

A LEI DE BASES DA ECONOMIA SOCIAL PORTUGUESA: DO PROJETO AO TEXTO FINAL

Deolinda Aparício Meira

Professora Adjunta da Área Científica

Direito do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CECEJ

RESUMO

Este estudo constitui uma reflexão sobre a *Lei de Bases da Economia Social* portuguesa, destacando, numa perspetiva crítica, o seu contributo para o reconhecimento institucional e jurídico explícito do setor da economia social, mediante a delimitação do conceito de economia social, a enumeração das entidades que integram o setor, a definição dos seus princípios orientadores e dos mecanismos de promoção e fomento, e a consagração de um regime fiscal e de concorrência que tenha em conta as especificidades do mesmo. A definição destas bases gerais para a economia social assentou no princípio constitucional da proteção do setor cooperativo e social, o qual fundamenta a adoção de soluções diferenciadoras, no sentido da discriminação positiva do setor.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Bases, economia social, cooperativa, Constituição da República Portuguesa.

ECONLIT SUBJECT DESCRIPTORS: P130, Q130, L310, K390.

PORTUGAL'S SOCIAL ECONOMY FRAMEWORK LAW – FROM DRAFT TO FINAL TEXT

ABSTRACT

This study is a reflection of the *Portuguese Basic Law on Social Economy*, highlighting, in a critical perspective, its contribution to the explicit institutional and legal recognition of the social economy sector, by defining the concept of social economy and of the list of entities engaged in this sector, the definition of its guiding principles and of the mechanisms for its promotion and encouragement, and also the consecration of a tax and competition regime which will take into account their specificities. Setting this general basis for the social economy was based on the constitutional principle of protection of the social and cooperative sector, which substantiates the adoption of differentiating solutions in the sense of positive discrimination of this sector.

KEY WORDS: Basic Law, social economy, cooperative, Portuguese Constitution.

SUMÁRIO

1. Preliminar 2. A visibilidade jurídica do setor da economia social resultante da Constituição da República Portuguesa 3. A delimitação do conceito de economia social 3.1. A definição de economia social 3.2. A enumeração aberta das entidades da economia social 3.3. Os princípios orientadores da economia social 4. Formas de organização, representação e relacionamento da economia social com os seus membros, com a comunidade e com o Estado 5. A questão do «Fomento da economia social» 6. A enigmática redação do art. 12.º da LBES e o regime da concorrência 7. Conclusões 8. Bibliografia

1. Preliminar

Este estudo pretende refletir sobre a relevância jurídica da Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, *Lei de Bases da Economia Social* (LBES), aprovada por unanimidade pela Assembleia da República, em 15 de março de 2013, após um longo período de discussão na especialidade do Projeto de Lei n.º 68/XII, de fevereiro de 2011, que a precedeu.

Portugal surge, deste modo, como o segundo país na Europa (a seguir à Espanha¹) a aprovar uma Lei de Bases da Economia Social².

Como nota prévia, cumpre destacar que as leis de bases são leis consagradoras de bases gerais de um regime jurídico, que o governo deverá concretizar através de decretos de desenvolvimento. Por outras palavras, definir bases gerais equivale à consagração das opções político-fundamentais, deixando-se ao governo a definição concreta dos regimes jurídico-gerais. Acresce que a lei de bases terá primazia material relativamente aos decretos-lei de desenvolvimento, com a correspondente subordinação destes.

1. *Ley n.º 5/2011, de Economía Social*, que entrou em vigor em finais de abril de 2011.

2. Entretanto, no Quebec (Canadá) foi aprovado, no dia 10 de outubro de 2013, o «Projet de loi n.º 27 – Loi sur l'économie sociale» e 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].

Face ao exposto, uma Lei de Bases deverá assumir-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. A visibilidade jurídica do setor da economia social resultante da Constituição da República Portuguesa

Dos objetivos referidos, destaca-se o reconhecimento jurídico explícito da economia social, o qual, segundo a doutrina, se apresenta como um fator de grande relevância na legitimação deste setor³.

Todavia, no ordenamento português este problema estaria já atenuado pela circunstância de tal reconhecimento resultar do texto constitucional. Efetivamente, em Portugal, a economia social tem o seu substrato jurídico em sede constitucional, uma vez que este setor é objeto de um tratamento jurídico autónomo por parte da *Constituição da República Portuguesa* (CRP)⁴, ainda que o texto constitucional não utilize esta designação, mas a expressão «setor cooperativo e social».

O setor cooperativo e social goza, então, de proteção num conjunto de preceitos que estão dispersos pelo texto constitucional, mas que, não obstante esta dispersão, estão implicitamente articulados entre si por um conjunto de princípios lógicos ou vetores estruturantes nas palavras de RUI NAMORADO⁵, como o princípio da coexistência dos três setores (público, privado e cooperativo e social), o princípio

3. Ver, neste sentido, SÁNCHEZ PACHÓN, L. Á.: «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 66, outubro 2009, pp. 63-66.

4. Neste texto, daqui em diante, quando for referida a *Constituição da República Portuguesa*, será usado o acrónimo CRP.

5. Ver NAMORADO, R.: *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 81 e ss..

da liberdade de iniciativa cooperativa, o princípio da proteção do setor cooperativo e social, o princípio da obrigação do Estado estimular e apoiar a criação de cooperativas, o princípio da conformidade com os princípios cooperativos da *Aliança Cooperativa Internacional* (ACI).

De entre estes princípios, destacarei, pela sua relevância quanto ao setor da economia social, o *Princípio da coexistência dos três setores* e o *Princípio da proteção do setor cooperativo e social*.

O *Princípio da coexistência dos três setores*, consagrado no art. 82.º, é considerado um dos preceitos-chave da «constituição económica» configurada na CRP. Esta norma garante a coexistência de três setores económicos — o setor público, o setor privado, e o setor cooperativo e social —, no mesmo plano e com a mesma dignidade constitucional, enquanto estruturas necessárias de um modelo económico consagrado constitucionalmente e que podemos caracterizar como sendo de uma economia social de mercado⁶. Nos termos do n.º 4 do art. 82.º da CRP, o setor cooperativo e social reparte-se por quatro subsectores, que correspondem a duas vertentes: a cooperativa (que engloba o subsector cooperativo) e a social (que abrange os subsectores autogestionário, o comunitário e o solidário).

Refira-se que o princípio da coexistência dos três setores é de tal modo relevante, que ele faz parte do elenco dos limites materiais de revisão [art. 288.º, al. f), da CRP], tratando-se, por isso, de uma matéria que não está na disponibilidade do poder de revisão. Assim, esta norma assume-se como uma típica garantia institucional, na medida em que garante a existência de todos e de cada um dos setores, seja qual for o modelo económico que se queira implementar. Assim, o legislador poderá fazer variar a dimensão de cada um dos setores e deslocar as balizas entre eles, mas não poderá eliminar nenhum deles. Esta proibição é igualmente válida para os vários subsectores componentes do setor cooperativo e social⁷. Além de assegurar o substrato mínimo de cada um dos referidos setores e subsectores, a garantia constitucional assegura também um tratamento público essencialmente igual das empresas dos diversos setores, sem discriminações injustificadas, mas sem prejuízo das discriminações positivas da Constituição relativamente ao setor cooperativo e social — art. 85.º da CRP.

6. Ver, neste sentido, MIRANDA, J. / MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, p. 27.

7. Ver, neste sentido, CANOTILHO, G. / MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007, pp. 976-977.

Daqui resulta que a «definição dos setores de propriedade dos meios de produção», a que a CRP se refere no art. 165.º, n.º 1, al. j), não tem de ser imutável, podendo portanto variar os «limites entre o setor público, o setor privado e o setor cooperativo e social» [art. 136.º, n.º 3, al. b)], dando maior peso a um ou a outro consoante a perspetiva mais ou menos liberal ou intervencionista do poder político. Todavia, quanto ao setor cooperativo e social, tal variação terá de atender à obrigação do Estado protegê-lo especialmente [art. 80.º, al. e)] e de apoiar e estimular as cooperativas e as experiências de autogestão (art. 85.º).

Particular atenção merece também o *Princípio da proteção do setor cooperativo e social* [al. f) do art. 80.º da CRP], que fundamenta quer as discriminações positivas deste setor relativamente aos restantes quer a previsão de medidas materiais que permitam o seu desenvolvimento.

Na decorrência deste princípio, o art. 85.º consagra, no seu n.º 1, o estímulo e o apoio à criação e à atividade das cooperativas, afirmando que «o Estado estimula e apoia a criação e a atividade de cooperativas» e, no seu n.º 2, garante que «a lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico». O «estímulo» decorrerá, sobretudo, de medidas de natureza legislativa que suscitem o interesse pelo exercício da atividade cooperativa, enquanto que o «apoio» decorrerá, essencialmente, de medidas de natureza administrativa que visem, em concreto, facilitar esse mesmo exercício⁸.

O n.º 2 do art. 85.º consagra a, já referida, discriminação positiva das cooperativas relativamente ao setor privado (o que será de estender às restantes entidades do setor social), definindo as formas de fomento à criação e atividade das cooperativas, impondo à lei a definição de benefícios fiscais e financeiros, bem como o estabelecimento de condições privilegiadas em matéria de acesso ao crédito e ao auxílio técnico⁹.

8. Ver, neste sentido, FONSECA, R. G.: *Comentário à Constituição Portuguesa*, II Volume, *Organização económica (Artigos 80.º a 107.º)*, coordenação de OTERO, P.: Almedina, Coimbra, 2008, pp. 350-354.

9. Para uma análise desenvolvida do enquadramento constitucional da economia social em Portugal, designadamente quanto às cooperativas, ver MEIRA, D. A.: «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 31-46.

Não poderia, por isso, a *Lei de Bases para a Economia Social* alhear-se desta singularidade de a CRP prever este setor no seu texto, fazendo-lhe a devida referência em várias normas. Destaca-se, desde logo, o art. 1.º (que tem por epígrafe «Objeto») o qual dispõe: «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 [...]».

3. A delimitação do conceito de economia social

Não obstante os problemas da invisibilidade institucional de que padeceria este setor estarem, no caso português, atenuados pela previsão constitucional acima referida, subsistiria ainda o problema — muitas vezes apontado como um dos obstáculos ao desenvolvimento do setor — da sua identificação conceitual, ou seja, a questão de saber o que é a economia social, quais os seus principais atores e quais os princípios orientadores destes. Disso dava conta o Projeto de Lei n.º 68/XII, quando, no seu Preâmbulo, destacava que «a inexistência de uma definição jurídica do conceito de Economia Social tem enfraquecido o seu potencial de desenvolvimento e afirmação no atual contexto socioeconómico [...]».

Note-se que, na delimitação do conceito de economia social, a minha ótica é eminentemente organizacional, no sentido de que estaremos a falar de uma realidade organizativa que já existe no terreno e que deverá ser enquadrada juridicamente, definindo limites que tornem claro quais as entidades que estão dentro e quais estão fora da economia social.

Nesta delimitação, teremos, naturalmente, que partir da constatação de que, em Portugal, a grande maioria das organizações que se podem considerar abrangidas pelo setor da economia social pertence ao setor cooperativo e social consagrado no art. 82.º da CRP — que abrangerá as cooperativas, as mutualidades, as associações e fundações que tenham por objeto principal a solidariedade social, as empresas em autogestão e as entidades representativas de comunidades locais que gerem bens cuja posse útil lhes cabe. Contudo, como destaca RUI NAMORADO, não existe uma plena identificação entre economia social e «setor cooperativo e social», pois existem entidades que estão fora daquele setor e que integrarão, igualmente, o setor da economia social, como é o caso das associações que, tendo uma finalidade social diferente da solidariedade social, desenvolvem uma atividade económica (ou têm natureza empresarial), as fundações que desenvolvem uma atividade económica (ou têm natureza empresarial), as sociedades comerciais

cujas participações pertençam a entidades integradas no «sector cooperativo e social», entre outras¹⁰.

Esta realidade organizativa é muitas vezes denominada pela expressão «terceiro setor», denominação que, na linha do que defende RUI NAMORADO, será uma espécie de «definição minimalista que não pretende transmitir mais do que a ideia de que há um setor que nem é público nem é privado»¹¹, surgindo a economia social como a substância desse terceiro setor.

Sendo certo que estamos perante um conceito aberto e em construção, sendo evidentes as dificuldades da doutrina para se chegar a uma definição precisa e segura¹², consideramos que andou bem o legislador na *Lei de Bases* ao optar, 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).

3.1. A definição de economia social

Assim, nos termos do n.º1 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».

10. Ver, neste sentido, NAMORADO, R.: «Renovar os quadros jurídicos da Economia Social?», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 293, 2007, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, pp. 10-11.

11. NAMORADO, R.: «A economia social – Uma constelação de esperanças», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 213, 2004, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, p. 5.

12. Ver neste sentido, NAMORADO, R.: «Os quadros jurídicos da economia social – uma introdução ao caso português», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 251, 2006, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, pp. 2 e ss.; FAJARDO GARCIA, I. G.: «La economía social en las leyes», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 66, Octubre 2009, pp. 7-9; SÁNCHEZ PACHÓN, L. Á.: «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», cit., pp. 66-71.

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 a um específico objeto social, traduzido no exercício de uma atividade económico-social, a qual terá por finalidade a prossecução de um interesse geral.

Quanto ao critério da atividade, o texto final aprovado não coincide com o texto do Projeto de Lei: a expressão «atividades económicas e empresariais» constante do Projeto de Lei foi substituída pelo termo «atividades económico-sociais».

O termo atividade económica significará, nas palavras de RUI NAMORADO, uma atividade de «produção de bens e serviços, sob a égide de uma racionalidade que implique a maximização dos resultados, a contenção dos custos e a reprodutibilidade das virtualidades produtivas»¹³. Ter uma atividade económica é condição necessária para se considerar que uma entidade integra o setor da economia social. Assim, se uma entidade prosseguir fins sociais mas não desenvolver uma atividade económica, não poderá pertencer ao setor da economia social. Se assim não fosse, todas as fundações, que têm necessariamente «fins de interesse social»¹⁴, estariam incluídas no setor da economia social.

Contudo, esta atividade não é apenas uma atividade económica, mas também uma atividade social. Cremos que com o estabelecimento desta ligação entre os termos «económico» e «social», através de um hífen, o legislador pretendeu destacar que a atividade desenvolvida pelas entidades da economia social não tem uma finalidade lucrativa, mas a finalidade de satisfazer as necessidades dos membros, mediante a participação destes na referida atividade (mutualidade), ou a satisfação das necessidades da comunidade¹⁵. Assim, se compreende, como veremos mais

13. NAMORADO, R.: «Os quadros jurídicos da economia social – uma introdução ao caso português», cit., p. 9.

14. Nos termos do art. 3.º da Lei-Quadro das Fundações (Lei n.º 24/2012, de 9 de julho), uma fundação é uma «pessoa coletiva sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social», entendendo-se por fins de interesse social «aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios, designadamente, assistência a pessoas deficientes, refugiados e imigrantes, vítimas de violência, a promoção da cidadania, da cultura, da investigação científica, das artes do desporto, da proteção da família, de crianças e jovens, entre outros».

15. Ver, neste sentido, FAJARDO GARCÍA, I. G.: «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», *Revista de Derecho de Sociedades*, Año 2012-1, N.º 38, p. 269.

adiante, que um dos princípios orientadores da economia social seja o do «primado da pessoa e dos objetivos sociais», desde logo sobre o capital.

Consideramos, contudo, criticável o abandono do termo «empresarial», que encontramos quer na Lei de Bases espanhola¹⁶ e do Quebeque¹⁷, quer no projeto de lei de bases francês¹⁸. PANIAGUA ZURERA, a propósito da concretização desta expressão na Lei de Bases para a economia social espanhola, enfatiza a ideia de que ela significará que a atuação destas entidades assentará em critérios de competitividade e de rentabilidade, sujeitando-se à disciplina custo-benefício¹⁹. Esta atividade empresarial significará que estaremos perante entidades que desenvolvem uma atividade tendente a alcançar um menor custo dos bens ou serviços, em proveito dos membros ou da comunidade, do que aquele que se obteria por outros meios. Mesmo em entidades que prosseguem fins essencialmente sociais, a perspetiva empresarial estará sempre presente, dado que tais fins satisfazem necessidades que implicam um custo e têm um preço.

Quanto ao critério da finalidade prosseguida — o interesse geral —, considero que este se prende não apenas com o facto de estas entidades prosseguirem fins sociais, surgindo como parceiros do Estado Social, cooperando com este na garantia de um mínimo vital de direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos («uma parceria público-social»²⁰ assumida entre o Estado e as entidades da economia social), mas também com o seu peculiar modo de organização e funcionamento, distinto do setor público e do setor privado²¹ e refletido nos

16. O art. 2.º da *Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social* fala em «atividades económicas e empresariais».

17. Nesta lei fala-se em «atividades económicas realizadas com fins sociais no quadro de empresas (...)» (Ponto 3 do Capítulo I).

18. O parágrafo I do art. 1.º do Projeto de Lei francês dispõe que «A economia social e solidária é constituída pelas atividades de produção de bens ou serviços levadas a cabo por empresas constituídas sob a forma de cooperativas, mutualidades (...), fundações ou associações».

19. PANIAGUA ZURERA, M.: *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 146.

20. Expressão constante da «Carta de Cascais para a Economia Social», aprovada pelo Conselho Nacional para a Economia Social (CNES) e apresentada no Congresso internacional subordinado ao tema «A economia social nos desafios do século XXI», em 29 de junho de 2013.

21. Ver, neste sentido FUSTER ASENCIO, M. C.: «Razones que justifican una fiscalidad específica de las mutualidades de previsión social», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 20, pp. 18 e ss.

seus princípios orientadores, de entre os quais se destaca a este propósito o da «conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral» como daremos conta.

Ora, quanto à prossecução deste interesse geral, o legislador admite que o mesmo possa ser prosseguido diretamente ou indiretamente através da prossecução dos interesses dos membros, utilizadores e beneficiários.

Como exemplo de entidades que prosseguem diretamente fins de interesse geral aponte-se o das entidades com o estatuto de Instituições Particulares de Solidariedade Social (doravante IPSS), estatuto que enquadra pessoas coletivas, sem carácter lucrativo, que têm como principal objetivo a solidariedade social, com uma clara missão de apoio a situações de vulnerabilidade económica e social, assentando num paradigma assistencialista de intervenção social (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro)²².

Haverá outras entidades em que a prossecução deste interesse geral é indireta. É o caso das cooperativas — com exceção do caso particular das cooperativas de solidariedade social — em cujo objeto social se articulam duas dimensões: a económica e a social. Efetivamente, as cooperativas são empresas que visam diretamente o exercício de uma atividade económica (art. 7.º do *Código Cooperativo Português – CCoop*²³), que é desenvolvida no interesse dos seus membros, mas tendo sempre em vista a prossecução de objetivos sociais. De facto, o fenómeno cooperativo, desde sempre, combinou uma dimensão fortemente social com uma dimensão económica, traduzida esta na satisfação dos interesses económicos dos seus membros. Esta combinação resulta, desde logo, da própria noção de cooperativa constante do art. 2.º do *CCoop*, nos termos do qual o objeto da cooperativa se traduz na satisfação, sem fins lucrativos, das necessidades económicas, sociais ou culturais dos seus membros, e do modo de gestão da empresa cooperativa que, nos termos daquela noção, assenta na obediência aos princípios cooperativos, e na cooperação e entajuda dos membros. A missão social das cooperativas resulta, sobretudo, desta obediência aos princípios cooperativos formulados em 1995 em Manchester, princípios que constituem o

22. Sobre este Estatuto, ver ALMEIDA, V.: *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina/CES, Coimbra, 2011, p. 94.

23. Neste texto, daqui em diante, quando for referido o *Código Cooperativo* (Lei n.º 51/96, publicada em setembro de 1996 e que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1997), será usado o acrónimo *CCoop*.

aspecto da *Identidade Cooperativa* com reflexos jurídicos mais importantes e diretos, e de entre os quais se destaca a necessária convivência, nas cooperativas, das dimensões económica e social. Efetivamente, as cooperativas prosseguem uma clara missão social, conjugando os interesses dos seus membros com o interesse geral e com a consequente prossecução de objetivos de desenvolvimento sustentável. Os fins e a função da cooperação não se circunscreverão aos seus membros, devendo atender, igualmente, aos interesses da comunidade onde a cooperativa desenvolve a sua atividade.

Neste sentido, o *Princípio do interesse pela comunidade*, que aparece enunciado no art. 3.º do *CCoop*, dispõe que «as cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, através de políticas aprovadas pelos membros», pelo que as cooperativas se assumem como organizações que, existindo para benefício dos seus membros, assumirão, concomitantemente, uma responsabilidade perante a comunidade em que se insiram, ou seja, assegurarão que se realizará o desenvolvimento sustentável dessas comunidades, nas suas distintas facetas: económica, social e cultural²⁴.

3.2. 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 subsetores 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».

24. Sobre esta questão, ver MEIRA, D. A.: *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, 2009, Porto, pp. 58-71.

Assim, à semelhança do legislador espanhol, a LBES não adota a forma jurídica das entidades como critério exclusivo de delimitação subjetiva. Efetivamente, o legislador, para além das formas jurídicas correspondentes à delimitação tradicional das famílias da economia social (cooperativas, mutualidades, associações e fundações), fala, igualmente, de um estatuto jurídico (o estatuto das instituições particulares de solidariedade social – IPSS). Considero acertada esta opção do legislador, pois não obstante as IPSS poderem revestir a forma de associações de solidariedade social, associações de voluntários de ação social, associações de socorros mútuos, fundações de solidariedade social e Irmandades da Misericórdia, tal estatuto também pode ser concedido por equiparação a cooperativas (Lei n.º 101/97 de 13 de setembro²⁵) a Casas do Povo (Decreto-Lei n.º 171/98 de 25 de junho e o Despacho n.º 17747/99 de 10 de setembro²⁶) ou a outras entidades não abrangidas pelas famílias tradicionais da economia social.

Na al. d) desta norma, o legislador destacou, dadas as suas especificidades, as Misericórdias, que são associações que integram a ordem jurídica canónica e que visam — enquadradas pelos princípios da doutrina e moral cristãs — satisfazer carências sociais e praticar atos de culto católico, tendo, na ordem jurídica civil, a natureza de instituições particulares de solidariedade social (art. 68.º do Decreto-

25. Nos termos do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro, são cooperativas de solidariedade social as que através da cooperação e entreadajuda dos seus membros, em obediência aos princípios cooperativos, visem, sem fins lucrativos, a satisfação das respetivas necessidades sociais e a sua promoção e integração, nomeadamente nos seguintes domínios: a) Apoio a grupos vulneráveis, em especial a crianças e jovens, pessoas com deficiência e idosos; b) Apoio a famílias e comunidades socialmente desfavorecidas com vista à melhoria da sua qualidade de vida e inserção sócio-económica; c) Apoio a cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, durante a sua permanência fora do território nacional e após o seu regresso, em situação de carência económica; d) Desenvolvimento de programas de apoio direcionados para grupos alvo, designadamente em situações de doença, velhice, deficiência e carências económicas graves; e) Promoção do acesso à educação, formação e integração profissional de grupos socialmente desfavorecidos.

26. Nos termos dos arts. 1.º e 2.º do Decreto-lei n.º 4/82, de 11 de janeiro, as Casas do Povo são pessoas coletivas de utilidade pública, de base associativa, constituídas por tempo indeterminado com o objetivo de promover o desenvolvimento e o bem-estar das comunidades, especialmente as do meio rural. Incumbelhes, designadamente, o desenvolvimento de atividades de carácter social e cultural, com a participação dos interessados, a colaboração com o Estado e as autarquias, proporcionando-lhes o apoio que em cada caso se justifique, por forma a contribuírem para a resolução de problemas da população residente nas respetivas áreas. Para a realização dos seus objetivos, deverão as Casas do Povo: a) Promover ações de animação sócio-cultural, quer por iniciativa própria, quer de acordo e em coordenação com outras entidades; b) Fomentar a participação das populações nas ações tendentes a satisfazer as necessidades da comunidade da respetiva área e a melhorar a sua qualidade de vida.

Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro). Neste âmbito legal, a esta família da Economia Social pertencem todas as Santas Casas da Misericórdia, as Irmandades das Santas Casas das Misericórdias e Misericórdias existentes em Portugal²⁷.

Tendo em conta o enquadramento constitucional do setor da economia social, a LBES inclui neste elenco as entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, integradas nos termos da CRP no setor cooperativo e social. O subsector comunitário abrange «os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais» [art.º82.º, n.º 4, b) da CRP]. O subsector autogestionário compreende «os meios de produção objeto de exploração coletiva por trabalhadores» [art.º82.º, n.º 4, c) da CRP].

Quanto às formas jurídicas (cooperativas, mutualidades, associações e fundações), as cooperativas surgem, no texto final aprovado, no primeiro lugar desta enumeração, e não em quinto lugar como constava do projeto de lei: Trata-se de uma evolução acertada, tendo em conta que as cooperativas desde sempre se apresentaram como o braço mais robusto da economia social, assentando em lógicas e critérios de base absolutamente homólogos em todas as partes do mundo²⁸. Como destaca MONZÓN CAMPOS, a economia social aparece vinculada historicamente às cooperativas, que constituem o seu eixo vertebral, tendo os princípios cooperativos servido de referência para a definição dos princípios orientadores da economia social, como veremos²⁹. Acresce que, quando comparada com a vertente social, a cooperativa beneficia de uma proteção mais completa por parte da CRP.

Para além destas entidades, que poderemos designar de entidades da economia social *ex lege*, o legislador prevê, na al. h) desta norma, a possibilidade de integrarem o setor da economia social outras entidades, desde que preencham três requisitos, a saber: tenham personalidade jurídica, respeitem os princípios orientadores da economia social e constem da base de dados da economia social

27. Exceção-se a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa que é uma pessoa coletiva de utilidade pública administrativa, estando integrada no setor da Administração Pública (Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de agosto), pelo que não pode ser incluída no setor da Economia Social.

28. Ver, neste sentido, DABORMIDA, R.: «Le legislazioni cooperative nei paesi della Comunità Europea», *Rivista del Diritto Commerciale*, 7/8, 1989, pp. 451 e ss..

29. Ver MONZÓN CAMPOS, J. L.: «La economía social ante los nuevos desafíos», in: *Estudios de Economía Social*, Universidad de Valladolid, 2010, pp. 23-25.

(esta inclusão na base de dados apresenta-se como um requisito *sine qua non*). Sublinhe-se, antes de mais, que andou bem o legislador ao partir do pressuposto de que atualmente já não podemos definir a economia social apenas pelas suas famílias tradicionais (cooperativas, mutualidades, associações e fundações), podendo integrar o setor outras organizações, desde que preencham os requisitos acima mencionados. Estas entidades serão, então, entidades da economia social «por concessão». Levanta-se, todavia, a questão de saber, em primeiro lugar, a quem caberá decidir se um determinado tipo de entidade pode integrar a base de dados da economia social e quais os critérios que presidem a essa inclusão; e, em segundo lugar, se estão preenchidos os demais requisitos e, nessa decorrência, «conceder» a essa entidade a natureza de entidade da economia social. Por outras palavras, a quem cabe tal reconhecimento e qual a natureza do mesmo? A resposta a estas questões é fundamental, em nome da segurança e certeza jurídicas que a LBES assume como sendo uma das suas finalidades. Ora, são duas as organizações que se apresentam, no nosso ordenamento jurídico, com competência para tal: a *Cooperativa António Sérgio para a Economia Social* (CASES), criada pelo Decreto-Lei n.º 282/2009, de 7 de outubro; ou o *Conselho Nacional para a Economia Social* (CNES), criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/2010, de 4 de agosto. A CASES tem a natureza jurídica de cooperativa de interesse público e tem como atribuições, entre outras, a de incentivar a constituição de organizações da economia social, promover e difundir os princípios e valores prosseguidos pelas mesmas, fomentar o reconhecimento e a capacitação institucional das organizações da economia social [art. 4.º, n.º 2, als. a) a d) do Decreto-Lei n.º 282/2009]. Por sua vez, o CNES é um órgão de acompanhamento e consulta do Governo no domínio das estratégias e das políticas públicas de promoção e de desenvolvimento da economia social, cabendo-lhe, entre outras a competência de «propor ao governo iniciativas legislativas e debater matérias que afetem a economia social ou cada uma das suas componentes» [art. 2.º, al. c) da Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/2010]. Mas haverá que regulamentar este «reconhecimento por concessão» consagrado na LBES.

3.3. 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».

Sem me deter na análise desenvolvida de cada um dos princípios, não posso deixar de destacar algumas questões suscitadas pela redação desta norma.

Quanto ao elenco dos princípios orientadores é notória a forte influência dos valores e princípios cooperativos que integram, conjuntamente com a noção de cooperativa, a chamada «Identidade Cooperativa» definida pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI), em Manchester, em 1995. Os valores, que funcionam como uma estrutura ética dos princípios cooperativos, são: (i) os valores de autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, nos quais assentam a atividade das cooperativas como organizações; (ii) os valores da honestidade, transparência, responsabilidade social e altruísmo que se dirigem ao comportamento individual dos cooperadores enquanto tais. Por sua vez, os princípios cooperativos são sete: adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; e interesse pela comunidade³⁰.

Cumpre, igualmente, destacar a ênfase colocada pela LBES na autonomia destas entidades e na gestão autónoma das mesmas, ainda que o legislador não determine em que consiste esta autonomia, nem ofereça critérios para aferir da sua existência.

30. Sobre o conceito de «identidade cooperativa», ver: NAMORADO, R.: «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; FICI, A.: «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, N.º 24, 2013, pp. 37-64.

Considero que, quando se afirma que as entidades da economia social são autónomas, pretende-se realçar que as mesmas têm uma personalidade jurídica própria e distinta de cada um dos seus membros, têm uma individualidade jurídica própria traduzida na aptidão para serem titulares autónomos de relações jurídicas. Esta personalidade jurídica implica, necessariamente, a autonomia patrimonial, ou seja a circunstância de estas entidades terem um património próprio, diferente e independente dos patrimónios dos respetivos membros.

Quanto o legislador fala numa gestão autónoma e independente face às autoridades públicas e outras entidades externas, terá por referência o princípio cooperativo da autonomia e da independência. Assim, esta gestão autónoma e independente assumirá um duplo significado. Por um lado, significará a garantia de que as relações das entidades da economia social com o Estado não conduzem à sua instrumentalização. O Estado determinará o quadro legislativo que regulará o funcionamento destas entidades, devendo, em concreto, a lei definir os benefícios fiscais e financeiros, assim como o estabelecimento de condições privilegiadas em matéria de acesso ao crédito, ao auxílio técnico, entre outras. Neste sentido, mais adiante, no art. 9.º da LBES, consagra-se que o Estado, no seu relacionamento com estas entidades, deve: «estimular e apoiar a criação e a atividade» das mesmas [al. a) do art. 9.º da LBES]; «assegurar o princípio da cooperação, considerando, nomeadamente no planeamento e desenvolvimento dos sistemas sociais públicos, a capacidade instalada material, humana e económica das entidades da economia social, bem como os seus níveis de competência técnica, e de inserção no tecido económico e social do país» [al. b) do art. 9.º da LBES]; e «garantir a necessária estabilidade das relações estabelecidas com as entidades da economia social» [al. d) do art. 9.º da LBES]. Em suma, o Estado deverá estimular o setor da economia social, mas não o poderá tutelar. Por outro lado, esta autonomia visará assegurar que a entrada de capitais de fontes externas não põe em causa, nem a independência, nem o controlo democrático destas entidades pelos seus membros, o que assume enorme relevância, dado que muitas entidades da economia social necessitam de fundos externos, públicos ou privados, para o desenvolvimento das respetivas atividades.

Saliente-se, ainda, que, uma vez que os princípios da adesão livre e voluntária e do controlo democrático pelos seus membros não se aplicarão às fundações dado que estas são a personalização de um património afetado à prossecução de um interesse social e não a personalização de um coletivo de pessoas, o legislador deveria ter excecionado esta situação, assumindo de forma clara a heterogeneidade que caracteriza o setor e a dificuldade de definir um conjunto de princípios que

enquadre todas as entidades³¹. Claro que poderemos sempre argumentar que estes princípios são qualificados de princípios orientadores, pelo que a não observância de alguns deles por parte das entidades da economia social não implicará a não qualificação destas entidades como entidades da economia social, tanto mais que as fundações correspondem a uma forma jurídica reconhecida, no art. 4.º, como uma entidade da economia social. São, tal como já foi destacado, entidades da economia social *ex lege*.

Refira-se, também, que a utilização do termo «excedentes» na al. g) desta norma não me parece a mais adequada. O legislador deveria ter utilizado o termo «resultados»³², dado que o termo «excedentes» identifica um específico tipo de resultados característico das cooperativas, não sendo, por isso, suficientemente amplo para abranger as demais entidades.

Efetivamente, o excedente resulta de operações da cooperativa com os seus cooperadores, sendo gerado à custa destes, constituindo «o resultado de uma renúncia tácita dos cooperadores a vantagens cooperativas imediatas»³³. O excedente define-se, assim, como um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa. De facto, nas cooperativas pode existir retorno de excedentes, por força do que dispõe o n.º 1 do art. 73.º do *CCoop*. Só não será assim para as cooperativas de solidariedade social, nas quais todos os excedentes reverterão obrigatoriamente para reservas (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro), e nas cooperativas de habitação (art. 15.º do Decreto-Lei n.º 509/99, de 19 de novembro).

Ainda assim e não obstante esta inadequada utilização do termo referido, a redação atual da al. g) do art. 5.º da LBES constitui uma das mais importantes

31. Foi esta a solução adotada na «Carta de Princípios da Economia Social» estabelecida pela Conferência Europeia Permanente das Cooperativas, Mutualidades, Associações e Fundações (CEP-CMAF), na qual se consagra, entre outros, o princípio do «controlo democrático pelos seus membros (exceto as fundações que não possuem membros associados)». Ver sobre estas especificidades das fundações face a estes princípios, FAJARDO GARCÍA, I. G.: «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», cit., p. 260.

32. Na Lei de Bases para a Economia Social espanhola, a expressão utilizada na al. b) do art. 4.º é «aplicação dos resultados».

33. NAMORADO, R.: *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e Pareceres*, cit., p. 183.

evoluções relativamente ao texto do Projeto de Lei. Este consagrava como um dos princípios orientadores a obrigatoriedade do reinvestimento final dos excedentes obtidos na prossecução das atividades da organização [al. g) do art. 5.º], entrando, claramente, em conflito com o regime jurídico das cooperativas. Na discussão na especialidade do Projeto de Lei de Bases percebeu-se a necessidade de alterar o texto da *Lei de Bases* de modo a que este tivesse em conta esta especificidade da distribuição dos excedentes, que é própria das cooperativas e está constitucionalmente consagrada. Defendeu-se uma outra redação para a al. g) do art. 5.º., que previsse que o reinvestimento final dos excedentes pudesse ser total ou parcial, argumentando-se que esta possibilidade de a cooperativa fazer retornar uma parte dos excedentes aos seus membros não punha em causa a sua natureza de entidade sem fim lucrativo³⁴, pois a distribuição de excedentes não configura uma distribuição de dividendos. Efetivamente, o art. 2.º do *CCoop* consagra o escopo não lucrativo das cooperativas, uma vez que a título principal, a cooperativa visa «a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais» dos seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo. É o chamado escopo mutualístico das cooperativas, tal como já foi referido. Neste contexto, na cooperativa, os excedentes anuais resultantes das operações desta com os cooperadores não são verdadeiros lucros, mas significam um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores. O retorno, entendido como o instrumento técnico de atribuição ao cooperador do excedente, funciona, assim, como uma correção *a posteriori*, através da qual se devolverá, a quem formou o excedente, a diferença entre o preço praticado e o custo, ou a diferença entre as receitas líquidas e os adiantamentos laborais pagos, diferença esta determinada com exatidão no final de cada exercício.

Torna-se, então, claro que o excedente não é lucro e que o retorno de excedentes não é um dividendo. Assim, enquanto que os dividendos são uma parte dos lucros sociais que se distribuem entre os sócios, os retornos não são lucros sociais distribuíveis, mas excedentes, isto é, vantagens mutualistas geradas pela gestão cooperativa, diretamente a favor dos cooperadores. Nas sociedades comerciais,

34. Proposta do Grupo de Trabalho (integrado pela Autora) criado no âmbito do CIRIEC–Portugal, sob o título «Contributos do CIRIEC–Portugal para o debate da Lei de Bases», apresentada no II Encontro da Economia Social, realizado em 10 de novembro de 2011.

os dividendos distribuem-se entre os sócios na proporção da participação de cada um no capital social (art. 22.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais). Na cooperativa, o excedente que cada cooperador gerou foi consequência da atividade que desenvolveu com a cooperativa, pelo que a cada cooperador corresponderá um retorno, proporcional também a essa atividade (arts. 3.º e 73.º, n.º 1, do *CCoop*). Nas sociedades comerciais, os lucros são obtidos no mercado, nas transações com os clientes, fora do universo dos sócios. Ora, nas cooperativas, os excedentes são gerados à custa dos próprios cooperadores. Na cooperativa, também não poderemos falar de lucros finais ou de liquidação, como nas sociedades comerciais, porque uma parte do património correspondente à reserva legal, à reserva para a educação e formação cooperativas, e mesmo o correspondente às reservas não obrigatórias (estas últimas, na hipótese de os estatutos serem omissos quanto ao seu reembolso em caso de liquidação da cooperativa), nunca poderá ser apropriada individualmente, em caso de dissolução da cooperativa, revertendo para outra cooperativa ou para a comunidade (art. 79.º do *CCoop*). Refira-se, ainda, que os benefícios provenientes de operações com terceiros não podem retornar aos cooperadores (art. 72.º do *CCoop*), dado que estes são juridicamente encarados como lucros e não como verdadeiros excedentes cooperativos, uma vez que não foram realizados no âmbito de uma atividade mutualista³⁵.

Finalmente, na esteira do que defende MONTESINOS OLTRA, a propósito da Lei de Bases espanhola, também entendo que as entidades mencionadas nas als. a) a g) do art. 4.º da LBES deverão ser consideradas entidades da economia social *ex lege*³⁶, estando subjacente à natureza e regime jurídicos destas entidades a observância dos princípios orientadores³⁷. Para além destas entidades de economia

35. Para uma análise desenvolvida da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário, ver MEIRA, D. A.: «O direito ao retorno cooperativo», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, Curso 2009/2010, Universidade de Vigo, pp. 7-34 e MEIRA, D. A.: «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, pp. 353-374.

36. Ver MONTESINOS OLTRA, S.: «Ley de Economía Social, interés general y regímenes tributarios especiales», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 23, 2012, pp. 13-19.

37. Sobre esta questão ver PAZ CANALEJO, N.: *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Tirant lo Blanch, 2012, pp 77-78.

social *ex lege*, encontramos na LBES as entidades da economia social «por concessão» (possibilidade de outras entidades dotadas de personalidade jurídica e constantes da base de dados da economia social virem a integrar o setor economia social), tal como já foi destacado. Ora, relativamente a estas o legislador refere expressamente, na al. h) do art. 4.º, a necessidade de as mesmas observarem os princípios orientadores da economia social.

4. 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].

5. 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].

Tal como já foi acima referido, esta norma constitucional consagra o princípio da proteção do setor cooperativo e social, o qual fundamentará, para as entidades da economia social, a adoção de soluções diferenciadoras de natureza fiscal, de acesso ao crédito, de auxílio técnico ou outras. Desta discriminação positiva, consagrada constitucionalmente, resulta que, se as entidades da economia social fossem tratadas em Portugal em termos absolutamente iguais aos que caracterizam o relacionamento do Estado com as empresas do setor privado, estaria a ser desrespeitada a CRP. Sendo assim, o Governo pode livremente decidir a importância dos benefícios fiscais ou outras condições que concede às entidades da Economia Social, mas não tem legitimidade constitucional para não lhes conceder nenhum, o mesmo se passando quanto a medidas de apoio no plano técnico ou no plano do crédito.

O fomento da economia social por parte dos poderes públicos passará, também, por: «facilitar a criação de novas entidades da economia social e apoiar a diversidade de iniciativas próprias deste sector, potenciando-se como instrumento de respostas inovadoras aos desafios que se colocam às comunidades locais, regionais, nacionais ou de qualquer outro âmbito, removendo os obstáculos que impeçam a constituição e o desenvolvimento das atividades económicas das entidades da economia social» [al. c) do n.º 2 do art. 10.º da LBES]; «incentivar a investigação e a inovação na economia social, a formação profissional no âmbito das entidades da economia social, bem como apoiar o acesso destas aos processos de inovação tecnológica e de gestão organizacional» [al. d) do n.º 2 do art. 10.º da LBES]; e «aprofundar o diálogo entre os organismos públicos e os representantes da economia social a nível nacional e a nível da União Europeia promovendo, assim, o conhecimento mútuo e a disseminação de boas práticas» [al. e) do n.º 2 do art. 10.º da LBES].

O fomento da economia social passará, igualmente, pela consagração, para estas entidades, «de um estatuto fiscal mais favorável, definido por lei em função dos respetivos substrato e natureza» [art. 11.º da LBES]. Desta norma ressaltam duas notas: em primeiro lugar, o legislador assume um compromisso de carácter fiscal ao consagrar que as entidades da economia social beneficiarão de um regime fiscal diferenciado, em sentido mais favorável (discriminação positiva), relativamente às outras entidades privadas que operam no mercado; em segundo lugar, dada a heterogeneidade das entidades que integram o setor da economia social, o regime fiscal será diferenciado entre elas, tendo em conta, segundo o meu entendimento, o grau de intensidade da prossecução de objetivos de interesse geral, pois é neste sentido que interpreto o complexo segmento da norma «definido por lei em função dos respetivos substrato e natureza».

Destaque-se, a este propósito, o importante Acórdão do TJUE, de 8 de setembro de 2011³⁸, relativo a uma questão colocada pela Administração

38. Ver Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 8 de setembro de 2011, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate contra Paint Graphos Soc. coop. arl (C-78/08)*, *Adige Carni Soc. coop. arl*, em liquidação contra *Agenzia delle Entrate e Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-79/08)* e *Ministero delle Finanze contra Michele Franchetto (C-80/08)*. Pedidos de decisão prejudicial apresentados pela *Corte suprema di cassazione (Itália)*. Reenvio prejudicial - Admissibilidade - Auxílios de Estado - Benefícios fiscais concedidos às sociedades cooperativas - Qualificação de auxílio de Estado na aceção do artigo 87.º CE - Compatibilidade com o mercado comum - Requisitos. Processos apensos C-78/08 a C-80/08. Consulta em

Tributária italiana, na qual se questionava se os benefícios concedidos às cooperativas seriam compatíveis com a regulamentação da União Europeia em matéria de auxílios de Estado. Nos termos do mencionado Acórdão, estes auxílios de Estado às cooperativas (concretizados em benefícios fiscais) serão coerentes com aquela regulamentação, considerando-se as cooperativas entidades diversas das sociedades comerciais, quer pelos seus fins, quer pelo seu regime jurídico.

De facto, em caso algum um tratamento diferenciado poderá configurar uma vantagem competitiva das entidades da economia social relativamente aos restantes operadores no mercado³⁹. Este tratamento diferenciado visará, antes de mais, compensá-las pelos fins sociais que as mesmas são chamadas a desempenhar, dado que nos termos da al. d) do art. 5.º da LBES, um dos princípios orientadores do setor é o da «conciliação do interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral». Efetivamente, as entidades da economia social cumprem finalidades de interesse geral e, por este facto, pagam um custo económico implícito na sua forma de organização e funcionamento, o que as coloca em desvantagem competitiva face aos demais operadores no mercado.

Tomando como exemplo, mais uma vez, as cooperativas, a obrigatoriedade de estas operarem com os membros (art. 2.º do *CCoop*) impede-as de elegerem os clientes que lhes permitam ser mais competitivas. Acrescem os encargos que recaem sobre as cooperativas em virtude do seu peculiar regime económico, destacando-se as limitações decorrentes do carácter variável do seu capital social (arts. 2.º, n.º 1, e 18.º, n.º 1, do *CCoop*) e as consequentes dificuldades quanto

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CC0078&lang1=pt&type=NOT&ancre>. Sobre este Acórdão, ver COSTAS COMESAÑA, J.: «O regime fiscal das cooperativas como auxílio público que falseia a concorrência no Mercado Interno. Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2011», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a Acórdãos da Jurisprudência Portuguesa, Brasileira e Espanhola*, coordenação geral de DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, IN-CM, 2012, pp. 107 a 122; e GEMMA FAJARO, I. G.: «La especificidade de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Mercantil*, 288, Abril-Junio 2013, pp. 189-222.

39. Neste sentido, ver SÁNCHEZ PACHÓN, L. Á.: «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», cit., p. 70; BAHÍA ALMANSA, M. B.: «El régimen fiscal especial de las cooperativas y su compatibilidad con la normativa sobre ayudas del Estado», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 22, dezembro 2011, pp. 151-180.

à acumulação de capital na cooperativa⁴⁰, a que se juntam as dificuldades na captação de recursos, quer de terceiros, quer dos próprios cooperadores. Estes últimos não terão qualquer incentivo imediato para serem investidores na sua própria empresa: a remuneração dos títulos de capital é escassa, estando sempre dependente de previsão estatutária e da existência de resultados disponíveis (n.º 3 do art. 73.º do *CCoop*); os títulos de capital não têm liquidez nem são facilmente transacionáveis (art. 23.º do *CCoop*)⁴¹; são afetados importantes montantes dos excedentes para a dotação de reservas obrigatórias (arts. 69.º e 70.º do *CCoop*), as quais não são repartíveis entre os cooperadores (art. 72.º do *CCoop*), o que deriva da função social que a cooperativa é chamada a cumprir e que implica que o destino daquele património, após a liquidação, seja a promoção do cooperativismo (art. 79.º do *CCoop*).

6. A enigmática redação do art. 12.º da LBES e o regime da concorrência

A redação do art. 12.º da LBES, que tem por epígrafe «Legislação aplicável», 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». Aparentemente, não existirá correspondência entre esta norma e o art. 12.º do Projeto de Lei, que tinha por epígrafe «Concorrência», e que dispunha, 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».

No texto final aprovado, o legislador optou por: (i) substituir a epígrafe do artigo (diz-se «Legislação aplicável» sem concretizar o objeto da mesma); (ii) e alterar substancialmente a redação da norma. Fala-se, agora, da sujeição das entidades da economia social às normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesses geral.

40. Ver, neste sentido, MEIRA, D. A.: «As insuficiências do regime legal do capital social e das reservas na cooperativa», in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, pp. 129-155.

41. Ver, neste sentido, MEIRA, D. A.: «O regime de transmissão dos títulos de capital na cooperativa», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 283-290.

A questão da sujeição do setor da economia social à disciplina da concorrência é uma questão complexa.

Tendo em conta o disposto no art. 2.º da Lei de Defesa da Concorrência [Lei n.º 18/2012, de 8 de maio (doravante LDC)], todas as atividades económicas exercidas com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo, estão sujeitas ao regime jurídico da concorrência. Note-se que o legislador fala no setor cooperativo e não do setor da economia social que é mais amplo, como vimos.

Acresce que o n.º 2 do art. 2.º da LDC estabelece que a mesma é «aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos», considerando-se empresa, por força do disposto no n.º 1 do art. 3.º, «qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento». A propósito desta norma, COUTINHO DE ABREU considera que «não exercem atividade económica as entidades (mormente públicas, mas não só) que exercem atividades exclusivamente ‘sociais’, baseadas no princípio da solidariedade, sem fins lucrativos, recebendo os beneficiários prestações gratuitas ou mediante contraprestações não proporcionais aos custos daquelas (*v.g.*, nos domínios da segurança social, da saúde e ensino públicos) — estas entidades são inclusivas, o ‘mercado’ exclui [...]»⁴². Claro que deveremos ter em conta que o facto de uma entidade prosseguir fins sociais não é só por si suficiente para excluir a classificação da atividade em causa como atividade económica. Recorde-se aliás que, por força do disposto no n.º 1 do art. 2.º da LBES e tal como já foi destacado, as entidades que prosseguem fins sociais só poderão pertencer ao setor da economia social se desenvolverem uma atividade económica.

Saliente-se, contudo, que a LBES não fala expressamente em disciplina jurídica da concorrência, mas em normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesses geral.

Não cabe na economia do presente trabalho refletir sobre o conceito de serviço social de interesse geral, também ele muito complexo. Destaco, apenas, que se

42. ABREU, J. M. C.: «Artigo 3.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (dir. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES), Coimbra, Almedina, 2013, p. 31.

trata de um conceito abrangente, que abarca serviços que traduzem o exercício de uma atividade económica e serviços de natureza não económica, assegurados pelo Estado no uso de prerrogativas de autoridade pública, serviços estes que têm esta designação porque visam a prossecução do interesse geral. É ao Estado que compete decidir da natureza e âmbito dos serviços de interesse geral, podendo optar por prestar ele próprio o serviço ou confiar a sua prestação a terceiros, entidades públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos. Ora, quer o n.º 2 do art. 4.º da LDC quer o n.º 2 do art. 106.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) consagram que as empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral apenas ficarão submetidas à disciplina jurídica da defesa da concorrência se esta não constituir um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. Saliente-se que esta missão, tal como a prosseguida pelas entidades da economia social, é uma missão de interesse geral⁴³.

Mas estaremos a falar de todas as entidades da economia social? A resposta a esta questão é igualmente complexa. Quanto às cooperativas, não existirão dúvidas de que estas estão sujeitas ao regime acima enunciado, tanto mais que o art. 2.º da LDC é claro ao submeter o setor cooperativo ao regime dela constante. Mas uma associação com o estatuto de IPSS que presta serviços na área da saúde e da segurança social, ou seja que desenvolve uma missão de natureza exclusivamente social governada pelo princípio da solidariedade, também estará sujeita às regras da concorrência? Alguma doutrina tende a responder negativamente a esta questão, considerando que estaremos perante domínios onde impera a solidariedade e não razões de mera eficácia⁴⁴.

Sem nos podermos alhear de todas estas controvérsias e questões, parece resultar do art. 12.º da LBES 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,

43. Segundo PORTO, M. / SILVA, J. N. C.: «Artigo 4.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (dir. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES), Coimbra, Almedina, 2013, p. 42, «nem sempre é fácil identificar um serviço social ou um serviço de autoridade, sobretudo na medida em que a sua atividade assumia também carácter económico; aqui importa-nos, porém, acentuar a inaplicabilidade das regras de concorrência a estes serviços, salvo de outra for a opção do(s) Estado(s), ao abrigo do princípio da subsidiariedade».

44. Ver, neste sentido, PORTO, M. / SILVA, J. N. C.: «Artigo 4.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, cit., p. 41.

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.

Consagrar-se-ia, por esta via, um tratamento diferenciado, quanto à disciplina jurídica da concorrência do setor da economia social, pelo que, a ser assim, a redação da norma será contraditória, ao terminar com a expressão «sem prejuízo do princípio constitucional de proteção do setor cooperativo e social» em vez de, como seria mais adequada, «em conformidade com o princípio constitucional de proteção do setor cooperativo e social».

Em suma, reforço a ideia, de que a questão não é pacífica e a redação da norma levanta muitas dúvidas.

7. Conclusões

A LBES contribui para o reconhecimento institucional e jurídico explícito do setor da economia social, o qual se apresenta como um fator de grande relevância na legitimação do mesmo. Contudo, no ordenamento português, o problema da invisibilidade do setor estaria já atenuado pela circunstância de tal reconhecimento resultar do texto constitucional, uma vez que, em Portugal, a economia social tem o seu substrato jurídico em sede constitucional, sendo objeto de um tratamento jurídico autónomo por parte da CRP.

A LBES portuguesa contribui para a delimitação do conceito de economia social, centrando essa delimitação na atividade desenvolvida (atividade económico-social) e fim prosseguido pela mesma (interesse geral), numa enumeração aberta desta entidades e numa definição dos princípios orientadores das mesmas.

Destaque-se ainda a preocupação com o estabelecimento de formas adequadas de organização e de representação das entidades da economia social e a identificação das vias de relacionamento destas com os poderes públicos, as quais deverão ser estáveis e assentar num princípio de cooperação.

O fomento da economia social por parte dos poderes públicos é um dos objetivos primordiais da LBES, reconhecendo-se que o mesmo decorre do princípio constitucional da proteção do setor cooperativo e social, o qual fundamentará, para as entidades da economia social, a adoção de soluções diferenciadoras, no sentido de uma discriminação positiva, quer de natureza fiscal, quer quanto à disciplina jurídica da concorrência ou outras. Esta

discriminação positiva decorre não apenas dos fins sociais prosseguidos por estas entidades, mas também do seu modo de organização e funcionamento.

Finalmente, não obstante a evolução a que se assistiu do projeto de lei para o texto final aprovado, consideramos criticável que, na definição dos princípios orientadores, se tenha ignorado a heterogeneidade estrutural que caracteriza o setor e que aconselharia a que se consagrasse um regime de exceção para as fundações quanto aos princípios da adesão livre e voluntária e do controlo democrático pelos membros, a inadequada utilização do termo «excedentes», na al. g) do art. 5.º, quando a LBES se reporta ao princípio da afetação dos resultados destas entidades de acordo com o interesse geral, e as dificuldades de interpretação resultantes da redação das normas relativas ao estatuto fiscal e ao regime da concorrência.

Bibliografia

- ABREU, J. M. COUTINHO DE, «Artigo 3.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (dir. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 33-38.
- ALMEIDA, VASCO, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina/CES, Coimbra, 2011.
- BAHÍA ALMANSA, MARÍA BELÉN, «El régimen fiscal especial de las cooperativas y su compatibilidad con la normativa sobre ayudas del Estado», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 22, 2011, pp. 151-180.
- CANOTILHO, GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007.
- COSTAS COMESAÑA, JÚLIO, «O regime fiscal das cooperativas como auxílio público que falseia a concorrência no Mercado Interno. Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2011», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a Acórdãos da Jurisprudência Portuguesa, Brasileira e Espanhola*, coordenação geral de DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, IN-CM, 2012, pp. 107 - 122.
- DABORMIDA, RENATO, «Le legislazioni cooperative nei paesi della Comunità Europea», *Rivista del Diritto Commerciale*, 7/8, 1989, pp. 451-497.
- FAJARDO GARCIA, ISABEL GEMMA, «La economía social en las leyes», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 66, Octubre, 2009, pp. 5-35.
- «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», *Revista de Derecho de Sociedades*, Año 2012-1, N.º 38, 2012, pp. 245-280.
- «La especificidade de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Mercantil*, 288, Abril-Junio 2013, 2013, pp. 189-222.
- FICI, ANTONIO, «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, N.º 24, 2013, pp. 37-64.

- FONSECA, RUI GUERRA DA, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II Volume, *Organização económica (Artigos 80.º a 107.º)*, coordenação de PAULO OTERO, Almedina, Coimbra, 2008.
- FUSTER ASECIO, M.^a CONSUELO, «Razones que justifican una fiscalidad específica de las mutualidades de previsión social», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 20, 2009, pp. 2-34.
- MEIRA, DEOLINDA APARÍCIO, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009.
- «O direito ao retorno cooperativo», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, Universidade de Vigo, 2010, pp. 7-34.
- «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Universidade de Vigo, 2011, pp. 31-46.
- «As insuficiências do regime legal do capital social e das reservas na cooperativa», in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, pp. 129-155.
- «O regime de transmissão dos títulos de capital na cooperativa», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Universidade de Vigo, 2011, pp. 283-290.
- «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, pp. 353-374.
- MIRANDA, JORGE/ MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006.
- MONTESINOS OLTRA, SALVADOR, «Ley de Economía Social, interés general y regímenes tributários especiales», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 23, 2012, pp. 9-35.
- MONZÓN CAMPOS, JOSÉ LUIS, «La economía social ante los nuevos desafios», in: *Estudios de Economía Social*, Universidad de Valladolid, 2010, pp. 21-41.
- NAMORADO, RUI, «A economia social – Uma constelação de esperanças», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 213, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2004.
- *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005.
- «Os quadros jurídicos da economia social – uma introdução ao caso português», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 251, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2006.

- «Renovar os quadros jurídicos da Economia Social?», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 293, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007.
- «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2011.
- PANIAGUA ZURERA, MANUEL, *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- PAZ CANALEJO, NARCISO, *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Tirant lo Blanch, 2012.
- PORTO, MANUEL / SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA, «Artigo 4.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (dir. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 39-45.
- SÁNCHEZ PACHÓN, LUIS ÁNGEL, «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 66, 2009, pp. 61-84.