição à liberdade de associação, sancionável nos quadros da CRP.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 265-284

**A DEBATIDA QUESTÃO DA QUALIFICAÇÃO DA
RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE COOPERADOR
TRABALHADOR E COOPERATIVA**
**Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação
do Porto, de 27 de fevereiro de 2012**

André ALMEIDA MARTINS

*Equiparado a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Porto. Advogado.
a.almeidamartins@gmail.com*

1. APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO

No acórdão objeto da presente anotação, o Tribunal da Relação do Porto é confrontado com a questão — que se pode dizer recorrente — da qualificação da relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa³³, *i.e.*, saber se existe entre ambos um contrato de trabalho ou, em alternativa, um acordo de trabalho cooperativo.

Os factos submetidos à apreciação do Tribunal da Relação do Porto não diferem substancialmente daqueles que este e outros Tribunais superiores portugueses tiveram oportunidade de analisar em vários outros pleitos em que a questão jurídica atrás enunciada consistia no principal problema a solucionar.

Tipicamente, e também no acórdão aqui em causa, um cooperador trabalhador de cooperativa de produção operária intenta uma ação declarativa emergente de contrato individual de trabalho em que peticiona ao Tribunal de Trabalho que condene a cooperativa de que era membro a pagar-lhe uma

³³ - Ou, como enuncia o Tribunal da Relação do Porto, «saber qual a natureza jurídica da relação entre as partes (contrato de trabalho ou de cooperador)».

quantia devida por força da cessação da relação laboral, no caso uma indemnização pela resolução com justa causa do contrato de trabalho³⁴. Para tanto, este cooperador alega a existência dos elementos típicos do contrato de trabalho: (i) «*trabalhou sempre sob a autoridade e direcção efectiva da Ré*», (ii) «*mediante retribuição mensal*», (iii) «*executando as funções inerentes á sua profissão*» (iv) «*e auferindo um salário mensal de € 470,00*».

A estratégia de defesa gizada pela Ré — também ela recorrente nos litígios da mesma natureza — passou por negar a existência de um contrato de trabalho, uma vez que o Autor era um membro da cooperativa e, consequentemente, os montantes mensais que auferia não podiam ser qualificados como salários, mas como «*adiantamento por conta dos resultados a apurar no final de cada ano*».

O Tribunal de 1.^a instância atendeu aos argumentos da cooperativa, considerando que o vínculo que se estabeleceu entre a cooperativa e o seu membro era um acordo de trabalho cooperativo e não um contrato de trabalho, pelo que, consequentemente, absolveu a Ré do pedido. Não se conformando com esta decisão, o Autor interpõe recurso para o Tribunal da Relação do Porto, pondo em crise a sentença.

Em acórdão proferido a 27 de fevereiro de 2012, a Secção Social do Tribunal da Relação do Porto entendeu negar provimento ao recurso, confirmando a sentença recorrida e, em suma, validando o entendimento de que a relação existente entre as partes é qualificável como acordo de trabalho cooperativo³⁵.

2. ANOTAÇÃO

2.1. A questão discutida: a qualificação do trabalho prestado à cooperativa pelo cooperador trabalhador

A questão em debate no presente acórdão, como já se deixou expresso, é a da qualificação do vínculo contratual estabelecido entre um cooperador trabalhador e a cooperativa de produção operária ou de serviços a que pertence. A decisão do Tribunal da Relação do Porto no aresto que se comenta considerou

³⁴ - Pedido este a que acresce «*o que é devido a título de férias, subsídio de férias e de natal, salários e subsídio de refeição*».

³⁵ - Decisão que, como o próprio Tribunal deixa claro, segue de perto o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de setembro de 2011, disponível em www.dgsi.pt.

que essa relação contratual deve ser qualificada como «*acordo de trabalho cooperativo*», não atendendo à posição do cooperador que reclamava a existência de um contrato individual de trabalho com a cooperativa.

A qualificação do vínculo contratual entre cooperador e cooperativa de trabalho afigura-se como ponto de partida incontornável para a determinação da lei aplicável aos respetivos litígios: caso se entenda que existe um contrato individual de trabalho, a legislação reguladora dessa relação será o Código do Trabalho, ao passo que se se adotar a qualificação de acordo de trabalho cooperativo, as normas relevantes serão, em face da lei vigente, as contidas no Código Cooperativo (daqui em diante, «CCoop»)³⁶.

Nestes termos, entendemos que será útil, antes de adotarmos uma posição sobre a questão debatida, em primeiro lugar, tecer algumas considerações sobre as cooperativas de produção operária e de serviços em Portugal e, de seguida, analisar as posições da doutrina e jurisprudência portuguesas sobre o tema, bem como consultar a perspetiva de outros ordenamentos jurídicos (Espanhol e Italiano).

2.2. As cooperativas de produção operária e as cooperativas de serviços em Portugal

Nos termos do artigo 4.º do CCoop o setor cooperativo divide-se em vários ramos, entre eles o da produção operária e de serviços³⁷. A doutrina portuguesa tem identificado estes dois ramos como aqueles em que a questão discutida surge com mais frequência e relevo «*uma vez que apenas nestas o sócio se vincula a contribuir com o respetivo trabalho*»³⁸.

³⁶ - De referir ainda que o CCoop estabelece como direito subsidiário, desde que não desrespeitem os princípios cooperativos, as normas do Código das Sociedades Comerciais (nomeadamente, os preceitos aplicáveis à sociedades anónimas) de forma a colmatar as lacunas que não possam ser ultrapassadas pelo recurso à legislação complementar aplicável aos diversos ramos do setor cooperativo.

³⁷ - Respetivamente, alíneas f) e j) do artigo 4.º do CCoop.

³⁸ - Vide CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, «Qualificação da relação jurídica entre cooperador e cooperativa: contrato de trabalho ou acordo de trabalho cooperativo?», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada* - Coordenação Geral Deolinda Aparício Meira, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 588. Não obstante, cumpre notar, com JORGE LEITE, in «Relação de Trabalho Cooperativo», *Questões Laborais*, Ano I, N.º 2, 1994, p. 94 e nota 8, que a questão da qualificação do vínculo como laboral ou cooperativo também poderá surgir nas cooperativas de

As cooperativas de produção operária e as cooperativas de serviços são regidas, além do CCoop, por legislação complementar específica.

As cooperativas do ramo da produção operária têm como legislação complementar o Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro. Este Decreto-Lei estabelece que as cooperativas do ramo da produção operária têm «*por objecto principal a extracção, bem como a produção e a transformação, de bens no sector industrial*»³⁹.

Qualquer profissional das atividades desenvolvidas pela cooperativa pode ser sócio, apresentando uma proposta, subscrevendo 3 títulos de capital e pagando uma joia, adquirindo o direito de eleger e ser eleito para os órgãos da direção, assembleia geral ou conselho fiscal. Este sócio desenvolve a sua atividade ao serviço da cooperativa, recebe uma quantia mensal e pode receber no fim do ano económico os designados excedentes⁴⁰.

No entanto, um profissional das atividades desenvolvidas pela cooperativa, mesmo não sendo sócio, também pode desenvolver a sua atividade profissional para a cooperativa, como seu trabalhador subordinado — *i.e.*, com vínculo proveniente de contrato individual de trabalho — e, neste caso, é considerado terceiro, não tendo os direitos atribuídos aos sócios, *maxime*, o direito à distribuição de excedentes⁴¹.

Por seu turno, as cooperativas de serviços têm como legislação complementar o Decreto-Lei n.º 323/81, de 4 de dezembro.

A referida legislação estabelece como por objeto principal das cooperativas de serviços «*a prestação de serviços, exceptuados aqueles que se encontram expressamente abrangidos por legislação aplicável a outro ramo do sector*

artesanato, previstas no Decreto-Lei n.º 303/81, de 12 de novembro e, numa das modalidades das cooperativas de ensino, as cooperativas de prestação de serviços, exclusivamente constituídas por docentes, investigadores e outros trabalhadores do estabelecimento de ensino ou da cooperativa, nos termos do Decreto-Lei 441/82, de 6 de novembro.

³⁹ - Artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de novembro.

⁴⁰ - *Vide* os artigos 25.º, 31.º, 33.º, 51.º e 73.º do CCoop, bem como os artigos 5.º e 7.º a 9.º do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de novembro.

⁴¹ - *Vide* artigos 2.º, n.º 2, 72.º e 73.º, n.º 1 do CCoop e os artigos 6.º e 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de novembro.

cooperativo»⁴². Tal como sucede para as cooperativas de produção operária, os profissionais interessados serão admitidos como cooperadores desde que estejam aptos a desenvolver a atividade profissional em causa, beneficiando dos direitos e ficando obrigados a cumprir as obrigações gerais dos cooperadores, nos termos acima descritos. De igual modo, um profissional das atividades desenvolvidas pela cooperativa, mesmo não sendo sócio, também pode desenvolver a sua atividade profissional para a cooperativa, como trabalhador subordinado.

2.3. A divisão na doutrina e jurisprudência portuguesas

Como destaca Júlio Gomes, a questão da qualificação jurídica do vínculo que une cooperador trabalhador e cooperativa é tema controverso na jurisprudência⁴³ e, acrescentaríamos nós, também na doutrina portuguesa.

Com efeito, pelo menos desde a década de 1980, ainda antes da vigência do atual CCoop, já a questão era submetida à apreciação dos Tribunais superiores.

Neste âmbito, destaca-se o acórdão de 6 de junho de 1980 do Supremo Tribunal de Justiça (daqui em diante, «STJ»), onde se sumariou que «Nada impede que o sócio de uma cooperativa seja simultaneamente seu trabalhador, sendo distintas e autónomas as relações jurídicas decorrentes dessas duas qualidades e não envolvendo a exclusão de sócio necessariamente a cessação do contrato»⁴⁴.

Como nos dá nota Deolinda Meira, o entendimento de que a situação jurídica do cooperador trabalhador se caracteriza pela existência de duas «relações jurídicas distintas e autónomas»⁴⁵ (uma societária e outra laboral, *i.e.*, emergente de um contrato de trabalho subordinado) prevaleceu na jurisprudência durante a década de 80 e 90 do século passado, estando patente em acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de setembro de 1989 e 10 de

⁴² - Artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de novembro.

⁴³ - JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 173.

⁴⁴ - Acórdão do STJ de 6 de junho de 1980, Rec. 37/79, BMJ n.º 298, p. 156.

⁴⁵ - DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português - O capital social*, Vida Económica, 2009, p. 237, nota 597.

novembro de 1989⁴⁶, bem como nos acórdãos da Relação de Évora de 10 de janeiro de 1989⁴⁷ e da Relação de Coimbra de 30 de março de 1995⁴⁸, 10 de outubro de 1996⁴⁹ e 17 de abril de 1997⁵⁰.

Não obstante o domínio deste entendimento, não deixaram de surgir decisões que apresentavam uma perspetiva e uma solução diferente para a questão em apreço. Por exemplo, em acórdão de 12 de junho de 1991, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu que «*Nas cooperativas de produção operária não existe, em relação a cada um dos cooperantes que a integram, qualquer relação laboral, em que se contraponham entidade patronal e trabalhador, pois que todos os cooperantes funcionam como trabalhadores-empresários.*»⁵¹

A contradição entre o acórdão cujo sumário se acaba de citar e o do acórdão de 6 de junho de 1980 do Supremo Tribunal de Justiça foi precisamente

⁴⁶ - Respetivamente, Acórdão do STJ de 22 de setembro de 1989, BMJ de 1989 n.º 389, p. 465 e Acórdão do STJ de 11 de novembro de 1989, BMJ n.º 391, p. 378, onde, em ambos, consta sumariado: «*Nada impede que o sócio de uma cooperativa seja simultaneamente seu trabalhador, sendo distintas e autónomas as relações jurídicas decorrentes dessas duas qualidades*», acrescentando o Acórdão do STJ de 22 de setembro de 1989 que «*É, aliás, o próprio diploma legal que regulamenta as cooperativas de serviços (Decreto-Lei n.º 323/81) que admite expressamente a existência de contrato de trabalho subordinado*». Para decisões convergentes do STJ nos temas abordados nestes acórdãos dos anos 80 vide: Acórdão de 1986-02-25, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdãos Doutriniais, n.º 304, p. 580; Acórdão de 1986-02-07, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdãos Doutriniais, n.º 292, p. 500; Acórdão de 1986-07-29, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdãos Doutriniais, ano XXVI, n.º 304; Acórdão, de 1986-07-25, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdãos Doutriniais, n.º 304, p. 580; Acórdão, de 1986-07-25, Supremo Tribunal de Justiça; Acórdão, de 1986-02-07, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdãos Doutriniais, n.º 292, p. 500.

⁴⁷ - Acórdão da Relação de Évora de 10 de janeiro de 1989, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIV, Tomo I, p. 267.

⁴⁸ - Acórdão da Relação de Coimbra de 30 de março de 1995, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XX-1995, Tomo II, p. 55, no qual se sumariou que «*Nada obsta a que o sócio cooperante seja, simultaneamente, trabalhador da cooperativa*».

⁴⁹ - Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de outubro de 1996, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXI, Tomo IV, p. 84-85.

⁵⁰ - Acórdão da Relação de Coimbra de 17 de abril de 1997, *Boletim do Trabalho e Emprego*, 2.ª série, n.º 1-6, 2000, p. 359.

⁵¹ - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de junho de 1991, Rec. 6694, CJ, 1991, T. III, p.218.

o mote a partir do qual o juslaboralista Jorge Leite, em artigo publicado em 1994⁵², se debruçou sobre a questão.

Este Autor, perspetivando a questão simultaneamente do ponto de vista cooperativo e laboral, veio contrariar o entendimento jurisprudencial dominante, afirmando que a relação que se estabelece entre cooperador trabalhador e cooperativa não é uma relação laboral, antes é uma relação cuja natureza jurídica e qualificação se tem que encontrar no seio do próprio Direito Cooperativo. Jorge Leite destaca que este tipo de cooperativas «*traduz-se numa via ou num processo de juntar o que a empresa capitalista separa: junta nos trabalhadores, que são seus membros, as funções e, conseqüentemente, também o risco e demais vantagens e desvantagens que, na empresa capitalista, deles estão dissociados, assim os transformando em produtores autónomos*»⁵³ ou em «*empresários de si mesmo*» ou «*patrões de si mesmos*»⁵⁴. Por este motivo, conclui Jorge Leite terão de ser perspetivadas como «*indissociáveis as dimensões de sócio e de trabalhador dos membros deste tipo de cooperativa*»⁵⁵.

Nesta perspetiva, a posição deste sócio cooperador trabalhador apresenta-se como complexa, visto que a atividade cooperativa de trabalho a que está obrigado, tem um conteúdo muito próximo da laboral, muito embora a sua origem assente num vínculo de evidente cariz societário, formalizado na aceitação dos estatutos. É nesta sequência que o Autor introduziu a terminologia que daí em diante seria utilizada pelos defensores da inexistência de um contrato de trabalho, qualificando a relação entre cooperador e cooperativa como um negócio misto que apelida de «*acordo de trabalho cooperativo*». Contudo, é necessário ter em atenção que este Autor defende que há várias ordens de razões que recomendam que o regime da relação entre cooperativa e o sócio cooperador trabalhador, muito embora não deva, nem possa, ser regulado pela legislação laboral, deva «*em alguns aspectos, ser temperado por princípios e normas de natureza laboral*» que funcionariam como «*limites laborais às regras cooperativas*»⁵⁶.

⁵² - JORGE LEITE, op. cit., p. 89.

⁵³ - JORGE LEITE, op. cit., p. 101.

⁵⁴ - TEIXEIRA RIBEIRO *apud* JORGE LEITE, op. cit., p. 101.

⁵⁵ - JORGE LEITE, op. cit., p. 101.

⁵⁶ - JORGE LEITE, op. cit., p. 105. JÚLIO GOMES, op. cit., p. 177, destacando esta posição moderada de JORGE LEITE, chama, no entanto, a atenção para o facto de o Autor não apresentar uma «*justificação para a aplicação das regras e princípios*

Esta posição sobre a natureza jurídica da prestação do cooperador nas cooperativas de trabalho foi posteriormente adotada, pelo lado dos cooperativistas, por Deolinda Meira. Destacando que a função económica e social do vínculo que liga estes cooperadores à cooperativa só se concretiza com a realização de uma prestação global (que congrega, simultaneamente, caracteres societários e de natureza próxima à laboral), a Autora sustenta que «entre a cooperativa e o sócio cooperador trabalhador não há duas relações distintas e autónomas, mas um negócio jurídico misto» e «não se pode pretender a aquisição da qualidade de membro de uma cooperativa de trabalho recusando a correspondente contribuição em trabalho, como não se poderá manter aquela qualidade recusando a prestação, para o futuro, da atividade a que se comprometera»⁵⁷.

Na senda desta posição, despontaram na jurisprudência decisões que, aplicando a doutrina de Jorge Leite, começaram a qualificar a relação jurídica entre cooperador e cooperativa nas cooperativas de trabalho como «acordo de trabalho cooperativo», negando a natureza laboral da mesma e assim afastando a aplicação (e a proteção) do Código do Trabalho. Entre essas decisões destacamos, pela argumentação utilizada na fundamentação, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de setembro de 2011⁵⁸. Com efeito, o Tribunal da Relação do Porto começa por afirmar que «enquanto o contrato de trabalho se caracteriza pelos elementos da subordinação jurídica e económica, a actividade desenvolvida pelos trabalhadores-sócios assenta numa relação de cooperação. Pois, apesar de o trabalhador não sócio e o trabalhador sócio executarem a mesma actividade e serem dirigidos pelas mesmas pessoas físicas, estas intervêm em qualidades jurídicas diferentes, para o primeiro como empregador e para o segundo como o cooperador que tem funções de distribuição de trabalho.» Desta conclusão, o Tribunal passa a destacar as diferen-

de Direito do Trabalho que considera poderem aplicar-se.»

⁵⁷ - DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, op. cit., p. 235 e 239.

⁵⁸ - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de setembro de 2011, disponível em www.dgsi.pt. Este acórdão foi o ponto de partida para CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO (op. cit., p. 587-593) se pronunciar sobre a questão da qualificação da relação jurídica entre cooperador e cooperativa nas cooperativas de trabalho.

ças em termos de procedimento disciplinar⁵⁹ e remuneração⁶⁰ e explica que a eventual semelhança com o Direito do Trabalho na «*nomenclatura*» utilizada pelo Direito Cooperativo deriva da dificuldade deste último em criar e adotar terminologia própria. A conclusão do Tribunal da Relação do Porto é a de que «*nas cooperativas de produção o sócio trabalhador não tem um duplo estatuto: trabalhador subordinado, por um lado, e sócio ou cooperador, por outro*», antes se deve qualificar a relação entre ambos existente como «*acordo de trabalho associado*», «*acordo de cooperação laboral*» ou «*acordo de trabalho cooperativo*», sendo seu elemento essencial, que o permite distinguir de qualquer outro negócio jurídico, a prestação de trabalho cooperativo que, nas cooperativas de produção, traduz o designado «*ato cooperativo*».

Não obstante a existência de decisões no sentido da doutrina do «*acordo cooperativo de trabalho*», a verdade é que a questão está longe de ser pacífica, existindo ainda vários Autores, quer do espectro do Direito Cooperativo, quer da área do Direito do Trabalho, que mantêm a posição contrária e defendem a existência de um vínculo laboral.

Nesse sentido, por exemplo, José António Rodrigues, ligado ao estudo do Direito Cooperativo, pronunciando-se sobre as consequências da exclusão de cooperador no âmbito de um processo disciplinar em que se aprecia uma

⁵⁹ - «*Dai que o primeiro [o trabalhador] possa ser perseguido disciplinarmente pela prática de uma infracção e o segundo [o trabalhador-sócio] possa, perante o incumprimento de deveres cooperativos, ser objecto de um processo escrito e de uma deliberação de exclusão da Assembleia Geral. Isto apesar de facticamente ambos os trabalhadores terem praticado a mesma infracção e de ela ter sido apreciada em prévio processo escrito, só que ali ele tem natureza disciplinar e aqui social. Dai que o trabalhador sócio não possa resolver o vínculo, mas demitir-se e não possa ser despedido, mas excluído*». Sobre o processo disciplinar cooperativo, vide ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, «A suspensão preventiva de cooperadores no âmbito do processo disciplinar cooperativo», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada - Coordenação Geral DEOLINDA APARÍCIO MEIRA*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 463-477.

⁶⁰ - «*Por outro lado, a circunstância de ambos receberem mensalmente uma importância, tal também não significa identidade de estatuto, ainda que a quantia seja de igual montante. Na verdade, para o trabalhador não sócio tal quantia é retribuição, contrapartida do trabalho prestado e para o sócio é uma parte do rendimento anual da cooperativa, que é antecipada previsionalmente e que será contabilizada no final do ano económico, podendo haver excedentes para distribuir entre os sócios, ou perdas a suportar pelos mesmos.*»

infração disciplinar do âmbito cooperativo, entende que muito embora possa cessar o vínculo societário, «*todas as outras relações jurídicas subsistem. Ou seja, sendo o cooperador um trabalhador ou um prestador de serviços da cooperativa, mantém o seu vínculo laboral. O que não obsta a que, integrando a sua conduta que deu origem à exclusão, justa causa para despedimento, nos termos da legislação laboral, não possa a cooperativa — no mesmo processo disciplinar conducente à exclusão, ou o que nos parece preferível, em processo autónomo — promover o seu despedimento, por violação de normas do direito laboral*»⁶¹. Este Autor sustenta a defesa da tese da existência de um vínculo laboral (ao lado do vínculo societário) em duas ordens de razões: por um lado, «*porque a própria legislação cooperativa prevê quadros jurídicos distintos nas relações entre as cooperativas e os cooperadores*» e, por outro lado, na circunstância de em caso de conflito entre o contrato de sociedade e o direito ao trabalho, ser o segundo o bem jurídico que deve prevalecer⁶².

Por parte dos juslaboralistas, há igualmente Autores de destaque que defendem a qualificação laboral do vínculo entre a cooperativa e o cooperador trabalhador nas cooperativas de produção e serviços, criticando a posição mais recente da jurisprudência. Neste âmbito destacamos a posição de Júlio Gomes, seguida de perto por Catarina de Oliveira Carvalho.

Estes Autores criticam a posição defensora do «*acordo de trabalho cooperativo*» na medida em que o mesmo assenta numa conceção de inexistência nas cooperativas da lógica conflitual entre capital e trabalho que marca o Direito do Trabalho, o que, segundo estes Autores, não corresponderá à realidade atual das cooperativas.

Com efeito, partindo daquilo que designaríamos como uma consideração concreta e realista da realidade laboral, Júlio Gomes deixa a conclusão de que «*na raiz do conflito que, de facto, alimenta o contrato de trabalho não está necessariamente a diferença entre os que detêm e os que não detêm os meios de produção, mas mais singelamente entre os que exercem o poder e os que obedecem*»⁶³, pelo que subtrair à aplicação do Direito do Trabalho a relação jurídica em análise em homenagem a uma conceção que vê a ausência de

⁶¹ - JOSÉ ANTÓNIO RODRIGUES, *Código Cooperativo - anotado e comentado e Legislação Cooperativa*, 4.^a Edição, Quid Iuris - Sociedade Editora, Lisboa, 2011, p. 102.

⁶² - JOSÉ ANTÓNIO RODRIGUES, op. cit., p. 102.

⁶³ - JÚLIO GOMES, op. cit., p. 177.

conflito na cooperativa, é uma posição «*irrealista, explicável por uma certa utopia cooperativa e por uma fase histórica de entusiasmo pelo ideal cooperativo*», que não pode ser hoje subscrita, sob pena de se deixar o cooperador abandonado — sem a proteção das regras laborais — aos perigos característicos de uma estrutura empresarial.

Neste mesmo sentido, explica Catarina de Oliveira Carvalho que «*excluir ab initio os sócios-trabalhadores da proteção conferida pela legislação laboral pode significar negar a tutela a quem mais dela necessita em homenagem a princípios cooperativos cuja aplicação em concreto se pode mostrar insuficiente ou mesmo irrealista*»⁶⁴. Por isso, concluem os juslaboralistas citados que «*a única circunstância relevante para a determinação da existência de um contrato de trabalho entre a cooperativa e o sócio trabalhador é a identificação da subordinação jurídica, tal como sucede em geral na distinção entre trabalho autónomo e trabalho subordinado*»⁶⁵.

Numa outra perspetiva, a intervenção juslaboralista tem, entre nós, o mérito de convocar para discussão uma circunstância que nem sempre é objeto das análises do lado cooperativista: a possibilidade de «*utilização fraudulenta do instrumento cooperativo*»⁶⁶.

De facto, partindo da conceção que não admite a qualificação da relação jurídica em análise como laboral, não é difícil de imaginar situações de «*utilização do modelo cooperativo para dissimular verdadeiras relações de trabalho subordinado com fuga ao direito do trabalho em concorrência desleal com outras empresas*»⁶⁷.

Na verdade, tendo em conta, por um lado, a «*aquisição crescente pelas cooperativas de uma fisionomia empresarial*»⁶⁸ e a conseqüente concentração da gestão da cooperativa numa estrutura dirigente, que se destaca dos cooperadores trabalhadores, a que acresce uma substituição progressiva dos

⁶⁴ - CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 592.

⁶⁵ - CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 593. No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, op. cit., p. 179,

⁶⁶ - JÚLIO GOMES, op. cit., p. 176.

⁶⁷ - CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 590.

⁶⁸ - Destacada pela jurisprudência italiana referenciada por JÚLIO GOMES, op. cit., p. 175, nota 447.

princípios cooperativos por objetivos capitalistas⁶⁹, bem como, por outro lado, a evidente semelhança dos caracteres e institutos associados a uma prestação de trabalho, seja ela «*laboral*» ou «*cooperativa*»⁷⁰, torna-se evidente que é possível que nas cooperativas de trabalho com inúmeros cooperadores trabalhadores, se verifiquem simulações de «*acordos de trabalho cooperativo*» que são verdadeiros e próprios contratos individuais de trabalho, de modo a escapar à aplicação das regras laborais.

É por este motivo que estes autores defendem que deve existir por parte do cooperador «*um real poder de controlo sobre a cooperativa*», decorrente de «*uma participação genuína nas deliberações sociais ou qualquer influência sobre as decisões concretas da cooperativa*»⁷¹. Caso contrário, se se constatar que o vínculo societário é simulado e que há subordinação jurídica, não resta outra alternativa que não seja qualificar o contrato como contrato de trabalho.

São estas, assim, as linhas gerais das principais posições doutrinárias e jurisprudenciais portuguesas sobre a questão debatida no acórdão.

2.4. A questão em debate numa perspetiva de Direito Comparado

1. Em Itália

Também em Itália o problema da qualificação da relação jurídica que se estabelece entre cooperador e cooperativa suscitou diversas posições na doutrina e na jurisprudência.

Júlio Gomes⁷² dá-nos nota da evolução das posições jurisprudenciais italianas sobre o tema, desde a tradicional posição da «*natureza puramente*

⁶⁹ - Como assinala CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 590. Note-se que, como destaca FERNANDO VALDÉS DAL-RE, em princípio as cooperativas de trabalho prosseguem «*pelo menos tendencialmente, abolir certas leis não escritas do capitalismo, nomeadamente a que confere ao proprietário do capital investido o direito de extrair da força de trabalho empregada uma utilidade superior à do seu custo*» (in «*La cooperativa de trabajo asociado: una mirada desde las legislaciones estatal y autonómica*», *Relaciones Laborales*, n.º 19/2010, Edición Electrónica, La Ley, Madrid, 2010, p. 3).

⁷⁰ - Sujeição a poder disciplinar, existência de um horário de trabalho, marcação de férias, faltas justificadas e injustificadas, etc..

⁷¹ - Como assinala CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 590.

⁷² - JÚLIO GOMES, op. cit., p. 174.

associativa da relação entre as cooperativas de trabalho e produção e os cooperantes» até à abertura para uma «via de tendencial aproximação da relação de trabalho subordinado com a relação cooperativa».

A esta abertura e a aproximação ao Direito do Trabalho não foi indiferente o interesse que, a partir de certa altura, o tema em análise despertou nos juslaboralistas italianos. Assim, ao nível da doutrina, se houve autores⁷³ que defenderam de forma irredutível a posição que rejeita a existência de um vínculo laboral, abundam outros que sustentam que a questão da qualificação do vínculo entre cooperador e cooperativa não difere daquele que se coloca quando há que distinguir o trabalho autónomo do trabalho subordinado: há que fazer o teste da existência da subordinação jurídica⁷⁴.

É, aliás, nesta sequência que, como refere Catarina de Oliveira Carvalho, vários autores italianos defendem que a relação cooperativa determina a existência de dois vínculos entre cooperador e cooperativa: «*uma relação de carácter associativo que tem por objeto o exercício em comum de uma atividade empresarial e uma relação laboral em sentido próprio (ou, em alternativa, consoante a factualidade concreta do caso, um contrato de prestação de serviços)*»⁷⁵. Por seu turno, Juan López Gandía realça que a jurisprudência italiana evoluiu desde a ideia da «*absoluta incompatibilidade entre o vínculo societário e vínculo laboral*» até admitir que «*os estatutos no exercício da sua autonomia negocial podem estabelecer que também as prestações que se refiram ao objeto social, isto é que a atividade desenvolvida pelo sócio para a atividade institucional da cooperativa possa ser objeto de um contrato de trabalho que se acumula ao da sociedade, sempre que não se trate de um contrato de trabalho simulado*»⁷⁶.

Esta doutrina, de clara influência juslaboralista, acabou por se impor contra o domínio da jurisprudência contrária anterior e foi mesmo consagrada pela

⁷³ - ANTONIO VALLEBONA, «Il Lavoro in Cooperativa», *RIDL*, 1991, parte I, p. 291 e ss..

⁷⁴ - MICHELE MARIANI, «Cooperativa di Lavoro», *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 459, cit. *apud* JÚLIO GOMES, op. cit., p. 179 e nota 467.

⁷⁵ - CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 592 e nota 22.

⁷⁶ - JUAN LÓPEZ GANDÍA, *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2006, p. 40.

Lei n.º 142/2001, de 3 de abril⁷⁷, que dispõe que o cooperador estabelece com a cooperativa, no momento da formação do vínculo associativo ou posteriormente, uma relação (um contrato) de trabalho subordinado ou autónomo⁷⁸.

2. Em Espanha

A questão em análise foi também objeto de acesa discussão doutrinal em Espanha. Como informa Juan López Gandía, trata-se de «*uma polémica já antiga, que remonta aos anos setenta nos laboristas e que ressuscitou do ponto de vista doutrinal em alguns setores da doutrina dos anos noventa*»⁷⁹. As posições doutrinárias sobre a questão podem ser divididas entre aquelas que defendiam que o vínculo entre o cooperador e a cooperativa era societário, os que defendiam a sua natureza laboral e, por último, as que catalogavam essa relação como um «*tertium genus*» ou de natureza mista⁸⁰.

Com efeito, uma parte da doutrina destacava que a relação entre cooperador e cooperativa «é especial e societária, mas não laboral» e que «*os sócios trabalhadores não são assalariados da sua cooperativa, nem sequer têm a dupla condição de sócios e trabalhadores*»⁸¹. De destacar, porém, que mesmo autores que afirmam a natureza exclusivamente societária ou associativa do vínculo em causa, não deixam de referir que a prestação de trabalho deste cooperador «*está claramente impregnada ou influenciada pelo direito laboral que, em muitos casos, tem o carácter de direito mínimo, com o louvável pro-*

⁷⁷ - Lei 3 aprile 2001, n.º 142 — Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore — alterada pela Lei n.º 30/2003, de 14 de fevereiro (esta última também conhecida por Lei Biagi, por referência ao juslaboralista MARCO BIAGI que esteve na sua origem).

⁷⁸ - Artigo 1, n.º 3 da Lei n.º 142/2001: «*Il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali.*»

⁷⁹ - JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 35.

⁸⁰ - Com referências bibliográficas sobre o tema, vide JAVIER HIERRO HIERRO, «Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado», Aranzadi Social, n.º 20/2004, Editorial Aranzadi, 2004, p. 12.

⁸¹ - FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 586-587

pósito de que os sócios trabalhadores não resultem discriminados, em relação aos trabalhadores por conta de outrem»⁸².

Porém, não faltava doutrina em Espanha que, influenciada pelos juslaboralistas italianos, se inclinava para a qualificação laboral da relação entre sócio trabalhador e cooperativa⁸³.

Por outro lado, houve autores que procuraram conciliar as diferenças entre as posições anteriores, defendendo que o negócio em causa tinha uma natureza mista que comungava elementos de ambas as posições anteriormente expostas⁸⁴.

A polémica foi encerrada pela Lei n.º 27/1999, de 16 de julho, a Ley Estatal de Cooperativas, cujo número 1 do artigo 80.º prescreve «*São cooperativas de trabalho associado as que tem por objeto proporcionar aos seus sócios postos de trabalho, mediante o seu esforço pessoal e direto, a tempo parcial ou completo, através da organização em comum da produção de bens ou serviços para terceiros. Também poderão contar com sócios colaboradores. A relação dos sócios trabalhadores com a cooperativa é societária.*»⁸⁵.

No entanto, note-se que esta opção legal não significou uma desconsideração total da influência dos institutos laborais na regulação da relação que se estabelece entre o sócio trabalhador e a cooperativa. Muito pelo contrário, como destaca Javier Hierro Hierro, no articulado da Ley Estatal de Cooperativas encontra-se a «*regulação de um estatuto laboral para tais sócios*»⁸⁶, onde se encontram normas sobre a capacidade para ser sócio trabalhador, antecipações por conta, período experimental, regime disciplinar, etc. A doutrina destaca que a introdução destas normas na Ley Estatal de Cooperativas

⁸² - JÚLIO COSTA COMESAÑA, «Apuntes sobre la regulación estatal e autonómica das cooperativas de trabalho», *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 28, Universidade de Vigo, p. 53 *apud* DEOLINDA MEIRA, op. cit., p. 235, nota 591.

⁸³ - *Vide*, neste sentido, KOLDO MIKEL SANTIAGO REDONDO, *Socio de cooperativa y relación laboral*, IBIDEM Ediciones, Madrid, 1998, p. 125 e ss.

⁸⁴ - *Vide* MONTOYA MELGAR, «Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado», in *Estudios de Derecho de Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, p. 139-141.

⁸⁵ - Opção que, como nos dá nota JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 35, nota 64, foi igualmente seguida pelas leis autonómicas da Comunidade Valenciana, Castilla y León, Aragón e La Rioja.

⁸⁶ - JAVIER HIERRO HIERRO, op. cit., p. 13.

é o resultado de um «*procedimento de extensão do Direito do Trabalho às cooperativas*»⁸⁷.

2.5. Posição adotada

Ao contrário do que sucede em Itália e Espanha, o legislador português não tomou posição sobre a questão da qualificação jurídica da relação entre o cooperador trabalhador e cooperativa.

Com efeito, não existe no CCoop qualquer norma semelhante ao número 3 do artigo 1 da Lei Italiana n.º 142/2001, de 3 de abril italiana, nem ao número 1 do artigo 80.º da Lei n.º 27/1999, de 16 de julho, a espanhola Ley Estatal de Cooperativas. Por outro lado, concordamos com Júlio Gomes quando o Autor sugere que não é decisiva a «*circunstância de o próprio Código Cooperativo prever expressamente que o capital subscrito pode ser realizado em trabalho ou serviços (artigo 21.º, n.º 1 do Código Cooperativo), sendo aliás dever do cooperador prestar o trabalho ou serviço que lhe competir (al. c) do artigo 34.º*»⁸⁸.

Do nosso ponto de vista, porém, as teses avançadas pelos laboristas pecam por não levar em linha de conta as especificidades do Direito Cooperativo, centrando-se unicamente numa perspetiva de Direito do Trabalho. Nesse sentido, por exemplo, quanto à questão da subordinação jurídica a que se encontra sujeito o cooperador trabalhador, tendemos a concordar com os autores que sustentam que a presença do contrato de sociedade não é indiferente a esta forma de prestar trabalho e que, em consequência, a referida subordinação não é laboral do ponto de vista jurídico. Com efeito, não nos parece suficiente para firmar a existência de um contrato de trabalho constatar a situação de subordinação a que o cooperador trabalhador se encontra sujeito, pois, como refere Juan López Gandía, da subordinação «*não cabe concluir que o sócio não seja parte da vontade empresarial, e que esta seja alheia a ele, como organização, antes, pelo contrario, produz a sua inserção num âmbito organizativo, de direção e disciplinar que não é alheio ao sócio, já que se trata de uma exigência funcional do trabalho coletivo associado, quando adote a forma subordinada*»⁸⁹.

⁸⁷ - JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 69.

⁸⁸ - JÚLIO GOMES, op. cit., p. 173.

⁸⁹ - JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 48.

Assim, defendemos que, no que diz respeito às chamadas cooperativas de trabalho, não existe entre a cooperativa e o cooperador que lhe presta o seu trabalho um contrato de trabalho subordinado, mas sim um negócio de natureza distinta e específica que parte da doutrina e a jurisprudência vêm designando de «*acordo de trabalho cooperativo*».

Com efeito, é nosso entendimento que, quanto a esta matéria, a razão assiste aqueles autores que sustentam que entre a cooperativa e o sócio cooperador não há duas relações jurídicas distintas e autónomas ou um duplo estatuto, marcado por dois vínculos autónomos com a cooperativa, isto é, por um lado, sócio cooperador e, por outro lado, trabalhador subordinado. Tendo em conta a função económica e social do vínculo que liga estes cooperadores à cooperativa que se traduz, para os cooperadores, numa prestação global com caracteres simultaneamente societários e de natureza próxima à laboral, parece-nos que a tese do «*acordo de trabalho cooperativo*» é aquela que tem mais aptidão para caracterizar corretamente a relação complexa que existe entre estas partes, já que qualificá-la simplesmente como um contrato de trabalho parece redutor.

De todo o modo, as teses laboralistas têm o inegável mérito de chamar a atenção para circunstâncias que não podem deixar de ser consideradas na análise dos casos em que a questão em apreço se coloque.

Em primeiro lugar, a fraude à lei pela utilização da cooperativa para mascarar um verdadeiro contrato de trabalho é uma possibilidade real, sobretudo em épocas de maiores constrangimentos financeiros para as empresas, em que efetivamente nos podemos deparar com «*casos em que os trabalhadores de cooperativas são pressionados para assumirem a posição de sócio, como forma de redução dos custos laborais*»⁹⁰. Por isso mesmo, exige-se que os tribunais estejam atentos às situações de simulação de «*acordos de trabalho cooperativo*», reveladas quer pelas circunstâncias que rodearam a formação do vínculo com a cooperativa, quer ausência de exercício efetivo e real dos vários direitos associados à participação do sócio cooperador na vida cooperativa⁹¹, nos casos em que essa falta de exercício derive de impedimento da cooperativa e não da falta de iniciativa do cooperador trabalhador. Por outro lado, o cooperador trabalhador que pretenda ver qualificado o seu vínculo

⁹⁰ - CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 590.

⁹¹ - Aspeto que, como salienta CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 590, nem sempre é observado pela jurisprudência.

como laboral, por simulação do «*acordo de trabalho cooperativo*», terá que alegar os factos demonstrativos da simulação.

Em segundo lugar, é inevitável concordar que nas cooperativas de grande dimensão a grande maioria dos sócios cooperadores dificilmente poderão ser considerados patrões ou empresários de si mesmos. De facto, se do ponto de vista formal, tal afirmação pode ainda aceitar-se como verdadeira, a verdade é que «*a questão de que o sócio seja empresário de si mesmo, não se coloca de facto da mesma forma na pequena cooperativa e na de grandes dimensões, onde já se nota uma certa distância, uma vez que os órgãos de direcção estão mais afastados dos sócios, com o seu próprio funcionamento e com um reforço da empresa como organização face aos próprios sócios*»⁹². Como salienta, Juan López Gandía, «*o sócio trabalhador, por sua conta, não organiza, controla ou dirige o processo produtivo, o seu próprio trabalho, antes se encontra inserido no círculo organizativo, diretivo e disciplinar de outra pessoa, que leva a cabo a direcção e controlo do trabalho e exerce os poderes de especificação e disciplinares*»⁹³. É por isso que nas cooperativas é necessário vigiar aquilo que sucede «*em nome do pretenso interesse coletivo*» uma vez que «*também nas cooperativas podem existir condutas discriminatórias, assédios e está em jogo a necessária tutela da integridade física e moral do trabalhador*».

Ainda assim, mantemos que a relação em apreço não é laboral, não deriva de um contrato de trabalho, antes de um negócio específico de natureza associativa. Porém, como já defendemos noutra local⁹⁴, concordamos com Jorge Leite, quando o Autor defende que há várias ordens de razões que recomendam que o regime da relação entre cooperativa e o sócio cooperador trabalhador, muito embora não possa ser regulado pela legislação laboral, deva «*em alguns aspectos, ser temperado por princípios e normas de natureza laboral*» que funcionariam como «*limites laborais às regras cooperativas*»⁹⁵. O problema

⁹² - JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 42.

⁹³ - JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 48.

⁹⁴ - ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, op. cit., p. 476.

⁹⁵ - Vide JORGE LEITE, ob. cit., p. 105. Questão interessante também é a de saber qual o tratamento jurídico, e qual a possível ligação à legislação laboral, dos direitos coletivos dos sócios trabalhadores cooperadores. Para JORGE LEITE, ob. cit., p. 108, nota 30, esta análise «*reforçaria a tese da não configurabilidade das duas relações distintas e autónomas*». Para uma análise da questão, na perspetiva da legislação espanhola, vide JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Cooperativas

que se coloca é, contudo, a forma como esses princípios e regras laborais se podem aplicar ao «*acordo de trabalho cooperativo*».

Quanto a nós, o recurso à analogia revelar-se-á como uma solução de recurso, talvez demasiado arriscada e casuística, para que os tribunais a adotem como boa e útil na decisão destes casos, assim se perdendo a possibilidade da aplicação das regras laborais como forma de tutela do cooperador trabalhador. Por isso, da nossa perspetiva, o caminho a seguir terá necessariamente que passar por uma intervenção legislativa.

Da experiência do Direito Italiano e Espanhol, retiramos que foi este o caminho seguido, embora os ordenamentos em causa tenham consagrado conceções diferentes e utilizado métodos legislativos diversos.

Em Itália, a intervenção foi ao nível própria da configuração jurídica do trabalho prestado à cooperativa que não se «leva a cabo através do contrato de sociedade, mas sim mediante um contrato laboral adjunto e conectado sem separação do societário numa espécie de negócio jurídico complexo»⁹⁶. Ao passo que em Espanha, se optou por afirmar o vínculo societário e introduzir um procedimento de extensão do Direito do Trabalho às cooperativas que salvaguarda a natureza não laboral da relação, mas cria um estatuto laboral para os cooperadores trabalhadores.

Em Portugal, Júlio Gomes já defendeu, *de iure condendo*, uma intervenção legislativa semelhante à que se verificou no ordenamento italiano⁹⁷.

Para nós, em coerência com a nossa posição quanto à natureza da relação, entendemos preferível a extensão das normas laborais às cooperativas.

Este procedimento de extensão das normas laborais às cooperativas pode seguir dois caminhos diferentes. A primeira opção é proceder ao que a doutrina espanhola designou de «*cooperativização das instituições laborais*» que consiste «*numa utilização pela legislação cooperativa de institutos e categorias próprias do ordenamento laboral, ajustadas na sua introdução, porém, às singularidades próprias do trabalho cooperativo ou às especificidades organizativas em que se desenvolve*»⁹⁸. Por outro lado, também é possível obter o

de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas», *Revista de Derecho Social*, pp. 97 a 124.

⁹⁶ - JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 70.

⁹⁷ - JÚLIO GOMES, op. cit., p. 179.

⁹⁸ - FERNANDO VALDÉS DAL-RE, op. cit., p. 9.

resultado pretendido através de uma «*laboralização do regime de prestação do sócio trabalhador*» que basicamente consiste em «*remeter a regulação dessa prestação (ou das suas condições de execução) ao bloco de legalidade laboral, ao seu conjunto ou a respeito de aspetos determinados*»⁹⁹.

Seja qual for a opção eleita, parece claro que apenas uma intervenção legislativa evitará as oscilações da jurisprudência, tutelando a posição específica do cooperador trabalhador e valorizando o Direito Cooperativo.

⁹⁹ - FERNANDO VALDÉS DAL-RE, op. cit., p. 9.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 285-291

DO SEGURO DE DANOS NA COOPERATIVA DE HABITAÇÃO **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de fevereiro de 2012**

Tiago PIMENTA FERNANDES

*Equiparado a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Porto
t.martinsfernandes@gmail.com*

1. O CASO *SUB JUDICE*

Vários cooperadores, cada um deles proprietário de uma moradia numa cooperativa de habitação, intentaram uma ação declarativa contra: a) a dita cooperativa e promotora da construção dos imóveis, b) a empreiteira que levou a cabo a construção dos mesmos, e ainda contra c) a seguradora com a qual a cooperativa havia celebrado um contrato de seguro de danos, com vista à cobertura de danos relacionados com as mesmas moradias.

Alegaram os autores em síntese que, aquando do primeiro inverno de ocupação das moradias, detetaram uma série de vícios nas mesmas, os quais se reconduziam essencialmente à ausência de isolamento térmico da cobertura, nos moldes fixados contratualmente, e à incorreta instalação de caixilharias nos vãos das janelas. Nesse seguimento, e por via da ação instaurada, pediram a condenação dos Réus cooperativa e empreiteiro a corrigirem os mencionados defeitos ou, em alternativa, a procederem ao pagamento do correspondente custo orçamentado para as intervenções da cobertura e caixilharias, e ainda, em qualquer caso, ao pagamento de uma quantia aos autores a título de danos emergentes, relativa à anormal desvalorização e desgaste de cada uma das moradias, provocados pela alegada falta de condições de salubridade, conforto e segurança. Requereram ainda a condenação da Ré seguradora, em sub-rogação da cooperativa, a responsabilizar-se pelo que fora peticionado

contra esta, ao abrigo do contrato de seguro de cobertura de danos entre ambas celebrado.

Proferiu-se sentença, que julgou a ação parcialmente procedente, condenando-se a Ré empreiteira a proceder à reparação dos defeitos denunciados e ainda ao pagamento da quantia peticionada pelos Autores a título de danos emergentes. Por seu turno, as Rés cooperativa e seguradora foram absolvidas do pedido.

Inconformados com a improcedência parcial da ação, os Autores interpu- seram recurso nessa parte para a Relação de Lisboa, pugnando pela respon- sabilização daquelas Rés nos termos do peticionado. O Tribunal de Recurso, no entanto, acabou por confirmar a decisão da 1.^a instância, por entender que quer a Ré cooperativa quer a seguradora não poderiam ser responsabilizadas pelos danos em causa. No que respeita á cooperativa, entendeu o Tribunal que, «figurando uma cooperativa de habitação como entidade que promoveu a construção de um imóvel, construção efetuada por outra entidade no âmbito de um contrato de empreitada celebrado com aquela, a responsabilidade pela reparação dos defeitos de construção verificados no imóvel vendido ao coo- perante incumbe apenas à empreiteira e não à cooperativa», tendo em conta a natureza jurídica da aquisição de um fogo por parte de um cooperador nestes casos. Em consequência, acabou por absolver a Ré seguradora, aproveitando para referir que, em todo o caso, os prejuízos em causa não estariam cobertos pelo contrato de seguro de danos em causa.

2. ANÁLISE JURÍDICA DO PROBLEMA

2.1. Da legitimidade passiva da Ré cooperativa

Tanto a 1.^a instância como o Tribunal de Recurso entenderam que, quando a cooperativa de habitação atribui um fogo ao cooperador, encontramos-nos perante um especial contrato de compra e venda, que em inúmeros aspetos escapa ao regime geral da compra e venda, na esteira do que vem sendo já entendimento da variadíssima jurisprudência (cfr., entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/12/1999, Proc. n.º 99B993 e os acórdãos da Relação de Lisboa de 1/10/2009, Proc. n.º 57/2001.L1-6, e de 20/9/2011, Proc. n.º 7056/04.5TVLSB, todos acessíveis em www.dgsi.pt) e doutrina (vd., sobre o tema, Deolinda Aparício Meira, *O regime económico das cooperati- vas no direito português. O capital Social*, Vida Económica, Porto, 2009, pp. 220 e ss., Ana Afonso, «O problema da responsabilidade de cooperativa de

habitação pelos defeitos de construção de fogo vendido a cooperador», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, 2009-2010, pp. 293-305, e Mariana Pinheiro de Almeida, «A aquisição de fogo por cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica», *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Dir. Deolinda Aparício Meira, CASES, 2012, pp. 595-608) que se têm pronunciado sobre esta matéria.

Como se sabe, num *normal* contrato de compra e venda, o vendedor responde perante o comprador pelos defeitos da coisa vendida, de acordo com o regime estatuído nos arts. 913.º a 922.º. Simplesmente, tratando-se de um «especial contrato de compra e venda, delineado em função não só do específico posicionamento dos membros da cooperativa, como tenda em conta a função desta», aceita-se pacificamente que a este contrato sejam subtraídas algumas das regras que compõem o regime geral, nomeadamente a responsabilidade da cooperativa (vendedora) pelos defeitos verificados na coisa vendida, perante os cooperadores (compradores) a quem a mesma foi vendida. Trata-se de uma visão com a qual nos sentimos impelidos a concordar, o que já tivemos a oportunidade de referir anteriormente (*vd.* Tiago Pimenta Fernandes, «A cooperativa de habitação: sobre a responsabilidade por defeitos de construção na venda a terceiros», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, 2010-2011, pp. 261-266, em anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 29 de junho de 2010, o qual aliás discorre nesse mesmo sentido).

Em Espanha, também se tem entendido que a cooperativa de habitação nestes casos não é responsável pelos defeitos de construção dos fogos. Com efeito, o art. 1 591 do Código Civil espanhol atribui essa responsabilidade à figura única do *construtor*, atribuindo a este um prazo de 10 anos de responsabilidade por defeitos na construção. No entanto, a jurisprudência espanhola veio, de modo unânime (*vd.* por todos, o Acórdão do Tribunal Supremo de 1 de outubro de 1991, o Acórdão da Audiência Provincial de Valência de 29 de setembro de 1996 ou o Acórdão da Audiência Provincial de Granada de 15 de julho de 2003), estabelecer uma nítida distinção entre a figura do promotor-construtor e do promotor-mediador, excluindo esta última do campo de aplicação do art. 1 591 do Código Civil. Esta distinção, como nota Anxo Tato Plaza («A condição de promotor e a responsabilidade por dívidas nas cooperativas de habitação», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Dir. Deolinda Aparício Meira, IN-CM, 2012, p. 262), «teve uma indubitável relevância no momento de determinar a posição jurídica e a responsabilidade das cooperativas de habitação no âmbito da promoção imobiliária». Com efeito, ao atribuir à cooperativa de habitação a qualidade de mero *promotor-mediador* (e não de

uma promotora, em sentido estrito) relativamente às habitações construídas para posterior adjudicação aos cooperadores (a situação, como sublinha Anxo Tato Plaza, já seria diferente se tratasse de imóveis que, em vez de adjudicados aos cooperadores, fossem vendidos a terceiros — *op. cit.*, pp. 265-266), os Tribunais espanhóis afastavam assim a possibilidade de esta ser acionada pelos próprios cooperadores em caso de defeito na coisa vendida.

Outro dos argumentos invocados pelos Autores para fundamentar a responsabilização da Ré cooperativa ancora-se no próprio diploma que regula as cooperativas de habitação, nomeadamente no art. 2.º, n.º 2 do DL 502/99, de 19 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, onde se lê que «são cooperativas de habitação e construção as que tenham por objeto a promoção, construção ou aquisição de fogos para habitação dos seus membros, bem como a sua manutenção, reparação ou remodelação». É neste preceito legal que os Autores apoiam as suas alegações de recurso, dele extraíndo uma obrigação da cooperativa promotora assegurar a manutenção permanente das boas condições de habitabilidade dos edifícios, aí se devendo incluir a «reparação dos defeitos de construção».

Mais uma vez, o Tribunal de Recurso rejeitou a argumentação dos Autores, sustentando não ser provável que a obrigação de «manutenção permanente das boas condições de habitabilidade dos edifícios» imposta às cooperativas implique um dever de reparação de defeitos de construção verificados nos fogos. No entender daquela instância, os Autores terão mesmo retirado do texto legal um sentido «que o mesmo não comporta».

Julgamos, salvo melhor opinião, que também aqui assiste razão ao Tribunal *ad quem*. Com efeito, não nos parece que o legislador pretendesse, através desta solução legal, responsabilizar a cooperativa promotora pela reparação de defeitos de construção, mas que apenas a incumbiu de assegurar a «manutenção» dos fogos, supostos que evidentemente não se confundem. Uma coisa é zelar pela conservação de um imóvel, praticando atos normais de mera administração nesse sentido (note-se que esta é, aliás, descrita como uma atividade *secundária* da cooperativa, como nota José António Rodrigues, *Código Cooperativo Anotado e Comentado e Legislação Cooperativa*, 4.ª ed., Quid Juris, 2011, p. 380), outra bem distinta é assegurar a reparação de verdadeiros defeitos que se verificaram no mesmo. «Aliás», como nota a decisão em análise, «a expressão ‘manutenção’ pressupõe, logicamente, que o imóvel se encontre devidamente construído».

2.2. Da legitimidade passiva da Ré seguradora

Como se disse, 1.^a instância aferiu da responsabilidade da Ré Seguradora em função da responsabilidade do tomador do seguro (cooperativa), de tal forma que, afastada esta, concluiu pela absolvição daquela, muito embora não tenha sido esse o argumento esgrimido pela própria seguradora em sede de contestação. No entanto, o facto de a Ré seguradora não ter concretamente invocado esse meio de defesa, no entender do Tribunal da Relação, não se revelaria impeditivo de resolver o litígio dessa forma, «porquanto se trata de mera indagação, interpretação e aplicação de regras jurídicas, atividade a que o juiz exerce sem sujeição às alegações das partes». Só assim o não seria quando «a declaração do interessado constituiu um elemento de previsão da norma, sem o qual o efeito não se produz» (Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípio Gerais à Luz do código revisto*, Coimbra Editora, 1996, Coimbra, p. 116), o que a instância concluiu não ser o caso. Note-se que esta linha de argumentação seguida pelo Tribunal recorrido mais sentido faz quando inserida na lógica do novo Código de Processo Civil, já em vigor em Portugal (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, com entrada em vigor no dia 1 de setembro de 2013), e que é fruto de uma reforma processual significativa que, entre outros, toma como principal o objetivo de «racionalizar, simplificar e tornar célere a realização do fim essencial do processo civil – a justa composição dos litígios em tempo útil» (*vd.*, a propósito, a Exposição de Motivos do referido diploma).

Em todo o caso, a questão central, no que à Ré seguradora diz respeito, consistia em saber se os danos em causa nos autos estariam ou não cobertos pelo contrato de seguro celebrado entre esta e a cooperativa. Essa foi, aliás, a argumentação apresentada pela seguradora, que contestou invocando que o ressarcimento dos prejuízos decorrentes das deficiências denunciadas pelos Autores não estaria coberto pela respetiva apólice.

Trata-se de um contrato de seguro de danos, tendo por objeto a garantia, até ao limite convencionado, do pagamento de indemnização por prejuízos relacionados com a perda ou deterioração da segura, verificado o evento de risco. No seguro de danos, como é sabido, a prestação do segurador não vai para além do dano — daqui se extrai o *princípio indemnizatório* ou da *proibição do enriquecimento do segurado* —, significando isto que o seguro não deve servir para que o segurado se enriqueça, mas apenas para o reparar na medida do dano por este sofrido.

Esta modalidade de contrato de seguro é admitida pelo n.º 2 do art. 43.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pela Lei n.º 72/2008, e vem regulada de modo específico nos artigos 123.º e seguintes daquele diploma.

Importa então atentar no conteúdo do contrato de seguro celebrado no caso dos autos. Assim o fez o Tribunal *ad quem*, sublinhando que das condições gerais do mesmo resultava que se pretendeu «ressarcir o segurado pelos danos sofridos pelos objetos seguros que tenham origem numa cas causas a seguir indicadas: danos materiais à empreitada-base que comprometam a sua estabilidade ou solidez e tenham origem em erros de desenho, defeitos de execução ou defeitos nos materiais empregues» — cfr. Capítulo II – Riscos Cobertos.

Com esta previsão em mente, e tendo em conta que na situação em análise estavam em causa, como já se disse, danos relacionados com a ausência de isolamento térmico das moradias dos Autores e a incorreta instalação das caixilharias nas janelas, o Tribunal não teve grandes dúvidas em apartar o caso *sub judice* daquela previsão contratual, numa linha de raciocínio que seguimos sem hesitação. Na verdade, não cremos que os danos supra retratados sejam suscetíveis de afetar a «estabilidade ou solidez» dos imóveis em questão, até porque contendem com aspetos não tão fundamentais das obras em questão. No mesmo sentido parece apontar a própria alegação apresentada pelos Autores nesta sede, quando invocam apenas que tais defeitos provocavam «a total ausência de impermeabilização da cobertura e oscilação extrema de temperatura dentro de cada uma das moradias» ou que facilitariam «a intrusão de terceiros» (*vd.* pontos 18.º a 20.º das alegações dos Autores).

Quanto às condições especiais do contrato celebrado, sublinhou o Tribunal que, por via das mesmas, as Rés cooperativa e seguradora englobaram nos riscos cobertos os «danos materiais» relativos à «impermeabilização de terraços e telhados». E ainda, que segundo as ditas condições contratuais, «não obstante qualquer disposição em contrário prevista nas condições gerais da apólice, fica estabelecido que as obrigações dela decorrentes são extensíveis a garantir os prejuízos sofridos com a reparação ou restituição dos elementos descritos como unidade de obra que garantem a impermeabilização das coberturas, terraços e telhados do edifício, danificados em consequência de erros de projeto, defeito dos materiais, ou na execução dos mesmos, *sempre que tenha dado lugar à manifestação de um dano material produzido por água*», o que, em rigor, não era o caso.

Assim se vê que o clausulado no contrato de seguro de danos em causa nos presentes autos nunca poderia abranger o tipo de danos alegados pelos Auto-

res, pelo que também nesta sede sempre improcederia a pretensão formulada contra a Ré seguradora.

3. CONCLUSÕES

A decisão do Tribunal *ad quem*, do ponto de vista da absolvição das Rés cooperativa e seguradora, não merece, quanto a nós, qualquer reparo.

Por um lado, porque a natureza jurídica da atribuição de um fogo pela cooperativa aos seus cooperadores não nos desperta já quaisquer hesitações, no sentido em que as particularidades que envolvem este negócio justificam a aplicação de um especial regime de compra e venda, no âmbito do qual é de afastar a responsabilidade da cooperadora enquanto vendedora dos imóveis, perante os cooperadores e compradores, pelos defeitos verificados nos mesmos.

Por outro lado, se esta circunstância, já de *per se*, apontaria para a ilegitimidade passiva da Ré seguradora, com a qual a cooperativa havia celebrado um contrato de seguro de danos para a cobertura dos riscos relacionados com as ditas moradias, a verdade é que, do clausulado no dito contrato, não se vislumbra qualquer suposto que permitisse ao Tribunal considerar os danos em causa nos presentes autos como cobertos pelas respetivas apólices.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 293-306

**O SEGREDO BANCÁRIO E O DIREITO À
INFORMAÇÃO NAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO**
Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de março de 2012

Mariana PINHEIRO DE ALMEIDA

Assistente Convidada do Departamento de Direito do

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

mariana.pinheiro.almeida@gmail.com

1. APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO

O cooperador, membro de uma cooperativa de crédito agrícola, propôs contra esta última uma ação declarativa com vista ao reconhecimento do direito a obter a identificação completa de todos os membros da cooperativa, através da lista com os seus nomes e moradas, com o intuito de os poder contactar e dar a conhecer o seu programa eleitoral, no âmbito das eleições para os órgãos sociais da referida cooperativa no tocante ao triénio 2012/2014.

Ora, o núcleo central de debate concentra-se no alcance do direito à informação de que é titular o cooperador, face à aplicabilidade, no caso concreto, do sigilo bancário defendido pela cooperativa de crédito.

Neste enalço, o Tribunal da Primeira Instância julgou a ação procedente, condenando a cooperativa a prestar a informação solicitada pelo cooperador com uma antecedência mínima de dois meses com referência à data das eleições.

A Ré (aqui cooperativa), discordando da mencionada decisão, dela inter pôs recurso para o Tribunal da Relação de Évora, que, da mesma forma, considerou o referido recurso totalmente improcedente, como veremos.

2. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA, DE 22 DE MARÇO DE 2012

Antes de procedermos à apreciação jurídica dos temas nucleares presentes na decisão jurisprudencial em análise, cumpre apreciar os factos e a aplicação do direito aos mesmos, mediante um breve resumo da situação relatada.

A Ré é uma cooperativa de responsabilidade limitada que tem como objeto o exercício de funções de crédito agrícola em favor dos seus associados e a prática de demais atos inerentes à atividade bancária. Por sua vez, o autor é cooperador, associado da Ré.

Ora, em maio de 2008, o Autor decidiu concorrer às eleições para integração dos órgãos sociais da Ré, dirigindo-lhe assim uma missiva onde peticionava os seguintes elementos: «a) lista completa dos cooperadores, atualizada, com identificação dos mesmos, designadamente com as respetivas moradas; b) regulamento eleitoral».

Nesse seguimento e em resposta ao peticionado pelo Autor, a Ré respondeu negativamente com as seguintes fundamentações: *«Relativamente à alínea a) da sua carta informamos de que, em nossa opinião, não será possível disponibilizar à revelia dos restantes cooperadores, a solicitada lista completa daqueles com identificação e morada, uma vez que a disponibilização de tais elementos não se encontra prevista nem nos Estatutos da Caixa, nem no Código Cooperativo e nem sequer no Código das Sociedades Comerciais (ex-vi art. 9.º do Código Cooperativo). Trata-se de informação que não é de carácter público pelo que a sua divulgação se traduzirá numa intromissão da vida privada de cada Cooperador, protegida pela Constituição da República Portuguesa.»*

Mais referiu que uma vez não regularizadas as dívidas decorrentes de empréstimos concedidos pela Cooperativa ao Autor, o mesmo não estaria em condições de elegibilidade para a integração dos seus órgãos sociais, tendo em consideração o art. 17.º, n.º 1, dos Estatutos.

A esta última afirmação, o réu contestou, invocando o pagamento e regularização das suas dívidas após a eleição dos órgãos sociais para o triénio 2009/2011.

Proposta a ação por parte do Autor cooperador para reconhecimento do direito de acesso às informações solicitadas, a questão controvertida centrou-se essencialmente sobre o art. 33.º, n.º 1, alínea c) do Código Cooperativo, que consagra o direito dos cooperadores a requerer informações aos órgãos

competentes da cooperativa e examinar a escrita e as contas da cooperativa nos períodos e nas condições que forem afixadas pelo estatuto, pela assembleia-geral, ou pela direção, em contraponto com o art. 78.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei 298/92, de 31 de dezembro, que estabelece o regime aplicável ao sigilo bancário e que, alegadamente, legitima a cooperativa a recusar a concessão de informações sobre os seus sócios cooperadores.

Trataremos, assim, de analisar as questões supra referidas.

3. DO SEGREDO BANCÁRIO NAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO

Em primeiro lugar, cumpre-nos realizar uma breve introdução referente às cooperativas de crédito, para melhor compreensão da aplicabilidade do sigilo bancário às referidas instituições.

As Caixas de Crédito Agrícola encontram-se reguladas pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, que de acordo com o seu art. 1.º, aprova o regime jurídico do crédito agrícola mútuo, anexo ao mencionado diploma (o regime jurídico do anexo enunciado, entretanto alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 230/95, de 12 de setembro, 320/97, de 25 de novembro, 102/99, de 31 de março, 201/2002, de 26 de setembro, 76-A/2006, de 29 de março e 142/2009, de 16 de junho).

De acordo com o art. 1.º do Anexo do Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, as caixas de crédito agrícola mútuo são instituições de crédito, sob a forma cooperativa, cujo objeto consiste no exercício de funções de crédito agrícola em favor dos seus associados, bem como a prática dos demais atos inerentes à atividade bancária.

Uma nota sobre a relevância das cooperativas de crédito. Estas poderão constituir-se como motores de desenvolvimento das populações ligadas à atividade agrícola integradas em mercados regionais rurais, encorajando a sua permanência nos seus locais de origem, concomitantemente reduzindo o tendencial fluxo migratório para as cidades, ou seja, facilitando a tão necessária sustentabilidade territorial, aspiração que se torna mais evidente em ocasiões marcadas por forte instabilidade económica e desagregação do tecido social, como a que se vive atualmente.

A este respeito Paula Cabo e João Rebelo (em *Análise da insolvência das cooperativas de crédito agrícola*, Fórum CIMO, Ciência e Desenvolvimento 2011, Bragança, 20 e 21 de novembro) referem que «o acesso ao crédito agrí-

cola tem particular relevância no presente contexto do desenvolvimento agrícola e rural, especialmente dada a elevada dependência de produtos alimentares importados e a atual crise da dívida soberana. Aqui as Caixas Agrícolas têm um papel fundamental a desempenhar. A sua natureza cooperativa e a abordagem de negócio única fazem das Caixas de Crédito Agrícola uma força poderosa para a recuperação económica nacional, funcionando como fator de estabilização no setor bancário e impulsionador do desenvolvimento local, particularmente naquelas regiões cuja economia local é suportada pela agricultura [...] as cooperativas de crédito contribuem para inclusão nos circuitos financeiros de determinados públicos que têm dificuldades de acesso aos mesmos. Esta inclusão é feita, quer a nível social, servindo os estratos sociais mais baixos, quer a nível territorial ao estarem presentes em zonas economicamente desfavorecidas [...]. A importância real das caixas de crédito agrícola está assim enraizada na sua abordagem de negócios única, notável pela sua proximidade às comunidades em que estão inseridas, sendo uma força impulsionadora do desenvolvimento local e regional [...].»

Por este motivo, as caixas de crédito agrícola encontram-se submetidas não só a um regime próprio, já anteriormente mencionado: a sua regulação tem também por base o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, sucessivamente alterado por inúmeros diplomas ao longo dos anos, e mais recentemente pelos Decretos-Lei n.ºs 18/2013, de 6 de fevereiro e 63-A/2013, de 10 de maio) e o Código Cooperativo (cfr. art. 2.º, sob a epígrafe direito subsidiário, do Anexo 1 do Decreto-Lei 24/91, de 12 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei 230/95, de 12 de setembro).

De facto, o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/95, de 12 de setembro), vem consagrar o direito subsidiário esgrimido nos termos acima expostos. De acordo com José António Rodrigues, (*Código Cooperativo, Anotado e Comentado, Legislação Cooperativa*, Quid Juris, 2011, p. 286), «o direito subsidiário enunciado nesta norma não se encontra hierarquizado, mas sim dividido por dois campos de aplicação: o negócio das caixas de crédito agrícola mútuo — ao qual se aplica subsidiariamente o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras — e o domínio institucional e organizacional, inerente à natureza da pessoa coletiva — ao qual se aplica subsidiariamente o Código Cooperativo e demais legislação cooperativa».

Neste contexto, uma das questões debatidas no Acórdão relaciona-se com o segredo bancário e sua aplicabilidade ao caso concreto.

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) regula o processo de estabelecimento e o exercício da atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras (art. 1.º, 1 RGICSF), sendo certo que, de acordo com o art. 3.º do referido diploma, são consideradas instituições de crédito a Caixa Central de Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo.

Por este motivo, e a título subsidiário, serão aplicadas as regras constantes do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras às Cooperativas de Crédito (cfr. art. 2.º, sob a epígrafe direito subsidiário, do Anexo 1 do Decreto-Lei n.º 24/91, de 12 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/95, de 12 de setembro). Consequentemente, inexistindo qualquer regulamentação naquilo que ao segredo bancário diz respeito no diploma que especialmente as regula, deverão ser aplicadas as regras constantes dos artigos 78.º e 79.º do RGICSF.

A respeito do segredo bancário em Portugal, António Menezes Cordeiro (em o *Manual do Direito Bancário*, Almedina, 2006, pp. 259 e ss.) refere que a «história mostra que a consagração em lei forma do segredo bancário ocorre por via de crises ou de graves agressões à deontologia e à arte da banca. Admitimos que a popularização da banca, tenha também contribuído para isso. Num cenário de estreito relacionamento pessoal entre o banqueiro e o cliente, o segredo era evidente: mal haveria que reafirmá-lo. A massificação perturbou esse esquema. Por um lado, o banqueiro rodeia-se de empregados de formação diversa, todos com acesso, real ou potencial, aos segredos da profissão. Por outro, a própria multiplicação dos clientes gera um ambiente de descuido e de desconsideração pela pessoa de cada um».

O segredo bancário consiste assim na obrigação imposta às entidades bancárias e seus órgãos de administração, seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional, de guardar reserva relativamente aos dados económicos e pessoais dos seus clientes que lhes advenham das relações bancárias com estes estabelecidas.

É assim um dever decorrente da especial relação de confiança estabelecida entre as sociedades financeiras e instituições de crédito com os seus clientes.

De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de dezembro de 2012, «não é apenas um segredo das instituições de crédito e sociedades financeiras, mas um dever estabelecido em função de uma triplicidade de interesses. É, antes de mais, um segredo estabelecido em benefício da

própria atividade bancária, em que o «elemento» confiança assume uma relevância acrescida face a outras atividades económicas (elementos respeitantes à vida da instituição). É também, e em seguida, estabelecido em benefício dos cidadãos, clientes diretos das sociedades bancárias (relações destas com os seus clientes), neste âmbito se inserindo a primeira exceção acima referida. E é também, e por último, estabelecido em benefício dos terceiros que, como clientes indiretos (clientes da atividade embora não da instituição) se relacionam com a instituição bancária através dos seus clientes (outras operações bancárias).».

Não restam, por isso dúvidas, que a Ré, seus representantes e trabalhadores, enquanto instituição de crédito incluída no âmbito do art. 3.º do RGICSF estará submetida a este dever nos termos definidos no referido diploma, pela aplicação direta do direito subsidiário em virtude da ausência de estipulação de lei especial.

De todo modo, cumpre apreciar a viabilidade de tal argumento para fundamentar a omissão da informação dos nomes dos cooperadores quando solicitada por um dos membros/cooperadores da cooperativa.

De facto, decorre do art. 78.º, n.º 2 do RGICSF que *os nomes dos clientes, as contas de depósitos, seus movimentos e outras operações bancárias encontram-se sujeitos a segredo bancário.*

Ora, no caso em apreço, as informações solicitadas referiam-se à identidade dos cooperadores, também membros da Cooperativa, para efeitos de apresentação de um programa eleitoral.

A dificuldade verificada é a de que a qualidade de cooperadores, no caso em concreto, confunde-se com a de «cliente», tendo em consideração a delimitação do objeto negocial da cooperativa de crédito agrícola, como anteriormente referimos — instituições de crédito, sob a forma cooperativa, cujo objeto é o exercício de funções de crédito agrícola em favor dos seus associados, bem como a prática dos demais atos inerentes à atividade bancária.

Alberto Luís (em *O Segredo Bancário em Portugal*, Livros e Temas, acessível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Luis81.pdf) refere que «por cliente tem de entender-se não só aquele que realiza operações no banco, mas também todo aquele que entra com ele em relações pré-negociais não chegadas a bom termo e em resultado das quais o banco ficou a dispor de um conjunto de informações sobre a pessoa, seus bens e negócios — informações

que pertencem à esfera da sua vida privada e que ela própria não deseja ver divulgadas».

Ora, em primeira instância poderíamos concluir que o segredo bancário poderia assim ser oponível ao cooperador na medida em que, em abstrato, a cooperativa sempre estaria a disponibilizar dados dos seus clientes, também cooperadores.

Contudo, duas razões se levantam perante o referido postulado: o art. 79.º do RJICSF, bem como os princípios subjacente à atividade cooperativa. Trataremos de dedicar o nosso estudo a uma breve referência a estas limitações do sigilo bancário no âmbito cooperativo.

3.1. As exceções ao dever de segredo (art. 79.º do RGICSF) e os princípios enformadores das cooperativas

O art. 79.º do RGICSF, designadamente, o seu n.º 2, alínea f) refere que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo.

A este respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de maio de 2012 (Relator Vieira e Cunha), entendeu que, se se verificar uma situação global que faz ao sigilo perder o seu alcance, designadamente por força dos princípios constitucionais do direito à tutela jurisdicional efetiva (arts. 20.º, n.º 1, 1.ª parte e 4 parte final CRP) ou do direito à proporcionalidade ou à proibição do excesso (espelhados no art. 18.º, n.º 2 da CRP) existe, em boa verdade, «outra disposição legal que expressamente limita o dever de segredo» na exegese do disposto no art. 79.º, n.º 2, alínea f) do RGIC.

Do mesmo modo, ponderamos que perante uma situação casuística de natureza cooperativista, o sigilo possa perder o seu alcance por força dos princípios cooperativos que estão em causa, que enformam toda estrutura e caracterização das cooperativas e que se encontram constitucionalmente protegidos (art. 61.º, n.º 2 da CRP) integrando, assim, o âmbito e alcance do art. 79.º, n.º 2, alínea f) do referido diploma.

De facto, a respeito das cooperativas de crédito, Roberto Couto Calviño sublinhou (em «As cooperativas de crédito: determinação do seu regime legal e de registo a partir da doutrina resultante do Acórdão do Tribunal Constitucional 291/2005, de 10 de novembro», *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Coordenação Geral Deolinda Aparício Meira, IN-CM 2012), que o facto de

constituírem um tipo concreto destas [Sociedades Cooperativas e Entidades de Crédito] singularizando-se quanto ao seu objeto ou atividade, concretizado em servir as necessidades de financiamento dos seus sócios e de terceiros mediante o exercício dessa atividade de intermediação indireta no crédito [...] não deverá determinar a perda dos seus caracteres gerais cooperativos.

Ora, a Lei 52/96, de 7 de setembro (alterada pelo Decreto-Lei n.º 343/98, de 6 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 131/99, de 21 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 108/2001, de 6 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 204/2004, de 19 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março), aplicável às cooperativas de todos os graus e às organizações afins cuja legislação especial para ele expressamente remeta (art. 1.º da Lei 57/96 de 7 de setembro), consagra no seu artigo 3.º os princípios cooperativos de onde decorre, entre outros, o princípio da gestão democrática pelos membros (art. 3.º, 2) e o da autonomia e independência (art. 3.º, 4.º).

De acordo com o primeiro dos princípios referidos, «as cooperativas são organizações democráticas geridas pelos seus membros, os quais participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos membros que os elegeram [...].

Decorre deste princípio uma ideia de participação ativa por parte dos seus membros no seio da cooperativa, que só poderá obter alcance pleno através do acesso a toda a informação e esclarecimentos inerentes ao seu funcionamento.

Por sua vez, o princípio da autonomia e independência previsto no referido diploma consagra, expressamente, que as cooperativas são organizações autónomas de entejuda, controladas pelos seus membros.

Ora, perante o aresto em análise a questão impõe-se: como poderão os membros de uma cooperativa controlar a organização e participar nela ativamente sem que lhes seja possível aceder à identificação dos restantes membros, principalmente quando o interesse nessa identificação relaciona-se com o princípio da gestão democrática de acesso às políticas e tomadas de decisão das cooperativas?

Em nosso entender, a resposta a esta questão encontra-se na própria exceção ao segredo bancário, previsto no art.º 79.º, n.º 2, alínea f) do RGICSF. De facto, ainda que deixe de existir uma norma legal que literalmente afaste a aplicabilidade do sigilo bancário em caso de preterição dos princípios coope-

rativos, ela decorre expressamente da Constituição da República Portuguesa, designadamente do art. 61.º, 2.

Tal como anteriormente referimos, o art. 61.º, n.º 2 da CRP consagra que «a todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos». De certa forma, o legislador deu uma especial ênfase aos princípios cooperativos que, sob o ponto de vista global, serão aptos a afastar o sigilo bancário, se assim a organização e funcionamento do universo cooperativo o exigirem.

Não será, por isso, legítimo exigir de um cooperador que renuncie aos seus direitos decorrentes dos princípios cooperativos constitucionalmente protegidos em ordem a obedecer ao segredo bancário, cuja aplicabilidade é restrita aos «clientes» da cooperativa e não aos seus membros.

No mesmo sentido decidiu, a nosso ver, positivamente, o acórdão *sub judice* ao estabelecer que «o facto de a cooperativa exercer a atividade bancária não obsta a que ao que ora se deixou dito, pois que no exercício dessa concreta atividade, o que a cooperativa não poderá revelar é o nome dos seus clientes, ou quaisquer elementos bancários referentes aos mesmos [...]. É certo que as qualidades de cooperador e de cliente podem coexistir na mesma pessoa, mas esse facto não pode obstar ao direito dos cooperadores de se conhecerem entre si, tendo em atenção o papel que lhes cabe no funcionamento da cooperativa, sendo certo que a cooperativa quando presta a informação sobre a identidade de um cooperador, não está a violar qualquer sigilo de cariz bancário, dada a natureza distinta de cooperador e de cliente».

O presente acórdão, apesar de salvaguardar os princípios cooperativos inerentes à presente situação, optou por afastar a aplicabilidade do sigilo bancário aos cooperadores na medida em que os mesmos não poderão ser considerados clientes para os efeitos do art. 78.º, n.º 2, do RGICSF.

Embora concordando com o teor da sentença, aceitamos a fragilidade da figura cooperador/cliente e somos do entendimento de que, dada a proteção constitucional dos princípios cooperativos em causa, poderá aqui suscitar-se uma eventual exceção ao segredo bancário previsto no art. 79.º, n.º 2, alínea f) do RGICSF, por força do art. 61.º, n.º 2 do CRP e do art. 3.º do Código Cooperativo.

3.2. O direito à informação nas cooperativas de crédito.

O direito à informação no Código Cooperativo vem previsto no art. 33.º, n.º 1, alínea c). De acordo com o referido preceito «os cooperadores têm direito a requerer informações aos órgãos competentes da cooperativa e examinar a escrita e as contas da cooperativa nos períodos e nas condições que forem fixadas pelos estatutos, pela assembleia-geral ou pela direção».

Este direito tem sido alvo de várias análises por parte da doutrina, na medida em que a sua redação se apresenta muito aquém daquilo que o atual universo cooperativista exige.

De facto, tendo em consideração o crescimento destas organizações, fácil será compreender que, embora isentas de qualquer intuito lucrativo, cada vez mais as Cooperativas se aproximam da forma de organização empresarial das sociedades comerciais.

Helena Salazar (em *Jurisprudência Cooperativa Comentada, Obra Coletiva de Comentários a Acórdãos de Jurisprudência Portuguesa, Brasileira e Espanhola*, Coordenação Geral Deolinda Aparício Meira, IN-CM, 2012, pág. 349) sublinha que «o direito à informação representa, nos dias de hoje, a possibilidade de acesso do cooperador a uma série de conhecimentos essenciais e relevantes para garantir, em especial, o acompanhamento permanente e próximo da atividade da cooperativa, contribuindo para a efetivação do princípio cooperativo da gestão democrática pelos seus membros, extravasando claramente a mera função de informar o sócio de modo a exercer periódica e conscientemente o seu direito de voto.»

Ora, o art. 9.º do Código Cooperativo estabelece o direito subsidiário aplicável às cooperativas mediante a existência de lacunas: «para colmatar as lacunas do presente Código que não o possam ser pelo recurso à legislação complementar aplicável aos diversos ramos do setor cooperativo, pode recorrer-se, na medida em que não se desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às Sociedades Anónimas.»

Pelo que cumprirá compreender o alcance da informação requerida pelo Autor (cooperador) e saber até que ponto o Código das Sociedades Comerciais (CSC) não poderia, à partida, sustentar este direito.

Nas sociedades anónimas o direito dos sócios à informação manifesta-se por dois modos: «como *direito à informação em sentido estrito* — poder de o sócio colocar questões à sociedade (ao órgão de administração, normalmente)

sobre a vida social e de exigir que ela responda verdadeira, completa e elucidativamente (art. 290.º e 291.º do CSC); como *direito de consulta* — poder de o sócio exigir à sociedade (ao órgão de administração) a exibição dos livros de escrituração e de outros documentos sociais para serem examinados (arts. 288.º e 289.º CSC).» (Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28.10.2009).

No caso *sub judice*, inclinar-nos-íamos para associar o direito à informação da identificação dos sócios, para efeitos da apresentação de um programa eleitoral, como enquadrado no direito à informação em sentido estrito na medida em que se trata de um direito sobre a vida social da sociedade.

Na verdade, tendo em consideração os princípios já referenciados, que norteiam a constituição de uma cooperativa, designadamente o princípio da gestão democrática, fácil seria demonstrar que a informação relativa aos cooperadores com o intuito de apresentar o programa eleitoral caberia no direito à informação sobre os assuntos sociais, sustentado pelo art. 291.º do CSC, *ex vi* art. 9.º do Código Cooperativo.

Contudo, a decisão jurisprudencial acabou por recorrer a um exercício seguro de decomposição do preceito que consagra o direito à informação dos cooperadores, constante do art.º 33.º, n.º 1, alínea c) do Código Cooperativo.

De facto, de uma análise atenta ao referido normativo resulta que o mesmo é constituído por duas partes essenciais:

i) O direito dos cooperadores a requerer (qualquer informação) aos órgãos competentes.

ii) O direito de os cooperadores examinarem a escrita e as contas da Cooperativa nos períodos e nas condições que forem fixadas pelos estatutos, pela assembleia-geral, ou pela direção.

Refere o acórdão que «a norma citada não esclarece o conteúdo desse direito à informação» — *de requerer informações aos órgãos competentes da cooperativa* — «mas pelo teor da sua segunda parte, que se refere à escrita e às contas, tem que concluir-se que esse conteúdo terá que ser definido de forma muito mais abrangente do que seria a mera referência a esses elementos contabilísticos. Julgamos que o conteúdo do direito à informação tem que encontrar-se com recurso aos chamados princípios cooperativos, a que alude o art. 61.º, n.º 2, da CRP, considerando o disposto no art. 3.º do Código Cooperativo» [...].

Pelo que, de acordo com a referida interpretação, fácil será admitir que o direito à informação da identificação dos cooperadores, por parte de um cooperador, sempre se integrará no conteúdo genérico da primeira parte do art. 33.º, n.º 1, alínea c) do Código Cooperativo.

A nosso ver, contudo, esta interpretação poderá ser de alguma forma perigosa tendo em consideração o direito subsidiário referenciado.

Como vimos, para colmatar as lacunas do Código Cooperativo que não o possam ser pelo recurso à legislação complementar aplicável aos diversos ramos do setor cooperativo, pode recorrer-se, na medida em que não se desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às Sociedades Anónimas.

Ora, uma vez que o art. 33.º, n.º 1, alínea e), não concretiza o direito à informação dos cooperadores quando estabelece o momento *de requerer informações aos órgãos competentes da cooperativa*, parece-nos viável que tal concretização seja alcançada por recurso ao direito à informação mínima ou ao direito coletivo à informação concedidos aos acionistas, no âmbito de uma sociedade anónima (arts. 288.º do CSC e 291.º do CSC).

E nessa base, sempre seria obrigatório encontrar o alcance do direito à identificação dos cooperadores no âmbito de alguns dos referidos preceitos.

É, contudo, verdade, que se fosse essa a base de legitimação de recurso a esse direito, o cooperador em deveria ter recorrido a meio processual diferente — designadamente ao inquérito judicial previsto no art. 292.º do CSC.

Refere o referido normativo que «o acionista a quem tenha sido recusada informação ao abrigo dos artigos 288.º e 291.º do CSC, ou que tenha recebido informação presumivelmente falsa, incompleta, ou não elucidativa, pode requerer ao tribunal inquérito à sociedade».

Dito de outro modo, uma vez que o cooperador não invocou qualquer um dos normativos em causa para requerer as informações pretendidas, não preenchia, de facto, os pressupostos essenciais para a efetiva utilização do inquérito judicial.

O relator, no presente caso, bastou-se em concretizar o referido direito à informação do cooperador, através dos princípios inerentes à existência e funcionamento de uma Cooperativa, o que, a nosso ver, poderá ser alvo de alguma crítica face aos argumentos supra expostos.

De todo o modo, é nossa opinião que os princípios cooperativos não poderão ser negligenciados de ânimo leve e que poderão, de facto, fundamentar várias situações que se encontram padecidas de regulamentação, neste âmbito, nomeadamente, como anteriormente referimos, o facto de não ser possível, a nosso ver, opor aos cooperadores o sigilo bancário face a informações relacionadas com a estrutura e os «assuntos sociais» da Cooperativa.

4. CONCLUSÃO

O comentário ao acórdão apresentado teve em vista a análise de matérias que ainda padecem de alguma uniformização naquilo que à regulamentação cooperativa diz respeito.

Em nosso entendimento, tanto o Tribunal de 1.^a instância como o Tribunal da Relação de Évora proferiram decisões acertadas naquilo que ao direito à informação de um cooperador diz respeito.

O sigilo bancário, embora se aplique também às Cooperativas de Crédito Agrícola, uma vez que as mesmas assumem a natureza dual — instituições financeiras e entidades cooperativas — a nosso ver nunca poderá ser oponível aos cooperadores de forma a legitimar a recusa de informação relativamente à lista de identificação dos restantes cooperadores

Isto porque, pese embora os cooperadores se confundam na natureza de clientes da Cooperativa (e por isso ser, de alguma forma sustentável, o facto de estarem protegidos pelo sigilo bancário previsto no art.78.º do RGICSF), são pessoas que contribuem para a formação e constituição da cooperativa, tendo por isso legítimas expectativas de nela participar de forma plena ao abrigo do princípio de gestão democrática, expressamente ditado pelo art. 3.º do Código Cooperativo.

Por esse motivo, não poderá o direito à informação estabelecido no art. 33.º, n.º 1, alínea c) do Código Cooperativo ser preterido em prol de um direito que visa essencialmente proteger os clientes de uma Cooperativa, que nela não participam. Até porque isso significaria violar os princípios fundamentais que lhes estão subjacentes e consequentemente a protecção que lhes é constitucionalmente conferida pelo art. 61.º, n.º 2 da CRP.

Reiteramos, por isso, a nossa convicção de que o Autor no presente litígio teria todo o direito a aceder à informação sobre os nomes dos restantes cooperadores da Cooperativa, desde que sejam salvaguardadas as informações

relacionadas com os negócios particulares celebrados entre os Cooperadores e Cooperativa, na sua qualidade de clientes da instituição de crédito.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 307-313

DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO-PROMESSA ENTRE UMA COOPERATIVA E UM SÓCIO

Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 29 de março de 2012

Catarina PROENÇA

*Equiparada a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Porto
cat.mbproenca@sapo.pt*

Raul GUICHARD

*Professor Coordenador da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Porto
raulguichard@yahoo.es*

DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

O Acórdão que nos propomos analisar, relatado pelo Desembargador Conde Brás, suscita problemas relacionados com a natureza jurídica do acordo celebrado entre um sócio e uma cooperativa de habitação, acordo esse que permitiu ao primeiro passar a ocupar um fogo, mediante o pagamento de quantias mensais previamente estabelecidas.

Temos por objetivo abordar a questão, desde há muito debatida na doutrina — e também já nas páginas desta revista mais de uma vez abordado — e na jurisprudência, da possível aplicação do tipo civil «compra e venda» aos acordos de transmissão de habitação celebrados entre a cooperativa e um dos seus sócios, e, subsequentemente, colocar o problema da viabilidade da existência de um contrato promessa como contrato preliminar e consequente consideração como sinal das quantias prestadas periodicamente pelo sócio à cooperativa.

O regime da transmissão de fogos no âmbito cooperativo está regulamentado no DL n.º 502/99, de 19 de novembro e, apesar de este diploma legal contemplar expressamente a possibilidade de celebração de compras e vendas entre cooperativas e cooperantes, é omissivo quanto à possibilidade de conclusão de contratos preliminares, mormente, de um contrato promessa de compra e venda.

Ora, e tendo por referência o caso que nos propomos analisar, o Tribunal da Relação de Évora considerou não ser possível a celebração de tais contratos, prévios à transmissão da propriedade, por não se coadunarem com o tipo de relações estabelecidas no âmbito cooperativo. A argumentação do tribunal vai no sentido de remeter para a esfera exclusiva das relações estabelecidas entre cooperativas e cooperadores os contratos através dos quais as cooperativas atribuem fogos aos cooperadores, considerando, ainda, ser de negar a aplicação do regime civilístico por ser muito difícil de operar com o artigo 442.º do Código Civil, *maxime*, reconduzindo ao conceito de sinal as prestações mensais.

DESCRIÇÃO DO LITÍGIO

Em 1999, ao abrigo do «Programa Z», foi celebrado um acordo entre uma cooperativa de habitação e um sócio, mediante o qual este último se comprometeu a adquirir um fogo destinado a habitação própria. Em virtude de tal atribuição, o sócio vinculou-se ao pagamento de uma quantia mensal previamente estabelecida, a título de autofinanciamento, tendo efetivamente pago as quantias correspondentes aos meses de outubro de 1999 a agosto de 2001, no montante global de € 6 584,13.

Acontece que, em junho de 2001, o sócio solicitou à cooperativa autorização para realizar umas obras exteriores, tendo-as iniciado após concessão da mesma. Posteriormente, a cooperativa de habitação enviou-lhe uma carta informando ter tomado conhecimento de que a garagem da habitação própria, que lhe fora atribuída, não estava a ser utilizada com a finalidade invocada pelo sócio (as ditas obras), exigindo assim, a entrega das chaves no prazo máximo de 48 horas. Mais, advertiu que a não verificação dessa entrega, determinaria a alteração da correspondente fechadura (o que efetivamente aconteceu em julho de 2011). Ainda no dia 17 do mês de julho, o sócio informou verbalmente a cooperativa da aprovação por uma instituição bancária da concessão de crédito necessário à aquisição do imóvel, bem como da necessidade de efetivação do registo prévio da hipoteca a favor dessa instituição, entregando

para o efeito toda a documentação necessária. Mais tarde, e com data de 5 de setembro de 2011, o sócio enviou uma carta, dando conhecimento à cooperativa que, após a comunicação verbal de julho, deixava de ter qualquer tipo de responsabilidade pela não efetivação da escritura pública, não aceitando o débito de quaisquer quantias a partir de então, e demonstrando a intenção de responsabilizar a cooperativa pelos danos sofridos em virtude da recusa injustificada na realização da escritura pública. Consequentemente, em setembro, a cooperativa enviou uma carta ao sócio expondo que lhe iria ser instaurado um processo disciplinar com fundamento na utilização indevida do prédio em apreço, ficando, ainda, suspenso do exercício de qualquer tipo de faculdade correspondente à posição que ocupava.

Posteriormente a estes eventos, o sócio instaurou uma ação declarativa sob a forma de processo ordinário no 1.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca de Évora, onde alegou ter sido celebrado com a cooperativa um contrato promessa de compra e venda do fogo, peticionando uma indemnização no montante de € 17 492,86 e respetivos juros, por perda do interesse na celebração do dito contrato, ou alternativamente, a devolução das quantias, com natureza de sinal, que tinha entregue à cooperativa ao longo do tempo e que perfaziam uma globalidade de € 6 584,13 e juros.

O tribunal *a quo* pronunciou-se no sentido de não haver sido celebrado qualquer contrato promessa, entre as partes, não tendo, consequentemente, as quantias pagas a natureza de sinal e, afirmando pelo contrário, a existência de uma relação própria entre a cooperativa e o cooperador. Deste modo, não considerou a Ré responsável pela mora ou incumprimento na celebração do contrato de compra e venda, absolvendo-a dos pedidos.

Da decisão da Primeira Instância, o Autor interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Évora, alegando, em síntese, que as quantias por ele prestadas revestiam a natureza de sinal, pelo que teria direito à restituição do dobro, por incumprimento, ou seja, não celebração do contrato prometido por parte da apelada, e afirmando que terá sido devido à culpa desta última (suspensão das funções de sócio e instauração do procedimento disciplinar) que a escritura pública não foi realizada. Por seu lado, a Ré, contra-alegou, dizendo, resumidamente, que seria de manter a decisão recorrida, por não ter sido celebrado qualquer contrato promessa entre as partes, não tendo, por esse motivo, os montantes pagos a natureza de sinal, e a não realização do contrato definitivo se dever, exclusivamente, à culpa do Autor.

O tribunal *ad quem* confirmou a sentença da Primeira Instância, reiterando que não tem aplicação o regime legal do contrato promessa, por se tratar de um acordo pertencente ao foro das relações estabelecidas entre cooperativa e cooperadores, acordo esse sujeito a um regime próprio.

ANÁLISE JURÍDICA DO PROBLEMA

Como já referimos, o Acórdão suscita a importante e controversa questão de saber qual a natureza jurídica do vínculo estabelecido entre uma cooperativa e um sócio, através do qua, a primeira permite ao segundo o acesso a uma habitação, mediante o pagamento de uma série de prestações mensais previamente fixadas e correspondentes à amortização do custo da habitação.

Antes de analisarmos juridicamente o acordo celebrado, vamo-nos referir, ainda que de forma sucinta, à possibilidade teórica da celebração de um contrato de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio (tema por nós abordado de forma mais desenvolvida em «Da possibilidade da celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio», *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Dir. Geral Deolinda Aparício Meira, IN-CM, Lisboa, 2012, pp. 529 a 535). Para verificar se a compra e venda se adequa a este tipo de acordos, é necessário refletir sobre o preenchimento dos elementos daquele contrato e ter ainda em conta as especificidades do regime das cooperativas de habitação, consagradas pelo legislador no Regime Jurídico das Cooperativas de Habitação e Construção (doravante designado por RJCHC).

A compra e venda é definida pelo artigo 874º do Código Civil como o acordo através do qual se transmite a propriedade de uma coisa ou de um direito, mediante um determinado preço (para mais desenvolvimentos sobre esta matéria ver Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Volume III Contratos em Especial*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 11 a 164). Tem como efeitos essenciais os descritos no artigo 879.º do Código Civil, sendo estes a transmissão da propriedade (a transferência da propriedade é o normal efeito imediato do contrato, mas, essa eficácia é diferida na compra e venda de coisas futuras, indeterminadas, de bens alheios, e ainda, na venda alternativa e na venda com reserva de propriedade), a obrigação de entregar a coisa (para o vendedor) e a obrigação de pagar o preço (para o comprador). Podemos, assim, concluir, que, para se verificar o tipo contratual «compra e venda», é suficiente a existência de um acordo no qual, mediante o pagamento de um preço e a entrega de um objeto, se transmite a propriedade.

Por seu lado, o RJCHC, no artigo 26.º, diz expressamente que a propriedade é transmitida para os cooperadores através de um contrato de compra e venda, e o artigo 27.º do mesmo diploma faz a ressalva de que o preço não pode exceder o custo do fogo para a cooperativa.

Da conjugação das duas regulamentações legais concluímos ser possível a celebração de uma compra e venda entre uma cooperativa e um sócio, na medida em que, verificando-se os elementos essenciais da mesma, nada obsta à aplicação deste tipo de contrato (neste sentido, Raul Guichard, «Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009», in *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, 2010-2011, pp. 253-260). Os acordos estabelecidos entre a cooperativa e o cooperador não deixam, pois, de abranger os elementos essenciais do tipo contratual «compra e venda», nem deixam de configurar uma relação negocial bilateral e sinalagmática, independentemente da qualidade específica do comprador e do vendedor e da circunstância de o preço estar «tabelado» (em sentido contrário, não admitindo a aplicação do regime da compra e venda ao âmbito cooperativo, ver Ana Afonso, «O problema da responsabilidade de cooperativa de habitação pelos defeitos de construção de fogo vendido a cooperador», in *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, 2009-2010, pp. 293-305, e Isabel Gemma Fajardo García, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Confederación de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, 1997, pp. 93 a 100.). Claro que, mesmo admitindo esta possibilidade, é importante referir que a compra e venda não deixa de ser dotada de certas especificidades decorrentes ou atinentes à qualidade dos contraentes (adotando a designação de uma *compra e venda cooperativa* como aliás foi por nós desenvolvido em *op. cit.* p. 534 e, neste sentido também Mariana Pinheiro de Almeida, «A aquisição de fogo por cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica», *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Dir. Geral Deolinda Aparício Meira, IN-CM, 2012, pp. 595 a 608).

Admitida semelhante possibilidade em termos gerais, há que analisar juridicamente o acordo submetido à apreciação do Tribunal, mediante o qual, com o pagamento de várias prestações mensais a título de autofinanciamento, era garantido a um sócio o direito de habitação de um fogo. A controvérsia reside na (im)possibilidade de recondução do acordo celebrado ao instituto jurídico do contrato-promessa, e para tal aproximação de regimes torna-se imprescindível analisar a definição e elementos deste último. Ora, nos termos do artigo 410.º, n.º 1, do Código Civil, contrato-promessa é a convenção através «da qual alguém se obriga a celebrar certo contrato». Vê-se assim, da definição

legal, que para haver um contrato-promessa (de compra e venda) é necessário que ambos os contraentes (no caso de estarmos perante um contrato bilateral) se vinculem a emitir declarações posteriores, declarações estas que no seu conjunto vão integrar o conteúdo do chamado contrato prometido (a própria compra e venda). O contrato-promessa, com uma extrema importância prática, insere-se no âmbito dos contratos preliminares, cuja execução irá desencadear a celebração de um contrato prometido, destacando-se este funcional e temporalmente do primeiro. De acordo com Menezes Leitão (ver *Direito das Obrigações, Volume I, Introdução, Da constituição das obrigações*, 8.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 214 a 218), a principal característica deste contrato reside no seu objeto, gerador de uma prestação de facto positivo, isto é, a obrigação de emitir uma declaração negocial correspondente ao negócio prometido, que se pode reportar a qualquer outro contrato, desde que, se demonstre a autonomia existente entre ambos (ver ainda Gravato Moraes, *Contrato-promessa em geral e contratos-promessa em especial*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 31).

Ora, atendendo novamente ao acordo *sub judice*, ou melhor, ao que nos é dado a conhecer da factualidade do mesmo, não é possível o seu enquadramento no instituto do contrato-promessa de compra e venda, já que não se vislumbra qualquer acordo preliminar, nem se encontram razões que permitam concluir por tal. O facto de um dos efeitos essenciais do contrato-promessa ser a futura celebração de um contrato prometido obsta, neste caso, à aplicação do seu regime, uma vez que a convenção celebrada previa que no final, com a celebração de uma escritura pública, a propriedade se transmitisse para a esfera jurídica do sócio (existindo, pois, um único acordo, translativo, embora com eficácia real diferida, e nunca um contrato preliminar). Parece que as partes não pretenderam na «atribuição do fogo» pactuar numa tradição, como convenção acessória de um hipotético contrato-promessa. Acresce, ainda, a circunstância de o legislador, no RJCHC, não ter feito qualquer referência à possibilidade de celebração de contratos promessa de compra e venda entre cooperativas e sócios.

Para além da denominação dada ao acordo, foi levantado o problema da recondução ao conceito de «sinal» das prestações mensais previamente fixadas. Nas palavras de Antunes Varela (ver *Das Obrigações em Geral – Volume I*, 10.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 311) «o sinal consiste na coisa (dinheiro ou outra coisa fungível ou não fungível) que um dos contraentes entrega ao outro, no momento da celebração do contrato ou em momento posterior, como prova da seriedade do seu propósito negocial e garantia do seu

cumprimento...», e pode ser previsto para os contratos preliminares como para os contratos definitivos. Assim, consideramos, salvo melhor opinião, que as prestações em causa não podem ser inseridas no conceito de sinal, por não terem como escopo a demonstração de uma intenção de vinculação, nem a prova de seriedade em celebrar o negócio jurídico, visando, pelo contrário, através da sua periodicidade, amortizar o custo do fogo em questão, de modo a que, no final do pagamento da última prestação ocorresse uma transferência da propriedade da cooperativa para o sócio.

Concluindo, pensamos que a convenção em discussão se traduz, como aliás já por nós foi defendido (ver *op. cit.* p. 535), num contrato *sui generis*, atípico, com o objetivo fundamental de, com a liquidação de todas as prestações mensais, conduzir a uma transferência da propriedade. Combina-se assim o regime de um direito à habitação, por parte do sócio, com uma expectativa de aquisição da propriedade do fogo. Sendo deste modo, a Relação de Évora terá decidido bem, embora com uma fundamentação sucinta ou mesmo insuficiente, ao negar provimento à pretensão do Autor e ao entender que o contrato em apreço, muito frequente no âmbito cooperativo, não se podia reconduzir à figura do contrato-promessa de compra e venda, mas que se tratava antes de uma «derivação exclusiva das relações jurídicas Cooperativa/Cooperadores», regida por preceitos próprios e com condições especiais que escapam às que regulam aquela figura legal.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 315-326

**A PARTICIPAÇÃO DO COOPERADOR NA ATIVIDADE
DE UMA COOPERATIVA AGRÍCOLA**
**Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação
de Coimbra de 17 de abril de 2012¹⁰⁰**

Deolinda APARÍCIO MEIRA

*Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto/CECEJ
meira@iscap.ipp.pt*

1. SÍNTESE DO LITÍGIO

A., cooperador, produtor de uvas, intentou uma ação declarativa contra uma Adega Cooperativa (doravante Ré), cooperativa que tem por objeto principal unificar, conservar, destilar, embalar e colocar no mercado as uvas provenientes das explorações dos seus cooperadores.

A., na qualidade de cooperador, entregou à Ré 14 214 kg de uvas no ano de 2003, e 17 866 kg no ano de 2004, conforme é seu dever nos termos do art. 15.º, n.º 2, al. a), dos Estatutos, os quais dispõem que «os cooperadores devem entregar à cooperativa a totalidade do produto da exploração objeto da cooperativa, com exceção das quantidades necessárias ao consumo familiar ou atividade profissional». A Ré, nas suas instalações, transformou tais uvas em vinho que, posteriormente, vendeu ou deu o destino que melhor serviu os seus fins.

¹⁰⁰ - Acórdão do *Tribunal da Relação de Coimbra*, proferido no Processo 37/11.4TBGVA.C1, disponível <http://www.dgsi.pt>, de que foi relator Moreira do Carmo.

Entre A. e a Ré existiu, por isso, uma transação, invocando A. que a Ré estaria obrigada a pagar-lhe o valor das uvas entregues por este e as respetivas bonificações, nos termos dos arts. 397.º, 398.º, n.º 1, 405.º, n.º 1, 406.º, n.º 1, do Código Civil. Assim, perante a recusa de pagamento, intentou uma ação declarativa de condenação contra a cooperativa, reclamando, em concreto, o valor das uvas do ano de 2003 (1 886,86 euros) e do ano de 2004 (3 308,56 euros), a que acresce uma bonificação de 2 613,25 euros, no que respeita às uvas de 2003, e de 3 575,45, no que respeita às uvas de 2004. Do valor das uvas tinham sido já deduzidas as despesas suportadas pela Adegas Cooperativa.

Estes valores foram reconhecidos e confirmados por um escrito particular assinado por um membro da Direção da cooperativa, datado de 30/11/2007.

O Tribunal de Primeira Instância absolveu a Adegas Cooperativa do pedido contra ela formulado pelo cooperador, entendendo que seria exigível uma deliberação da Assembleia geral nesse sentido. Efetivamente, considerou que o facto de não existir qualquer deliberação social quanto ao pagamento das uvas e das bonificações referentes aos anos de 2003 e 2004 desonerava a Adegas Cooperativa do pagamento do que for devido. Fundamentou esta sua decisão no facto de as cooperativas, à semelhança das sociedades, nascerem e serem regulamentadas com base na vontade dos seus cooperadores, expressa e formada nas assembleias gerais, sobrepondo-se a vontade coletiva à vontade de cada cooperador, individualmente considerada, à luz do princípio da gestão democrática pelos membros [art. 3.º do Código Cooperativo Português (*CCoop*)¹⁰¹].

Acrescentou o Tribunal de Primeira Instância que, em conformidade, nos estatutos da Ré se prevê que «os cooperadores têm direito a haverem parte nos excedentes com observância do que for deliberado na Assembleia geral» [art. 14.º, n.º 2, al. c), dos Estatutos].

O cooperador, inconformado com esta decisão, interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Coimbra, fundamentando-o nos seguintes argumentos:

- a) a Cooperativa reconheceu por confissão o valor económico do benefício obtido por A., relativo ao valor das uvas e respetiva bonificação, sendo

¹⁰¹ - Lei n.º 51/96, publicada em setembro de 1996 e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1997. O *Código Cooperativo* foi, entretanto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 343/98, de 6 de novembro; pelo Decreto-Lei n.º 131/99, de 21 de abril; pelo Decreto-Lei n.º 108/2001, de 6 de abril; pelo Decreto-Lei n.º 204/2004, de 19 de agosto; e pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

que o pagamento desta quantia tanto pode ser exigido judicialmente como extra judicialmente;

- b) tendo A. exigido judicialmente da Adega Cooperativa aquele pagamento e não tendo esta reunido nem a sua Direção nem a sua Assembleia Geral, no sentido de aprovar aquele pagamento e ou o pagamento das contas dos anos respetivos, não pode invocar judicialmente que o pagamento não é exigível por falta daquelas deliberações;
- c) competia à Adega Cooperativa alegar e provar que, reunidos os seus órgãos sociais para o efeito, tinha sido deliberado não aprovar as contas daqueles anos e deliberado não pagar os benefícios económicos dos seus cooperadores obtidos no mesmo período de tempo;
- d) as dificuldades económicas da Adega Cooperativa não podem justificar a ausência daquelas deliberações e, muito menos, o não pagamento daqueles benefícios;
- e) acresce que, tendo a Assembleia Geral da cooperativa aprovado o pagamento dos benefícios relativos ao ano de 2006, tal prova que a sua situação económica permitia o pagamento dos benefícios dos anos de 2003 e 2004, anos anteriores.

A argumentação de A. procedeu e o Tribunal da Relação revogou a sentença do Tribunal de Primeira Instância. Assim, considerou que não se pode pôr em causa a suscetibilidade de A. receber da Adega Cooperativa uma compensação proporcional à sua participação na atividade da cooperativa, o que resultaria, desde logo, do *Princípio cooperativo da participação económica dos membros*, consagrado no art. 3.º do *CCoop*. Sendo assim, a Adega Cooperativa estaria obrigada a pagar a A. o valor das uvas entregues por este e das respetivas bonificações. Para evitar esta obrigação, a Cooperativa teria de ter deliberado que tal pagamento não teria de ser feito definitivamente ou que foi deliberado o não pagamento temporariamente, deliberação que não existe.

Inexistindo nos estatutos da Ré cooperativa e no *CCoop* prazo para a cooperativa efetuar o pagamento das transações havidas com os respetivos cooperadores, nem estando previsto ou deliberado que tal prazo fica na dependência da vontade do devedor ou da possibilidade do pagamento do mesmo, a cooperativa fica obrigada ao pagamento daquele valor, após interpelação judicial ou extrajudicial.

2. OS DIREITOS E DEVERES DO COOPERADOR, DECORRENTES DA SUA PARTICIPAÇÃO NA ATIVIDADE DA COOPERATIVA

A situação fáctica subjacente a este Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra relaciona-se com as especificidades do objeto social da cooperativa e com os direitos e obrigações que decorrem da sua prossecução quer para o cooperador quer para a cooperativa. Concretamente, discute-se se o pagamento da contrapartida reclamada pelo cooperador pela entrega das uvas está dependente de uma deliberação da assembleia geral da cooperativa nesse sentido.

A noção de cooperativa consta do art. 2.º do *CCoop*, nos termos da qual serão cooperativas as «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreaajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles».

Desta noção resulta que a cooperativa:

- a) tem uma personalidade jurídica própria e distinta da de cada um dos seus membros (arts. 2.º, n.º 1 e 16.º do *CCoop*).
- b) tem uma natureza instrumental face aos cooperadores, no sentido de que não tem um fim próprio ou autónomo.

Nestes termos, a cooperativa surge como um instrumento de satisfação das necessidades individuais (de todos e de cada um) dos cooperadores. Assim, a cooperativa destina-se a operar com os seus membros, os quais participam na atividade que no seio da mesma se desenvolve. Por isso, se afirma que a cooperativa tem um escopo mutualístico. Neste sentido, o art. 34.º, n.º 2, al. c), do *CCoop*, estabelece que os cooperadores deverão «participar em geral nas atividades da cooperativa e prestar o trabalho ou serviço que lhes competir», pelo que o cooperador, diversamente do sócio de uma sociedade comercial, não estará apenas sujeito à obrigação de entrada para o capital social da cooperativa, mas também à obrigação de participar na atividade da mesma.

Esta relação entre o cooperador e a cooperativa é uma relação jurídica complexa, na qual se destaca, por um lado, a obrigação assumida pelo cooperador de participar na atividade da cooperativa e, por outro lado, a contra-prestação realizada pela cooperativa destinada à satisfação das necessidades daquele. A realização do objeto social da cooperativa implicará, por isso, que

os cooperadores forneçam ou prestem bens ou serviços à cooperativa. A este conjunto de fatores trazidos pelos cooperadores para a cooperativa, chama a doutrina *capital mutualístico* ou *massa de gestão económica*¹⁰².

No caso específico desta Adega cooperativa, o cooperador estaria vinculado a entregar-lhe a totalidade das uvas da sua exploração que aquela, nas suas instalações, transformaria em vinho, o qual posteriormente venderia ou ao qual daria o destino que melhor servisse os seus fins.

Esta obrigação de participação do cooperador na atividade da cooperativa surge, então, como o mecanismo básico para desenvolver o objeto social desta cooperativa.

Ora, destas relações estabelecidas entre o cooperador e a cooperativa no desenvolvimento da atividade mutualística decorrem posteriores negócios e obrigações sobre cuja natureza jurídica nem o Código Cooperativo nem os estatutos desta cooperativa se pronunciam. Contudo, tal qualificação reveste enorme relevância prática, uma vez que estes negócios apresentam especificidades que dificultam o seu enquadramento nas categorias jurídicas tradicionais. Assim, quando este cooperador entrega a sua produção agrícola à cooperativa, para que esta a transforme e comercialize, estamos perante um negócio jurídico de natureza especial, com várias especificidades resultantes: dos sujeitos que intervêm no negócio (a cooperativa e o cooperador); do ramo da cooperativa em questão (agrícola); do escopo mutualístico subjacente ao objeto social da cooperativa, traduzido na satisfação das necessidades dos cooperadores.

Perante o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência dividem-se entre duas teses. Por um lado, os que defendem a «tese contratualista», nos termos da qual estes negócios seriam externos ao vínculo cooperativo. Estar-

¹⁰² - Ver, neste sentido, Ver: ISABEL-GEMMA FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 78 e ss.; FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pp. 305 e ss.; e MANUEL PANIAGUA ZURERA, «Las Sociedades Cooperativas. Las Sociedades Mutuas de Seguros y las Mutualidades de Previsión Social», in: *Tratado de Derecho Mercantil* (dir. de MANUEL OLIVENCIA / CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA / RAFAEL JIMÉNEZ DE PURGA; coord. de GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ), Tomo XII, Vol. 1.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 83 e ss.. A expressão *massa de gestão económica* obteve maior êxito na doutrina do que a expressão *capital mutualístico*.

-se-ia, assim, perante contratos obrigacionais (de compra e venda, de mandato, de crédito, consoante o objeto da cooperativa), visando-se, através deles, a prossecução do escopo mutualístico. Desta forma, o cooperador surgiria na dupla condição de cooperador e contraente com a cooperativa. Por outro lado, os que defendem a «tese monista societária», segundo a qual tais obrigações e negócios subsumir-se-iam na relação cooperativa, sendo uma «dimensão» desta, pelo que corresponderiam a direitos e deveres estatutários, e estariam, por isso, submetidos, em primeira linha, às regras cooperativas constantes da lei, dos estatutos, dos regulamentos internos e das deliberações dos órgãos sociais.

São evidentes os efeitos práticos da adoção de uma ou de outra tese.

Assim, se a relação mutualista for considerada uma relação contratual, reger-se-á pelo regime geral do contrato em causa e, dentro da margem dispositiva concedida, reger-se-á pelas condições estipuladas entre o cooperador e a cooperativa.

Se se qualificar a relação mutualista de societária, em caso de conflito entre o cooperador e a cooperativa (por exemplo, quanto ao pagamento do preço ou prazo de entrega dos bens) aplicar-se-á: em primeiro lugar, o Direito Cooperativo (lei, estatutos, regulamentos internos, deliberações dos órgãos sociais); e, só subsidiariamente, se aplicará, por analogia, o regime do contrato que mais se assemelhe à atividade que, no caso concreto, é desenvolvida pela cooperativa.

As teses contratualistas têm sido objeto de críticas, por parte das correntes doutrinárias defensoras das teses societárias, invocando a semelhança teleológica que existe entre as prestações cooperativas e as prestações acessórias.

Argumentam que, se as prestações acessórias — que são potestativas e normalmente excecionais para os sócios das sociedades de capitais — são consideradas obrigações sociais (uma vez que é necessária a sua previsão no contrato social e se integram na própria relação societária), por maioria de razão deverão sê-lo as prestações mutualistas que são consubstanciais à cooperativa. Nas cooperativas, o conteúdo da obrigação de participação do cooperador constará dos estatutos sociais ou dos regulamentos internos que, enquanto instrumentos de desenvolvimento dos estatutos, terão um evidente carácter societário.

Invocam, ainda e a favor das teses societárias, o facto de — sendo que as prestações mutualistas se apresentam como o mecanismo fundamental

para a consecução do objeto social das cooperativas — haver, então, uma coincidência de fins entre as prestações cooperativas e a própria cooperativa. Esta unidade de fim impedirá que se possa falar de contratos distintos. Em alguns casos, as relações mutualistas são tão complementares da realização do fim social que será difícil não considerar que farão parte do mesmo ato. Acresce que este direito e obrigação do cooperador de participar na atividade da cooperativa surgem desde o seu ingresso na cooperativa e formalizam-se, frequentemente, nos estatutos e nos regulamentos internos da cooperativa, que são documentos sociais¹⁰³.

Ora, o Acórdão não se pronuncia, de forma clara, quanto à natureza jurídica desta transação, questão que, todavia, assume uma enorme relevância no âmbito deste litígio. Quando o cooperador reclama da cooperativa aqueles montantes, fá-lo a que título? Corresponderão tais montantes ao preço a pagar na decorrência de uma compra e venda que o cooperador realizou com a cooperativa? Ou corresponderão tais montantes a uma contrapartida decorrente do cumprimento de um dever estatutário? O Acórdão parece adotar «timidamente» a segunda opção, pois refere que o cooperador, no cumprimento de um dever consagrado nos estatutos, entregou à sua cooperativa determinada quantidade de uvas, com um determinado valor, o que implica o pagamento por esta do valor do fornecimento e da eventual bonificação (correspondente a um bônus atribuído pela qualidade das uvas).

3. O VALOR CORRESPONDENTE À ENTREGA DAS UVAS E À RESPECTIVA BONIFICAÇÃO NÃO É UM EXCEDENTE COOPERATIVO

O Tribunal de Primeira Instância parece ter confundido os montantes em dívida ao cooperador com a figura do «excedente» cooperativo. Só assim se compreende que se mencione a norma dos estatutos da Ré relativa à participação nos excedentes [art. 14.º, n.º 2, al. c)], que se qualifique os montantes em dívida como «benefícios» e que se faça depender a sua distribuição de uma deliberação da Assembleia geral, considerando-se insuficiente o documento escrito do órgão de Direção em que se reconhece o valor em dívida (independentemente da questão de este não

¹⁰³ - Ver sobre esta problemática, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora VidaEconómica, 2009, Porto, pp. 220-244

conter as assinaturas exigidas estatutariamente para obrigar a cooperativa, matéria que não será tratada nesta anotação, porque lateral à problemática que subjaz a este Acórdão).

Ora, tais montantes reclamados pelo cooperador não poderão ser qualificados como excedentes, dado que o conceito de excedente se define como um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa. No caso em análise, a existir excedente, o mesmo corresponderia a um valor pago «a menos» pela cooperativa ao cooperador pelas suas uvas e o que aqui se reclama é o valor das uvas (que nunca foi pago).

É verdade que o excedente tem em comum com os montantes reclamados por este cooperador o facto de resultar de operações da cooperativa com os seus cooperadores, sendo gerado à custa destes.

Contudo, o excedente constitui «o resultado de uma renúncia tácita dos cooperadores a vantagens cooperativas imediatas»¹⁰⁴, podendo ou não retornar aos cooperadores, como veremos.

O retorno, entendido como o instrumento técnico de atribuição ao cooperador do excedente, surge, então, como uma distribuição diferida do mesmo, significando a devolução ou a restituição que se faz ao membro de uma dada cooperativa, ao fazer o balanço e a liquidação do exercício económico, daquilo que já é seu desde o início da atividade. O retorno de excedentes funcionará, deste modo, como uma correção *a posteriori*, através da qual se devolverá, a quem formou o excedente, a diferença entre o preço praticado e o custo, ou a diferença entre as receitas líquidas e os adiantamentos laborais pagos, diferença esta determinada com exatidão no final de cada exercício.

Na cooperativa, o excedente que cada cooperador gerou foi consequência da atividade que desenvolveu com a cooperativa e na mesma proporção do intercâmbio mutualístico, pelo que a cada cooperador corresponderá um retorno, proporcional também a esse intercâmbio. Nesta linha, o art. 3.º do *CCoop* consagra uma orientação genérica no sentido de uma repartição dos excedentes em «benefício dos membros na proporção das suas transações com a cooperativa».

¹⁰⁴ - RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e Pareceres*, Almedina Coimbra, 2005, p. 183.

Também foi este o critério utilizado no Acórdão para a delimitação dos montantes em dívida ao cooperador.

A distribuição na proporção das operações feitas com a cooperativa e não em função da participação no capital social terá, assim, a sua razão de ser na circunstância de que esses montantes ou esses excedentes serão as contrapartidas e/ou as vantagens cooperativas que o cooperador obteve precisamente ao fazer uso dos serviços que lhe presta a cooperativa, pelo que a proporção que lhe será atribuída estará em relação direta com o uso feito desses serviços.

4. A IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE UMA DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL

A decisão do Tribunal de Primeira Instância assentou no equívoco de qualificar os montantes em dívida ao cooperador como excedentes, invocando o art. 14.º, n.º 2, al. c), dos Estatutos da Ré que, como vimos, dispõe que «os cooperadores têm direito a haver parte nos excedentes com observância do que for deliberado em Assembleia geral» e, por isso, considerando-se que o nascimento para a cooperativa da obrigação de pagar ao cooperador aqueles montantes pressuporia a existência de uma deliberação da respetiva Assembleia geral.

A exigência desta deliberação seria plenamente válida se estes montantes pudessem ser qualificados como excedentes.

De facto, tal como no direito societário, no qual se destaca a inexistência de um direito subjetivo à concreta repartição do lucro, também no direito cooperativo, será de defender que a inclusão, entre os direitos do cooperador, do direito ao retorno cooperativo (art. 73.º, n.º 1, do *CCoop*) não supõe o reconhecimento, a favor do cooperador, de um direito (concreto) a exigir a aplicação de parte dos excedentes disponíveis como retorno. A utilização, pelo legislador, da expressão «poderão retornar aos cooperadores» evidencia a possibilidade de que o direito ao retorno seja derogado por deliberação da assembleia geral.

Destaque-se, desde logo, que, nas cooperativas, uma percentagem do excedente de exercício, resultante das operações com os cooperadores, reverterá para a reserva legal [art. 69.º, n.º 2, al. b), do *CCoop*] e para a reserva para educação e formação cooperativa [art. 70.º, n.º 2, al. b), do *CCoop*], assim como para o eventual pagamento de juros pelos títulos de capital (art. 73.º, n.º 1, do *CCoop*).

Só depois de efetuadas estas reversões e pagamentos se estará em condições de apurar o retorno (art. 73.º, n.º 1, do *CCoop*).

Além disso, tal como nas sociedades comerciais, nas quais, se houver reservas a formar ou a reconstituir, não poderão os sócios receber quaisquer quantias ou bens a título de lucros (arts. 32.º e 33.º do *Código das Sociedades Comerciais*), também nas cooperativas não se poderá proceder à distribuição de excedentes «antes de se terem compensado as perdas dos exercícios anteriores ou, tendo-se utilizado a reserva legal para compensar essas perdas, antes de se ter reconstituído a reserva ao nível anterior ao da sua utilização» (art. 73.º, n.º 2, do *CCoop*). Por outras palavras, o legislador impede a distribuição de excedentes quando e na medida em que forem necessários para cobrir prejuízos transitados ou para reconstituir a reserva legal.

Consagra-se, deste modo, um regime inderrogável de cobertura de prejuízos, devendo os excedentes de exercício ser afetados em primeira linha a tal finalidade.

Tal como nas sociedades comerciais, quanto ao lucro societário (arts. 31.º, 250.º, n.º 3, e 386.º, n.º 1, do *Código das Sociedades Comerciais*), também nas cooperativas as normas não determinam uma distribuição automática dos excedentes a título de retorno e, por isso, a distribuição não se operará sem uma deliberação social nesse sentido. No silêncio dos estatutos, tal deliberação de repartição deverá ser tomada por maioria dos votos emitidos, dado que é esta a regra para a aprovação da generalidade das deliberações (art. 51.º, n.º 2, do *CCoop*; e art. 386.º do *Código das Sociedades Comerciais*, aplicável por força do art. 9.º do *CCoop*).

Assim, havendo resultados positivos no exercício, será inequívoco o espaço de discricionariedade de que disporá a assembleia geral, quanto à aplicação dos mesmos.

Por um lado, a Assembleia geral poderá optar livremente entre a distribuição pelos cooperadores ou pela formação de reservas. A Assembleia poderá considerar que a política de constituição de reservas, com vista ao autofinanciamento (a grande opção que se contrapõe à distribuição), poderá ser muito mais conveniente, do ponto de vista dos cooperadores e da cooperativa.

Por outro lado, a assembleia geral poderá determinar a retenção temporária de parte dos retornos individuais («retorno diferido», nas palavras de Ferreira

da Costa¹⁰⁵), para obviar à falta de capitais próprios suficientes. Este diferimento do retorno constituirá um empréstimo do cooperador à cooperativa, devendo, por isso, ser consentido pelo cooperador (art. 294.º, n.º 2, do *Código das Sociedades Comerciais*, aplicável por remissão do art. 9.º do *CCoop*).

Tudo isto está em harmonia com o já mencionado *Princípio da participação económica dos membros* (art. 3.º do *CCoop*) que aponta três destinos possíveis para os excedentes: 1.º – «desenvolvimento das suas cooperativas»; 2.º – «apoio a outras atividades aprovadas pelos membros»; 3.º – «distribuição dos excedentes em benefício dos membros na proporção das suas transações com a cooperativa». Daqui resultará que o retorno é um dos três destinos admitidos pelo legislador, no caso de se colocar essa hipótese, sendo que existe também a possibilidade de se conjugarem os três tipos de objetivos ou dois deles.

O direito ao retorno será por isso um direito derogável do cooperador, estando contudo esta derogabilidade limitada pelo *Princípio geral do abuso de direito*. Não poderá recusar-se a distribuição de excedentes sem mais e, também, não poderá fundar-se a recusa em motivos extrassociais, o que a acontecer poderá fundamentar ações de responsabilidade contra os membros da direção. A assembleia geral, em obediência aos princípios gerais de natureza contratual, designadamente ao *Princípio da boa-fé*, deve pois fundamentar a deliberação que afaste a distribuição de excedentes a título de retorno. Assim, a deliberação sobre a retenção dos excedentes no património da cooperativa terá de se fundamentar no «interesse social», nomeadamente nas necessidades de autofinanciamento da cooperativa. Daqui resulta que tal deliberação será inválida se os cooperadores da maioria, com o seu voto, visarem prosseguir interesses extrassociais e, simultaneamente, prejudicarem interesses da cooperativa ou de outros cooperadores.

Contudo, no caso em análise, não poderá afirmar-se a inexistência de um direito subjetivo ao pagamento dos montantes em dívida, dado que tais montantes não são excedentes, mas a contrapartida devida ao cooperador pela sua participação na atividade da cooperativa. Ou seja, o cooperador não está a reclamar aquilo que recebeu «a menos» pela sua participação na atividade da cooperativa (concretizada na entrega das uvas), mas o preço devido e que

¹⁰⁵ - FERNANDO FERREIRA DA COSTA, *Código Cooperativo. Benefícios fiscais e financeiros. Estatutos do Incoop*, Livraria Petrony, Lisboa, 1981, p. 94.

não havia sido pago decorrente da transação efetuada entre o cooperador e a cooperativa, tal como já foi destacado.

Concordamos, deste modo, com o sentido do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra ao defender que o facto de não existir qualquer deliberação social no sentido do pagamento das uvas e bonificações não desonera a Ré (cooperativa) do pagamento do que for devido, ficando a cooperativa obrigada a tal pagamento, após interpelação judicial ou extrajudicial.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 327-332

ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS. COMUNICAÇÃO DA EXCLUSÃO DE ASSOCIADO. ÂMBITO DAS COBERTURAS DOS BENEFÍCIOS SUBSCRITOS

**Acórdão do Tribunal do Supremo Tribunal de
Justiça, de 11 de Setembro de 2012**

Paulo VASCONCELOS

*Professor Coordenador da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto. Advogado
paulo_v@iscap.ipp.pt*

I

O acórdão em análise, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 11 de setembro de 2012, de que foi relator Marques Pereira [disponível em <http://www.dgsi.pt>], apreciou, para além de uma questão prévia de natureza processual, duas questões referentes à atribuição de benefícios aos membros de uma associação mutualista — no caso o «Montepio Geral, Associação Mutualista».

Os factos podem resumir-se assim: um casal comprou em 1997 uma fração autónoma com recurso ao crédito concedido pela «Caixa Económica Montepio Geral». Para garantia do crédito concedido, os devedores não só deram a fração adquirida em hipoteca à referida Caixa Económica, como ficaram obrigados a constituir em seu favor um seguro de vida ou garantia similar. Para cumprir tal obrigação, os devedores tornaram-se associados do «Montepio Geral, Associação Mutualista», tendo subscrito um «Plano Encargos Habitação» (Garantia de Pagamento de Encargos), mediante o pagamento de uma quota anual. A inscrição neste benefício da Associação Mutualista, sendo feita por ambos os cônjuges, extinguir-se-ia com a primeira morte.

Sucedem que, a partir de determinada altura, os devedores deixaram de pagar, quer as prestações do empréstimo contraído para a aquisição da habitação, quer o valor dos seguros contratados. Uma vez que não foi pago o prémio do seguro (*rectius*: a quota correspondente ao benefício em que se inscreveram), a «Montepio Geral, Associação Mutualista» comunicou ao cônjuge marido que, atento o atraso no pagamento das quotizações das modalidades subscritas, ficava sujeito a anulação das subscrições. A partir de novembro de 1999 o «Montepio Geral, Associação Mutualista» considerou anulada a subscrição da garantia de pagamento de encargos. Posteriormente, em 2004, os devedores solicitaram a reanulação dos direitos, ao abrigo do Regulamento de Benefícios do «Montepio Geral, Associação Mutualista», que previa a possibilidade de retoma da posição de subscritor, mediante o pagamento das quotas em dívida, o que foi recusado, com fundamento de já se ter esgotado o prazo para tal.

Ora, sucede que, em 2006 a devedora mulher adoeceu, tendo-lhe sido fixada uma incapacidade de 80%, pelo que reclamou junto do «Montepio Geral, Associação Mutualista» o pagamento do valor do empréstimo contraído perante a «Caixa Económica Montepio Geral», nos termos do Regulamento do benefício «Garantia do Pagamento de Encargos», referente ao empréstimo contraído.

Perante esta factualidade, o tribunal de primeira instância julgou a ação improcedente e absolveu as Rés («Caixa Económica Montepio Geral» e «Montepio Geral, Associação Mutualista») do pedido. Inconformados, os Autores recorreram para o Tribunal da Relação, que confirmou a sentença recorrida. Dela interpuseram recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça.

II

O acórdão do STJ, face à factualidade que resulta das instâncias, depara-se então com duas questões:

A) saber se aquando do pedido de pagamento da indemnização o benefício de garantia de pagamento de encargos se encontrava anulado validamente;

B) saber se a mesma garantia de pagamento de encargos abrangia o risco de morte e de invalidez, ou só o risco de morte.

III

Ora, no que respeita à primeira questão, o Tribunal não teve dúvidas em afirmar que não bastava a declaração de resolução dirigida ao marido, sendo imprescindível que a mesma tivesse sido também dirigida à mulher. Não obstante serem casados no regime de comunhão de bens e a obrigação de pagamento do prémio do seguro em causa constituir uma obrigação comum do casal, a verdade é que a devedora mulher era parte no contrato de seguro, pelo que era indispensável que a resolução do contrato fosse efetuada quanto a ambos os cônjuges, o que não sucedeu no caso em apreço.

Pelo menos, nos autos não foi feita prova de que a Autora mulher tivesse tomado conhecimento da declaração de vontade da Associação Mutualista no sentido de anular o benefício contratado, sendo ineficaz quanto a ela a comunicação dirigida ao marido.

O Tribunal louvou-se, além do mais, em jurisprudência do próprio STJ que tem afirmado que a resolução contratual tem que ser feita diretamente a cada um dos cônjuges, *«não podendo ter-se o contrato por legalmente resolvido se a comunicação de rescisão foi apenas dirigida ao cônjuge marido»* — cf. Acórdão do STJ, de 31 de julho de 2007 (Faria Antunes).

Apesar de se concordar com o sentido da decisão, não pode deixar de se registar que toda a fundamentação do STJ se alicerça no regime do contrato de seguro. Ora, no caso em apreço não é esse contrato que em bom rigor está em causa. Na verdade, o que os Autores fizeram foi subscrever um benefício de uma associação mutualista, tornando-se para o efeito membros dessa associação. E, nos termos do regulamento dos benefícios concedidos, a garantia de pagamento de encargos *«destina-se, em caso de falecimento e ou invalidez permanente do subscritor, a substituí-lo no pagamento das prestações que se vencerem e até ao termo de um determinado contrato ou a proporcionar a entrega de determinada quantia aos beneficiários indicados»*.

Ora, nos termos do regulamento de benefícios desta associação mutualista, o não pagamento das quotas, por período superior a seis meses, determina a exclusão da associação. No caso em apreço, tanto quanto dos factos assentes constantes do acórdão, não foi iniciado qualquer processo de exclusão destes associados. E, de facto, as notificações enviadas para o cônjuge marido apenas referem a anulação do benefício referente à modalidade subscrita, embora refiram que *«a anulação [das subscrições] poderá mesmo levar à eliminação de Associado, o que lamentaríamos»*.

Nestes termos, mais do que a ausência de uma comunicação de resolução contratual dirigida especificamente à mulher, o que era imprescindível era o início de um processo tendente à exclusão da mesma da associação mutualista, como determinam os seus estatutos. Uma vez que tal não ocorreu, embora com diverso fundamento, entendemos que é correta a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal de Justiça.

IV

Tendo respondido afirmativamente quanto à questão da validade do benefício subscrito pela Autora mulher, uma outra questão se colocava ao Tribunal: saber se o benefício subscrito abrangia apenas o risco de morte ou também o risco de invalidez.

Certo é que o pedido de subscrição do já referido benefício de «Garantia de Pagamento de Encargos» é omissivo quanto ao âmbito de cobertura pretendido pelos subscritores. Ora, uma vez que nos termos do contrato de empréstimo celebrado com a «Caixa Económica Montepio Geral» apenas era exigida a constituição de um «seguro de vida ou garantia similar», o STJ entendeu, por recurso às normas de interpretação das declarações negociais, que apenas estava em causa o risco de vida. Uma circunstância que foi considerada decisiva pelos Conselheiros (que decidiram sem votos vencidos) foi a de a declaração de aceitação da Associação Mutualista referir expressamente que a garantia que os Autores haviam subscrito sobre duas vidas «extingue-se com a primeira morte». Desta afirmação retira o Tribunal que a Ré associação mutualista interpretou a proposta dos Autores como visando apenas a cobertura do risco de morte de um deles, tendo-a aceite nesses termos.

Apesar de não ser possível exprimir uma opinião perentória, não deixa de impressionar o facto de os Autores se terem limitado a aderir a um benefício que lhes foi apresentado, cujo regulamento determina que o mesmo se destina «*em caso de falecimento e ou invalidez permanente do subscritor, a substituí-lo no pagamento das prestações que se vencerem...*».

No caso, deveriam ser exigidos especiais deveres de informação por parte da associação mutualista, a qual deveria claramente indicar os benefícios concedidos e o custo associado às várias opções. No quadro factual que é descrito, os Autores limitaram-se a subscrever o plano que lhes foi indicado, razão pela qual devem ter-se aqui por aplicáveis as regras dos contratos de adesão, como sustentaram os recorrentes nas suas alegações de recurso.

Ora, nos termos do regime das cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85, de 25 de outubro), as cláusulas deste benefício subscrito pelos Autores deveriam ter-lhes sido comunicadas na íntegra (art. 5.º, n.º 1), recaindo o ónus da prova de tal facto sobre a parte que submetera a outra a cláusulas contratuais gerais. Ou seja, caberia à Associação Mutualista provar que havia facultado aos beneficiários informação bastante quanto aos exatos termos da modalidade subscrita.

Por outro lado, nos termos do mesmo regime, recaía sobre a Associação Mutualista a obrigação de informar os beneficiários sobre os aspetos compreendidos nas cláusulas que lhes foram propostas e cuja aclaração se justifique, como parece ser o caso da questão em apreço. Na verdade, não é aceitável que, prevendo o regulamento do benefício ambas as coberturas (morte e invalidez, em conjunto ou isoladamente), a associação não esclareça cabalmente os beneficiários da opção que lhe é aplicável, quando o pedido de subscrição é omissivo.

Acresce que, tratando-se de cláusulas ambíguas, na dúvida deve prevalecer o sentido mais favorável ao aderente, como determina o artigo 11.º do regime das cláusulas contratuais gerais. Tendo os Autores efetuado um pedido de adesão ao benefício «Garantia de Pagamento de Encargos», que era omissivo quanto ao âmbito da cobertura, e prevendo o regulamento do benefício ambas as opções, atendo-atento o dever de informação que recai sobre quem recorre a cláusulas contratuais gerais, deveria a Associação Mutualista ter informado os beneficiários, de modo claro e inequívoco, sobre a modalidade que estavam a subscrever. E na dúvida quanto à modalidade subscrita (âmbito da cobertura) dever-se-ia optar pelo sentido mais favorável aos aderentes.

Não pode ainda deixar se se referir que, estando em causa uma Associação Mutualista, por maioria de razão se imporão as razões acabadas de aduzir. Na verdade, estas associações integram o denominado setor da economia social, tal como consta da respetiva Lei de Bases [cf. art. 4.º, b), da Lei n.º 30/2013, de 8 de maio]. Ora, um dos princípios orientadores das entidades da economia social é o do respeito pelo valor da transparência, o qual não pode deixar de se projetar nas relações entre estas e os seus membros. Também por esta razão, se deve entender que sobre a Associação Mutualista em causa devem recair especiais deveres de informação aos seus membros, os quais não se mostram devidamente observados no caso *sub judice*.

Não foi contudo essa a orientação do Supremo Tribunal de Justiça, que neste acórdão em apreciação fundamentou a sua opção na ideia de que se

poderia deduzir do contexto das declarações negociais que o seu sentido era o de apenas abranger o risco de morte, não o de invalidez. Assim sendo, não deu provimento ao recurso de revista deduzido pelos associados da «Associação Mutualista, Montepio Geral», tendo antes confirmado as decisões das anteriores instâncias.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 333-348

**CASO DA TRANSFERÊNCIA DE FARMÁCIA
DE ASSOCIAÇÃO PÚBLICA**
**Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal
Administrativo de 26 de setembro de 2012¹⁰⁶**

Irene PORTELA

*Professora Coordenadora da área Científica de Direito da Escola Superior de
Economia e Gestão do Instituto Superior do Cávado e do Ave de Barcelos
iportela@ipca.pt*

1. DO LITÍGIO

O Infarmed – Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento¹⁰⁷ deliberou deferir o pedido de transferência da Farmácia pertencente a uma associação pública para uma localização sita a uma distância inferior daquela que está fixada pela Portaria 936-A/99 de 22 de outubro. O recorrente dono da Farmácia privativa opôs-se a esta deliberação porque entendeu que violava o princípio da concorrência já que os seus clientes são potenciais clientes da farmácia transferida. Alegou ainda que o ato padeceu de um vício de forma e de um vício de violação de lei.

O Tribunal negou provimento ao recurso contencioso de anulação da deliberação do Conselho de Administração do INFARMED que deferiu o pedido de transferência da farmácia social, com base «nos termos do n.º 6 da Portaria 936-A/99, de 22 de outubro»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) n.º 0491/12 em www.dgsi.pt, consultado em julho de 2013.

¹⁰⁷ - De ora em diante «INFARMED».

¹⁰⁸ - Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) n.º

Contra a posição adotada a Recorrente sustentou que a população destinatária da Farmácia privativa e a da Farmácia social é a mesma porque os funcionários do Estado, os designados «associados», são também potenciais e efetivos clientes de outras farmácias situadas nas redondezas do prédio em Lisboa. Portanto, alegou que o que estava em causa era uma questão de concorrência entre farmácias, ofendendo o disposto no ponto 2.º, n.º 1, alínea b), da Portaria n.º 936-A/99, de 22 de outubro, porque distavam apenas 214,74 metros em linha reta¹⁰⁹.

Atento à matéria, o Tribunal deliberou que o recurso jurisdicional não merece provimento porque a farmácia em questão regia-se pelas normas especiais dos n.ºs 4 e 5 da Base II da Lei n.º 2125 de 20.03.1965 e do artigo 44.º do DL n.º 48547 de 27.08.1968, e a cuja clientela reduz-se ao universo muito específico dos associados, não devendo aplicar-se o regime geral contido nas normas do ponto 3 do n.º 16 e da alínea b) do ponto 1 do n.º 2, da Portaria n.º 936-A/99, de 22.10. Na fundamentação do Acórdão, o coletivo apontou que estas são as regras que «foram cogitadas para evitar situações de violação da concorrência» e continua, não há, portanto, qualquer concorrência entre as Farmácias na exata medida em que não há clientela comum ou coincidente, sendo que este é um pressuposto básico — uma verdadeira condição *sine qua non* — da existência de concorrência. E concluiu que «não era, pois, necessário que o INFARMED respeitasse a regra da concorrência entre farmácias, (o caso dos artigos 2.º e 16.º da Portaria) respetivamente, a imposição dos 500 metros de distância mínima entre farmácias, e a obrigação de anúncio prévio da transferência. As duas farmácias em litígio não se estavam numa situação de igualdade de circunstâncias, uma vez que a Farmácia de Associação Pública não estava aberta ao público em geral, ou seja, não abastecia os clientes da farmácia privada. Não devendo portanto aplicar-se a norma do ponto 3 do n.º 16 da referida Portaria destinada a evitar um tratamento discriminatório entre farmácias em situação igual.

Além disso existia a necessidade de, através da norma da alínea b) do ponto 1 do n.º 2 da Portaria, corrigir algumas assimetrias existentes na distribuição de farmácias no território nacional e, desse modo, tornar os serviços

747/07DE2007/11/08 em www.dgsi.pt, consultado em julho de 2013.

¹⁰⁹ - Vide Portaria n.º 936-a/99 de 1999/10/22, na redação da Portaria 1379/2002 de 2002/10/22, artigo 1.º, al. b), artigo 2.º e artigo 6.º.

farmacêuticos mais próximos e acessíveis dos cidadãos¹¹⁰. Ora, neste caso, os clientes de ambas as farmácias não coincidiam, pelo que não se justificava a preocupação de atingir esse objetivo e, daí, não haver razões para a aplicação desse dispositivo legal.

Conclui negando o argumento da concorrência entre farmácias, que «a desigualdade de circunstâncias, o facto de as clientelas não coincidirem, conduz a que a relação de concorrência esteja muito esbatida, pelo que também, por esta via, não se vê fundamento para que seja acionado esse normativo».

No sentido deste acórdão e visando uma situação em tudo idêntica à que ora se analisa o Tribunal decidiu¹¹¹ no âmbito de um recurso contencioso intentado por outra recorrente a mesma questão com outros fundamentos, a saber «o regime jurídico da Portaria n.º 936-A/99, de 22.10, não se aplica à transferência da farmácia privada por várias razões. Em primeiro lugar, porque, tendo a Portaria como norma habilitadora o art. 50.º n.º 2 do Decreto-Lei 48547, de 27.08.1968 os critérios a seguir «na autorização da instalação de novas farmácias ou a sua transferência são a comodidade das populações e a viabilidade da exploração económica dos estabelecimentos». Concomitantemente, a transferência da farmácia particular não está abrangida pelas condições para transferência de farmácias previstas no art. 2.º da Portaria 936-A/99, de 22.10, *ex vi* do art. 16.º n.º 1 da mesma portaria, uma vez que o regime aí fixado ao abrigo

¹¹⁰ - *Vide* a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo produzida neste sentido: Acórdão n.º 005706/60 de 01-07-1960; Acórdão n.º 001191/61 de 12-10-1961; Acórdão n.º 001257/62 de 20-12-1962; Acórdão n.º 6830/65 de 19-03-1965; Acórdão n.º 9055/75 de 20-03-1975; Acórdão n.º 026943/90 de 01-03-1990; Acórdão n.º 035752/96 de 30-01-1996; Acórdão n.º 046303 de 26-03-2003; Acórdão n.º 047025, de 29-10-2002; Acórdão n.º 57/11 de 31-03-2011; Acórdão n.º 0491/12 de 26-09-2012; Acórdão n.º 0928/09 de 05-06-2012; Acórdão n.º 0652/12 de 26-09-2012; Acórdão n.º 0269/11 de 13-07-2011; Acórdão n.º 01095/09 de 24-03-2011; Acórdão n.º 0987/07 de 21-05-2008; Acórdão n.º 028/11 de 03-03-2011; Acórdão n.º 01160/09 de 17-03-2010; Acórdão n.º 01114/09; Acórdão n.º 0755/08; Acórdão n.º 0449/08 de 27-05-2008; Acórdão n.º 0747/07 de 08-11-2007; Acórdão n.º 046823 de 21-11-2001; Acórdão n.º 048196/02 de 26-02-2002; Acórdão n.º 011163/83 de 17-11-1983; Acórdão n.º 0958/05 de 23-03-2006; Acórdão n.º 01289/05 de 16-03-2006; Acórdão n.º 01552/03 de 14-02-2006; Acórdão n.º 0127/04, 14-04-2005; Acórdão n.º 060/04 de 18-01-2005; todos disponíveis em www.dgsi.pt, consultado em julho de 2013.

¹¹¹ - *Vide* acórdão deste STA de 2007.11.08, no processo n.º 747/07, disponível em www.dgsi/jsta.pt.

do disposto no art. 50.º do DL 48457, de 27.08.1968, não abrange as farmácias que funcionam ao abrigo do art. 44.º deste diploma. A regulamentação deve ter em consideração esses pontos, visando apenas a generalidade dos cidadãos (a comodidade das populações) e a subsistência no mercado das empresas (a viabilidade da exploração económica dos estabelecimentos), e só pode referir-se às farmácias que estão no mercado em situação de concorrência, o que não é manifestamente o caso da farmácia social que tem como destinatários únicos os seus associados e vê a sua viabilidade económica depender das suas cotizações.

Mas a questão adiantada pela recorrente não deixa de ser curiosa e pertinente na exposição que faz dos factos quando alega: «a nova farmácia, possui montra e porta de acesso permanente dos utentes para o exterior [...] possui porta direta para a rua, não cumprindo o preceituado na lei e alterando os pressupostos da sua abertura» [...] enquanto «*as atuais instalações, encontram-se num edifício sem acesso permanente dos utentes para o exterior*», ora presume-se a mudança de abordagem relativamente à clientela «associada». Sem dúvida, apesar de o Tribunal nada dizer relativamente a esta «observação» no Acórdão.

2. DAS NOVAS BASES LEGAIS DA ATIVIDADE DE «FARMÁCIA DE OFICINA»

A Lei n.º 2125, publicada em 20.03.1965, veio definir «as bases para o exercício da atividade de farmácia» e no n.º 4 da sua Base II manteve as autorizações de funcionamento de farmácias de instituições, ao estipular-se que «para o cumprimento dos seus fins estatutários, as Misericórdias e outras instituições de assistência e previdência social poderão ser proprietárias de farmácias desde que estas se destinem aos seus serviços privativos. As farmácias que estas instituições atualmente possuam abertas ao público podem continuar no mesmo regime».

A manutenção em funcionamento das farmácias das instituições indicadas passou a configurar uma exceção à regra geral de que só os farmacêuticos ou as sociedades cujos sócios o fossem podiam ser proprietários de farmácias, conforme resultava do disposto no n.º 2 da mesma Base II.

Por seu lado, o DL 48 547 de 27.08.1968 veio definir o quadro jurídico do «Exercício da profissão de farmacêutico», estipulando no art.º 44 que: «No alvará das farmácias licenciadas nos termos do n.º 4 da Base II da Lei n.º 2125

indicar-se-á expressamente que estas farmácias apenas podem fornecer medicamentos em condições especiais às pessoas que, nos termos dos estatutos ou regulamentos das entidades a que pertençam, tenham essa prerrogativa e nas condições ali expressamente estabelecida. A farmácia da associação pública *in casu* foi autorizada a transferir «as instalações» a uma distância inferior à permitida por Lei, «a apenas 214,74 metros da farmácia da recorrente» porque a farmácia da associação, cuja transferência foi autorizada, funcionava ao abrigo do disposto no art.º 44 do DL 48547, de 27.08.1968, abrangida portanto pelo licenciamento previsto no n.º 4 da Base II da Lei n.º 2125, de 20.03.1965¹¹².

Diferentemente do que acontece com a transferência das farmácias privadas, esta só poderá ser autorizada se «não se encontrar instalada nenhuma outra farmácia a menos de 500 metros de distância em linha reta» (condição prevista no n.º 1, al. b), do art. 2.º da Portaria 936-A/99, de 22/10 com a redação da Portaria 1379/2002, de 22.10).

A portaria 1379/2003, de 22.10, veio alterar a portaria n.º 936-B/99, de 22 de outubro abrindo um regime que se pretendia excepcional visando instalar farmácias fora dos grandes centros urbanos. A promoção de regras de concorrência transparentes, equilibradas e justas, para corrigir as assimetrias na distribuição de farmácias e eliminar potenciais focos de conflitos de interesses.

A transferência de farmácias dos locais de maior concentração para zonas onde existiam em menor número, através de um programa especial de transferência, de natureza temporária, ia permitir instalar farmácias nesses locais, melhorando assim a cobertura farmacêutica em cada concelho, e «permitir instalar algumas centenas de novas farmácias, indo ao encontro do interesse das populações carenciadas deste serviço, especialmente nos centros urbanos de menor densidade populacional com prejuízo para os doentes e da população aí residente».

A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 307/2007 de 31 de agosto levou à reorganização jurídica do sector das farmácias, cujo regime remontava essencialmente à década de 60 do século passado (Pavia, M. B. e Correia, A., 2007)

¹¹² - Por força do artigo 3.º da Lei n.º 16/2013 de 8 de fevereiro foram revogados a Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, e o Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de agosto de 1968. A Portaria 936-A/99, de 22.10, objeto deste Acórdão, seria revogada pelo Decreto-Lei 207/2007.

Este Decreto-Lei veio estabelecer o regime jurídico das «farmácias de Oficina» que são «estabelecimentos onde para além de se poder adquirir medicamentos ou outros produtos necessários para cuidar da saúde e do bem-estar do corpo, podem ser desenvolvidas também pesquisas técnicas e de produção de novos medicamentos, bem como, o estudo da manipulação de fármacos, a criação e aplicação de métodos de controle de qualidade, criação e aplicação de métodos de identificação e dosagem de tóxicos» (Ordem dos Farmacêuticos, 2007).

Por iniciativa do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no Acórdão n.º 612/2011 publicado em 24 de janeiro de 2012, declarando inconstitucionais varias normas do DL 307/2007. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 14.º n.º 1 que delimitava a propriedade das farmácias às pessoas singulares ou sociedades comerciais e a do artigo 47.º n.º 2 al. a) que previa uma contraordenação para farmácias que não adotassem a forma de sociedade comercial e a do artigo 58.º que obrigava as entidades do setor social de economia a proceder no prazo de 5 dias a contar da entrada em vigor do diploma às adaptações necessárias para cumprir os requisitos do artigo 14.º porque violavam o princípio do excesso ínsito no princípio do Estado de Direito consagrado no art. 2.º da Constituição de República Portuguesa, conjugado com o artigo 63.º, n.º 5 (Meira (a), 2012: 243-254).

Como efeito direto desta declaração de inconstitucionalidade, o Decreto-Lei n.º 307/2007 viria a sofrer alterações sucessivas e profundas. A primeira alteração resultou da Lei n.º 26/2011 de 16 de junho que alterou o regime da transferência de farmácias; A segunda alteração viria com o Decreto-Lei n.º 171/2012 de 1 de agosto, adequando o regime jurídico das farmácias de oficina à jurisprudência fixada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2011, destacando-se, de entre as modificações introduzidas, o estabelecimento de um prazo suficientemente alargado, «abrangendo um período de pelo menos um ano económico, para que as entidades do sector social com farmácias em regime de concorrência programem adequadamente a sua adaptação aos requisitos exigidos às proprietárias de farmácias que se encontrem no mercado»¹¹³. Clarificou o critério de licenciamento de novas farmácias, prevendo um concurso com pré-seleção dos candidatos que preencham os requisitos legais e determinou a instalação da farmácia de acordo com um sorteio, nos casos em que o número de candidatos pré-selecionados exceda o número de farmácias a instalar, afastando as dúvidas relativas à aplicação

¹¹³ - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2011.

do princípio da igualdade suscitadas pelo critério de graduação. O preâmbulo esclareceu «que estas alterações visam cumprir o estabelecido no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica firmado pelo Governo Português com o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu, procedendo à revisão da legislação aplicável ao sector das farmácias, introduzindo medidas excepcionais atinentes à viabilidade económica do funcionamento de algumas farmácias de oficina, cuja regulamentação viria a ser feita pela Portaria n.º 352/2012¹¹⁴ de 30 de outubro, que revogou a portaria n.º 1430/2007¹¹⁵ de 2 de novembro que por sua vez tinha já regulamentado os aspetos procedimentais da abertura de novas farmácias (cujo regime de transferência se encontrava já previsto, com alterações ao regime do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, através do artigo 2.º da Lei n.º 26/2011¹¹⁶, de 16 de junho).

O artigo 1.º da Lei n.º 26/2011 de 16 de junho estabeleceu o regime jurídico da transferência de farmácias introduzindo um novo texto aos artigos 26.º e al.

¹¹⁴ - Portaria n.º 1430/2007, de 2 de novembro, publicada no Diário da República, 1.ª série, N.º 211 de 2 de novembro de 2007, que no seu artigo 42.º revogava a Portaria n.º 936-A/99, de 22 de outubro, alterada pelas Portarias n.ºs 1379/2002, de 22 de outubro, 168 -B/2004, de 18 de fevereiro, e 865/2004, de 19 de julho. No artigo 2.º fixava os requisitos cumulativos para a abertura de novas farmácias (a) Capitação mínima de 3 500 habitantes por farmácia aberta ao público no município, salvo quando a farmácia é instalada a mais de 2 km da farmácia mais próxima; (b) Distância mínima de 350 m entre farmácias, contados em linha reta, dos limites exteriores das farmácias; (c) Distância mínima de 100 m entre a farmácia e uma extensão de saúde, um centro de saúde ou um estabelecimento hospitalar, contados, em linha reta, dos respetivos limites exteriores, salvo em localidades com menos de 4 000 habitantes. No n.º 2 prevê que a transferência de farmácia no município dependa do preenchimento cumulativo das alíneas b) e c) do número anterior. (3) A distância prevista na alínea b) do número anterior aplica-se também à abertura ou transferência de farmácia em relação a farmácia situada em município limítrofe. (4) A determinação do número de habitantes é feita em função dos dados mais recentes disponibilizados pelo Instituto Nacional de Estatística, I.P..

¹¹⁵ - Portaria n.º 352/2012 de 30 de outubro, publicada no Diário da República, 1.ª série, N.º 210 de 30 de outubro de 2012 e a ainda a Portaria n.º 1430/2007, de 2 de novembro.

¹¹⁶ - Lei 26/2011 de 16 de junho publicada no Diário da República, 1.ª série, N.º 115, de 16 de junho de 2011.

j) do artigo 48.^{o117} do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, prevendo que a proprietária pode, dentro do mesmo município, transferir a localização da farmácia, desde que observe as condições de funcionamento: previstas no n.º 2 do artigo 1.º, ou seja desde que o pedido de transferência cumpra os critérios seguintes: (a) a necessidade de salvaguardar a acessibilidade das populações aos medicamentos, a sua comodidade, bem como a viabilidade económica da farmácia, cuja localização o proprietário pretenda transferir; (b) a melhoria ou aumento dos serviços farmacêuticos de promoção de saúde e do bem-estar dos utentes». E acresce ao abrigo do n.º 6 do mesmo artigo 1.º, «o requisito da distância mínima entre farmácias não é aplicável no caso de transferência dentro da mesma localidade, desde que (a) seja previsível a melhoria da qualidade da assistência farmacêutica; (b) não ocorra alteração da cobertura farmacêutica; se (c) os proprietários das farmácias situadas a distância inferior à definida no diploma a que se refere o presente número declarem por escrito a sua não oposição; e (d) a nova localização da farmácia respeite as áreas e divisões legalmente exigíveis para aqueles estabelecimentos. Sendo que o disposto na alínea c) do n.º 6 apenas é aplicável no caso de a transferência resultar numa maior proximidade geográfica entre a farmácia a transferir e as existentes». O artigo 2.º fixou os pressupostos a verificar na transferência nos concelhos limítrofes.

Assim, as farmácias situadas em municípios com uma capitação inferior à exigível para a abertura de novas farmácias, podem transferir-se para os concelhos limítrofes com capitação superior, desde que sejam observadas as condições de funcionamento e se verifiquem, cumulativamente, os seguintes pressupostos no município de origem: (a) existam farmácias a menos de 350 m da farmácia que se pretende transferir; (b) a capitação nesse município não se torne superior à legalmente exigível para a abertura de novas farmácias. No artigo 31.º da referida portaria n.º 352/2012 O governo regulamentou em pormenor os pedidos de transferência para concelhos limítrofes. No artigo 4.º, a mesma Lei define que se aplica a todos os pedidos de transferência de farmácias dentro do mesmo município posteriores à data da sua entrada em vigor, bem como àqueles que, tendo sido apresentados ao INFARMED, não tenham

¹¹⁷ - Por força do artigo 3.º da Lei n.º 26/2011, a alínea j) do artigo 48.º do DL 307/2007 passa a ter a seguinte redação: «j) A abertura da farmácia ao público sem a atribuição do respetivo alvará ou a falta de averbamento em casos de alteração da propriedade ou de transferência da localização, previstas no artigo 25.º, bem como a transferência da localização de farmácia sem a autorização prevista no artigo 26.º;».

sido até essa data alvo de decisão definitiva. Ficando inquestionavelmente ultrapassada a questão do «respeito pelos metros» entre farmácias em transferência, preenchendo-se pela via interpretativa dos conceitos indeterminados (Baptista Machado, 1983: 115-117) de «necessidade de salvaguardar a acessibilidade [...] a sua comodidade, [...] a viabilidade económica da farmácia transferida e a melhoria ou aumento dos serviços farmacêuticos de promoção de saúde e do bem-estar dos utentes».

A segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 307/2007 resultaria do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 171/2012 de 1 de agosto ao acrescentar o artigo 59.º-A especialmente referente ao regime das Farmácias do sector social da economia, cujo regime aplicável é o da 1.ª parte do n.º 4 da base II da Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, com as necessárias adaptações, ou seja, que forneçam medicamentos em condições especiais às pessoas de acordo com os estatutos ou regulamentos dessas entidades. Não são aplicáveis às farmácias privadas as disposições do artigo 14.º e da alínea a) do n.º 2 do artigo 48.º. Especifica no n.º 3 que as entidades do sector social detentoras de farmácias abertas ao público, devem proceder até 31 de dezembro de 2013 às adaptações necessárias ao cumprimento dos requisitos previstos no artigo 14.º.

Por sua vez o Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto, veio alterar pela segunda vez o artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 307/2007 cuja redação já tinha sido dada pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, clarificando os concursos para instalação de novas farmácias. Assim, nos termos do artigo 2.º a abertura de novas farmácias depende do preenchimento cumulativo de requisitos: quanto à capitação mínima de 3 500 habitantes por farmácia aberta ao público no município, salvo quando a farmácia é instalada a mais de 2 km da farmácia mais próxima, quanto à distância mínima de 350 m entre farmácias, contados, em linha reta, dos limites exteriores das farmácias.

Além disso, nos termos do artigo 20.º e), o Pedido de transferência deve conter a demonstração do preenchimento dos critérios estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, na redação dada pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, abrindo a possibilidade de o INFARMED poder, fundamentadamente e em função do interesse público da acessibilidade dos cidadãos à dispensa de medicamentos, abrir um concurso para a instalação de novas farmácias em zona delimitada e inferior à área do município. Por outro lado, nos termos do Artigo 27.º o proprietário de farmácia não pode requerer a transferência da localização da farmácia antes de decorrido um período de cinco anos contado a partir da data

da respetiva abertura segundo o previsto na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º.

A Lei n.º 16/2013 de 8 de fevereiro procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, alterando os artigos 14.º, 15.º, 17.º e 24.º que regulam a propriedade da farmácia. Nos termos do artigo 14.º, «podem ser proprietárias de farmácias pessoas singulares ou sociedades comerciais. As entidades do sector social da economia podem ser proprietárias de farmácias desde que cumpram as normas regulamentares e o regime fiscal aplicável às pessoas coletivas referidas no n.º 1». Não obstante, o artigo 15.º estabelece um limite à propriedade, à exploração ou à gestão de quatro farmácias, e o artigo 17.º abre reconhece a gestão de negócios ou contrato de mandato na propriedade e exploração da farmácia.

Finalmente, o Decreto-Lei n.º 128/2013 de 5 de setembro introduz a quarta alteração ao regime do Decreto-Lei n.º 307/2007 de 31 de agosto relativamente às matérias dos medicamentos falsificados e da fármaco-vigilância. O artigo 7.º da Lei 16/2013 adita ao Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto o artigo 9.º-A, permitindo a venda *online* de medicamentos ao público.

3. A (NÃO) CONCORRÊNCIA ENTRE FARMÁCIAS E AS BASES DA ECONOMIA SOCIAL

A questão de fundo que subjaz a este comentário, voltando ao acórdão, é a da relevância ou não de existir uma relação concorrencial entre as farmácias de oficina e as farmácias de economia social. Ao incorporar o art. 59.º-A, o Decreto-Lei 307/2007 reconhece expressamente a especificidade do regime das farmácias de economia social. Ora estamos perante o momento em que este reconhecimento pode ser reforçado atentos à entrada em vigor da Lei «Lei de Bases da Economia Social», a Lei n.º 30/2013 de 8 de maio, cujo objeto é «o desenvolvimento do disposto na Constituição quanto ao sector cooperativo e social, as bases gerais do regime jurídico da economia social, bem como as medidas de incentivo à sua atividade em função dos princípios e dos fins que lhe são próprios». A questão da sujeição das entidades da economia social às normas da concorrência representa como diz a Autora Deolinda Meira (Meira (B), 2012: 41) «a omissão da discriminação positiva destas entidades face às empresas do setor privado» e acrescenta «mantém-se no artigo 12.º (que tem por epígrafe «Concorrência») do Projeto de Lei de Bases e que dispõe, sem mais, que as entidades da economia social «estão sujeitas às normas nacionais e comunitárias de concorrência no que respeita ao desenvolvimento das

atividades enquadráveis nos requisitos nelas estabelecidos». Será, conclui, «inquestionável que as atividades das entidades da Economia Social deverão ser exercidas no quadro de uma economia de mercado e de livre concorrência não podendo transformar-se em instrumento de distorção do funcionamento eficiente do mercado» porque, continua «o legislador não pode ignorar o Princípio da proteção previsto na CRP para o setor cooperativo e social [...] dever-se-á consagrar a aplicação de um direito da concorrência que tenha em conta as especificidades do setor e o respeito pelo princípio constitucional acima referido, com o conseqüente aperfeiçoamento do regime previsto no artigo 12.º do Projeto» E finaliza «Sendo assim, a minha proposta é a de que o legislador deva acrescentar ao artigo 12.º que as entidades da economia social estarão sujeitas, no desenvolvimento das respetivas atividades, às normas nacionais e comunitárias da concorrência, «sem prejuízo do princípio da proteção previsto na Constituição da República para o setor cooperativo e social» (Meira-B, 2012: 41).

A nova Lei define no seu artigo 2.º a Economia Social como «o conjunto das atividades económico-sociais livremente levadas a cabo por entidades cuja missão vise o interesse geral da sociedade ou o interesse dos seus membros, utilizadores ou beneficiários, quando socialmente relevante». São abrangidas por esta Lei (artigo 4.º) entidades como as cooperativas, as associações mutualistas, as misericórdias, as fundações, as instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas categorias anteriormente referidas, as associações com fins altruísticos que desenvolvam a sua atividade no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local, as entidades abrangidas pelos setores comunitário e autogestionário integrados no setor cooperativo e social, e ainda outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social previstos nesta Lei e que constem da base de dados da economia social. As entidades acima referidas estarão representadas no Conselho Económico e Social e nos demais órgãos com competências no domínio da definição e estratégias e de políticas públicas de desenvolvimento da economia social.

Ora, se por um lado há interesse em desenvolver políticas de incentivo à economia social porque tal é uma componente importante do Produto Interno Bruto tendo em vista reforçar a autossustentabilidade económica e financeira das entidades da economia social, facilitar a criação de novas entidades e apoiar a diversidade de iniciativas próprias deste sector bem como incentivar a investigação, a inovação e a formação no âmbito destas entidades (preâmbulo da Lei 30/2013), por outro lado quer o Tribunal de Contas (Auditoria ao

INFARMED, 2011), quer a Autoridade para a Concorrência (recomendação 1/2006 da Autoridade da Concorrência) têm feito recomendações no sentido de apontar que o setor das farmácias não é verdadeiramente concorrencial porque a regulação administrativa o impede e apesar de a figura da «empresa social», ter sido mencionada no projeto de lei, acabou por não ter consagração legal enquanto entidade integrante da Economia Social, porque seria de todo o interesse que a regulamentação desta lei viesse esclarecer se os princípios orientadores das entidades da Economia Social, como: (a) o primado das pessoas e dos objetivos sociais; (b) a adesão e participação livre e voluntária; (c) o controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros; (d) a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; (e) o respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e da não discriminação, (f) da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade; (f) a gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social; (g) a afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da economia social, constitucionalmente consagrada são suficientes para garantir que estas entidades da economia social que podem livremente organizar-se e constituir-se em associações, uniões, federações ou confederações que as representem e defendam os seus interesses (artigo 7.º) não se «desmaterializem» (no sentido da sua descaracterização social e de interesse público) ou melhor não se «materializem» em «empresas que visem o lucro e aproveitem este apoio constitucional para quebrar os níveis de qualidade, segurança e transparência. O fomento da economia social enquanto objetivo de interesse geral dos poderes públicos, no âmbito das suas competências em matéria de políticas de incentivo à economia social deve: [...] Fomentar a criação de mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira das entidades da economia social, em conformidade com o disposto no artigo 85.º da Constituição da República Portuguesa.

No artigo 12.º, como já se referiu, o legislador deixa uma advertência «às entidades que integram a base de dados prevista no artigo 6.º da presente lei estão sujeitas às normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesse geral no âmbito das suas atividades, sem prejuízo do princípio constitucional de proteção do setor cooperativo e social. Ora, não deixa de ter sentido que, no plano comunitário, exista uma prioridade de aplicar as normas subs-

tantivas da concorrência precisamente aos sectores onde o mercado interno não está ainda plenamente realizado, como é o caso (recomendação 1/2006 da Autoridade da Concorrência).

«Tudo é veneno, nada é veneno, depende da dose...». Assim, entre uma Europa competitiva e uma Europa social, qual escolher? (Ordem dos Farmacêuticos, 2013). A solução não é optar por uma ou outra mas encontrar o modo como podem coexistir e sustentar-se mutuamente estes dois sistemas.

O farmacêutico como profissional independente e sujeito ao código de deontologia e ética profissional é capaz de garantir a dispensa de medicamentos e de serviços livre de interesses puramente comerciais, pelo que a livre concorrência deve ser entendida relativamente à qualidade dos serviços prestados e não em relação ao preço do medicamento.

Por outro lado, desde maio de 2004, com a entrada em vigor do Regulamento da Comissão Europeia n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, as Autoridades Nacionais de Concorrência e os Tribunais Nacionais passaram a ter responsabilidades reforçadas na aplicação das normas de concorrência constantes do Tratado CE às profissões liberais (Freire, 2013: 522, 547).

Finalmente, adianta-se a importância do volume de negócios das atividades retalhistas e distribuidoras das farmácias e a despesa pública do Estado português com medicamentos ascende a 1,9% do PIB, uma das mais elevadas da Europa. Em Portugal, o gasto com medicamentos representa 2,2% do PIB e 413 € (PPC) *per capita*, anuais, situando-se acima da média Europeia, com 1,7% do PIB e 376 € *per capita* (OCDE, 2010). Os encargos do SNS com medicamentos representam 18,5% do orçamento do Sistema Nacional de Saúde (SNS) e 0,95% do PIB (Infarmed, 2010).

O sector farmacêutico tem sido alvo de várias medidas com o objetivo de controlar a despesa com o medicamento e o valor da participação do Estado na despesa total em saúde porque é reconhecidamente exagerada. O mercado do medicamento é específico pelo que não segue o modelo económico de um mercado em concorrência perfeita. Neste âmbito, é de salientar que, do lado da oferta, se verificam distorções na proteção de patente porque existe regulação da entrada no mercado, e uma documentada estratégia de fidelização de clientes. Do lado da procura, destaca-se a prescrição por médico (o consumidor não decide o que quer comprar) a dispensa por farmacêutico

e a ausência de pagamento do valor total do medicamento (Mossialos *et al.*, 2004).

Estas diferenças em relação aos pressupostos de um mercado de concorrência perfeita, conjuntamente com o consenso global de que o medicamento pode ser considerado como um bem complementar de outros serviços de saúde, com fortes implicações na saúde pública, justificam a regulação do Estado desde o desenvolvimento do medicamento, à sua produção e à sua distribuição (Queirós, 2013).

É ainda de destacar que nos países de referência para formação de preços em Portugal (Espanha, França, Grécia e Itália), a propriedade das farmácias é reservada a farmacêuticos e existem critérios geográficos e demográficos para a instalação de novas farmácias (Autoridade da Concorrência, 2013). A instalação de farmácia está condicionada à abertura de concurso, definida de acordo com as necessidades identificadas para uma determinada região, com base na capitação. Atualmente, a lei estabelece uma capitação de 3 500 habitantes por farmácia.

De acordo com Volkerimk *et al.* (2007), as barreiras à entrada no mercado de farmácias podem ser de índole regulatória (regulação da propriedade, instalação, etc.) ou económica. O acórdão do Tribunal de Justiça Europeu sobre o «caso Astúrias» considerou em 2010 que as restrições à liberdade de estabelecimento são compatíveis com o direito Europeu e justificáveis para assegurar um fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população (Ordem dos Farmacêuticos, 2013). O caso remonta a 2002, altura em que a Comunidade Autónoma das Astúrias (Espanha) decidiu abrir um concurso para a emissão de autorização de instalação de farmácias. Essa decisão tinha por base o decreto das Astúrias que limita o número de farmácias em função da população dessa zona. Além disso, o sistema proíbe a abertura de uma farmácia a menos de 250 metros de outra farmácia. Por último, o decreto fixa também os critérios que permitem fazer uma opção entre farmacêuticos concorrentes, mediante a atribuição de pontos em função da experiência profissional e universitária dos candidatos. Dois dos candidatos farmacêuticos que pretendiam abrir uma nova farmácia nas Astúrias, decidiram impugnar judicialmente o concurso aberto pelas Astúrias e o referido decreto, uma vez que não se pretendiam sujeitar ao regime de planificação territorial decorrente do decreto asturiano. O Tribunal Superior de Justiça das Astúrias foi chamado a pronunciar-se sobre os litígios e, por ter dúvidas quanto à compatibilidade do decreto asturiano com a liberdade de estabelecimento consagrada no tratado, dirigiu-se ao Tribunal de Justiça Europeu. A decisão do Tribunal de Jus-

tiça Europeu indica que os limites demográficos e geográficos definidos pela legislação das Astúrias para a abertura de farmácias constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento, contudo os mesmos são compatíveis com a lei europeia (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-570/07 e C-571/07)¹¹⁸ em razão das necessidades de cuidados e medicamentos com qualidade e do bem estar da população.

BIBLIOGRAFIA

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA: recomendação 1/2006 (em www.concorrenca.pt, consultada em setembro de 2013)

BAPTISTA MACHADO, J. (1983): *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina (editora), Coimbra

FREIRE, P.V. (2013): «Direito Administrativo da Concorrência», *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Otero, P. e Gonçalo, P. (Coord.), Vol. I, Almedina (Editora), Coimbra, 526-547

INFARMED (2010): «Estatística do medicamento 2009», publicação anual do Infarmed (disponível em www.infarmed.pt, consultada em setembro de 2013)

ORDEM DOS FARMACÊUTICOS: em www.ordemdosfarmaceuticos.pt

QUEIRÓS, S.: *Aspectos económicos do sector das farmácias: Uma análise da evolução dos últimos 5 anos* (em repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/18837/1/tese_soniaqueiros.pdf, consultado a 30 julho de 2013)

MEIRA (a), D. A. (2012): «A economia social e o mercado: o caso das farmácias sociais. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2012, de 13 de dezembro de 2011», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 34, Curso 2011/2012, Universidade de Vigo, 243-254

MEIRA (b), D. A. (2012): «O Projeto de Lei n.º 68/XII relativo à Lei de Bases da Economia Social portuguesa», *Seara Nova*, Lisboa, n.º 1720, 36-42

¹¹⁸ - Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-570/07 e C-571/07, cujas partes são José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez / Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, Principado de Asturias, em www.curia.europa.eu, consultado em setembro de 2013.

MOSSIALOS, E.; MRAZEK, M. e WALLEY, T. (2004): «Regulating Pharmaceuticals in Europe, striving for efficiency, equity and quality», *European Observatory of Health Systems*

PAVIA, M. B. e CORREIA, A. (2007): *A Nova Lei da Titularidade das Farmácias* (disponível em www.uria.com/documentos/.../articuloUM.pdf?id, consultado em setembro de 2013)

PHILIPSEN, N. J.: «Regulation of Pharmacists: A Comparative Law and Economics Analysis», *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 10, No. 2, pp. 225-241, em <http://eaces.liuc.it>, consultado em setembro de 2013

TRIBUNAL DE CONTAS: Auditoria ao INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. e ao funcionamento do mercado do Medicamento, Processo n.º 41/2010 – Relatório de Auditoria n.º 20/2011, Volume I em www.tribunaldecontas.pt, consultado em setembro de 2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU (2010): Acórdão C-570/07 e C-571/07, contra o Governo das Astúrias (Espanha), Grande Secção

VOLKERINK B. *et al.* (2007): *Study of Regulatory Restrictions in the Field of Pharmacies, study for the European Commission*, Rotterdam: ECORYS Nederland B.V. in co-operation with Metro, Maastricht University, em http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/pharmacy/report_en.pdf

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 349-361

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA
ADMINISTRAÇÃO DA COOPERATIVA**
Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de
Justiça de 25 de outubro de 2012¹¹⁹

Maria Elisabete RAMOS

*Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra
mgramos@fe.uc.pt*

1. SÍNTESE DO LITÍGIO

Uma cooperativa de produção operária intentou no Tribunal Judicial de Vila do Conde uma ação declarativa contra as três diretoras que exerceram funções desde 1985 até 27 de junho de 2005 (daqui em diante, Rés).

A cooperativa pede a condenação das Rés no pagamento de:

a) € 1 651 093,30, correspondente às dívidas da cooperativa à Fazenda Pública e à Segurança Social, acumulada durante a administração a cargo das Rés;

b) € 100 000,00 €, correspondente à quantia recebida pelas Rés, em representação da cooperativa, de uma companhia de seguros;

c) montantes gastos pela Presidente da Direção em compras em supermercados, almoços e jantares em restaurantes de qualidade superior, contas de telemóvel, compra de artigos para o lar e automóvel.

O Tribunal Judicial de Vila do Conde absolveu as rés do pedido que contra elas era formulado pela cooperativa.

¹¹⁹ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no Processo 1059/06.2 TBVCD. P1.S1, disponível <http://www.dgsi.pt>.

A cooperativa, inconformada com esta decisão, interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto que confirmou a sentença do tribunal de primeira instância.

Do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, a cooperativa interpõe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

Dos factos dados como provados pelas instâncias, salientamos os seguintes:

a) a Autora é uma cooperativa, do ramo do sector cooperativo da produção operária;

b) as três Rés exerceram pelo menos desde 1985 até 27 de junho de 2005, as funções, respetivamente, de Presidente da Direção, Tesoureira e Vogal da Direção;

c) as dívidas da Autora à Fazenda Nacional e à Segurança Social, em 27/6/2005, e mesmo 3, 6, 9 e 12 meses antes, ascendiam a quantia não inferior a € 1 500 000,00 (um milhão e quinhentos mil euros);

d) a 10/8/2005 a autora apresentou processo de insolvência no Tribunal de Comércio de Vila Nova de Gaia, que corre termos pelo 1.º Juízo, sob o proc. n.º 507/05.3TYVNG, e onde foi já declarada insolvente por decisão transitada em julgado. No processo, encontra-se junta procuração do administrador de insolvência a ratificar o processado na ação;

e) nos dias anteriores à tomada de posse (da nova direção) a anterior Presidente da Direção emitiu e sacou um cheque, à sua ordem e a seu favor, no montante de € 16 000,00 (dezasseis mil euros);

f) com recurso ao cartão de crédito da empresa, a Presidente da Direção almoçou e jantou em vários restaurantes do concelho de Vila do Conde e Póvoa de Varzim;

g) a Presidente da Direção gastava dinheiro da cooperativa para comprar artigos para lar e casa, fazer compras num hipermercado e para comprar flores em montante na ordem dos vários milhares de euros;

h) depois de ter cessado as suas funções como Presidente da Direção, esta ex-dirigente continuou a utilizar o telemóvel da cooperativa e a gastar quantias significativas em telefonemas nacionais e internacionais;

i) em finais do mês de Outubro de 2004 ocorreu um incêndio nas instalações e sede da cooperativa;

j) Companhia de Seguros Global, S.A. pagou à cooperativa, representada por duas diretoras, uma indemnização de tal sinistro no valor de € 100 000,00 (cem mil euros). Não foi provado que tal quantia tenha integrado o património da cooperativa.

O Supremo Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão:

a) Manutenção do Acórdão recorrido quanto à absolvição das Rés do pedido do pagamento das quantias correspondentes às dívidas da Segurança Social e Fazenda Nacional.

b) Condenação das Rés, solidariamente, no pagamento: i) de € 125 316,17 (€ 100 000,00 correspondente à importância recebidas pelas Rés da seguradora na sequência do incêndio e € 25 316,17 correspondente ao cheque de € 16 000,00 recebido + € 8 479,56 valor do veículo recebido + € 836,72 despesas pessoais); ii) das despesas em telefone feitas pelas Rés, a partir da data da cessação das funções destas como membros da direção da cooperativa.

2. INFRAÇÃO DA LEI PELA COOPERATIVA E RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DA DIREÇÃO

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça trata factos constitutivos da *responsabilidade civil pela administração de uma cooperativa* de produção operária. Compete à direção o poder-dever de gerir a(s) empresa(s) da cooperativa¹²⁰. O Código Cooperativo pouco diz sobre o que seja a administração da cooperativa¹²¹. O art. 56.º do CCoop., determina que a «direção é o órgão

¹²⁰ - Sobre o poder-dever de administrar, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 77.

¹²¹ - Para as sociedades, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 40, considera que a administração «compreenderá as decisões estratégicas ou fundamentais sobre os objetivos empresariais a longo prazo, as correspondentes organização dos meios produtivos, dimensão e localização da(s) empresa(s), as várias políticas empresariais — produção (tipos de produtos e mercados destinatários), distribuição, pessoal, financiamentos —, o provimento dos postos laborais de direção, o sistema informacional inter-organico e intra-empresarial». Caracterização que talvez possa ser aplicável às cooperativas titulares de empresas. Sobre a possibilidade de a cooperativa atuar sem empresa (em sentido objetivo), v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade. As empresas no direito*, Coimbra: Almedina, 1996, p.166.

de administração e de representação da cooperativa», seguindo-se um elenco exemplificativo de tarefas que incumbem a este órgão.

Sabe-se que o ingresso no cargo de diretor de uma cooperativa implica que o titular esteja adstrito a observar um extenso e não completamente determinado rol de deveres jurídicos¹²². Alguns estão concretamente descritos na lei e, por isso, já foram designados «deveres legais específicos»¹²³. Mencione-se, a título exemplificativo, o dever de elaborar anualmente e submeter ao parecer do conselho fiscal e à aprovação da assembleia geral o relatório de gestão e as contas do exercício, bem como o plano de atividades e o orçamento para o ano seguinte [art. 56.º, *a*), do Código Cooperativo], o dever de não praticar atos estranhos ao objeto ou interesses da cooperativa [art. 65.º, 1, *a*), do Código Cooperativo], o dever de não pagar ou de não mandar pagar importâncias não devidas pela cooperativa [art. 65.º, 1, *b*), do Código Cooperativo], o dever de não distribuir excedentes fictícios [art. 65.º, 1, *d*), do Código Cooperativo].

Para lá dos deveres cuja fonte é o Código Cooperativo ou a legislação cooperativa, há que considerar deveres que se encontram dispersos pelo sistema jurídico. Neste contexto, considere-se, mais uma vez a título de exemplo, o dever de os membros da direção requererem a insolvência da cooperativa em certas circunstâncias (arts. 18.º e 19.º do CIRE)¹²⁴.

Para além destes, os/as diretores/as da cooperativa estão vinculados a observar os «deveres legais gerais»¹²⁵ de cuidado e de lealdade¹²⁶.

Há que questionar se existe um dever legal de os diretores da cooperativa observarem e cumprirem *as normas legais cuja destinatária direta e imediata é a cooperativa*.

¹²² - Para as sociedades, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 104.

¹²³ - J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra: IDET/Almedina, 2010, p. 12.

¹²⁴ - Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit. p. 104, s..

¹²⁵ - J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 14.

¹²⁶ - Desenvolvidamente, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», *Cooperativismo e Economia Social*, 32 (2009/2010), p. 50, ss..

Parece que será de afirmar que a direção da cooperativa, na medida que lhe compete administrar e representar a cooperativa, deve atuar no respeito pela legalidade e cumprir as normas destinadas à cooperativa¹²⁷. É, pois, lícito, afirmar que «tais normas se aplicam, na realidade, directa e imediatamente, aos administradores enquanto titulares do órgão da pessoa coletiva por via da imputação criada pela relação de organicidade existente»¹²⁸.

Deste modo, às diretoras da cooperativa de produção operária incumbia, por força da «relação de organicidade existente» o dever de cumprir as obrigações desta para com a Fazenda Nacional e para com a Segurança Social. Devedora destas quantias é, sem margem para dúvidas, a cooperativa.

A cooperativa, invocando responsabilidade contratual das Rés, pediu que estas fossem condenadas no pagamento à cooperativa dos montantes correspondentes às dívidas à Segurança Social e à Fazenda Nacional.

O Supremo Tribunal de Justiça manteve a absolvição das Rés quanto a este pedido, invocando a falta de *nexo de causalidade*. Considerou este Tribunal que «atento o referido contexto empresarial em que se desenvolveu a actividade da autora, não se possa afirmar que o elevado nível de endividamento junto da Segurança Social e da Fazenda Nacional seja consequência exclusiva das acções e omissões ocorridas no decurso da gerência das RR a ponto de serem responsabilizadas pela totalidade desse endividamento nos termos em que a Autora o faz».

Efetivamente, os diretores da cooperativa não são responsáveis pelas consequências imputáveis ao(s) risco(s) de empresa¹²⁹. Se em virtude de uma conjuntura desfavorável, a empresa societária entra em crise e deixa de pagar salários ou de satisfazer outros compromissos, por estes incumprimentos é responsável a cooperativa. Os membros da direção da cooperativa não estão sujeitos a responsabilidade patrimonial por resultado económico (negativo) da empresa de cariz essencialmente objetivo¹³⁰.

¹²⁷ - MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade: um novo (não escrito) dever fundamental dos administradores?», *Direito das Sociedades em Revista*, 8 (2012), p. 69, ss., defende existir este dever a cargo dos administradores de sociedades.

¹²⁸ - MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 70.

¹²⁹ - V. MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...*, cit., p. 91, ss..

¹³⁰ - MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...*,

O que se acaba de afirmar não significa que a cooperativa não possa reagir a atuações ilegais dos diretores. Desde logo, tem à sua disposição o mecanismo da destituição que é uma das competências da assembleia geral [art. 49.º, a), do CCoop.].

Para além disso, a cooperativa poderá, ao abrigo da responsabilidade contratual, obter o ressarcimento dos prejuízos que para ela significou o desrespeito da ordem jurídica que a conduta da direção provocou. O fundamento desta responsabilidade contratual pode ser encontrado no art. 65.º do CCoop., na parte em que esta disposição estatui a responsabilidade dos diretores da cooperativa perante esta pela «violação da lei».

3. GESTÃO DE EMPRESA COOPERATIVA, DEVERES DE LEALDADE E BUSINESS JUDGEMENT RULE

3.1. Decisões empresariais ilícitas — violação dos deveres de lealdade

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça não tem dúvidas em afirmar que os titulares da direção das cooperativas estão sujeitos ao *dever de lealdade*. Funda este juízo no art. 64.º do CSC, *ex vi* art. 9.º do CCoop.. Lê-se no Acórdão que «Os directores, gerentes e outros mandatários — tal como os administradores nas sociedades comerciais — das cooperativas estão assim adstritos aos deveres preceituados neste artigo, bem como aos de cuidado e lealdade, enunciados no art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais, princípios que, não desrespeitando os cooperativos, constituem fonte, ainda que de direito subsidiário, de obrigações para a sua responsabilização — art. 9.º do C. Coop.»

O Código Cooperativo não contém uma disposição semelhante à do art. 64.º, 1, b), do CSC, consagradora do *dever legal geral de lealdade*¹³¹. No entanto, o Código Cooperativo, em disposições diversas e dispersas, consagra

cit., p. 92; J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)», *Miscelâneas* n.º 3, Coimbra: IDET/Almedina, 2004, p. 27).

¹³¹ - Sobre esta disposição, v. RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 721, ss..

manifestações específicas do dever de lealdade dos membros da direção. São os casos do art. 56.º, i), do CCoop. que determina a competência da direção para praticar os atos necessários à defesa dos interesses da cooperativa e dos cooperadores; o art. 65.º, 1, do CCoop. impõe a execução fiel do mandato; a maior parte das infrações tipificadas nas diversas alíneas do n.º 1 do art. 65.º do CCoop. configuram violações graves do dever de lealdade¹³².

O dever de lealdade impõe que os diretores da cooperativa atuem no interesse desta¹³³. Os titulares do órgão de administração da cooperativa, no exercício das suas funções, estão a cuidar de interesses alheios. O *dever de lealdade* obsta a que, numa situação de *conflito de interesses com a cooperativa*, a direção privilegie os seus interesses ou interesses de quem lhe é próximo.

As instâncias deram como provados os seguintes factos que consubstanciam a violação do dever de lealdade:

a) nos dias anteriores à tomada de posse (da nova direção), a anterior Presidente da Direção emitiu e sacou um cheque, à sua ordem e a seu favor, no montante de €16 000,00 (dezasseis mil euros);

b) usando o cartão de crédito da cooperativa, a Presidente da Direção almoçou e jantou em vários restaurantes do concelho de Vila do Conde e Póvoa de Varzim e gastava dinheiro e fundos da autora para comprar artigos para lar e casa, fazer compras num hipermercado para comprar flores na ordem dos vários milhares de euros;

c) não afetação ao património da cooperativa dos 100 000 euros pagos pela companhia de seguros como indemnização do sinistro ocorrido em outubro de 2004;

d) a Presidente da Direção, mediante o pagamento do valor residual de 1 700 000\$00, adquiriu para si o automóvel relativamente ao qual a cooperativa pagou todas as rendas devidas pelo contrato de locação financeira.

¹³² - Desenvolvimento, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade...», cit., p. 51, ss..

¹³³ - Para a caracterização do dever de lealdade dos administradores, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», in: *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina, 2007, p. 22, ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 114, ss.; RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», cit., p. 721, ss..

3.2. Presunção de culpa

A prova de comportamento(s) ilícito(s) não é suficiente para firmar a responsabilidade civil dos dirigentes da cooperativa para com esta. É necessário que os restantes requisitos da responsabilidade civil contratual estejam preenchidos.

A responsabilidade civil dos diretores perante a cooperativa exige a *culpa* de quem atua. A circunstância de o art. 65.º do CCoop. não referir expressamente este requisito não autoriza a conclusão — que seria incorreta e juridicamente infundada — de que se prescindia da culpa. No ordenamento jurídico português, o regime-regra é o da responsabilidade civil subjetiva (art. 483.º do CCivil).

Como refere o Supremo Tribunal de Justiça, na responsabilidade civil dos diretores para com a cooperativa, esta última beneficia de uma *presunção legal de culpa* dos dirigentes.

O art. 65.º do CCoop. não prevê tal presunção de culpa¹³⁴. Mas ela resulta do regime geral do Código Civil sobre responsabilidade civil contratual (art. 799.º, 1, do CCivil) e é reiterada pelo art. 72.º, 1, do CSC¹³⁵. O que significa que recai sobre os diretores o ónus de provar que atuaram sem culpa (art. 350.º, 1, do CCivil).

O Código Cooperativo não resolve expressamente a questão do *critério de apreciação da culpa dos dirigentes*, para efeitos de responsabilidade civil. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, lê-se que «O padrão de comportamento exigível aos gerentes é de um gestor dotado de qualidade para o cargo (e não apenas de um bom pai de família)».

Nas sociedades comerciais, o padrão geral para avaliar a culpa dos administradores é o da *abstrata diligência do gestor criterioso e ordenado*, previsto no art. 64.º, 1, a), do CSC¹³⁶. O Código Cooperativo não resolve expressamente esta questão. Perante esta lacuna, há que questionar se o padrão aplicável aos

¹³⁴ - V. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade...», cit., p. 45.

¹³⁵ - Sobre esta presunção de culpa, v. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 842.

¹³⁶ - J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», cit., p. 842.

diretores da cooperativa é o da diligência do gestor criterioso e ordenado (art. 64.º, 1, *a*), do CSC)¹³⁷ ou o da «diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias do caso» (arts. 487.º, n.º 1, 799.º do Código Civil).

Vários argumentos podem ser mobilizados no sentido de que o critério aplicável à apreciação da culpa é o do *gestor criterioso e ordenado*¹³⁸: *a*) tanto os administradores de sociedades como os diretores de cooperativas gerem interesses e patrimónios alheios; *b*) por ser assim, há de ser exigido a estes gestores de interesses alheios um padrão mais exigente do que o do bom pai de família; *c*) não existindo uma norma específica do Código Cooperativo que regule esta matéria, deve aplicar-se como direito subsidiário o direito das sociedades anónimas (art. 9.º do CCoop.) que, justamente, elege o critério do gestor criterioso e ordenado.

3.3. Gestão de cooperativa e âmbito de aplicação do art. 72.º, 2, do CSC

Perante a factualidade dada como provada, o Supremo Tribunal de Justiça declara que «as Rés têm de responder perante a autora nos termos do citado art. 72 n.º1 do CSC ex vi do art. 9 do Cod. Cooperativo, sendo certo também que não ilidiram a presunção que funcionava contra elas e também não vem provada qualquer factualidade exclusiva dessa responsabilidade (cfr. art. 72 n.º2 do CSC)».

O Supremo Tribunal de Justiça parece considerar — se atendermos ao trecho que acabámos de citar — que o art. 72.º, 2, do CSC é aplicável ao caso em análise. E, por isso, que a responsabilidade civil das Rés para com a cooperativa poderia ter sido excluída se aquelas tivessem logrado provar que atuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º, 2, CSC).

Parece-me que o art. 72.º, 2, do CSC é aplicável às cooperativas, tendo em conta que o direito das sociedades anónimas, por força do art. 9.º do CCoop., é subsidiariamente aplicável às cooperativas.

¹³⁷ - V. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», cit., p. 842.

¹³⁸ - Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade...», cit., p. 46.

No entanto, parece-me que as Rés, atendendo à factualidade dada como provada, não poderiam beneficiar da exclusão de responsabilidade civil proporcionada pelo art. 72.º, 2, do CSC¹³⁹.

Na verdade, esta norma só é aplicável se se verificarem determinados pressupostos ou condições¹⁴⁰: *a)* é necessário que uma decisão tenha sido tomada; *b)* os diretores, bem como pessoas próximas, não podem estar em conflito de interesses relativamente ao objeto da decisão; *c)* as normas procedimentais da decisão têm de ser cumpridas; a regra não se aplica se o diretor não se informa razoavelmente antes de decidir.

Por conseguinte, o art. 72.º, 2, do CSC *não se aplica a decisões violadoras do dever de lealdade* ou de deveres legais específicos, estatutários ou contratuais dos diretores.

Duas das rés receberam os 100 000 euros pagos pela companhia de seguros à cooperativa. Este dinheiro deveria ter entrado no património da cooperativa e devidamente registado na contabilidade. Este montante não foi registado na contabilidade da cooperativa e as Rés não lograram provar que ele tivesse sido utilizado em favor da cooperativa.

A lei não reconhece às diretoras da cooperativa espaço de discricionariedade quanto à questão de saber se o dinheiro recebido da companhia de seguros deve ou não ser integrado no património da cooperativa e devidamente registado na contabilidade. A factualidade dada como provada mostra que, quanto à aplicação destes dinheiros, houve violação do dever de lealdade das diretoras da cooperativa, e, por conseguinte, estas não «atuaram livre de qualquer interesse pessoal». E, certamente, não foram respeitadas as normas legais que regulam os registos contabilísticos dos bens pertencentes à cooperativa¹⁴¹.

¹³⁹ - Entre outras controvérsias que envolvem este preceito, é discutido se o seu objetivo é proteger os administradores ou, antes, facilitar a sua responsabilização. Sobre estas questões, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 158, ss..

¹⁴⁰ - J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», cit., p. 845.

¹⁴¹ - V. com interesse ANA MARIA RODRIGUES, «Os novos desafios da contabilidade para organizações da economia social que aplicam o SNC – as cooperativas», *Cooperativismo e Economia Social*, 32 (2009/2010), p. 115, ss..

4. EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DIRIGENTES PARA COM A COOPERATIVA

4.1. A legitimidade ativa da cooperativa para «o exercício do direito de ação civil»

Por fim, cumpre tecer uma reflexão breve sobre alguns aspetos de natureza jurídico-processual.

Nos termos dos arts. 49.º, n), e 68.º, 1, do CCoop., o exercício em nome da cooperativa, do direito de ação civil contra diretores deve ser *aprovado em assembleia geral*. Por conseguinte, a *legitimidade ativa* da cooperativa para a ação depende de deliberação de assembleia geral.

O órgão de administração e de representação da cooperativa e o órgão de fiscalização são *incompetentes* para decidir a propositura de ações de responsabilidade contra diretores.

O art. 51.º, 2, do CCoop. exige *maioria qualificada* de, pelo menos, *dois terços* dos votos expressos na aprovação da deliberação que decide o exercício do direito de ação civil da cooperativa contra os diretores. O Código Cooperativo demarca-se da solução acolhida pelo art. 75.º, 1, do CSC¹⁴² que exige tão-só a *maioria simples* dos votos. O regime cooperativo, por confronto com o regime jurídico-societário, dificulta a responsabilização dos diretores por parte da cooperativa.

O Código Cooperativo não fixa o prazo dentro do qual deve ser proposta a ação de responsabilidade previamente deliberada pela assembleia geral. Tratando-se, pois, de uma lacuna do Código Cooperativo, ela será resolvida pela aplicação do art. 75.º, 1, do CSC *ex vi* art. 9.º do CCoop.¹⁴³. Deste modo, a referida ação deve ser proposta no prazo de seis meses a contar da referida deliberação. Se o prazo não for cumprido, ainda assim não ficará a cooperativa

¹⁴² - Sobre o regime societário, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 184, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/ MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 75.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 875, ss..

¹⁴³ - Sobre o direito das sociedades anónimas como direito subsidiário aplicável à responsabilidade dos diretores das cooperativas, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade...», p. 41, ss..

impedida (dentro do prazo de prescrição) de propor a ação¹⁴⁴. Porém, ultrapassado aquele prazo, é certo que a ação pode ser proposta por cooperador(es) (art. 77.º, 1, *ex vi* art. 9.º¹⁴⁵) ou até por credores da cooperativa (art. 78.º, 2, CSC, *ex vi* art. 9.º do CCoop.).

4.2. Insolvência da cooperativa e legitimidade exclusiva do administrador da insolvência

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça refere que se encontra junta ao processo a procuração do administrador da insolvência a ratificar o processado na ação. O art. 82.º, 2, do CIRE consagra a *legitimidade exclusiva* do administrador da insolvência para, durante o processo de insolvência, propor e fazer seguir a ação social de responsabilidade¹⁴⁶.

A legitimidade do administrador da insolvência é independente do «devedor ou dos seus órgãos sociais» [art. 82.º, 2, a), do CIRE].

Compreende-se que o administrador da insolvência tenha legitimidade para propor ou fazer seguir a ação de responsabilidade contra os diretores, pois a cooperativa devedora insolvente está privada dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente. Esses poderes passam a competir ao administrador de insolvência (art. 81.º, 1, do CIRE). Por outro lado, nos termos do art. 81.º, 4, do CIRE, «o administrador da insolvência

¹⁴⁴ - Neste sentido, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 61; J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 75.º», cit., p. 877. De modo diferente julgou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/9/2009, proferido no Processo 94/07.8TYLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt, que considerou o prazo de seis meses como prazo de caducidade.

¹⁴⁵ - Sobre a ação *ut singuli* e cooperativas, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Ação *ut singuli* e cooperativas (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de outubro de 2008), *Cooperativismo e Economia Social*, 32 (2009/2010), p. 273, ss.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA/DIOGO COSTA GONÇALVES, «A ação *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do direito cooperativo com o direito das sociedades comerciais», *Revista de Direito das Sociedades*, 4 (2009), p. 885, ss.

¹⁴⁶ - Desenvolvidamente, MARIA ELISABETE RAMOS, «Insolvência da sociedade e efetivação da responsabilidade dos administradores», *Boletim da Faculdade de Direito*, 2007, p. 449, ss., *O seguro...*, cit., p. 211, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 75.º», cit., p. 878, ss..

assume a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência».

5. CONCLUSÃO

Este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça expõe uma experiência cooperativa em que a direção atuou várias vezes em conflito de interesses, usando em benefício próprio bens da cooperativa.

O princípio cooperativo da gestão democrática implica o controlo democrático das decisões tomadas pelo órgão de gestão da cooperativa. O Código Cooperativo — a «*law in books*» — prevê instrumentos jurídicos idóneos à efetivação deste controlo. No entanto, é preciso que a experiência cooperativa — a «*law in action*» — se aproprie de tais instrumentos e atalhe, o mais cedo possível, comportamentos da direção que sejam violadores do dever de lealdade. Tais comportamentos privam a cooperativa de bens, informação, oportunidades de negócio que legitimamente lhe pertencem. Ao ser postergado o interesse da cooperativa em favor do(s) interesse(s) de quem a gere são criadas as condições adversas ao êxito do projeto coletivo que esteve na base da cooperativa.

ABREVIATURAS

CCiv: Código Civil

CCoop: Código Cooperativo

CIRE: Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CSC: Código das Sociedades Comerciais

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 363-373

**AS COOPERATIVAS DE ENSINO QUE DESENVOLVEM
FUNÇÕES COM CARÁTER DE INTERESSE
PÚBLICO: FUNÇÕES PÚBLICAS OU PRIVADAS?
Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
n.º RP20121105628/11.3TTBCI.P1, de 5 de novembro de 2012**

Manuela da SILVA PATRÍCIO

*Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto
mmsilva@iscap.ipp.pt*

1. O LITÍGIO

O Tribunal da Relação do Porto foi chamado a decidir em sede de recurso interposto da decisão final que pôs termo ao processo em 1.^a instância e que julgou improcedente a ação interposta pelo Autor, professor de educação visual (EVT), com os fundamentos que se seguem:

«Está assente que o autor se encontra numa situação de reforma antecipada da função pública desde 26/08/10.

Ora, perante tal facto, cumpre aferir se ao mesmo seria permitido continuar a leccionar na ré nos moldes em que vinha fazendo e, para tal, ter-se-á de recorrer ao estatuído no DL n.º 498/72 de 09/12, o qual promulgou o estatuto da aposentação (e sucessivas alterações – DL n.º 215/87 de 29/05, DL n.º 179/2005 de 02/11 e DL n.º 137/2010 de 28/12).

Mais concretamente, ter-se-á de recorrer ao disposto no art. 78.º do citado DL.

Este último, na redação conferida pelo DL 179/2005, dispunha “Os aposentados não podem exercer funções públicas ou prestar trabalho remunerado, ainda que em regime de contrato de tarefa ou de avença, em quaisquer

serviços do estado, pessoas coletivas públicas ou empresas públicas, exceto quando se verifique alguma das seguintes circunstâncias: a) quando haja lei que o permita; b) quando, por razões de interesse público excepcional, o Primeiro-Ministro expressamente o decida (...)” — n.º 1.

Já na redação conferida pelo art. 6.º do DL n.º 137/2010 — decreto que, entre outros aspectos, veio eliminar a possibilidade de acumulação de vencimentos públicos com pensões do sistema público de aposentação —, dispõe o n.º 1 do art. 78.º: “Os aposentados não podem exercer funções públicas remuneradas para quaisquer serviços da administração central, regional e autárquica, empresas públicas, entidades públicas empresariais, entidades que integram o setor empresarial regional e municipal e demais pessoas coletivas públicas, exceto quando haja lei especial que o permita ou quando, por razões de interesse público excepcional, sejam autorizados pelos membros do governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública”.

Neste último diploma descrevem-se ainda as situações abrangidas pelo conceito de exercício de funções, a saber: todos os tipos de atividade e serviços, independentemente da sua duração, regularidade e forma de remuneração e todas as modalidades de contratos, independentemente da respetiva natureza, pública ou privada, laboral ou de aquisição de serviços — n.º 3 do art. 78.º.

Note-se que, face ao estatuído no n.º 2 do art. 8.º do DL n.º 137/2010, será a redação conferida pelo mesmo ao art. 78.º a que se aplica à situação do autor — “o regime introduzido pelo artigo 6.º do presente decreto-lei aplica-se a partir de 1 de janeiro de 2011 aos aposentados ou beneficiários de pensões em exercício de funções que tenham sido autorizadas para o efeito ou que já exerçam funções antes da entrada em vigor do presente decreto-lei”.

Sendo óbvio que a ré não se enquadra em nenhuma das categorias (entes públicos) enunciadas no n.º 1 do art. 78.º — trata-se de uma cooperativa de ensino —, ter-se-á de indagar se o autor exercia ou não funções públicas.

Como é sabido, as funções públicas são executadas no âmbito dos serviços públicos, que aparecem normalmente como serviços administrativos, e são “o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam os meios idóneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida” — cfr. Prof. Marcello Caetano, Direito Administrativo, Almedina, 1983, II vol., pág. 1067.

Atente-se que a ré funciona em regime de contrato de associação com o Ministério da Educação, tendo natureza de interesse público (...).

Como bem refere a ré na Contestação, por força do DL n.º 321/88 de 22/09 (diploma que disciplina a inscrição de pessoal docente do ensino não superior, particular e cooperativo na Caixa Geral de Aposentações, ficando abrangido pelas disposições constantes dos respetivos estatutos — arts. 1.º n.º 1 e 6.º n.º 1) foi atribuída natureza de interesse público às funções desempenhadas pelos estabelecimentos de ensino particular e cooperativo no âmbito do sistema educativo.

Ora, atendendo a que o autor foi contratado pela ré para leccionar no estabelecimento da mesma, ter-se-á necessariamente de concluir pelo exercício de funções públicas por parte do mesmo (foi contratado para satisfação de necessidades do Estado com carácter e interesse público — funções educativas).

Note-se que, para o diploma referente ao estatuto da aposentação, o que é determinante – e suficiente — para despoletar a aplicação do regime nele previsto é que os serviços sejam prestados, total ou parcialmente, presencialmente ou à distância, pelo aposentado e que esses serviços tenham um custo para a entidade pública, independentemente do destino da remuneração. É o caso em análise: o autor está aposentado da função pública e a ré funciona em regime de associação com o Ministério da Educação, sendo, pois, financiada (ou, pelo menos, co-financiada) pelo Estado.

Consequentemente, o mesmo apenas podia ter continuado a leccionar na ré na hipótese devidamente autorizado para esse efeito — art. 78.º n.º 4 e 7 — e, mesmo nessa hipótese, nunca poderia acumular o recebimento da pensão (por aposentação) com qualquer outra remuneração (in casu, pelas funções exercidas na ré art. 79.º seja como for, não logrou o autor estar munido de tal autorização, nem sequer a ter solicitado...).

O Tribunal da Relação do Porto não concordou com esta linha de fundamentação, aduzindo os argumentos que se seguem:

«Não podemos concordar com tal fundamentação.

Desde logo, impõem-se uma precisão no quadro normativo aplicável ao ensino cooperativo, em que se insere a Ré.

O ensino cooperativo encontra-se tutelado nos arts. 43.º e 75.º da CRP, deles se podendo concluir que, estando cometida ao Estado a obrigação

constitucional de criar um sistema público de ensino — uma rede de estabelecimentos —, ou seja, reconhecendo que a prestação do serviço de ensino é uma tarefa pública necessária, capaz de satisfazer todas as necessidades educativas do País, o Estado reconhece também o valor do ensino particular e cooperativo enquanto realidade que se lhe impõe e que participa num sistema plural de ensino.

No plano infraconstitucional, o ensino particular e cooperativo é basicamente regulado pelas leis n.ºs 46/86 (Lei de Bases do Sistema Educativo), de 04.10, e 9/79 (Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo), de 19.03.

A primeira, na parte que agora releva, consagrou o reconhecimento pelo estado do valor do ensino dos estabelecimentos particulares e cooperativos como uma expressão concreta da liberdade de aprender e ensinar e do direito da família a orientar a educação dos filhos e considerou ainda, como parte integrante da rede escolar, aqueles estabelecimentos que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objetivos do sistema educativo — arts. 2.º, n.º 3, 54.º, n.º 1 e 55.º, n.º 1.

A Lei n.º 9/79, reconhecendo que a atividade e as escolas públicas, particulares e cooperativas, enquadradas no âmbito do sistema nacional de educação, são de interesse público, colocou todos estes estabelecimentos no mesmo patamar — arts. 1.º, n.º 1, 2.º e 6.º.

E, coerentemente, estabelece o art. 3.º, n.º 2, que “as escolas particulares e cooperativas, quando ministrem ensino colectivo que se enquadre nos objetivos do sistema nacional de educação, gozam das prerrogativas das pessoas coletivas de utilidade pública...”.

Como é sabido, pessoas coletivas de utilidade pública são pessoas coletivas de direito privado que, segundo a sua finalidade estatutária, são de utilidade pública.

Ora, a atribuição de algumas prerrogativas das pessoas coletivas de utilidade pública aos estabelecimentos particulares e cooperativos reforça assim a sua natureza de pessoas coletivas privadas, não dotadas de poderes de autoridade.

Podemos, assim, concluir deste quadro normativo que as escolas privadas e as escolas cooperativas atuam no setor privado, no exercício de atividades privadas, ainda que de interesse público.

E se é assim, toda a atividade desenvolvida pelas escolas particulares e cooperativas pertence à esfera do direito privado: nomeadamente, nas suas relações laborais com os professores, os contratos celebrados assumem-se como atos de direito privado.

Dito isto, temos de concluir que a atividade exercida pelo recorrente, ainda que de interesse público, não se enquadra no âmbito das funções públicas, pelo que não lhe é aplicável o citado art. 78.º do Estatuto da Aposentação, na redação do DL n.º 137/2010.

Acresce que, como bem refere o recorrente, este Decreto-Lei — cf. art. 1.º - destinou-se à aprovação de «um conjunto de medidas adicionais de redução da despesa pública com vista à consolidação orçamental prevista no Programa de Estabilidade e crescimento (PEC) para 2010-2013».

Assim, especificamente, ao alterar a redação do citado art. 78.º e do art. 79.º do Estatuto da Aposentação, visou, por um lado, manter o carácter excepcional da autorização para acumulação pelos aposentados de funções públicas, e, por outro lado, eliminar a possibilidade de acumulação de vencimentos públicos com pensões do sistema público de aposentação.

Podemos, assim, concluir que, no caso em apreço, nada impedia a manutenção do contrato de trabalho do recorrente».

2. ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO A TRATAR

O que se vai tratar no presente comentário ao Acórdão *supra* identificado é a questão de saber se a atividade desenvolvida pelas cooperativas de ensino são de molde a enquadrar o típico exercício de funções públicas, quando a tal atividade é atribuído o carácter de interesse público.

Dito de outro modo, o facto de ser atribuído ao ensino cooperativo carácter de interesse público justifica, por si só, a aplicabilidade às cooperativas de um regime de direito administrativo, mormente o regime jurídico do emprego público, na medida em que está em causa a aplicação do Decreto-Lei n.º 137/2010, de 28 de dezembro?

3. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 137/2010, DE 28 DE DEZEMBRO

O Decreto-Lei n.º 137/2010, de 28 de dezembro tem como objeto a aprovação de um conjunto de medidas adicionais de redução de despesa com vista à

consolidação orçamental prevista no Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC) para 2010-2013. Nesta sequência, este diploma veio, em primeiro lugar, proceder à clarificação do âmbito subjetivo de aplicação do decreto-Lei n.º 192/95, de 28 de julho e do Decreto-Lei n.º 106/98, de 24 de abril, que estabelecem o regime de abono de ajudas de custo e subsídio de transporte por motivos de deslocação em serviço público dos trabalhadores que exercem funções públicas, em território nacional e ao estrangeiro e no estrangeiro. Em segundo lugar, veio estabelecer a redução de valores das ajudas de custo e do subsídio de transporte para todos os trabalhadores que exercem funções públicas. Em terceiro lugar, veio clarificar que os regimes do trabalho extraordinário e do trabalho noturno previstos no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas são aplicáveis a todos os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas em todos os órgãos e serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação objetivo da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, independentemente da carreira e/ou estatuto profissional em que se enquadrem. Em quarto lugar, veio eliminar a possibilidade de acumulação de vencimentos públicos com pensões do sistema público de aposentação. Em quinto e último lugar, veio proceder ao aumento de um ponto percentual da contribuição para a Caixa Geral de Aposentações. I.P.

Pois bem, do que acabou de se referir e para uma melhor delimitação do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 137/2010, de 28 de dezembro, cumpre saber quem são os *trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas*, uma vez que este diploma apenas a eles diz respeito.

Atualmente, o regime jurídico dos vínculos, carreiras e remunerações na Administração Pública é regulado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro e pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas¹⁴⁷ (RCTFP) e respetiva regulamentação.

Preceitua o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, no que concerne ao respetivo âmbito subjetivo de aplicação que «*A presente lei é aplicável a todos os trabalhadores que exercem funções públicas, indepen-*

¹⁴⁷ - Este diploma foi objeto de diversas alterações legislativas, a saber: Declaração de Retificação n.º 22-A/2008, de 24 de abril; Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro; Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril; lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro; lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro; Lei n.º 34/2012, de 2 de setembro; Lei n.º 66/2012, de 31 de dezembro e Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

dentemente da modalidade de vinculação e de constituição da relação jurídica de emprego público ao abrigo da qual exercem as respetivas funções».

Pois bem, as modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público são a nomeação, o contrato de trabalho em funções públicas (por tempo indeterminado ou a termo) e a comissão de serviço¹⁴⁸.

Agora, cumpre aferir do que se trata quando se fala em relação jurídica de emprego público. Sem entrarmos em grandes considerações conceituais, avançaremos com um conceito simplista de relação jurídica de emprego público, como sendo *a relação mediante a qual um indivíduo se obriga a prestar uma atividade sob a autoridade e direcção de uma pessoa coletiva pública*. Assim sendo, e em face deste conceito, a relação jurídica de emprego público há de ter necessariamente como entidade empregadora uma entidade pública. Esta ideia decorre da própria intenção legislativa, uma vez que a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro estipula no artigo 3.º, no que concerne ao respetivo âmbito objetivo de aplicação, que: *«1. A presente lei é aplicável aos serviços da administração direta e indirecta do Estado. 2. A presente lei é também aplicável, com as necessárias adaptações, designadamente no que respeita às competências em matéria administrativa dos correspondentes órgãos de governo próprio, aos serviços das administrações regionais e autárquicas. 3. A presente lei é ainda aplicável, com as adaptações impostas pela observância das correspondentes competências, aos órgãos e serviços de apoio ao Presidente da República, da Assembleia da República, dos tribunais e do Ministério Público e respetivos órgãos de gestão e de outros órgãos independentes. 4. A aplicabilidade da presente lei aos serviços periféricos externos do Estado, quer relativamente aos trabalhadores recrutados localmente quer aos que, de outra forma recrutados, neles exerçam funções, não prejudica a vigência: a) das normas e princípios de direito internacional que disponham em contrário; b) dos regimes legais que sejam localmente aplicáveis; e c) dos instrumentos e normativos especiais de mobilidade interna. 5. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo anterior, a presente lei não é aplicável às entidades públicas empresariais nem aos gabinetes de apoio quer dos membros do Governo quer dos titulares dos órgãos referidos nos n.ºs 2 e 3.»*

Em face do exposto, as funções públicas laborais apenas são desempenhadas no seio de uma pessoa coletiva pública. Pois bem, a ser assim, cumpre saber o que são pessoas coletivas públicas.

¹⁴⁸ - Artigo 9.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro.

Como é sabido, a Administração Pública portuguesa é composta por várias pessoas coletivas que pelo facto de formarem a Administração Pública são, necessariamente, públicas. As pessoas coletivas públicas são os sujeitos da Administração Pública, ou se se preferir, a Administração Pública em sentido orgânico, que pode ser a Administração Pública direta do Estado, quando a pessoa coletiva em causa é o próprio Estado, Administração Pública indireta do Estado, quando estejamos a pensar nos institutos públicos ou, ainda, Administração Pública Autónoma, quando nos referimos às associações públicas¹⁴⁹ ou às autarquias locais¹⁵⁰, esta última designada, mais especificamente, por Administração Pública Local Autárquica. Daí que, atualmente, haja quem se refira à Administração Pública, não no singular, mas sim no plural — Administrações Públicas, dado que cada uma delas possui características próprias que lhes permite demarcarem-se umas das outras.

Assim, e não obstante os inúmeros critérios que têm sido propostos pela doutrina, quer portuguesa quer estrangeira, para delimitar o conceito de pessoa coletiva pública¹⁵¹, para nós, pessoas coletivas públicas são aquelas às quais são conferidas prerrogativas de autoridade que lhes permite atuar em nome próprio, de um modo unilateral e executoriamente no confronto com terceiros.

Posto isto, necessário se torna aferir da natureza jurídica das cooperativas de ensino.

No plano constitucional, o ensino cooperativo (incluindo o particular) encontra-se regulado no artigo 43.º, n.º 4 e no artigo 75.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

¹⁴⁹ - Para maiores desenvolvimentos sobre as associações públicas, nomeadamente: conceito, estrutura, formas de associação no Direito português, referência histórica, regime jurídico-constitucional, problemática das associações públicas profissionais, *vide* a lição de JORGE MIRANDA proferida no âmbito das provas públicas para a obtenção da sua agregação in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXVII, 1986, pp. 57 e ss..

¹⁵⁰ - Sobre a distinção constitucional entre Administração Pública direta, indireta e autónoma *vide* JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 207 e ss..

¹⁵¹ - Para a enumeração e crítica das várias conceções *vide* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 1.ª Edição, 1986, pp. 580 a 587, e a bibliografia aí citada.

O artigo 43.º, n.º 4 estabelece a garantia do direito de criação de escolas particulares e cooperativas¹⁵², consistindo, essencialmente, na liberdade de entidades privadas e cooperativas fundarem estabelecimentos de ensino, sem impedimento e sem necessidade de autorização estadual¹⁵³.

No artigo 75.º, n.º 2, o legislador constitucional reconhecendo o ensino particular e cooperativo não dispensa, contudo, o Estado de, por si, garantir a satisfação das necessidades de ensino através do sistema escolar público¹⁵⁴, consistindo numa obrigação estadual de criação de um sistema público de ensino como corolário direto e imediato do direito ao ensino (artigo 74.º, n.º 1, da CRP). O sentido imediato deste preceito é o de que a satisfação do direito ao ensino é necessariamente uma tarefa pública, em termos de ser ao Estado que compete criar a rede de estabelecimentos que cubra todas as necessidades educativas do país¹⁵⁵.

No plano infraconstitucional, o ensino particular e cooperativo é, basicamente, regulado pela Lei n.º 46/86, de 04 de outubro (Lei de Bases do Sistema Educativo) e pela Lei n.º 9/79, de 10 de março (Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo). Este último diploma, mais concretamente o artigo 3.º, refere que «*Para efeitos desta lei, consideram-se escolas públicas, escolas particulares e escolas cooperativas: a) Escolas públicas – aquelas cujo funcionamento seja da responsabilidade exclusiva do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais ou de outra pessoa de direito público; b) Escolas particulares — aquelas cuja criação e funcionamento seja da responsabilidade de pessoas singulares ou coletivas de natureza privada; c) Escolas cooperativas — aquelas que forem constituídas de acordo com as disposições legais respetivas.*»

¹⁵² - «É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.»

¹⁵³ - Todavia, a liberdade de criação de escolas não abrange, porém, imediatamente o direito de conferir habilitações ou graus académicos, o qual poderá depender de controlo prévio por parte da Administração Pública, ficando submetido a requisitos mais ou menos exigentes. (Neste sentido *vide* J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993, p. 250.

¹⁵⁴ - Artigo 75.º, n.º 1, da CRP: «O Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população.»

¹⁵⁵ - J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 369.

Assim, do próprio quadro constitucional, bem como legal resulta a coexistência do ensino público, privado e cooperativo, posicionados em setores distintos e legalmente diferenciados.

Para o que nos interessa e no que ao ensino cooperativo diz respeito, este é levado a cabo pelos sujeitos do chamado setor cooperativo e social, que são as cooperativas e que em nada comungam do conceito de pessoas coletivas públicas, desde logo, porque as cooperativas fazem parte do setor cooperativo e social da propriedade dos meios de produção, aquilo que na literatura jurídica e económica, por vezes, se designa por terceiro setor ou setor da economia social para abranger todas as formas de exploração dos meios de produção que, além da circunstância residual de não serem públicos nem privados, se caracterizam pelo facto de não obedecerem à lógica da acumulação capitalista e de terem como objetivo esbater a separação entre, por um lado, a propriedade dos meios de produção e os trabalhadores ou, por outro, entre a propriedade dos meios de produção e os destinatários dos bens ou serviços produzidos, integrando o subsector cooperativo, todas as unidades cooperativas, desde que organizadas e geridas segundo os princípios cooperativos (artigo 61.º, n.º 2, da CRP), qualquer que seja o seu tipo, e não apenas as cooperativas de produção propriamente ditas¹⁵⁶.

Não queremos aqui tecer grandes e profundas considerações sobre o setor cooperativo e social, o que apenas queremos deixar bem claro é que existem três setores de propriedade dos meios de produção reconhecidos constitucionalmente (artigos 80.º, alínea b) e 82.º, ambos da CRP) aos quais estão subjacentes princípios e filosofias distintas, pelo que pertencerá ao setor público as entidades públicas, ao setor privado, as entidades privadas e ao setor cooperativo, as entidades cooperativas.

Pois bem, assente esta ideia, facilmente se poderá afirmar que as regras jurídicas de emprego público apenas serão de aplicar no âmbito das relações laborais estabelecidas entre uma entidade empregadora do setor público e por isso mesmo pública e o trabalhador que na sua órbita desempenha a sua atividade laboral. A ser assim, não haveria receios para sérios desmentidos em afirmar que o Decreto-Lei, cujo âmbito de aplicação subjetivo está aqui em causa (Decreto-Lei n.º 137/2010, de 28 de dezembro) não é de aplicar aos trabalhadores de uma entidade cooperativa.

¹⁵⁶ - J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 405.

Todavia, uma questão se coloca. E se a essa entidade cooperativa for atribuído o carácter de interesse público? Como acontece, precisamente, com as cooperativas de ensino por força do artigo 2.º da Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo¹⁵⁷?

4. ALCANCE DA ATRIBUIÇÃO DO CARÁCTER DE INTERESSE PÚBLICO

Quando a uma entidade privada é atribuído o carácter de interesse público significa não que essa entidade passe a ter natureza de entidade pública, transportando-se para o setor público, mas sim que a atividade desenvolvida por essa entidade é de interesse geral, podendo-se definir as *instituições particulares de interesse público como pessoas coletivas privadas que, por prosseguirem fins de interesse público, têm o dever de cooperar com a administração Pública e ficam sujeitas, em parte a um regime especial de Direito Administrativo*¹⁵⁸.

Pois bem, ficando em parte sujeitas a um regime especial de Direito Administrativo, significará, segundo as regras da hermenêutica jurídica, que um determinado regime de Direito Administrativo somente lhes será de aplicar se o legislador o disser expressamente. Se houver uma intenção expressa por parte do legislador que assim seja.

Ora, fazendo-se uma incursão pelo quadro normativo, cuja aplicação aqui está em causa, em nenhum momento se depreende que o legislador possui intenção de alargar o âmbito de aplicação quer do Decreto-Lei n.º 137/2010, de 28 de dezembro, quer o da Lei 12-A/2008, de 27 de fevereiro a outras entidades que não sejam públicas, deixando, assim, de fora as entidades privadas e as do setor cooperativo, uma vez que as remunerações que colocam à disposição dos seus trabalhadores não constituem vencimentos públicos.

Neste sentido, somos da opinião que a atividade desenvolvida pelas cooperativas de ensino não é de molde a enquadrar o típico exercício de funções públicas, mesmo quando a tal atividade é atribuído o carácter de interesse público.

¹⁵⁷ - «As atividades e os estabelecimentos de ensino enquadrados no âmbito do sistema nacional de educação são de interesse público.»

¹⁵⁸ - DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 550.

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 375-384

**A IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DO CARGO
DE PRESIDENTE DA DIREÇÃO DE COOPERATIVA
COM O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES POR CONTRATO DE
TRABALHO DURANTE O MESMO PERÍODO TEMPORAL**

**Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de
Évora de 15 de novembro de 2012**

Helena SALAZAR

Docente do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto.

Mestre em Direito. Advogada

hsalazar@iscap.ipp.pt

1. DELIMITAÇÃO DAS QUESTÕES A TRATAR

A análise ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15 de novembro de 2012 reconduz-se, no essencial, à questão de saber se é possível um indivíduo acumular, no mesmo período, o cargo de presidente da direção de uma cooperativa com o exercício de funções de diretor através de um contrato de trabalho com a mesma entidade.

No aresto em análise também são abordados dois assuntos de natureza processual conexos com a questão principal que supra enunciamos, designadamente, a suspensão da instância laboral e a prejudicialidade. A este propósito discute-se se a ação laboral, em que o trabalhador pede que seja declarada a justa causa da resolução do seu contrato, deve ficar suspensa até à decisão na ação em que previamente se pediu a anulação da deliberação social que o destituiu de presidente da direção da cooperativa. O tratamento destas matérias de carácter adjetivo não cabe, contudo, na economia da presente anotação, pelo que estas questões processuais não serão por nós abordadas.

2. BASE FACTUAL RELEVANTE NO ACÓRDÃO EM ANÁLISE

Para análise e perspetiva de resolução da questão essencial enunciada, são relevantes os seguintes factos do recurso de apelação: que o sujeito foi admitido em 3 de julho de 1995, por contrato de trabalho celebrado com uma cooperativa, para desempenhar as funções correspondentes à categoria de diretor; que em 27 de abril de 1998 o indivíduo tornou-se cooperador desta cooperativa; que assumiu o cargo de presidente da direção daquela desde 2007 até 29 de dezembro de 2010, altura em que foi destituído por deliberação, que impugnou judicialmente; que durante o período em que assumiu o cargo de presidente acumulou igualmente as funções de diretor; que desde que foi destituído do cargo de presidente não lhe foram atribuídas quaisquer funções, tendo inclusive sido impedido de aceder às instalações; e que, por fim, lhe foi paga nos meses de fevereiro, março e abril de 2011 uma retribuição de montante inferior à acordada, facto que motivou o envio à cooperativa de uma carta de resolução do contrato com justa causa em 13 de maio de 2011.

3. O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE DIRETOR ATRAVÉS DE CONTRATO DE TRABALHO

Como já referimos, a ligação do recorrente à cooperativa surgiu através da celebração de um contrato de trabalho em julho de 1995, contrato esse pelo qual se obrigava a desempenhar para a sua entidade patronal as funções de diretor, mediante retribuição.

Foi essa relação contratual que o sujeito invocou para resolver com justa causa o contrato de trabalho celebrado com a cooperativa, dado o incumprimento do empregador quanto ao pagamento da retribuição ajustada e de outros deveres. Esta ação esteve na base do presente Acórdão.

Determinados a poder concluir pela existência ou inexistência de cumulação da qualidade de trabalhador com a de presidente do órgão executivo da cooperativa, abordaremos de seguida quer o conceito de contrato de trabalho quer os seus principais elementos.

O contrato de trabalho encontra-se definido no artigo 11.º do Código do Trabalho como sendo aquele contrato pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas no âmbito de organização e sob a autoridade destas¹⁵⁹.

¹⁵⁹ - O conceito apresentado equivale ao trabalho subordinado, que se distingue do

Da noção legal, e para além do elemento pessoal, colhem-se os seguintes elementos essenciais: a prestação de uma atividade, a subordinação jurídica e a retribuição¹⁶⁰. Como sabemos, só é possível admitir a existência de um contrato de trabalho quando o trabalhador presta uma atividade manual ou intelectual a outra ou outras pessoas que a recebem enquanto empregadores. Esta prestação da atividade do trabalhador ao empregador constitui o objeto do contrato de trabalho e é executada sob o poder de direção do empregador.

Esta atividade deve ser prestada no âmbito de organização e sob a autoridade do empregador, o mesmo é dizer que só há contrato de trabalho se existir subordinação jurídica.

Finalmente, para que possamos falar da existência de um contrato de trabalho, impõe-se a existência de retribuição como a contrapartida do trabalho prestado, o que em regra tem correspondência no tempo de trabalho.

O trabalho subordinado é, por natureza, retribuído; por conseguinte, a atividade executada pelo trabalhador é obrigatoriamente retribuída pelo empregador, conforme previsto no artigo 127.º n.º 1 b) do Código do Trabalho.

Dos elementos elencados como integradores do conceito, a verdadeira pedra de toque do contrato de trabalho é a execução das funções contratadas com subordinação jurídica¹⁶¹. Como sabemos, é através da subordinação jurídica que se caracteriza e distingue o contrato de trabalho de outras figuras que lhe são próximas, como sucede, por exemplo, com o contrato de prestação de serviços previsto no artigo 1154.º do Código Civil.

Importa notar, porém, que a subordinação jurídica não se apresenta em todas as relações laborais com a mesma configuração, sendo mais evidente na execução de algumas funções do que noutras. A dependência do trabalhador

trabalho autónomo ou independente essencialmente pelo tipo de obrigação a que o prestador de atividade se vincula, que se configura como uma obrigação de resultado. Do ponto de vista conceptual a distinção é perfeitamente compreensível embora possa ser especialmente complexa do ponto de vista prático.

¹⁶⁰ - Sobre o tema vide, entre outros, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 320; BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, Lisboa, Verbo, 2001, p. 291; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 14.ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2009, p. 128 e ss..

¹⁶¹ - Atualmente referida na lei por referência à autoridade que o empregador exerce sobre o trabalhador, enquadrada pela integração daquele na organização do empregador.

ao empregador é claramente menos patente nas funções em que o trabalhador goza de autonomia técnica, o que sucede especialmente nas profissões ou atividades mais qualificadas e especializadas, e seguramente nas funções de diretor que, por contrato de trabalho, eram exercidas para a cooperativa.

Em todo o caso, sendo a dependência ao empregador mais evidente nuns contratos de trabalho do que noutros, tem sempre de se verificar a execução do contrato com um mínimo de sujeição do trabalhador ao poder de direção do empregador¹⁶².

Cabe ao empregador no âmbito deste poder, e da autoridade que exerce sobre o trabalhador, dirigir-lhe ordens e instruções para a execução da atividade contratada, ordens essas às quais o trabalhador deve obediência conforme o previsto no artigo 128.º n.º 1 e) do Código do Trabalho.

De realçar que é característico do contrato de trabalho (assente também no poder de direção) a existência do poder disciplinar do empregador, o qual está previsto no artigo 98.º do Código do Trabalho e que permite à entidade patronal aplicar sanções ao trabalhador sempre que este pratique qualquer infração disciplinar (artigo 328.º do Código do Trabalho).

4. O EXERCÍCIO DO CARGO DE PRESIDENTE DA DIREÇÃO DA COOPERATIVA

Sobre os órgãos das cooperativas trata o Capítulo V, artigos 39.º a 68.º, do Código Cooperativo¹⁶³. Sobre a direção da cooperativa em concreto, deve atender-se ao disposto nas normas dos artigos 55.º a 59.º daquele Código.

¹⁶² - Conforme consta do artigo 12.º do Código do Trabalho, presume-se a existência de um contrato de trabalho sempre que na situação em concreto se verifiquem algumas das seguintes características: a atividade seja realizada em local pertencente ao beneficiário ou por ele determinado; os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; o prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário; seja paga, com determinada periodicidade, uma «quantia ao prestador de atividade como contrapartida da mesma; o prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

¹⁶³ - Sobre cooperativas no direito português *vide* DEOLINDA MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português*, Porto, Vida Económica, 2009.

Na temática em análise assume especial destaque o artigo 56.º que, sob a epígrafe competência da direção, fixa que cabe a este órgão colegial (encabeçado pelo seu presidente) a administração e a representação da cooperativa, designadamente, a elaboração e aprovação anual das contas, do plano de atividades anual, do orçamento, entre outras¹⁶⁴.

O Código Cooperativo nada prevê sobre o exercício da atividade de presidente da cooperativa e eventuais incompatibilidades com o exercício de outros cargos ou funções, pelo que na busca de uma proposta de solução para a situação do presente acórdão aplicaremos o direito subsidiário: o Código das Sociedades Comerciais, assumindo especial relevo os artigos 390.º e seguintes¹⁶⁵.

Como se sabe, o artigo 9.º do Código Cooperativo prevê a aplicação às cooperativas, a título subsidiário, das normas do Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente os preceitos aplicáveis às sociedades anónimas, o que apenas é possível quando tais normas não desrespeitem os princípios cooperativos previstos no artigo 3.º do Código Cooperativo¹⁶⁶.

Com especial interesse para a situação em análise, o artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais fixa o regime e respetivas consequências da acumulação do cargo de administrador e o exercício de outras atividades por contrato de trabalho ou outro tipo de vínculo.

¹⁶⁴ - Das competências que o Código Cooperativo exemplificativamente atribui à direção, notamos especialmente pela relação com o caso *sub judice* a atribuição das tarefas relativas à contratação e gestão do pessoal necessário às atividades da cooperativa, o que aparece na previsão da alínea f) do artigo 56.º, o que, em primeira análise, pode configurar uma confusão entre a posição de empregador e a de trabalhador.

¹⁶⁵ - O artigo 42.º do Código Cooperativo, sob a epígrafe incompatibilidades, apenas prevê que nenhum cooperador pode ser simultaneamente membro da mesa da assembleia geral, da direção, do conselho fiscal ou dos outros órgãos eletivos estatutariamente previstos, assim como não podem ser eleitos para o mesmo órgão social de cooperativas com mais de 20 membros, ou ser simultaneamente membros da direção e do conselho fiscal, os cônjuges e as pessoas que vivam em união de facto.

¹⁶⁶ - Princípios da adesão voluntária e livre, da gestão democrática pelos seus membros, da participação económica dos seus membros, da autonomia e independência, da educação, formação e informação, da intercooperação e do interesse pela comunidade.

5. ACUMULAÇÃO DO CARGO DE PRESIDENTE DO ÓRGÃO EXECUTIVO COM O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES POR CONTRATO DE TRABALHO

No acórdão em análise os factos evidenciam que o recorrente foi admitido pela cooperativa em 1995 para exercer, por contrato de trabalho, as funções de diretor, sendo que cerca de doze anos mais tarde, em 2007, assumiu o cargo de presidente do órgão executivo da cooperativa.

Sobre o exercício de outras atividades pelos administradores, o n.º 1 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais estabelece como princípio geral que, durante o período para o qual foram designados, os administradores não podem exercer nas sociedades, ou em sociedades em relação de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo¹⁶⁷.

Contudo, é a previsão do n.º 2 do artigo em referência que se subsume à factualidade descrita no acórdão, ou seja, a situação em que o exercício de funções por contrato de trabalho precede a designação para a presidência do órgão executivo da cooperativa.

Aqui prevê-se que quando for designada administrador uma pessoa que exerça quaisquer funções por contrato de trabalho na sociedade, os contratos de trabalho celebrados se extingam ou se suspendam consoante o tempo da sua duração relativamente à data da designação¹⁶⁸. Extinguem-se os contratos de trabalho celebrados se tiverem sido celebrados há menos de um ano antes da designação como administrador e suspendem-se todos os contratos de trabalho que tenham duração superior¹⁶⁹.

¹⁶⁷ - Com interesse para o tema *vide* MENEZES CORDEIRO, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, Lisboa, 2006, p. 443 e PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 62, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 179 e ss..

¹⁶⁸ - Em especial sobre o tema *vide* COUTINHO DE ABREU, *Administradores e Trabalhadores de Sociedades (cúmulos e não)*, IDET, Colóquios n.º 2, Temas de Sociedades, Coimbra, Almedina, 2006, p. 9.

¹⁶⁹ - Através do Acórdão do Tribunal Constitucional 626 de 19 de Dezembro de 2011, foi declarada a inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais na parte em que determina a extinção dos contratos de trabalho previamente celebrados pelos administradores e que durem há menos de um ano à

6. A SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO COM A COOPERATIVA

No caso vertido neste acórdão, com a designação do sujeito para presidente da direção da cooperativa em 2007, o contrato de trabalho pelo qual exercia para a mesma entidade as funções de diretor, o que se verificava desde 1995, suspendeu-se, conforme resulta das normas que referimos no ponto anterior¹⁷⁰. Também a decisão sufragada no presente acórdão vai nesse sentido, decisão essa com a qual concordamos na íntegra.

Procuraremos agora examinar quais os efeitos da suspensão do contrato de trabalho existente, matéria que o presente aresto não analisa, mas que se revela de interesse designadamente no momento de apurar os direitos do trabalhador face à resolução do contrato de trabalho.

A suspensão do contrato de trabalho vem tratada nos artigos 294.º e seguintes do Código do Trabalho e fundamenta-se na impossibilidade temporária da prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador¹⁷¹.

A designação para presidente da direção da cooperativa configura uma situação de impedimento por facto relativo ao trabalhador, que se enquadra especificamente na previsão legal do n.º 5 do artigo 296.º do Código do Trabalho. Neste caso especial, o legislador prescinde da não imputabilidade ao trabalhador do facto que origina a suspensão, admitindo por conseguinte que possa existir suspensão por factos ligados à pessoa do trabalhador e desejados por ele.

Da leitura do artigo 296.º concluímos que o facto determinante da suspensão do contrato de trabalho pode assentar em facto que não seja imputável ao trabalhador, como por exemplo a doença ou acidente, ou em impedimento temporário imputável ao trabalhador resultante de casos previstos na lei.

data da designação para administrador.

¹⁷⁰ - Nos termos do n.º 4 do artigo 253.º do Código do Trabalho, o trabalhador deve comunicar ao empregador a ausência sempre que a mesma determine a suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado. O incumprimento desta obrigação determina que a ausência seja injustificada.

¹⁷¹ - Sobre a suspensão do contrato de trabalho *vide* LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – à luz do novo Código do Trabalho*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 339 e ss.; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, II, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 803 e ss.; e MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 509 e ss..

É precisamente o que se verifica neste acórdão, pois a suspensão do contrato de trabalho decorre da previsão legal do artigo 398.º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

7. EFEITOS DA SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Como já referimos, a designação do recorrente para presidente da direção da cooperativa em 2007 determinou a suspensão do contrato de trabalho pelo qual exerceu até essa data as funções de diretor. Importa, por isso, debruçarmos agora sobre os efeitos da suspensão do contrato de trabalho de diretor.

Dos vários números do artigo 295.º do Código do Trabalho resulta que, durante o período de suspensão do contrato de trabalho, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho¹⁷².

O mecanismo da suspensão do contrato de trabalho apresenta essencialmente duas características: é superveniente à celebração do contrato e é temporária.

Conclui-se que, mantendo-se o vínculo, se suspende a prestação da atividade pelo trabalhador, o pagamento da retribuição pelo empregador, o dever de obediência do trabalhador ao empregador e a obrigação do trabalhador de velar pela boa conservação e utilização dos instrumentos de trabalho. Já durante o período de suspensão mantêm-se, para ambas as partes, o dever de respeito, e, para o trabalhador, o dever de lealdade para com o empregador¹⁷³.

De notar que, de todos os deveres que o trabalhador mantém durante o tempo de suspensão do seu contrato, a manutenção do dever de lealdade do trabalhador à entidade patronal levanta especiais dificuldades, por ser excessivamente difícil marcar os limites de tal dever de lealdade¹⁷⁴, e especificamente

¹⁷² - LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 335, denomina a suspensão do contrato de trabalho como o vínculo relaxado.

¹⁷³ - São manifestações típicas do dever de lealdade do trabalhador não negociar por conta própria ou de outrem em concorrência com o empregador, não divulgar informações referentes à organização, aos métodos de produção ou aos negócios [artigo 128.º n.º 1 f) do Código do Trabalho].

¹⁷⁴ - A dificuldade surge quanto à obrigação de sigilo e a todas as outras ações do sujeito que pressuponham a confiança do empregador.

no caso do acórdão, pelo facto de a qualidade de trabalhador e de empregador estarem reunidas na mesma pessoa.

Outro efeito da suspensão do contrato de trabalho, com especial importância para o trabalhador, resulta de o tempo de suspensão se contar para efeitos de antiguidade do trabalhador, o que no caso dos autos se refletiria significativamente na indemnização devida pela resolução com justa causa que o sujeito peticionou ao tribunal.

Um efeito adicional previsto na lei é o de o tempo de suspensão do contrato de trabalho não ter efeitos no prazo de caducidade, nem obstar a que qualquer das partes faça cessar o contrato de trabalho nos termos gerais¹⁷⁵.

Acresce que o n.º 4 do artigo 295.º do Código do Trabalho prevê ainda que, terminado o período de suspensão, serão restabelecidos todos os direitos, deveres e garantias das partes decorrentes da efetiva prestação de trabalho.

A suspensão do contrato de trabalho apresenta-se, assim, como uma maneira de manutenção do vínculo face ao empregador, paralisando os seus principais efeitos. Além do mais, garante ao trabalhador o direito ao posto de trabalho, permitindo ao mesmo tempo o exercício de determinados cargos públicos ou privados.

8. A DESTITUIÇÃO DO CARGO DE PRESIDENTE DA DIREÇÃO E O REGRESSO DO TRABALHADOR

A destituição do cargo de presidente da direção da cooperativa aconteceu por deliberação datada de 29 de Dezembro de 2010, pelo que, de acordo com o previsto no artigo 297.º do Código do Trabalho, o trabalhador devia apresentar-se ao empregador para retomar a atividade de diretor no dia imediato à cessação do impedimento, retomando assim a plenitude das suas funções, o exercício pleno de direitos e garantias e o cumprimento de todos os deveres a que estava adstrito.

Todavia, agindo aparentemente em desconformidade com a lei (isto apesar de o acórdão não evidenciar a causa da destituição do cargo de presidente da direção) o empregador impediu o trabalhador não só de exercer as funções de

¹⁷⁵ - Decorrem ainda da suspensão do contrato de trabalho, por motivo respeitante ao trabalhador, efeitos quanto ao subsídio de natal [artigo 263.º n.º 2 c) do Código do Trabalho] e quanto ao direito a férias (artigo 245.º n.º 4 do Código do Trabalho).

diretor, mas também de ter acesso a instalações e equipamentos da cooperativa, comportamentos estes que configuram pelo menos a violação do dever de ocupação efetiva do trabalhador previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 129.º do Código do Trabalho¹⁷⁶.

Acresce que o empregador, após o fim da suspensão, decidiu unilateralmente baixar o valor da retribuição acordada com o trabalhador (o que ocorreu designadamente nos meses de Fevereiro, Março e Abril de 2011). Este procedimento do empregador configura violação de outra garantia do trabalhador, prevista na alínea d) do n.º 1 do mesmo artigo 129.º do Código do Trabalho, e que lhe assegura a irredutibilidade da sua retribuição.

Esta conduta do empregador afigura-se violadora das garantias legais do trabalhador que supra identificamos, sendo motivo bastante para que o trabalhador resolva com justa causa o seu contrato de trabalho com a cooperativa, com direito à indemnização prevista na lei: artigos 394.º n.º 2 b) e 396.º do Código do Trabalho.

Em jeito de conclusão, concordamos com a solução apresentada no Acórdão, que apresenta como desfecho para o caso *sub judice* que a designação do trabalhador para o cargo de presidente da direção de cooperativa acarretou a suspensão temporária do respetivo contrato de trabalho com aquela cooperativa.

Essa suspensão do contrato de trabalho subsistirá enquanto se mantiver o exercício das funções de presidente do órgão executivo da cooperativa, tendo como consequência que o sujeito estará impedido por lei de exercer quaisquer funções por contrato de trabalho.

O contrato de trabalho fica paralisado na sua execução, designadamente no que concerne aos direitos e deveres das partes que estejam ligados à prestação de trabalho, restabelecendo-se na plenitude da sua execução quando terminar a causa que motivou a sua suspensão.

Em suma, é impossível a coexistência no mesmo período temporal e relativamente ao mesmo sujeito, do exercício do cargo de presidente da direção de cooperativa com o desempenho em simultâneo de funções por contrato de trabalho nessa mesma cooperativa.

¹⁷⁶ - Sobre o dever de ocupação efetiva *vide*, entre outros JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 551 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 3.ª edição., Coimbra, Almedina, 2012, p. 309 e ss..

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 385-404

**ASPETOS FISCAIS DOS DONATIVOS A
FUNDAÇÕES PARTICIPADAS PELO ESTADO**
Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo
de 5 de dezembro de 2012, sobre o processo 1018/12¹⁷⁷

Nina AGUIAR

*Professora Adjunta da Área Científica de
Direito do Instituto Politécnico de Bragança
naguiar@ipb.pt*

1. O LITÍGIO

O caso decidido no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo referido diz respeito a um donativo efetuado por uma sociedade gestora de participações sociais (não identificada no texto publicado do acórdão) à Fundação Portuguesa das Comunicações.

Segundo o n.º 2 do artigo 40.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC) em vigor à data dos factos, eram dedutíveis como custos, no apuramento do lucro tributável das sociedades, os donativos efetuados a fundações em que o Estado ou as regiões autónomas participassem em, pelo menos, 50% da sua dotação inicial.

No caso da Fundação Portuguesa das Comunicações, entidade recetora do donativo em apreço na demanda, tratava-se de uma fundação de direito privado, cuja dotação inicial havia sido realizada pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal, pela CTT – Correios de Portugal, S.A. e por uma sociedade anónima também não identificada no texto publicado do acórdão.

¹⁷⁷ - Disponível através do sítio www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/dc8f05edb3edea7a80257ad8003fef86?OpenDocument.

Segundo resulta de modo implícito do texto do aresto, as participações somadas do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal e da CTT – Correios de Portugal, S.A. somariam a percentagem de 50% da dotação inicial da fundação beneficiária do donativo requerida pelo preceito citado. A questão discutida dizia respeito a saber se estas duas entidades integravam o conceito de Estado na aceção empregue pelo n.º 2 do artigo 40.º do CIRC.

A administração fiscal considerou que nenhuma das duas instituições integrava o Estado no sentido com que o termo era empregue naquela disposição legal, pois este abrangia apenas o Estado- pessoa coletiva. Na sequência de tal entendimento, recusou a dedução dos donativos efetuados e liquidou IRC adicional sobre os lucros da sociedade sujeito passivo (sociedade doadora).

No seguimento de um recurso de impugnação deste ato de liquidação adicional, a sociedade sujeito passivo obteve uma primeira decisão favorável à sua pretensão por parte do Tribunal Tributário de Lisboa, da qual a Fazenda Pública recorreu para o Supremo Tribunal Administrativo. Já este Tribunal, discordando da decisão anterior, alinou com a tese da administração fiscal, sustentando que o n.º 2 do artigo 40.º do CIRC empregava o termo Estado na aceção administrativista de pessoa coletiva, excluindo, pois, qualquer outra pessoa coletiva, mesmo que dependente do Estado e integrada na administração indireta deste. Em apoio desta tese, o Tribunal socorreu-se, em primeiro lugar, de um elemento sistemático, confrontando a redação do preceito cuja interpretação era discutida, e que se referia apenas ao Estado, com outras disposições do CIRC que se referiam expressamente ao «Estado, regiões autónomas e autarquias locais, incluindo qualquer dos seus serviços, estabelecimentos e organismos, ainda que personalizados» (artigo 40.º, n.º 1 do CIRC), ou ainda ao «Estado e qualquer dos seus serviços, estabelecimentos e organismos, ainda que personalizados, compreendidos os institutos públicos» [atual artigo 9.º, n.º 1, al. a) do CIRC]. Deste confronto, concluiu o Tribunal, em concordância com a administração fiscal, que se, no mesmo diploma legal, o legislador entendera necessário, em alguns casos, mencionar, a par do Estado, os «serviços, estabelecimentos e organismos do Estado», tal indicaria que o termo Estado é utilizado neste diploma legal numa aceção restrita, que exclui, precisamente, as restantes pessoas coletivas públicas integradas na administração indireta do Estado.

O STA recorreu em segundo lugar a um argumento baseado na *ratio legis* da norma. Alegou o Tribunal que, constituindo os donativos receitas próprias das fundações beneficiárias, quando o Estado (na aceção estrita de pessoa coletiva de direito público) não tem participação relevante no seu património,

com a conseqüente distanciação na condução ou supervisão das suas atividades, não se justifica o benefício da consideração dos donativos como custos fiscais, com a simétrica redução das receitas do Estado.

Na sua decisão, o Tribunal desatendeu a pretensão do contribuinte e reconheceu razão à administração fiscal, considerando que os donativos feitos pela sociedade contribuinte à Fundação Portuguesa das Comunicações não eram dedutíveis, por não se verificar cumprido, em relação à Fundação, o requisito de o Estado participar em pelo menos 50 por cento da sua dotação inicial. E isto porque, embora tivessem participado em mais de cinquenta por cento na dotação inicial um instituto público e uma empresa de capitais exclusivamente públicos, estes não seriam de considerar como Estado para efeitos de aplicação do benefício fiscal.

2. AS FUNDAÇÕES CRIADAS POR ENTIDADES PÚBLICAS - ENQUADRAMENTO JURÍDICO E POLÍTICO

A atual Lei-Quadro das fundações¹⁷⁸ estabelece três categorias de fundações: i) as fundações privadas, fundações de direito privado, nas quais podem participar entidades públicas mas sem que estas, em conjunto ou individualmente, tenham na fundação uma influência dominante; ii) as fundações públicas de direito público, as quais são criadas exclusivamente por pessoas coletivas públicas; e iii) as fundações públicas de direito privado, que integram as fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado, mas em que as pessoas coletivas públicas, isolada ou conjuntamente, detêm sobre a fundação uma influência dominante.

Na prática, esta Lei-Quadro das fundações veio verter em lei e atribuir denominação própria a soluções jurídicas que já existiam anteriormente, visto que as pessoas coletivas públicas sempre puderam criar quer fundações de direito público quer fundações de direito privado¹⁷⁹. A título de exemplo, a

¹⁷⁸ - Lei n.º 24/2012 de 9 de julho.

¹⁷⁹ - Num estudo de direito comparado sobre fundações num conjunto de países, HELMUT K. ANHEIER e STEFAN TOEPLER: «Germany», *Private Funds, Public Purpose: Philanthropic Foundations in International Perspective*, Springer, 1999, p. 18, sublinham como característica dos sistemas de direito civil, ou sistemas romano-germânicos, como é mais usual designar-se entre nós, o permitir-se nestes sistemas a criação de fundações tanto de direito privado como de direito público, e de os Estados não estarem limitados, quanto à sua capacidade para criar fundações, à criação de

fundação destinatária dos donativos em discussão no litígio objeto do acórdão aqui comentado é uma fundação de direito privado com participação de entidades públicas. Mas a lei trouxe uma inovação essencial ao distinguir e estabelecer distintos regimes tendo por base um critério substancial em vez de formal, que é o da existência ou inexistência de uma influência dominante, na fundação, por parte do setor público. Com efeito, é perceptível uma íntima afinidade entre as fundações de direito público e as fundações de direito privado criadas por entidades públicas nas quais aquelas entidades exercem uma influência dominante, sendo, pois, de saudar que o legislador tenha instituído um regime especial para as fundações de direito privado nas quais o setor público exerça uma influência dominante.

As fundações criadas pelo Estado, diretamente ou através de outras pessoas coletivas públicas, não são, como já referimos, um fenómeno jurídico recente. Encontra-se relativamente assente que as fundações¹⁸⁰, enquanto fenómeno jurídico, tiveram a sua génese no campo do direito privado e do direito eclesiástico¹⁸¹. Foi apenas com o advento do Estado absoluto que se

fundações de direito público, podendo normalmente, nestes sistemas, criar livremente fundações de direito privado. Observam ainda os mesmos autores que, nos sistemas de direito civil, existe mesmo uma tendência crescente para os Estados optarem por criar fundações de direito privado, em detrimento do estatuto de direito público, com o intuito de assim ganharem maior flexibilidade na gestão de tais fundações. Segundo os mesmos autores (p. 18), no direito norte-americano, onde as fundações criadas ou administradas pelo governo tiveram também o seu período áureo, estas viram a sua expressão francamente reduzida ao longo do séc. XX, até ocuparem hoje em dia um lugar residual.

¹⁸⁰ - Quando nos referimos à génese do fenómeno fundacional, na Antiguidade, é importante precisar que não estamos ainda perante fundações, tal como as conhecemos hoje, com personalidade jurídica, mas perante doações modais a um grupo de pessoas ou fideicomissos.

¹⁸¹ - Referindo-se à emergência do fenómeno jurídico das fundações no direito romano, que a autora estuda numa perspectiva de direito civil, EUGENIA SERRANO: *Las Fundaciones: Dotación y Patrimonio*, Civitas, Madrid, 2000, p. 28, dá-nos indicação de que, no direito romano, o surgimento das fundações ocorre associado à necessidade então sentida pelas famílias nobres de Roma de perpetuarem a memória, não apenas familiar mas sobretudo social, do nobre falecido (no mesmo sentido, LUCÍA LINARES: *Las fundaciones: Personalidad, Patrimonio, Funcionamiento y Actividades*, Universidade de Valência, Valência, 1998, p. 26). Para isso, eram construídas sepulturas à medida da posição social do nobre, mas, ao mesmo tempo, era afetada à sepultura uma área de terreno produtivo, cujos rendimentos ficavam

deu o aparecimento de fundações criadas pelo Estado¹⁸², fenómeno que terá tido a sua expressão máxima em França. Nesta fase, porém, segundo as fontes disponíveis, as fundações reais ou estatais — normalmente obras pias — estavam submetidas ao direito estatal, tratando-se, portanto, de fundações de direito público¹⁸³.

Será ainda interessante referir, em complemento deste brevíssimo apontamento histórico, mas com interesse para o que pretendemos discutir adiante, que, durante o período das monarquias absolutas, em que o Estado chama a si a criação de fundações sobretudo com fins assistenciais, se produz entretanto o aparecimento de um movimento de descrédito em relação às fundações, não apenas estatais mas igualmente privadas e eclesiásticas, às quais se imputam os defeitos de ineficiência económica e de serem causa de quebra das receitas fiscais¹⁸⁴. É assim que o movimento liberal, como não poderia deixar de ser, traz consigo não apenas a eliminação da maior parte das fundações de direito privado e religioso¹⁸⁵, mas também a desnaturação das fundações de direito

destinados ao cuidado da sepultura e à comemoração do aniversário do defunto, através da qual se ia perpetuando a memória social da condição nobre daquele. No plano jurídico, o propósito descrito era obtido através de um contrato (doação modal ou fideicomisso), formalizado entre o nobre e um conjunto de pessoas, normalmente libertos do defunto, que se comprometiam a administrar, segundo os fins previamente fixados, os bens em causa e a não alienarem esses bens. Não há dúvida, portanto, que se estava perante a génese da fundação, com um perfil jurídico muito similar ao que existe hoje. A autora designa estas fundações primordiais por «fundações funerárias». Na continuidade da sua resenha histórica, a mesma autora refere (p. 31) as fundações de direito eclesiástico que, ao contrário das fundações do direito romano, tiveram desde o início personalidade jurídica. Sobre estas últimas escrevem RUI MACHETE e HENRIQUE S. ANTUNES: *Direito das Fundações. Proposta de Reforma*, Fundação Luso-Americana, Lisboa, 2004, p. 11, que «os ensinamentos sobre a caridade, que serviram de fermento às fundações medievais, transformaram as mais prosaicas intenções dos doadores da Grécia e Roma antigas [...] num dever de carácter religioso e, de uma forma ou de outra, condicionaram o objeto e a aceitação política das fundações».

¹⁸² - EUGENIA SERRANO, *op. cit.*, p. 32; RUI MACHETE e HENRIQUE S. ANTUNES, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸³ - EUGENIA SERRANO, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸⁴ - RUI MACHETE e HENRIQUE S. ANTUNES, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁵ - HELMUT K. ANHEIER e STEFAN TOEPLER, *op. cit.*, p. 18.

público, invocando-se pertencer ao Estado, diretamente e não por interpostas entidades, a defesa de todos os interesses sociais ou coletivos¹⁸⁶.

Nas palavras de Rui Machete e Henrique S. Antunes¹⁸⁷, «a superação do modelo liberal pela nova compreensão das funções do Estado e o conseqüente aparecimento dos direitos sociais lançaram as raízes do ressurgimento das fundações em França e nos países sujeitos às invasões napoleónicas». Com efeito, o séc. XX assiste a uma renovação do apoio popular em relação a todo o designado «terceiro setor»¹⁸⁸, incluindo as fundações. Acompanhando este recrescimento de interesse em torno do «terceiro setor», verificaram-se duas importantes mudanças: um alargamento significativo dos campos de atuação das entidades sem fins lucrativos em geral, incluindo das fundações, e a abertura dada pelo legislador ao Estado para a criação de fundações de direito privado.

O esboço histórico anteriormente efetuado pretendeu mostrar que o fenómeno jurídico das fundações não evoluiu linearmente, mas revelou-se sempre muito sensível ao contexto político e ideológico de cada época. Ficou também de certo modo claro, e vários autores o afirmam¹⁸⁹, que a relação entre o Estado, as fundações e a sociedade, ao longo da sua centenária história, foi várias vezes marcada pela tensão e em alguns casos por uma certa divergência entre os fins legais do instituto jurídico da fundação e os mecanismos que o mesmo instituto efetivamente coloca à disposição dos fundadores e posteriores administradores, que permitem à fundação desviar-se dos seus fins.

O rápido crescimento do terceiro setor ao longo do séc. XX acentuou muitas destas tensões. Koele¹⁹⁰ observa a este respeito que «as organizações filantrópicas estão cada vez mais influenciadas por considerações mercantilistas»

¹⁸⁶ - EUGENIA SERRANO, *op. cit.*, p. 32. São do período liberal as «leis de desvinculação», através das quais os bens pertencentes às fundações retomaram o estatuto de bens livremente comercializáveis. Em Espanha, por exemplo, a desvinculação dos bens de todas as fundações foi operada pela «Ley desvinculadora» de 11 de outubro de 1820 (LUCÍA LINARES, *op. cit.*, p. 27).

¹⁸⁷ - *Op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁸ - Termo cunhado pela Comissão Filer, no seu relatório emitido em 1975, sobre a filantropia privada e o seu papel na sociedade norte-americana.

¹⁸⁹ - HELMUT K. ANHEIER e STEFAN TOEPLER, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁰ - INEKE A. KOELE: *International Taxation of Philanthropy: Removing Tax Obstacles for International Charities*, IBFD, Amsterdão, 2007, p. 2.

e que, em consequência da redução da despesa pública em muitos países, tais organizações «estão a virar-se para atividades comerciais e para uma crescente cooperação com o setor empresarial». Desta forma, afirma ainda o mesmo autor, a clássica divisão entre setor empresarial, setor público e terceiro setor está a tornar-se cada vez mais turva, levando os Estados a reformar as legislações nacionais respeitantes às organizações sem fins lucrativos¹⁹¹.

As assinaladas tensões e divergências estão bem ilustradas na exposição de motivos da proposta de Lei-Quadro das Fundações, apresentada pelo governo português ao parlamento. Nessa exposição de motivos se afirma que, «[A] utilização arbitrária pelo Estado, nos seus vários níveis, do instituto fundacional tem por vezes conduzido à retirada de entidades públicas do perímetro orçamental e à perversão da natureza e lógica das fundações, o que tem causado sérios danos ao princípio fundacional, que é um princípio nobre estribado no ato altruísta de disposição de um património para a prossecução de fins de interesse social».

3. LINHAS GERAIS DA TRIBUTAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

É neste contexto de considerável complexidade jurídica e política que a questão fiscal das fundações deve ser apreciada.

Na maioria dos países, as fundações, à semelhança de outras entidades que prosseguem sem fins lucrativos atividades de interesse social, gozam de um estatuto fiscal privilegiado¹⁹². Este estatuto inclui, regra geral e entre outros benefícios, a isenção de impostos sobre heranças e doações, sobre o património imobiliário e sobre as transações de imóveis¹⁹³. No campo da tributação dos rendimentos, verifica-se, em regra, um duplo benefício fiscal: isenção

¹⁹¹ - Será interessante referir a este propósito que em 1950 o Congresso dos E.U.A. criou um imposto sobre o rendimento das atividades comerciais das entidades sem fins lucrativos, como forma de restringir a concorrência desleal que as empresas sofriam por parte daquelas entidades (K. O'HALLORAN, M. MACGREGOR-LOWNDES e K. SIMON: *Charity Law and Social Policy: National and International Perspectives on the Functions of the Law Relating to Charities*, Springer, 2008, p. 554).

¹⁹² - Ver o recente estudo de direito comparado sobre fundações de ANNE-MARIE PIPER (ed.): *Charity Law: Jurisdictional Comparisons*, Sweet & Maxwell, 2012.

¹⁹³ - Mais rara é a isenção de IVA concedida às fundações que se verifica em Portugal, na Irlanda e em Inglaterra.

sobre o próprio rendimento das fundações¹⁹⁴ e dedutibilidade ao lucro tributável dos donativos efetuados por entidades tributadas e não isentas, como sociedades¹⁹⁵.

O estatuto fiscal privilegiado das fundações, bem como de outras entidades sem fins lucrativos, tem sido justificado pelo caráter de interesse geral das atividades destas entidades. Citando Pedreira Menéndez¹⁹⁶ «o objeto principal das fundações (...) é o de realizar atividades de interesse geral para o conjunto da sociedade. (...) Assim, sempre que uma fundação desenvolve as suas atividades, geralmente, estará a colaborar para alcançar objetivos sociais estabelecidos no texto constitucional. De tal forma que, com a sua atuação, estará a contribuir para a satisfação de necessidades sociais que deveriam ser asseguradas pelos poderes públicos, o que implicará um desencargo das obrigações da administração no momento de satisfazer tais necessidades»¹⁹⁷.

Similarmente ao que acontece no direito espanhol, podemos dizer que, em regra, as constituições dos chamados Estados de bem-estar social confiam ao Estado a responsabilidade de satisfazer a generalidade das necessidades coletivas. As fundações, por sua vez, têm visto alargado o leque de atividades de interesse social que podem exercer, coincidindo com praticamente todas as necessidades coletivas que são constitucionalmente confiadas aos Estados.

¹⁹⁴ - No caso do direito português esta isenção está prevista no artigo 10.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas e está condicionada ao cumprimento de determinados requisitos.

¹⁹⁵ - Apenas a título de exemplo, o assinalado duplo benefício fiscal em imposto sobre o rendimento existe na Argentina (G. OLIVA-BELTRÁN, L. DONDO e O. BELTRÁN: «Argentina», *Charity Law: Jurisdictional Comparisons*, cit., p. 8); na Austrália (V. VISEVIC e J. BAXTER: «Australia», *Charity Law: Jurisdictional Comparisons*, cit., p. 23); na Bélgica, desde 2008 (S. HEIDENBAUER: *Charity Crossing Borders: The Fundamental Freedoms' Influence on Charity and Donor Taxation Rights in Europe*, Kluwer Law International, 2011, p. 94); na Polónia (S. HEIDENBAUER, *op. cit.*, p. 94); na Inglaterra (S. HEIDENBAUER, *op. cit.*, p. 87); no Canadá (R. HAYHOE, «Canada», *Charity Law: Jurisdictional Comparisons*, cit., p. 48); na Alemanha (A. RICHTER e A. GOLLAN, «Germany», *Charity Law: Jurisdictional Comparisons*, cit., p. 91); e nos E.U.A. (MACGREGOR-LOWNDES e K. SIMON: *Charity Law and Social Policy*, *op. cit.*, p. 554), onde este duplo benefício fiscal existe, segundo os autores citados, desde o séc. XVIII.

¹⁹⁶ - J. PEDREIRA MENÉNDEZ: *Las Actividades Empresariales de las Fundaciones y su Tributación*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 153.

¹⁹⁷ - Tradução da Autora.

Desta forma, a atividade das fundações reduziria o volume de prestações sociais por parte do Estado e a consequente despesa pública¹⁹⁸, justificando assim o seu tratamento fiscal privilegiado. No fundo, o tratamento fiscal privilegiado das fundações traduzir-se-ia numa comparticipação do Estado no financiamento das atividades das fundações, as quais, em princípio e em primeira linha, caberiam ao Estado.

Ora, o facto de os rendimentos das fundações serem isentos de impostos, quer pela via da isenção das próprias fundações em relação aos rendimentos por si gerados, quer pela via da dedução, ao rendimento tributável de entidades tributadas, dos donativos feitos a fundações, oferece fundamento à tese, advogada hoje por muitos defensores de uma maior transparência para as entidades sem fins lucrativos, de que tais rendimentos são, na realidade, fundos públicos, devendo como tal estar sujeitos à mesma disciplina destes¹⁹⁹. Por razões óbvias, esta preocupação é mais intensa nos casos em que se vê esfumar a já mencionada divisão entre o setor público, o setor empresarial privado e o setor das entidades sem fins lucrativos («terceiro setor»), no qual as fundações se incluem. Esta é a questão que consideramos a trave mestra da problemática do regime fiscal privilegiado das fundações.

4. AS FUNDAÇÕES NO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO EM PORTUGAL

O n.º 2 do artigo 40.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas²⁰⁰ (CIRC), que até 1999 tinha por epígrafe «donativos ao Estado», tinha até então a seguinte redação:

¹⁹⁸ - J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 153.

¹⁹⁹ - JOHN EVERETT: *Community Foundations: An Introductory Report on International Experience and Irish Potential*, Combat Poverty Agency, Dublin, 1998, p. iv; GEORGE W. BOHNAM *et al.*: *The Future of Foundations: Some Reconsiderations*, Transaction Publishers, 1978, p. 30; em Espanha, em sentido próximo, J. PEDREIRA, *op. cit.*, p. 154.

²⁰⁰ - No sistema fiscal português não existe, como em Espanha, uma Lei do Imposto sobre Sociedades e nem tão pouco uma Lei do Imposto sobre o Rendimento, como em Itália ou na Alemanha. Existe um Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, regulado no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, e um Imposto sobre as Pessoas Coletivas, regulado no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, cujo âmbito cobre as sociedades de qualquer natureza, incluindo as sociedades civis, as pessoas coletivas públicas de carácter

«São também considerados custos ou perdas do exercício, na sua totalidade, os donativos concedidos a fundações em que o Estado ou as regiões autónomas participem em, pelo menos, 50% da sua dotação inicial ou, sendo a participação inferior, desde que tal seja autorizado por despacho conjunto do Ministro das Finanças e do ministro da respetiva tutela».

O preceito foi inteiramente revogado em 1999, sendo substituído então por uma disposição introduzida no Estatuto dos Benefícios Fiscais, o artigo 62.º, n.º 1, com a seguinte redação:

«São considerados custos ou perdas do exercício, na sua totalidade, os donativos concedidos às seguintes entidades:

[...]

c) Fundações em que o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais participem no património inicial».

Mantém-se, por isso, toda a atualidade da questão decidida através do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de dezembro de 2012, porquanto a norma se mantém em vigor, embora com modificações e inserida noutro local do ordenamento jurídico.

Cumpre salientar que a norma aqui em causa constitui um desvio à regra geral constante do artigo 23.º do CIRC, peça central do regime de tributação dos lucros, segundo a qual só serão aceites como gastos aqueles que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora [...]. Foi essa a razão, aliás, que levou o legislador, justificadamente sob o ponto de vista doutrinário, a considerar estarmos perante um benefício fiscal.

A racionalidade do benefício fiscal em causa é pouco clara e resulta ainda menos perceptível olhando o referido artigo 62.º, n.º 1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais no seu todo:

«1. São considerados custos ou perdas do exercício, na sua totalidade, os donativos concedidos às seguintes entidades:

a) Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais e qualquer dos seus serviços, estabelecimentos e organismos, ainda que personalizados;

empresarial, as incluem por sua vez diversos tipos, as associações e as fundações e ainda diversas entidades ou patrimónios sem personalidade jurídica civil, como as heranças jacentes.

- b) Associações de municípios e de freguesias;
- c) Fundações em que o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais participem no património inicial;
- d) Fundações de iniciativa exclusivamente privada que prossigam fins de natureza predominantemente social ou cultural, relativamente à sua dotação inicial [...]».

Vários aspetos merecem nota no que diz respeito a este preceito. O primeiro é a amplitude subjetiva dos possíveis beneficiários do donativo abrangido pela dedução fiscal, no que diz respeito às entidades públicas: todas as entidades públicas, mesmo as de caráter empresarial, e, destas, mesmo aquelas cuja gestão se encontre confiada a entidades privadas gozam da vantagem fiscal de os donativos que a elas se destinem poderem ser deduzidos como custos do doador na sua totalidade e, em certos casos, sendo mesmo majorados, *i.e.*, podendo ser deduzidos em valor superior ao valor efetivamente doado, como se verá adiante.

O segundo aspeto merecedor de reparo diz respeito à ausência de qualquer requisito relativo à atividade levada a cabo pelas entidades destinatárias dos donativos, ao contrário do que acontece com os donativos a entidades privadas. Em vista da dimensão e da variedade de atividades levadas a cabo pelo setor público português, atividades essas frequentemente concorrentes com atividades empresariais privadas²⁰¹, e muitas outras vezes atividades de supervisão e de autoridade sobre atividades comerciais privadas, esta abrangência subjetiva respeitante às entidades recetoras dos donativos que são objeto do benefício fiscal é no mínimo perturbante. Considere-se, apenas a título de exemplo entre muitos outros que poderiam ser dados e como objeto de reflexão, o caso das entidades reguladoras, as quais têm importantes poderes públicos de controlo das atividades privadas.

Mas, para além disso, o simples facto de o benefício fiscal não se dirigir a certas atividades, mas a todo o setor público de uma forma indiscriminada, não pode deixar de constituir em si fonte de estranheza, em face dos princípios

²⁰¹ - M. REY e L. I. ALVARÉZ: «Foundations and Social Economy: Conceptual Approaches and Socio-Economic Relevance», *CIRIEC-Espanha, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 73, 2011, p. 68, referem a existência de duas categorias de fundações. Aquelas cujo fim é o de satisfazer necessidades sociais (dos indivíduos e das famílias) e aquelas que os Autores qualificam como «*market producers*», cuja principal atividade consiste em prestar serviços a entidades de natureza mercantil.

informadores do direito fiscal e do conceito de benefício fiscal²⁰². Aliás, este aspeto poderá sair realçado através da comparação com a disposição — a alínea d) do mesmo preceito — respeitante às «fundações de iniciativa exclusivamente privada». Destas, só entram no campo de incidência do benefício fiscal, como destinatárias do donativo, aquelas que «prossigam fins de natureza predominantemente social ou cultural» e, ainda assim, apenas «relativamente à sua dotação inicial», o que significa que um donativo feito a uma fundação privada de fins culturais ou sociais num momento posterior ao da sua constituição não dará lugar a qualquer dedução fiscal.

Finalmente, será ainda relevante observar que a alínea c) do n.º 1 do artigo 62.º do EBF, aquela que mais releva para o caso decidido no acórdão aqui tratado, abrange todas as fundações, independentemente da sua atividade²⁰³, em que «o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais *participem* no património inicial». Ou seja, não se exige, sequer, que tais fundações sejam fundações exclusivamente públicas²⁰⁴.

²⁰² - De acordo com K. TIPKE e M. LANG: *Steuerrecht*, 18.^a ed., Otto Schmidt, Colónia, 2005, p. 328, um benefício fiscal é uma redução do imposto a pagar por um determinado sujeito passivo, determinada não por razões de capacidade contributiva mas por razões de política extrafiscal.

²⁰³ - Segundo a Lei-Quadro das Fundações, Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, as fundações prosseguem necessariamente fins de interesse social, mas estes interesses são enumerados de forma pródiga, abrangendo (artigo 3.º): a assistência a pessoas com deficiência; a assistência a refugiados e emigrantes; a assistência às vítimas de violência; a cooperação para o desenvolvimento; a educação e formação profissional dos cidadãos; a preservação do património histórico, artístico ou cultural; a prevenção e erradicação da pobreza; a promoção da cidadania e a proteção dos direitos do homem; a promoção da cultura; a promoção da integração social e comunitária; a promoção da investigação científica e do desenvolvimento tecnológico; a promoção das artes; a promoção de ações de apoio humanitário; a promoção do desporto ou do bem-estar físico; a promoção do diálogo europeu e internacional; a promoção do empreendedorismo, da inovação ou do desenvolvimento económico, social e cultural; a promoção do emprego; a promoção e proteção da saúde e a prevenção e controlo da doença; a proteção do ambiente ou do património natural; a proteção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; a proteção dos consumidores; a proteção e apoio à família; a proteção e apoio às crianças e jovens; a resolução dos problemas habitacionais das populações; o combate a qualquer forma de discriminação ilegal.

²⁰⁴ - No atual direito português existem vários tipos de fundações, os quais se encontram enumerados e descritos no artigo 4.º da Lei-Quadro das Fundações: i)

A solução legislativa do direito fiscal português, de ampla dedutibilidade de quaisquer donativos efetuados a quaisquer entidades públicas, extensível a fundações com participação pública dominante e, sobretudo, desligada da atividade desenvolvida pela entidade recetora dos donativos constitui, tanto quanto sabemos, uma solução peculiar no contexto dos países da OCDE²⁰⁵. Em regra, neste conjunto de países, só são dedutíveis os donativos a organizações sem fins lucrativos públicas ou privadas que se dediquem a fins sociais, culturais, educacionais, ambientais e outros similares e ainda assim com limites. Em regra também, no mesmo conjunto de países, as organizações sem fins lucrativos pertencentes ao setor público não recebem um regime fiscal mais favorável do que as organizações congéneres possuidoras de um estatuto privado²⁰⁶.

A racionalidade da opção do legislador fiscal português não se mostra clara e resulta ainda menos transparente quando se atenta num último aspeto, que é o de os donativos feitos a fundações pertencentes ao setor público, para efeitos da sua dedução, não estarem sujeitos a qualquer limite, ao contrário do que constitui regra nos países da OCDE²⁰⁷, e ao invés do que se verifica com os donativos que tenham como destinatários fundações exclusivamente privadas, caso em que os donativos são dedutíveis até um limite, que varia entre 6‰ (n.ºs 3 e 5 do artigo 62.º do EBF) e 8‰ (n.º 6 do artigo 62.º do EBF).

«Fundações privadas», que são as fundações criadas por uma ou mais pessoas de direito privado, em conjunto ou não com pessoas coletivas públicas, desde que estas, isolada ou conjuntamente, não detenham sobre a fundação uma influência dominante; ii) «Fundações públicas de direito público», que são as fundações criadas exclusivamente por pessoas coletivas públicas, bem como os fundos personalizados criados exclusivamente por pessoas coletivas públicas; iii) «Fundações públicas de direito privado», que são as fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação.

²⁰⁵ - HUGH J. AULT e BRIAN J. ARNOLD: *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, 2.ª ed., Kluwer Law International, 2004, pp. 233-234.

²⁰⁶ - Pode consultar-se, a este respeito, o estudo de direito comprado já referenciado ANNE-MARIE PIPER (ed.), *op. cit.*.

²⁰⁷ - HUGH J. AULT e BRIAN J. ARNOLD, *op. cit.*.

5. O PROBLEMA DA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO NAS NORMAS FISCAIS

No acórdão que estamos a analisar, o problema central residia na delimitação do termo Estado, utilizado, à data dos factos, no artigo 40.º, n.º 2 do CIRC (entretanto revogado) e atualmente no artigo 62.º, n.º 1 do EBF. Segundo o preceituado nessas disposições, são dedutíveis os donativos efetuados a fundações em que o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais participem no património inicial. A questão em litígio dizia respeito a saber se o termo Estado utilizado naquela disposição devia ser entendido como referindo-se apenas à pessoa coletiva Estado (uma aceção estrita do termo Estado própria do direito administrativo²⁰⁸) como defendia a Fazenda Pública, ou, pelo contrário, devia entender-se que a norma fiscal utilizava o termo Estado no seu sentido mais amplo, designando quer a pessoa coletiva Estado quer as pessoas coletivas públicas criadas pelo Estado por desconcentração, *i.e.*, as entidades públicas criadas pelo Estado mas com personalidade jurídica distinta deste, integrantes da administração estadual indireta²⁰⁹. A questão colocava-se no caso concreto uma vez que se estava perante um donativo efetuado por uma sociedade a uma fundação cuja dotação inicial fora realizada por três entidades, sendo uma delas um instituto público e outra uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.

Trata-se de uma questão bem conhecida quer do direito administrativo quer também do direito constitucional. Não é, porém, uma questão que ofereça, atualmente, qualquer controvérsia. No direito português, pelo menos, é consensual que o termo Estado pode ser usado em várias aceções bem diferenciadas²¹⁰. Uma delas é a que se refere ao Estado entidade jurídica de direito internacional público, *i.e.*, uma entidade dotada de soberania externa; outra é a que se refere ao Estado como o conjunto de todas as entidades, existentes no âmbito jurisdicional de um Estado soberano, regidas pelo direito público e participantes do poder de autoridade pública (*jus imperii*); e a terceira, mais específica do direito administrativo, é a utilizada para designar o Estado

²⁰⁸ - FREITAS DO AMARAL: *Curso de Direito Administrativo*, Vol. 1, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 1989, p. 197: «Na [...] aceção administrativa, o Estado é a pessoa coletiva pública que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob a direção do Governo, a atividade administrativa».

²⁰⁹ - FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 304.

²¹⁰ - FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 197.

como pessoa coletiva de direito público. Naturalmente, nesta última aceção, o Estado opõe-se a qualquer outra entidade pública, seja de carácter territorial (autarquia, região autónoma), seja de carácter institucional, como os institutos públicos²¹¹, e ainda que integrada na administração indireta do Estado.

Sendo esta última aceção, como já foi dito, mais específica do direito administrativo, ela não é, contudo, exclusiva deste ramo do direito, já que a própria Constituição da República Portuguesa utiliza o termo Estado com este significado. É o que se verifica, por exemplo, no artigo 22.º do texto constitucional, o qual dispõe que «[o] Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem»; ou no artigo 103.º, n.º 1, no qual se lê que «[o] sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza». Nestes dois casos, o texto constitucional utiliza o termo Estado no seu sentido estrito de pessoa coletiva de direito público.

Hoje, o ponto de partida para a resolução da questão de interpretação do preceito em causa seria a regra geral de interpretação das normas fiscais constante do artigo 11.º da Lei Geral Tributária²¹² (LGT)²¹³. Estipula o n.º 2 deste preceito que «[S]empre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos do direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei». Mas trata-se aqui de um caso especial, que a norma de interpretação do artigo 11.º, n.º 2 não consegue resolver, precisamente por o termo Estado não pertencer, como já referimos, a um ramo do direito, mas a vários ramos — o

²¹¹ - FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 314, distingue duas categorias principais de entidades públicas distintas do Estado: institutos públicos e associações públicas. Os institutos públicos caracterizam-se por terem substrato institucional, não associativo. Estes incluiriam os serviços personalizados do Estado, as fundações públicas (que hoje seriam as fundações públicas de direito público), os estabelecimentos públicos e as empresas públicas. Por empresas públicas o Autor refere-se unicamente às entidades de direito público de carácter empresarial.

²¹² - Decreto-Lei 398/98, de 17 de dezembro.

²¹³ - A norma referida não estava em vigor à data dos factos discutidos no litígio, razão porque nem a administração fiscal, nem o Ministério Público, nem o Tribunal a terem mencionado.

direito administrativo, o direito internacional público e o direito constitucional — assumindo significados diferentes em cada um deles.

Não sendo aplicável a regra do artigo 11.º, n.º 2 da LGT, o que sim poderia ser argumentado é que, integrando-se o direito fiscal no direito administrativo, e tendo o termo Estado um significado bem preciso dentro deste ramo do direito, torna-se natural que o legislador fiscal use o termo Estado, em regra e sem necessidade de qualquer especificação, com o significado que aquele tem nesse ramo do direito.

Mas deve-se por outro lado frisar que o argumento decisivo, neste caso, é aquele em que o Tribunal se esteia, de que é lícito partir do princípio de que o legislador fiscal usará o termo Estado, dentro da mesma lei, sempre com o mesmo significado. Assim, quando o artigo 40.º, n.º 1 do CIRC [entretanto revogado e substituído pelo artigo 62.º, n.º 1, al. a) do Estatuto dos Benefícios Fiscais] se refere a «Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais e qualquer dos seus serviços, estabelecimentos e organismos, ainda que personalizados», não há qualquer dúvida de que o termo Estado se encontra aí utilizado no sentido estrito, de pessoa coletiva pública. O mesmo acontece no artigo 9.º, n.º 1, al. a) do CIRC, quando aí se diz que estão isentos de IRC «o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais, bem como qualquer dos seus serviços, estabelecimentos e organismos, ainda que personalizados, compreendidos os institutos públicos, com exceção das entidades públicas com natureza empresarial». Não pode haver dúvida de que, em ambos os casos, o Estado é referido como uma pessoa coletiva diferenciada de todas as outras pessoas coletivas públicas.

O argumento poderia ainda ser desenvolvido, por recurso a vários preceitos contidos noutras leis fiscais, que igualmente empregam o termo Estado em sentido estrito: O artigo 2.º, n.º 2 do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (CIVA), o artigo 11.º do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI) e o artigo 6.º, al. a) do Código do Imposto sobre Transmissões Onerosas de Imóveis (CIMT). Embora não possamos efetuar aqui uma análise exaustiva dos preceitos insertos em leis fiscais que utilizam o termo Estado, essa análise iria sem dúvida conduzir-nos à conclusão de que sempre que o legislador fiscal português utiliza o termo Estado, o utiliza no seu sentido estrito, próprio do direito administrativo, de pessoa coletiva pública.

Chegados a esta conclusão, que é factual, interessa ainda encontrar uma explicação para essa uniformidade de sentido adotada pelo legislador fiscal português. Se existem vários sentidos possíveis, em direito, para o termo

Estado, por que razão o legislador fiscal utiliza sempre e apenas um? Como possível resposta a esta questão, sugere-se que a contraposição dos vários preceitos constitucionais que utilizam o termo Estado permite-nos obter a solução. A Constituição utiliza o termo Estado no sentido estrito do direito administrativo (como no caso do artigo 22.º e do artigo 103.º, n.º 1) quando estão em causa relações ou situações jurídicas de direito administrativo (no primeiro caso relações de responsabilidade civil no âmbito da atividade administrativa, no segundo caso situações jurídicas cobertas pelo direito administrativo financeiro); Utiliza o termo Estado no sentido do direito constitucional quando se trata de regular relações ou situações jurídicas de direito constitucional (como quando, por exemplo, no artigo 9.º, enumera as tarefas fundamentais do Estado); e finalmente emprega ainda o termo Estado na aceção do direito internacional público quando se trata de relações ou situações jurídicas do âmbito desse ramo do direito (como quando, por exemplo, no artigo 5.º, dispõe que «[o] Estado não aliena qualquer parte do território português ou dos direitos de soberania que sobre ele exerce, sem prejuízo da retificação de fronteiras»).

Parece claro, por outro lado, que a mesma lógica subjaz ao uso que o direito tributário faz do termo Estado. Sendo o direito tributário uma parte especial do direito administrativo, ele regula relações jurídicas tributárias que são, também elas, relações de direito administrativo. Assim, quando a lei fiscal estabelece uma isenção a favor do Estado, regiões autónomas, autarquias locais e demais pessoas coletivas públicas, está a definir uma relação jurídica tributária, ou seja uma relação jurídica de direito administrativo, justificando-se deste modo que utilize o termo Estado na aceção do direito administrativo.

6. O PROBLEMA DE FUNDO: A LIMITAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL EM FUNÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO-PESSOA COLETIVA NAS FUNDAÇÕES

A questão central no litígio objeto do acórdão aqui analisado era a da interpretação de um termo utilizado numa disposição da lei fiscal, questão que foi possível solucionar com segurança através de uma abordagem sistemática.

Subjacente a esta questão de interpretação, porém, divisa-se um problema de fundo, qual seja o da *ratio* da norma que limita o benefício fiscal da dedução dos donativos efetuados às fundações aos casos em que o Estado-pessoa coletiva participa no património fundacional, e exclui do mesmo benefício as doações efetuadas a fundações em que apenas outras pessoas coletivas públi-

cas — institutos públicos ou associações públicas — participam na dotação inicial da fundação.

Na sua decisão, o STA abordou, ainda que a título secundário e superficialmente, esta questão, ao argumentar que, constituindo os donativos receitas próprias das fundações beneficiárias, quando o Estado (na aceção estrita de pessoa coletiva de direito público) não tem, diretamente, participação relevante no seu património, com a conseqüente distanciação na condução ou supervisão das suas atividades, não se justifica o benefício da consideração dos donativos como custos fiscais, com a simétrica redução das receitas fiscais do Estado. Do que se desprende que, para o Tribunal, a redução das receitas fiscais — que, efetivamente, os benefícios fiscais concedidos às fundações representam — se justifica apenas quando o Estado tem, diretamente, o poder de conduzir ou, pelo menos, de supervisionar a atividade das fundações.

Não podemos secundar esta tese do Supremo Tribunal Administrativo. Em primeiro lugar, porque não vemos como uma redução das receitas fiscais, a qual para todos os efeitos é uma despesa fiscal²¹⁴, que, por ser um benefício fiscal, representa um desvio ao princípio da igualdade tributária, possa ser justificada pelo facto de o Estado se encontrar na posição de conduzir a atividade da fundação. Se um benefício fiscal significa uma redução da receita fiscal (despesa fiscal) em desvio ao princípio da igualdade tributária, dele terá de resultar, desde logo, uma clara vantagem social que compense a comunidade política em causa (no caso de um benefício fiscal no âmbito de um imposto estadual, essa comunidade política é a população do Estado) pela perda de receita pública e pela prestação social que o Estado deixa de realizar em virtude dessa diminuição da receita fiscal²¹⁵. Portanto, qualquer benefício fiscal só pode justificar-se quando dele resultar uma utilidade social concreta e de preferência mensurável²¹⁶.

²¹⁴ - RANDALL G. HOLCOMBE: *Writing Off Ideas: Taxation, Foundations, and Philanthropy in America*, Transaction Publishers, 2000, p. 215.

²¹⁵ - RANDALL G. HOLCOMBE, *op. cit.*, p. 215.

²¹⁶ - Sobre o problema da necessidade de avaliar o impacto das entidades empresas sociais, nas quais os Autores incluem as entidades sem fins lucrativos, ver M. DÍAS, C. MARCUELLO e C. MARCUELLO: «Empresas Sociales y Evaluación del Impacto Social», *CIRIEC-Espanha, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 2012, pp. 178-188.

Já foi exposto anteriormente como esta conceção se articula no caso específico das fundações e de outras entidades sem fins lucrativos. Estas entidades recebem um tratamento fiscal favorável — um conjunto de benefícios fiscais — porque levam a cabo atividades que são de interesse geral para a comunidade e que, de outro modo, incumbiriam ao Estado. Uma vez que tais atividades são da responsabilidade do Estado e é este quem, em primeira linha, deve suportar os custos financeiros de tais atividades, se entidades sem fins lucrativos se substituem ao Estado na realização dessas atividades, é defensável que o Estado participe no seu financiamento²¹⁷. O benefício fiscal é o veículo jurídico que realiza essa participação do Estado no financiamento das atividades das entidades sem fins lucrativos.

Mas por outro lado, exatamente porque o Estado despende recursos públicos com o financiamento das entidades sem fins lucrativos, é exigível que o Estado exerça sempre não uma superintendência (pois esta é própria de situações de dependência administrativa) mas um controlo apertado sobre as entidades sem fins lucrativos²¹⁸. Por conseguinte, tal controlo não é suscetível de ser questionado, nem os benefícios fiscais concedidos às entidades sem fins lucrativos podem ser concebidos como uma contrapartida do poder de controlo do Estado sobre essas entidades.

Mas se os benefícios fiscais concedidos às fundações encontram a sua razão de ser no facto de essas entidades realizarem atividades de interesse social que são, em primeira linha e por incumbência constitucional na maior parte dos casos, responsabilidade do Estado, como se justifica então uma acentuada diferenciação de regime fiscal em função de a dotação inicial da fundação ser constituída por privados ou pelo Estado? E, neste último caso, como se explica a exclusão do benefício quando a dotação inicial é realizada por entidades públicas criadas por desconcentração, *i.e.*, com personalidade jurídica distinta do Estado, da região autónoma ou da autarquia local?

Na primeira situação, como observámos no início deste comentário, está-se perante uma discriminação em relação às fundações criadas com fundos exclusivamente privados, as quais podem desenvolver atividades tão ou mais importantes quanto as fundações criadas com fundos públicos. Na segunda situação, não se coloca um problema de discriminação nos mesmos termos, uma vez que as entidades criadas por desconcentração prosseguem os mesmos

²¹⁷ - RANDALL G. HOLCOMBE, *op. cit.*, p. 256.

²¹⁸ - RANDALL G. HOLCOMBE, *op. cit.*, p. 256.

fins da entidade desconcentrada, não se encontrando, portanto, em posição de concorrência nem tendo interesses contrapostos aos daquela, e integram-se, indiretamente, na entidade desconcentrada. Mas por essa mesma razão, não se torna facilmente perceptível a razão que leva o legislador fiscal português a criar um benefício fiscal para uma fundação criada pelo Estado ou por uma região autónoma e a negar esse mesmo benefício a uma fundação criada por um instituto público integrado no Estado ou na região autónoma.

7. CONCLUSÃO

Em matéria de fundações, a lei portuguesa prevê um benefício fiscal que consiste na dedutibilidade ao lucro tributável de uma sociedade dos montantes doados por esta mesma sociedade a uma fundação, quando o Estado, as regiões autónomas ou as autarquias locais participem no património inicial da mesma. O termo Estado é aqui empregue com o sentido próprio do direito administrativo, de Estado-pessoa coletiva, excluindo todas as restantes pessoas coletivas públicas, de carácter territorial ou institucional. Nestas fundações incluem-se quer fundações de direito público quer fundações de direito privado. Já em relação às fundações sem participação de entidades públicas —fundações privadas de direito privado— o benefício fiscal apenas abrange os donativos para a dotação inicial da fundação.

A razão de ser dos benefícios fiscais concedidos, direta ou indiretamente, às fundações, reside no facto de estas entidades se dedicarem a atividades que incumbem ao Estado, justificando-se assim que o Estado, através do benefício fiscal, participe no financiamento de tais atividades. Mas sendo esta a justificação do benefício fiscal, e prosseguindo as pessoas coletivas territoriais menores e os institutos públicos igualmente fins que incumbem ao Estado, não se divisa a razão da limitação do benefício fiscal às fundações participadas pelo Estado-pessoa coletiva. A fim de satisfazer o princípio da igualdade tributária, consagrado na Constituição portuguesa, sugerimos que tal benefício fiscal deveria ser estendido a fundações participadas não só por toda e qualquer entidade pública mas também por entidades privadas.

