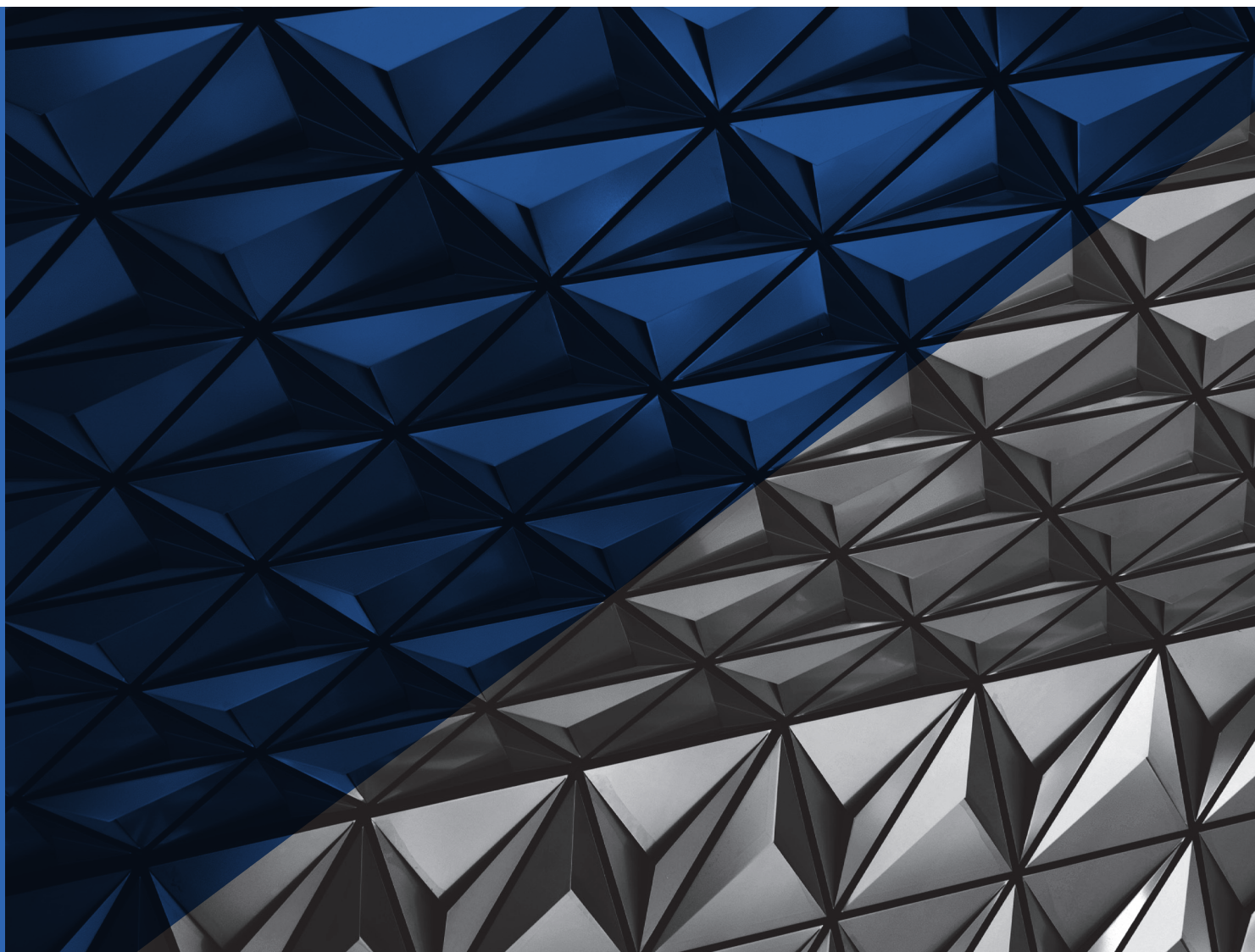


FINS E FUNÇÕES DAS EMPRESAS MUNICIPAIS

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO



Fins e Funções das Empresas Municipais

Miguel Nogueira de Brito

Sumário: 1. Introdução; 2. Os dados do direito positivo; 3. Enquadramento jurídico-constitucional da actividade empresarial dos municípios: entre a iniciativa económica, a Administração de prestação e a garantia da autonomia local; 4. Novos desafios na conformação da actividade empresarial dos municípios: o fenómeno da privatização; 5. Cont.: o direito da União Europeia e a concorrência; 6. Pressupostos da actividade empresarial dos municípios: a prossecução do interesse público; 7. Cont.: o princípio da subsidiariedade; 8. Cont.: o princípio da territorialidade.

1. Introdução. O tema que me foi proposto abordar no âmbito deste curso consiste, muito simplesmente, em saber para que servem as empresas municipais, isto é, quais os fins que os municípios podem legitimamente perseguir através da criação de empresas municipais e quais as funções que estas são chamadas a desempenhar. É possível pensar que na perspectiva dos fins o que importa é apurar com que objectivos podem os municípios

recorrer às empresas atendendo às relações que se estabelecem entre eles e o Estado, por um lado, e os cidadãos, por outro; por seu turno, a perspectiva das funções seria derivada, no sentido em que a sua delimitação pressuporia uma prévia fixação dos objectivos perseguidos com as empresas municipais. De acordo com este modo de ver, os fins das empresas municipais seriam ainda dos municípios, as funções seriam das empresas.

Não irei, todavia, desenvolver estas distinções, cujo sentido útil espero se torne evidente ao longo da exposição. Em vez dessa abordagem em certa medida formal, a pergunta substantiva para a qual tentarei procurar uma resposta é a seguinte: podem as empresas municipais actuar no mercado como quaisquer outros agentes económicos, sendo até a sua actuação protegida pelas garantias constitucionais que protegem em geral a actividade económica dos cidadãos, como a liberdade de iniciativa económica prevista no artigo 61.º da Constituição, ou, pelo contrário, a sua actuação deve considerar-se limitada e, em tal caso, em função de que princípios e valores? Uma outra forma de colocar a questão será simplesmente perguntar se as empresas municipais podem actuar no mercado tendo em vista simplesmente a melhoria da situação financeira do município que as criou ou se, pelo contrário, a sua actuação deve ser encarada em termos análogos à da intervenção do Estado numa economia de mercado.

De facto é crescente, e não só em Portugal, a insatisfação com a escassez financeira que aflige os municípios, à qual se tem procurado reagir através da privatização, da racionalização económica e da procura de áreas de negócio rentáveis. Na verdade, o tema que nos ocupa reúne em certa medida todas estas vias de reacção¹.

¹ Cfr. Dirk Ehlers, “Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft”, *DVBl.*, 1998, 10, p. 497.

Como é bom de ver, os simples termos em que foram formuladas as questões que me proponho abordar excluem, à partida, qualquer possibilidade de um «socialismo municipal»². A questão carece, todavia, de ser desenvolvida à luz do enquadramento jurídico-constitucional da actividade empresarial dos municípios. Depois desse enquadramento, e considerando os seus resultados, abordarei o problema do fundamento da iniciativa económica municipal (pontos 3). Seguidamente, tratarei de vários aspectos que obrigam a repensar os termos em que deve ser concebida essa iniciativa económica (pontos 4 e 5), para depois analisar os respectivos pressupostos (pontos 6 a 8). Antes de tudo isso, porém, principiarei por uma breve descrição das principais disposições do nosso direito positivo aplicáveis na matéria que nos ocupa (ponto 2).

2. Os dados do direito positivo. As fontes necessárias para balizar as questões objecto do presente estudo, e encontrar as respostas para as mesmas, distribuem-se essencialmente por três planos: a Constituição, a lei que estabelece as atribuições dos municípios e as competências dos seus órgãos e a lei que estabelece o regime do sector empresarial local. Terei ainda oportunidade, mais adiante, de fazer menção de normas de direito da União Europeia, ainda que estas não versem especificamente sobre o tema que nos ocupa.

De acordo com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Constituição, «*o Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública*». Por seu turno, o artigo 235.º, depois de no seu n.º 1 caracterizar a existência das autarquias locais como uma decorrência da organização democrática do Estado, estabelece, no n.º 2, que as «*autarquias locais são*

² A expressão é de Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 78.

peçoas colectivas territoriais dotadas de 6rg6os representativos, que visam a prossecu76o de interesses pr6prios das popula76es respectivas». O artigo 237.º consagra o princ6pio da descentraliza76o administrativa, considerando-o como fundamento da regula76o por lei das atribui76es e organiza76o das autarquias locais, bem como da compet6ncia dos seus 6rg6os. Finalmente, o artigo 238.º consagra a exist6ncia de patrim6nio e finan76as pr6prios das autarquias locais. Igualmente importante 6 o artigo 254.º, n.º 1, da Constitui76o, ao estabelecer que os munic6pios participam, «por direito pr6prio», nas receitas provenientes dos impostos directos. 6 dos poucos casos, sen6o o 6nico, em que a Constitui76o reconhece um direito a uma entidade administrativa.

No segundo plano, atr6s mencionado, importa referir a Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, que estabelece o quadro de transfer6ncia de atribui76es e compet6ncias para as autarquias locais. O artigo 1.º consigna que o diploma em causa procede 6 concretiza76o dos princ6pios da descentraliza76o administrativa e da autonomia do poder local. O artigo 2.º, n.º 1, estabelece que a transfer6ncia de compet6ncias tem por finalidade «assegurar o refor76o da coes6o nacional e da solidariedade inter-regional e promover a efici6ncia e a efic6cia da gest6o p6blica assegurando os direitos dos administrados». O n.º 2 do mesmo artigo consigna que a descentraliza76o administrativa assegura a concretiza76o do princ6pio da subsidiariedade, devendo as atribui76es e compet6ncias ser exercidas pelo n6vel de administra76o melhor colocado para as prosseguir com racionalidade, efic6cia e proximidade dos cidad6os. As atribui76es dos munic6pios est6o previstas no artigo 13.º do mesmo diploma, abrangendo mat6ria t6o dispersas quanto o equipamento rural e urbano; a energia; os transportes e comunica76es; a educa76o; o patrim6nio, cultura e ci6ncia; os tempos livres e o desporto; a sa6de; a ac76o social, a habita76o; a protec76o civil; o ambiente e saneamento b6sico, a defesa do consumidor; a

promoção do desenvolvimento; o ordenamento do território e urbanismo; a polícia municipal; a cooperação externa. Essas mesmas atribuições são depois concretizadas, nos artigos 16.º a 31.º da Lei n.º 159/99, em «*competências dos órgãos municipais*», atribuídas em bloco.

Finalmente, no terceiro plano atrás mencionado, temos a Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, que aprova o regime jurídico do sector empresarial local, revogando a Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto. Na economia deste diploma interessa ao tema aqui abordado especialmente o disposto no respectivo artigo 5.º, sob a epígrafe «*Objecto social*», que a seguir se reproduz:

«1 - As empresas têm obrigatoriamente como objecto a exploração de actividades de interesse geral, a promoção do desenvolvimento local e regional e a gestão de concessões, sendo proibida a criação de empresas para o desenvolvimento de actividades de natureza exclusivamente administrativa ou de intuito predominantemente mercantil.

2 - Não podem ser criadas, ou participadas, empresas de âmbito municipal, intermunicipal ou metropolitano cujo objecto social não se insira no âmbito das atribuições da autarquia ou associação de municípios respectiva.

3 - O disposto nos números precedentes é aplicável à mera participação em sociedades comerciais nas quais não exercem uma influência dominante nos termos da presente lei.»

Os conceitos de actividades ou «*serviços de interesse geral*», de «*promoção do desenvolvimento local e regional*» e de «*gestão de concessões*» surgem densificados sucessivamente nos artigos 18.º a 25.º da mesma lei.

3. Enquadramento jurídico-constitucional da actividade empresarial dos municípios. É fácil enunciar quais os valores constitucionais convocados pelas actividade empresarial dos municípios. Por um lado, está em causa a livre iniciativa económica, consagrada no artigo 61.º da Constituição. E isto é assim, caso se adopte a perspectiva segundo a qual a mesma pode ser invocada pelos municípios, mas também, na hipótese de assim não se entender, quando se defenda a perspectiva inversa segundo a qual a liberdade de iniciativa económica dos privados surge como limitadora da actividade empresarial dos municípios. Por outro lado, esta actividade convoca também, na medida em que seja encarada como uma manifestação da designada Administração de prestação, o princípio do Estado Social. Com efeito, se o Estado Social passa pela «*realização da democracia económica, social e cultural*», segundo o artigo 2.º da Constituição, e se os municípios exprimem o princípio da descentralização democrática da Administração Pública, como decorre dos artigos 6.º, n.º 2, 235.º, n.º 1, e 237.º, n.º 1, da Constituição, parece razoável sustentar que a actividade empresarial dos municípios se insere ainda, de algum modo, no contexto da realização do princípio do Estado Social.

O quadro de referências constitucionais da actividade empresarial dos municípios não está ainda, todavia, completo com as indicações avançadas. É ainda necessário considerar que a existência dos municípios e a sua autonomia em face do Estado é garantida pela Constituição, desde logo no seu artigo 6.º.

Eis, pois, o espaço jurídico-constitucional em termos de nos mover, o espaço definido por um triângulo cujos lados consistem na iniciativa económica, no Estado Social e na garantia da autonomia local.

Quando se aborda a questão da actividade empresarial dos municípios, a primeira questão que urge abordar consiste em saber se a mesma encontra o seu fundamento na liberdade de iniciativa económica

prevista no artigo 61.º da Constituição. A este propósito encontramos duas opiniões divergentes: por um lado, temos aqueles que entendem que não se mostra constitucionalmente admissível falar de uma liberdade de iniciativa económica das entidades públicas; por outro lado, encontramos os que admitem que a liberdade de iniciativa económica também vale para o sector público³.

Os primeiros sustentam a rejeição de uma liberdade constitucional de iniciativa económica pública em três principais ordens de argumentos: em primeiro lugar uma liberdade de iniciativa económica pública seria compressora da liberdade económica privada, sendo concretizada muitas vezes à custa desta última; em segundo lugar, as entidades públicas, mesmo actuando sob a forma do direito privado, não podem gozar de liberdades, porque precisamente se encontram sujeitas a um princípio de legalidade; por último, admitir uma liberdade de iniciativa económica pública, gozando de tutela constitucional, equivaleria a admitir isentar a Administração de perseguir o interesse público, ao contrário do estabelecido no artigo 266.º, n.º 1, da Constituição.

Em sentido contrário, é possível sustentar que os argumentos aduzidos pela tese que acaba de ser exposta não põem em causa a possibilidade de se falar de uma liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial do sector público. De acordo com este entendimento seria extensível ao sector público o princípio da «*liberdade de iniciativa e de organização no âmbito de uma economia mista*», a que se refere a alínea c) do artigo 80.º da Constituição, introduzida pela revisão constitucional de 1997. O entendimento em apreço, defendido por Gomes

³ Entre os primeiros, cfr. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, pp. 122 e ss.; João Pacheco de Amorim, *As Empresas Públicas no Direito Português (Em Especial, as Empresas Municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 99; Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pp. 71-72. Pelo contrário, defendendo a existência de fundamento constitucional para a liberdade de iniciativa económica pública, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 982.

Canotilho e Vital Moreira, admite algumas especificidades da liberdade de iniciativa económica pública em face da liberdade económica dos particulares, nos seguintes termos: (i) as entidades públicas só podem dedicar-se a actividades que caibam nas suas atribuições, definidas na Constituição e na lei; (ii) toda a actividade económica das entidades públicas, mesmo quando levada a cabo segundo as formas do direito privado, deve ser justificada por um princípio de interesse público, definido a partir da Constituição e da lei; (iii) a actividade em causa subordina-se ao princípio da legalidade, o que significa que a actividade económica das entidades públicas carece de «uma justificação positiva, só podendo exercer-se onde seja expressamente ou implicitamente admitida», e não goza deste modo de uma «*vocação universal e “por defeito”*» como sucede com a actividade económica dos privados. Ainda assim, não pode afirmar-se, segundo os autores citados, que «*a “simples” realização de receitas – que alguns reduzem à ideia de “lucro privado” – não seja uma justificação lícita para a actividade económica pública*»⁴.

Apesar da designação – liberdade de iniciativa económica pública – vemos que o que está realmente em causa é, na verdade, o seu contrário, isto é, a legalidade, ainda que a Constituição admita uma legalidade especialmente lassa no domínio económico, concedendo uma ampla margem de manobra aos poderes públicos. Gomes Canotilho e Vital Moreira chegam a afirmar isto mesmo: «*dada a amplitude dos direitos económicos, sociais e culturais, bem como o elenco dos interesses públicos deduzíveis do artigo 81.º, são muito amplas as possibilidades de intervenção directa dos poderes públicos na actividade económica*»⁵. O problema da tese que vimos discutindo é, pois, precisamente este: como admitir que a legalidade económica se transforme no seu contrário, isto é

⁴ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 982.

⁵ Cfr. idem, *ibidem*.

em liberdade económica? A única possibilidade consiste em admitir que quando se fala em liberdade se tem em vista, na realidade, uma liberdade de conformação legislativa nos termos da Constituição e não uma liberdade directamente invocável pela Administração, nos mesmos termos em que a liberdade de iniciativa económica o pode ser pelos privados.

Estando em causa a actividade empresarial dos municípios, é possível superar estas dificuldades e admitir uma liberdade de iniciativa económica municipal como expressão do direito fundamental protegido pelo artigo 61.º da Constituição. Por outras palavras, ainda que os argumentos com base nos quais se rejeita uma liberdade de iniciativa económica pública sejam válidos para as empresas do Estado, esses argumentos já não seriam aplicáveis à iniciativa económica das autarquias locais.

Assim, os municípios poderiam ser titulares de direitos fundamentais na medida em que, constituindo pessoas colectivas de base territorial, estariam integrados no Estado mas, ao mesmo tempo, seriam titulares de direitos (democraticamente legitimados) em face do Estado, pelo menos ao fazerem valer contra o mesmo os direitos dos seus munícipes. Nestes termos, um município poderia invocar direitos fundamentais em face do Estado, como a propriedade ou a iniciativa económica, na medida em que a sua actuação surja como auto-determinação colectiva dos munícipes perante o Estado. A verdade é que este entendimento não parece corresponder à concepção de autonomia local espelhada na nossa Constituição. Quando no artigo 235.º, n.º 1, da Constituição se afirma que *«a organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais»* parece reconhecer-se que estas não correspondem a instituições com uma existência logicamente anterior ao Estado ou dele independentes, mas antes a instituições que ocupam um degrau na hierarquia administrativa do Estado. Neste sentido, não é correcto afirmar

que as autarquias são titulares de direitos fundamentais na medida em que fazem valer perante o Estado os direitos dos cidadãos seus residentes, mas antes que são ainda, tal como o Estado, estruturas de poder perante as quais os cidadãos fazem valer os seus direitos fundamentais⁶.

Em face do exposto, podemos afirmar que a liberdade de iniciativa económica do artigo 61.º da Constituição não tutela a actividade empresarial dos municípios, mas antes a limita e limita-a precisamente em prol da iniciativa privada.

Já vimos, portanto, que os municípios não podem invocar uma liberdade de iniciativa económica, enquanto direito fundamental. Significará o que acaba de ser dito que a iniciativa económica dos municípios se deve considerar um «*corpo estranho*»⁷ no direito constitucional português? A resposta a esta questão depende de saber qual seja, em termos dogmáticos, uma vez excluída a titularidade de direitos fundamentais, a categoria dogmática à luz da qual devemos enquadrar em termos jurídico-constitucionais os municípios e as autarquias locais em geral.

De um ponto de vista de dogmática constitucional abrem-se duas perspectivas para encarar a posição das autarquias locais⁸: a perspectiva centrada na ideia de garantias institucionais, por um lado, e, por outro, a perspectiva assente na tensão entre normas de organização do Estado e normas de direitos subjectivos. Antes de as analisarmos, importa, porém, saber o que está substancialmente em causa, isto é, saber em que medida as

⁶ Neste sentido, cfr. Ulrich Hösch, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit: Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 67-68. Como afirma expressivamente o autor, «*dogmaticamente a autonomia administrativa local é ainda o exercício de um poder de autoridade vinculado por normas de competência em face do cidadão e não a defesa de uma liberdade imediata. Ora, os titulares de poderes de autoridade não podem, enquanto submetidos aos direitos fundamentais, invocar os mesmos*».

⁷ Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., p. 71.

⁸ Nas considerações subsequentes falo em «autarquias locais» por as disposições do texto constitucional que cito a elas se referirem. Todavia, idênticas considerações valem para os municípios, cuja preponderância em relação às demais categorias de municípios, embora insuficientemente estabelecida no texto constitucional, decorre do disposto nos artigos 254.º (participação dos municípios nos impostos directos) e 257.º (carácter subsidiário das regiões administrativas em relação aos municípios).

autarquias locais são protegidas pela Constituição ou, por outras palavras, determinar o objecto de que as categorias dogmáticas depois se apropriam. Tal objecto é simples de delinear: a Constituição, numa primeira linha, tutela a existência de autarquias locais, no sentido em que essa existência não pode ser posta em causa pelos poderes constituídos (artigo 235.º, n.º 1); num segundo plano, a Constituição assegura que cabe às autarquias perseguir os interesses próprios das populações respectivas e fazê-lo por sua própria iniciativa e responsabilidade, ainda que nos limites da lei [artigo 235.º, n.º 2, e artigos 165.º, n.º 1, alínea q), e 241.º e 242.º]; em terceiro plano, coloca-se ainda a questão de saber se a Constituição, ainda que não reconheça às autarquias locais os «direitos fundamentais de liberdade», nos termos já expostos, admite por parte destas o exercício daqueles que poderíamos designar, em contraponto, como «direitos fundamentais de justiça»⁹; finalmente, importa questionar em que medida a actuação do Estado em face das autarquias não deve também pautar-se pelo princípio da proporcionalidade.

Pois bem, estas quatro dimensões da tutela constitucional das autarquias têm sido encaradas, antes de mais, à luz da velha doutrina das garantias institucionais. Nos termos desta construção não há, desde logo, lugar para o princípio da proporcionalidade, como veremos, e faz-se corresponder cada um dos três primeiros planos apontados, respectivamente, a uma «garantia institucional de sujeito de direito», a uma «garantia objectiva de instituição jurídica» e, finalmente, a uma «garantia subjectiva de situação jurídica»¹⁰.

⁹ Cfr. esta contraposição, a que adiante regressarei, em Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, in Dirk Ehlers e Walter Krebs (eds.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts*, Walter de Gruyter, Berlim, 2000, p. 87. Tendo também presente esta distinção, cfr. Hans Jarass e Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 10.ª ed., C. H. Beck, Munique, 2009, Art. 19, n.º 25, p. 457.

¹⁰ Esta construção da garantia constitucional da autonomia local enquanto garantia institucional, com os três desdobramentos apontados no texto, foi sobretudo desenvolvida, em face do artigo 28.º, n.º 2, da Lei Fundamental alemã, por Klaus Stern, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2.ª ed., 1984, § 12, II, 4b. À luz do artigo 235.º da nossa Constituição fala-se também de uma garantia institucional da autonomia local: cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*,

A garantia institucional de sujeito de direito significa, à luz desta concepção da autonomia local como garantia institucional, que segundo a Constituição não podem deixar de existir autarquias locais, embora a garantia da sua existência não seja concebida em termos individuais, mas apenas institucionais. Por outras palavras, isto significa que o Estado pode eliminar uma autarquia ou juntá-la a outra; não pode apenas eliminar por completo o escalão administrativo correspondente a cada uma das categorias de autarquias locais previstas na Constituição ou substituir cada uma dessas categorias por unidades administrativas não autónomas¹¹. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, «não se garante um direito individual à criação de uma certa autarquia nem se protege um verdadeiro direito de não extinção»¹².

Por seu turno, a «garantia objectiva de instituição jurídica» inclui no seu âmbito de previsão os seguintes aspectos: *i*) prossecução dos interesses próprios da comunidade; *ii*) princípio da universalidade; *iii*) autogoverno e autodeterminação; *iv*) reserva de lei. Vejamos cada um deles mais em pormenor. *i*) O primeiro significa, como anteriormente se deixou dito, que cabe às autarquias perseguir os interesses próprios das suas populações, o que exclui desde logo que aos titulares dos seus órgãos seja cometido o exercício de um mandato político ilimitado. Assim, excedem, em princípio, o círculo de interesses próprios da população de uma autarquia matérias de política externa ou de política de defesa¹³. Do mesmo modo, e com mais interesse para o tema que nos ocupa, parece que a actividade económica do

tomo III, Coimbra Editora, 2008, p. 446; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3.^a ed. revista, pp. 881-882 e 883. Estes dois últimos autores distinguem claramente no âmbito da garantia institucional da autonomia local se chama no texto a garantia institucional de sujeito de direito e a garantia objectiva de instituição jurídica, esta última designada pelos citados autores como «âmbito da garantia institucional da autonomia local».

¹¹ Neste sentido, cfr. Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl, “Kommunalrecht”, in Eberhard Schmidt-Aßmann e Friedrich Schoch (eds.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2008, n.º 11, p. 24.

¹² Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 882.

¹³ Digo, em princípio, porque em alguns destes domínios desenvolveram-se competências específicas das autarquias, como sucede, por exemplo, com a geminação de municípios, a que se refere o artigo 53.º, n.º 4, alínea d), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro.

município deve apenas ser exercida nos respectivos limites territoriais, questão a que adiante regressarei¹⁴. *ii*) Quando se fala de interesses próprios é preciso ter presente que estão em causa *todos* os interesses próprios das populações, sem perder de vista, no entanto, que cabe à lei regular as atribuições e a organização das autarquias, bem como a competência dos seus órgãos, de acordo com o disposto no artigo 237.º, n.º 1. É o designado princípio da universalidade, que aqui surge como um princípio orientador da determinação legislativa das atribuições das autarquias. *iii*) A Constituição garante às autarquias o autogoverno (no sentido de governo por órgãos próprios, legitimados pelo sufrágio popular) e a autodeterminação (no sentido de liberdade de condução da política autárquica), bem como, tendo em vista possibilitar estes últimos, a disposição de atribuições e competências legais para o efeito e de meios financeiros próprios adequados¹⁵. Entramos aqui na determinação do núcleo substancial da tutela constitucional da autonomia local. Simplesmente, essa determinação é encarada, no contexto da tese da tutela constitucional da autonomia local enquanto garantia institucional, em estreita conexão com a intervenção do legislador. Tal intervenção abrange à partida não apenas as formas de realização dos interesses próprios das populações das autarquias, mas, como já se disse, também as atribuições das autarquias e competências dos seus órgãos. *iv*) E assim passamos à reserva de lei, a que se refere expressamente a Constituição no seu artigo 165.º, n.º 1, alínea q), mas que está também presente no artigo 237.º. Sendo a garantia da autonomia local entendida como uma garantia institucional isso significa que a conformação da autonomia local, encarada na dupla perspectiva da definição das tarefas das autarquias e na definição das formas de prossecução de tais tarefas ou atribuições, é fundamentalmente entendida como uma competência do legislador.

¹⁴ Cfr. Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl, “Kommunalrecht”, cit., n.º 15, pp. 25-26.

¹⁵ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 883.

Parecendo claro, nos termos expostos, que o entendimento da garantia da autonomia local à luz da categoria da garantia institucional atribui um papel central ao legislador na configuração de tal autonomia, torna-se necessário assegurar que o mesmo legislador não a esvazie de sentido. Por outras palavras, a reserva de lei pode tornar-se o calcanhar de Aquiles da garantia da autonomia local, quando a mesma não seja submetida a limites¹⁶. Um meio possível para alcançar tal resultado consiste em distinguir entre núcleo e periferia da autonomia local. O primeiro seria intocável pelo legislador; o segundo colocaria limites não insuperáveis à sua actuação¹⁷. No núcleo da autonomia local estaria a «proibição de medidas conducentes à eliminação ou redução arbitrária da autonomia local»¹⁸. Uma tentativa de superar a imprecisão evidente deste critério consistiria em dizer que todos os assuntos da autarquia local que não atribuídos por lei a outros órgãos ou entidades do poder público deveriam considerar-se atribuídos, sem necessidade de um título de competência especial, às autarquias. Simplesmente, este critério é, enquanto limitação do legislador, inútil, na medida em que pode por ele ser contornado. Na periferia da autonomia local estaria a ideia de um princípio de divisão de tarefas entre o legislador e as autarquias a propósito dos interesses próprios destas. De acordo com tal princípio existiria uma relação entre regra e excepção a favor das autarquias, e conta a competência do Estado, no que diz respeito à regulação de tais interesses¹⁹.

A última dimensão da garantia da autonomia local enquanto garantia institucional consiste na «garantia subjectiva de situação jurídica». Embora à partida esteja aqui em causa uma dimensão subjectiva da garantia da autonomia local, nos termos da qual é necessário reconhecer um direito de

¹⁶ Cfr. Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl, “Kommunalrecht”, cit., n.º 20, p. 29.

¹⁷ Cfr. Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, cit., p. 66.

¹⁸ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 883.

¹⁹ Cfr. Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, cit., pp. 67-68.

as autarquias poderem fazer valer judicialmente a sua autonomia, é preciso reconhecer, no entanto, que se trata de uma dimensão subjectiva existente apenas com o alcance que lhe seja conferido pelas restantes dimensões da garantia institucional²⁰. Por outras palavras, trata-se de uma dimensão subjectiva que em última análise depende do legislador e do modo como este configure a autonomia local.

À luz de tudo quanto fica exposto, compreende-se que o princípio da proporcionalidade não seja abrangido pela concepção da tutela da autonomia local enquanto garantia institucional. Com efeito, uma vez que a garantia da autonomia local seja concebida como uma garantia institucional isso significa que a actuação do legislador sobre essa autonomia não tem o significado duma intervenção restritiva, mas antes o de uma conformação legislativa, que pela primeira vez faz surgir a posição jurídica protegida²¹. Neste contexto, a própria categoria dogmática a que se recorre para conceber a autonomia local desencoraja o recurso ao princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de avaliação da actuação do legislador nesse âmbito.

Pois bem, a conceptualização da garantia da autonomia local como uma garantia institucional afigura-se incorrecta, não só por razões que se prendem com a circunstância de a categoria dogmática em causa se encontrar demasiado presa no contexto histórico próprio da Constituição alemã de Weimar²², como ainda pela sua filiação numa teoria constitucional em que se atribui um relevo excessivo à figura do legislador, como aliás sucedia naquele contexto histórico. Este último ponto, que acaba de ser ilustrado, pode ainda ser reforçado com a conceptualização alternativa da garantia da autonomia local não enquanto garantia

²⁰ Cfr. Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *cit.*, p. 64.

²¹ Cfr. Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *cit.*, p. 68.

²² Segundo Hartmut Maurer, “Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung”, *DVBt.*, 1995, 19, pp. 1037-1039, a interpretação da tutela constitucional da autonomia local não deve procurar argumentos históricos no tempo de Weimar, mas sim no período imediatamente posterior a 1945, em que o poder político se reduziu ao poder local.

institucional, mas como resultado de uma tensão entre normas objectivas de organização do Estado e normas de direitos subjectivos.

Comecemos pela garantia da autonomia local enquanto garantia da existência de autarquias locais. É duvidoso que essa existência seja apenas garantida no plano institucional e não também, ao menos em alguns aspectos, no individual. Assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que «o princípio constitucional da participação democrática exigirá que qualquer alteração que afecte a existência ou a delimitação territorial de uma autarquia não seja tomada sem que ela seja previamente consultada»²³. E, de facto, a lei quadro da criação de municípios, constante da Lei n.º 142/85, de 18 de Novembro, consagra este direito de audiência nos seus artigos 2.º, alínea a), e 5.º.

Num segundo plano, afirmei que a garantia constitucional da autonomia local assegura que cabe às autarquias perseguir os interesses próprios das populações respectivas e fazê-lo por sua própria iniciativa e responsabilidade, ainda que nos limites da lei. Distingui, a esse propósito, quatro aspectos, discutidos no contexto do entendimento da garantia da autonomia local enquanto garantia institucional: *i*) prossecução dos interesses próprios da comunidade; *ii*) princípio da universalidade; *iii*) autogoverno e autodeterminação; *iv*) reserva de lei. Cabe agora percorrer esses mesmos aspectos no contexto de uma concepção da garantia da autonomia local concebida como tensão entre normas objectivas de organização do Estado e normas de direitos subjectivos.

Se quanto ao primeiro aspecto nada há de significativo a registar nesta mudança de perspectiva, o mesmo não se dirá quanto aos restantes. Com efeito, deverá entender-se que o respectivo entendimento no contexto da tese da garantia de instituto exagera o alcance atribuído à intervenção do legislador na conformação da autonomia local. Aliás, deve mesmo

²³ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 882; Eberhard Schmidt-Aßmann /Hans Christian Röhl, “Kommunalrecht”, *cit.*, n.º 11, p. 24.

salientar-se que ao contrário de outras figuras muitas vezes conceptualizadas com base na figura da garantia de instituto, como a propriedade privada, as autarquias locais têm existência à margem do Estado legislador centralizado.

Assim, no que diz respeito ao designado princípio da universalidade, cabe admitir que ao seu abrigo se insere no âmbito das atribuições municipais «qualquer actividade de prossecução de interesses próprios da colectividade local cuja titularidade não se encontre legalmente conferida a outra entidade pública»²⁴. Na verdade, se a Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, abandonou o sistema da cláusula geral na indicação das atribuições das autarquias locais, esse sistema decorre da própria Constituição, quando no artigo 235.º, n.º 2, consigna que as autarquias locais «visam a prossecução dos interesses próprios das populações respectivas». O que acaba de ser dito não significa a desnecessidade de intervenção do legislador no sentido de prever as actividades em causa, o que sempre seria incompatível com o disposto no artigo 237.º, n.º 1, da Constituição²⁵, e até com o princípio da legalidade administrativa, mas ao mesmo tempo não se reduz a uma mera indicação ao legislador no sentido de atribuir aos municípios as actividades de prossecução de interesses próprios das respectivas populações que não estejam conferidas a outras entidades. Mais do que isso, está também aqui presente a ideia de que a intervenção do legislador no sentido de eliminar atribuições ou proceder à respectiva transferência para outras entidades carece, em si mesma, de justificação. Por outro lado, está também presente a ideia de que a actuação do legislador no que diz respeito à regulação das atribuições das autarquias locais está sujeita ao princípio da proibição do defeito, isto é, ao princípio – que significa na verdade o inverso do princípio da proibição do excesso –

²⁴ Neste sentido, cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., p. 75.

²⁵ De acordo com a disposição constitucional citada no texto, importa relembrar, «As atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa».

segundo o qual uma medida de protecção da garantia da autonomia local não adequada equivale, na realidade, à ausência de medida²⁶. Este princípio reveste especial incidência, por exemplo, em matéria de transferência de atribuições e competências da administração central para a administração local e da concretização do designado princípio da coerência, a que aludem os artigos 3.º da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, e 6.º da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro (lei das finanças locais).

Por seu turno, no que concerne à garantia de autodeterminação deverá entender-se que a mesma significa, por um lado, que cabe às autarquias determinar o se, o quando e o como da prossecução das respectivas atribuições. Significa também, por outro lado, que cabe às autarquias determinar a forma dessa prossecução, isto é, determinar se a mesma terá lugar através do direito público ou do direito privado, directa ou indirectamente, de forma planeada ou espontânea²⁷. É claro que a prossecução das atribuições da autarquia não pode fazer-se à margem da lei, como decorre desde logo da tutela administrativa a que estão sujeitas nos termos da própria Constituição (artigo 242.º).

Também no que diz respeito à reserva de lei a concepção da garantia de autonomia local enquanto resultado de normas objectivas de organização do Estado e normas de direitos subjectivos se apresenta inovadora. Neste contexto, a distinção tradicional entre núcleo e periferia da autonomia local é substituída pela distinção da intervenção do legislador consoante esta seja conformadora ou, pelo contrário, restritiva da autonomia local²⁸. Uma intervenção conformadora ocorre quando o legislador, por exemplo, estabelece novas atribuições das autarquias. Pelo contrário, existirá uma intervenção restritiva se o legislador intervir sobre uma posição jurídica pré-existente das autarquias locais, reduzindo o seu

²⁶ Sobre este princípio cfr. Bodo Pieroth/Bernhard Sclink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 22.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2006, n.º 297 a, p. 68.

²⁷ Cfr. Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl, “Kommunalrecht”, cit., n.º 19, p. 28.

²⁸ Cfr. Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, cit., p. 79.

alcance [acrescentar o caso da Lei n.º 8/2009, de 18 de Fevereiro, sobre regime jurídico dos conselhos municipais de juventude, ao atribuir ao município a responsabilidade no domínio do apoio logístico a um órgão em que os representantes do município não têm direito de voto²⁹]. Ora, esta distinção apresenta-se como importante na medida em que se admita a relevância do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de avaliação da actuação do legislador em matéria de autonomia local. E de facto, nada impede essa relevância, pelo menos quando se aceita que o princípio em causa resulta da ideia de Estado de Direito, previsto no artigo 2.º da Constituição, e não se restringe à actuação do legislador no domínio dos direitos fundamentais, a que se reporta o artigo 18.^{o30}.

Nos parágrafos precedentes procurei apresentar os diversos aspectos em que se desdobra a garantia da autonomia local prevista no artigo 235.º da Constituição enquanto norma de organização do Estado. Tais aspectos deixam-se, afinal, caracterizar como corolários da autonomia local enquanto poder do Estado descentralizado e democraticamente legitimado ou, se se quiser enquanto corolários da autonomia local entendida como princípio da separação vertical do poder. Mas também, no que toca às dimensões subjectivas da garantia da autonomia local, cabe registar divergências substanciais em relação à concepção da garantia da autonomia local como garantia institucional. Desde logo, a circunstância de não se reconhecer às autarquias locais a titularidade de direitos de liberdade não equivale a admitir que as respectivas situações jurídicas activas fiquem inteiramente na dependência do legislador, nem tão pouco que a garantia da autonomia local não inclua direitos subjectivos. Nada impede que se reconheça que a garantia da autonomia local atribui verdadeiros direitos subjectivos às autarquias, desde que se reconheça também que tais direitos

²⁹ Sobre isto, cfr. Pedro Gonçalves, “Um Caso Exemplar de Degradação da Autonomia Municipal”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, pp. 23-26.

³⁰ Cfr. Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *cit.*, p. 83.

valem apenas em face do Estado, mas não em face dos privados³¹. Nesta medida, todos os aspectos da autonomia local que anteriormente apresentamos como decorrentes de normas objectivas de organização do Estado podem também ser encarados na perspectiva de direitos das autarquias: o direito a perseguir os interesses próprios das populações respectivas; o direito de incluir nas suas atribuições todos os assuntos relativos aos interesses próprios das populações respectivas, desde que não sejam atribuídos por lei a outras entidades públicas; o direito ao autogoverno e à autodeterminação. Por outro lado, tais direitos devem ser concebidos como direitos de defesa, mas também podem envolver, ao menos em certos casos, direitos de protecção, como direitos de audiência e de participação nos planos do Estado³².

O que acaba de ser dito permite reforçar a conclusão, já anteriormente alcançada, segundo a qual a garantia da autonomia local não confere qualquer protecção da actividade económica das autarquias em face dos privados. Com efeito, encontramos-nos ainda em face de uma protecção de competências administrativas e não de uma protecção de um espaço de liberdade jusfundamental. Nesta medida, as empresas municipais não podem aspirar à mesma protecção jurídico-constitucional de que beneficiam as empresas privadas, salvo no que diz respeito aos direitos fundamentais de justiça. Mais do que isso, é possível afirmar que a administração autárquica sob a forma de actividade económica é apenas admitida quando não importe uma restrição desproporcionada da liberdade de iniciativa económica dos privados³³.

Dizer que as autarquias não dispõem de uma iniciativa económica análoga à dos privados não equivale, todavia, a rejeitar a possibilidade de

³¹ Cfr. Hartmut Maurer, “Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung”, *cit.*, pp. 1041-1042.

³² Cfr. Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *cit.*, p. 77.

³³ Cfr. Ulrich Hösch, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit: Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge*, *cit.*, p. 74; Dirk Ehlers, “Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *cit.*, p. 77.

um fundamento constitucional da respectiva iniciativa económica. Já vimos com efeito que muito embora não seja correcto falar de uma liberdade, *hoc sensu*, de iniciativa económica das autarquias, também não se revela correcta encarar tal iniciativa inteiramente dependente da vontade do legislador como tende a acontecer nos quadros da concepção da autonomia local enquanto garantia institucional.

Todavia, a fim de poder equacionar correctamente a questão que nos ocupa é ainda necessário abordar um outro valor constitucional que define o espaço jurídico-constitucional no âmbito do qual importa situar o problema da actividade empresarial dos municípios. Trata-se do princípio do Estado social.

Quando a Constituição estabelece, no seu artigo 235.º, n.º 2, que as autarquias locais «visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas», já vimos que estão aí incluídos «todos» os interesses em causa, de acordo com o princípio da universalidade. Nesta medida, o artigo 235.º, n.º 2, fornece o fundamento constitucional imediato para a actividade económica das autarquias locais, pelo menos na medida em que essa actividade se insira nos «interesses próprios» das suas populações. E, no seio das autarquias locais, podemos até admitir que cabe aos municípios o «direito da primeira intervenção» em tal matéria, atendendo à sua posição privilegiada em relação às demais categorias de autarquias³⁴, a qual, embora insuficientemente estabelecida no texto constitucional, decorre do disposto nos artigos 254.º (participação dos municípios nos impostos directos) e 257.º (carácter subsidiário das regiões administrativas em relação aos municípios).

Pois bem, uma vez que as autarquias dispõem de uma competência universal nos limites dos seus territórios, podemos admitir que lhe cabe também participar na realização do princípio do Estado social, consagrado

³⁴ Em sentido semelhante, cfr. Hans-Jürgen Papier, “Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem recht und Gemeinschaftsrecht”, in *DVBl.*, Junho 2003, p. 688.

nos artigos 1.º e 2.º da nossa Constituição e com inúmeros afloramentos ao longo do seu articulado. Ora este princípio do Estado social, ao mesmo tempo que fundamenta um intervencionismo público na economia, deve também ser compatibilizado com uma ideia de subsidiariedade da intervenção do Estado na economia, implícita na tutela dos direitos, liberdades e garantias, na consagração do princípio da subsidiariedade ao nível da organização administrativa e ainda expressa no modelo de constituição económica da União Europeia³⁵. Na verdade, é o princípio do Estado social que fundamenta uma «genérica iniciativa económica pública», sendo a sua efectiva concretização, designadamente através da delimitação das fronteiras entre sector público e sector privado, remetida para o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário³⁶.

A questão que se coloca é a de saber em que medida a articulação do sector público e do sector privado e a liberdade de conformação que nesse âmbito, bem como no da intervenção do Estado enquadrada em verdadeiras zonas híbridas entre ambos os sectores, assiste ao legislador, se reflecte no domínio da actividade empresarial dos municípios e deixa margem para que se possa falar de uma iniciativa económica municipal subjacente a tal actividade. Neste momento, encontramos-nos já de posse dos elementos que nos permitem ensaiar uma resposta à questão de saber qual o estatuto constitucional da iniciativa económica municipal. Com efeito, ao lado do fundamento de liberdade, no sentido dos direitos fundamentais, em que se baseia a iniciativa económica privada, e do fundamento de liberdade legislativa, no sentido de margem de livre apreciação, em que se baseia a iniciativa económica pública, temos de reconhecer que a iniciativa económica dos municípios se baseia nos direitos subjectivos das autarquias

³⁵ Cfr. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, cit., pp. 31 e ss. Quanto ao último aspecto referido no texto, cfr. também Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 986.

³⁶ Cfr. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, cit., pp. 127 e ss. e 179-180.

inerentes à tutela da autonomia local, ainda que esses direitos, como se apontou, não sejam susceptíveis de ser caracterizados como direitos fundamentais. Com efeito, como se afirmou, entre esses direitos conta-se o direito a um conjunto de atribuições significativas que incluem necessariamente as bases de uma actividade empresarial análoga àquela que é desenvolvida pelo sector público estadual.

Em sentido contrário à tese que tem vindo a ser exposta, importa apontar a posição de autores para os quais muito embora a actividade das autarquias que visa a prossecução do princípio social se integre no âmbito da garantia constitucional da autonomia local, o mesmo já não sucederia, pelo menos de forma imediata, com a actividade económica funcionalizada à obtenção de um lucro, uma vez que faltaria aí o requisito da prossecução do interesse público³⁷. Este mesmo entendimento parece obter confirmação, no nosso direito, através do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, quando aí se proíbe a criação de empresas municipais para o desenvolvimento de actividades de «intuito predominantemente mercantil».

A verdade é que a disposição que acaba de ser citada apenas proscreeve a criação de empresas municipais principalmente destinadas à obtenção do lucro. Além disso, muito embora o entendimento apontado possa ser acertado no contexto de constituições económicas postulando uma separação tendencialmente cortante entre Estado e sociedade ou, pelo menos, advogando uma neutralidade económica estrita, tal não é certamente o caso da Constituição portuguesa que elimina «a existência de actividades económicas subtraídas *a priori* à directa acção ou intervenção empresarial pública»³⁸. Naturalmente, o que acaba de ser dito não significa, de modo algum, que a iniciativa económica municipal deixe de estar

³⁷ Neste sentido, cfr. Michael Ronellenfitsch/Antonia Stein, “Verfassungsrechtlich und gemeinschaftliche Vorgaben”, in Werner Hoppe e Michael Uechtritz (eds.), *Handbuch Kommunale Unternehmen*, 2.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2007, p. 31.

³⁸ Cfr. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, cit., p. 119.

subordinada ao interesse público. Simplesmente, essa é uma conclusão que se apresenta com validade genérica para todo o sector público³⁹, tal como se apresenta com validade genérica para todo o sector público o entendimento de que «deve ter-se como inválido o exercício da iniciativa económica pública visando a simples obtenção do lucro, sem qualquer justificação ou fundamento (nem sequer remoto) na prossecução do interesse público)»⁴⁰.

4. A empresarialização e os municípios. No ponto anterior alcançámos a conclusão de que existe um fundamento constitucional para a iniciativa económica municipal. Falta ainda, todavia, responder a uma questão essencial: pode a iniciativa económica dos municípios incidir sobre «actividades não contempladas, directa ou inequivocamente, na lei»⁴¹? Quais os limites que se impõe ao objecto do exercício da iniciativa económica municipal? A posição que aqui vou procurar defender aponta no sentido de que as actividades económicas exercidas pelos municípios devem estar previstas, ainda que indirectamente, na lei. Isso não significa, todavia, que se ponha em causa aquela iniciativa económica. Na verdade, a iniciativa económica dos municípios não assenta na liberdade de conformação do respectivo objecto, que só ao Estado legislador pode caber, mas antes no entendimento que devemos dar aos demais pressupostos da actividade económica dos mesmos, e que adiante analisarei sucessivamente, a saber: a prossecução do interesse público, o princípio da subsidiariedade [incluir aqui viabilidade da doutrina alemã], o princípio da territorialidade.

³⁹ Cfr. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, cit., p. 50.

⁴⁰ Cfr. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, cit., p. 129.

⁴¹ Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., p. 71.

Na verdade, estes princípios cuja formulação originária remonta a uma época histórica em que a actividade económica dos municípios era ainda concebida sem recurso aos quadros do direito privado, carece hoje de reformulação à luz de novas realidades.

Uma dessas realidades consiste precisamente na expansão do fenómeno da privatização a que aliás, numa certa concepção, amplíssima, correspondem as empresas municipais⁴². Ora, este fenómeno acaba por ter uma influência decisiva no modo de encarar a iniciativa económica municipal, como vamos ver. E isto sucede, sobretudo, a propósito da escolha que assiste aos municípios no sentido de conformarem a sua actividade empresarial segundo a forma do direito privado ou a forma do direito público. A questão é que esta prerrogativa de escolha pode ser entendida de várias maneiras.

De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro⁴³, cabe aos municípios a escolha no sentido de instituir as empresas municipais no formato de sociedades constituídas nos termos da lei comercial ou no formato de entidade com natureza empresarial e personalidade jurídica de direito público⁴⁴. Contrariamente ao que se poderia eventualmente esperar, o exercício desta liberdade de escolha não tem consequências no plano das regras de actuação da empresa criada, uma vez que tanto as empresas societárias como as entidades empresariais de direito público se regem pelas normas aplicáveis às sociedades comerciais, isto é, pelo direito privado, como decorre dos artigos 6.º e 34.º da Lei n.º 53-F/2006 e 7.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 558/99. Mais do que isso, a atribuição de poderes de autoridade não

⁴² Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., p. 61. Como afirma o autor, no contexto do regime das empresas públicas municipais está em causa uma empresarialização ou privatização «puramente organizativa, não marcada por um qualquer objectivo de privatização funcional ou orgânica material (entrega de funções públicas a particulares)».

⁴³ À semelhança do previsto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

⁴⁴ Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., p. 81.

depende da forma sob a qual é instituída a empresa municipal, mas da atribuição por diploma legal ou contrato de concessão, como dispõe o artigo 14.º da Lei n.º 558/99. Não podemos assim sequer dizer, como sucede em outras paragens e faria talvez mais sentido, que apenas às empresas municipais sob forma de direito público é dado escolher entre uma actuação à luz do direito público ou do direito privado⁴⁵. De igual modo, o exercício da escolha entre constituição segundo o direito público ou o direito privado não tem consequências no plano da sujeição da empresa ao princípio da concorrência. Com efeito, quer as empresas societárias, quer as entidades empresariais de direito público estão submetidas às regras da concorrência, sem prejuízo da possibilidade de ambos os tipos de empresas poderem beneficiar de regimes derogatórios especiais, conforme previsto nos artigos 10.º, n.º 2, da Lei n.º 53-F/2006 e 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 558/99.

As consequências da opção pela criação de uma empresa municipal segundo um dos modelos mencionados prendem-se essencialmente, antes de mais, com o facto de as entidades empresariais de direito público não poderem ter a participação de entidades privadas, como decorre do artigo 37.º, n.º 1, da Lei n.º 53-F/2006. Além disso, e com isso directamente relacionado, no modelo organizativo das entidades empresarias não há lugar para um órgão deliberativo do tipo assembleia geral, como sucede nas empresas societárias, aspecto que se revela de substancial relevo no plano da aplicação das regras da contratação pública e da verificação dos requisitos da contratação *in house*.

No contexto mencionado, faz certamente sentido sustentar que as empresas municipais, mesmo as constituídas sob a forma societária, não deixam só por isso de ser manifestações do poder executivo⁴⁶. E, ainda

⁴⁵ Assim sucede no direito alemão: cfr. Rainer Pitschas/Katrin Schoppa, “Rechtformen kommunaler Unternehmenswirtschaft” on *DÖV*, 2009, 12, p. 472.

⁴⁶ Cfr. Ulrich Hösch, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit*, cit., pp. 75 e 77.

neste contexto, faz igualmente sentido proceder a uma interpretação estrita dos pressupostos da actividade empresarial dos municípios, minimizando ou mesmo excluindo, por exemplo, qualquer possibilidade de obtenção do lucro ou do exercício dessa actividade fora dos limites do território municipal.

Acontece que a escolha entre público e privado na criação das empresas municipais não tem de ser encarada apenas nos termos expostos. Atente-se a este propósito nas palavras proferidas em 2003 por Petra Roth, actual presidente de câmara de Frankfurt e à altura presidente da equivalente alemã da nossa Associação Nacional de Municípios (*DStGB – Deutsche Städte- und Gemeindebund*): «De resto, os municípios devem no futuro, em relação às suas empresas, ter um direito de escolha entre dois caminhos: devem poder decidir-se por realizar a sua actividade de prestação aos munícipes através de empresas actuando fora da concorrência. Em tais casos, as empresas devem permanecer limitadas aos respectivos municípios e desempenhar apenas actividades que visem a prossecução de um interesse público. Ou então podem as empresas decidir-se no futuro a submeter as suas empresas à concorrência – neste caso sem limitações de espaço e de objecto. Em tais casos os municípios têm de abrir as suas atribuições à concorrência – com a consequência de que as suas próprias empresas podem perder os concursos que para o efeito sejam realizados»⁴⁷. O que aqui se defende é uma escolha entre empresas municipais inteiramente submetidas à concorrência, relativamente às quais os pressupostos da prossecução do interesse público e da territorialidade deixariam de fazer sentido, e empresas municipais actuando fora do mercado, integralmente submetidas a tais pressupostos. Nesta sequência, têm sido formuladas algumas propostas de reforma no sentido da criação de um estatuto de «empresas de concorrência», que apontariam para a

⁴⁷ Cit. em Martin Leder, “Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerbsrechtlichen Umfeld”, in *DÖV*, 2008, 5, p. 181.

eliminação de alguns limites da actividade económica dos municípios. Assim, no caso das mencionadas «empresas de concorrência», o interesse público da respectiva actividade económica poderia ser alcançado desde que da aplicação dos ganhos provenientes de tal actividade fosse promovido um interesse público. Além disso, seria ainda exigido que as aludidas «empresas de concorrência» não fosse permitido obter qualquer vantagem que a um concorrente privado não fosse dado também conseguir.

O objectivo de tais propostas seria o de pôr termo a vantagens concorrenciais das empresas municipais, decorrentes da respectiva integração no município, e, ao mesmo tempo, tornar desnecessário o princípio da subsidiariedade enquanto protecção da economia privada, uma vez que seria, em relação às designadas «empresas de concorrência», o mercado a decidir qual a empresa mais apta a prestar um serviço ou a fornecer um bem⁴⁸.

A distinção que tem vindo a ser afluada encontra algum eco na nossa lei. Assim, os artigos 10.º, n.º 2, da Lei n.º 53-F/2006 e 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 558/99, já mencionados, admitem a existência de regimes derogatórios especiais em matéria de concorrência. Do mesmo modo, não se afigura impossível interpretar o artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 53-F/2006 no sentido de admitir alguma presença do lucro na actividade das empresas municipais. É, no entanto, necessário aqui salientar que ao mencionar uma interpretação do direito de escolha dos municípios quanto ao modo como vão estruturar a respectiva actividade empresarial, envolvendo uma maior ou menor sujeição à concorrência, não se pretende sustentar que mesmo quando as empresas municipais participam nos mercados de acordo com as regras da concorrência isso equivalha a equiparar o direito de escolha de uma actuação estrita segundo as leis do mercado a um direito a exercer uma actividade económica privada, em termos inteiramente semelhantes aos que

⁴⁸ Cfr. Martin Leder, “Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerbsrechtlichen Umfeld”, *cit.*, p. 182.

se oferecem a qualquer privado. Pretende-se tão somente, com as considerações anteriores, admitir alguma flexibilidade na concretização dos pressupostos da actividade empresarial dos municípios, que adiante serão desenvolvidos. E é, afinal, nessa flexibilidade que se joga decisivamente a própria consistência de uma iniciativa económica municipal.

5. A concorrência e o direito da União Europeia. Antes, porém, de se proceder ao desenvolvimento da análise de tais pressupostos, cabe ainda referir os novos desafios que em matéria de actividade económica dos municípios resultam de desenvolvimentos relativamente recentes que apontam para uma difusão crescente do princípio da concorrência.

Entre esses desenvolvimentos conta-se, antes de mais, a necessidade de tomar em consideração a jurisprudência comunitária em matéria de contratação *in house*. De acordo com esta jurisprudência, os requisitos de que se faz depender a verificação da contratação *in house*, e que se acham vertidos no artigo 5.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, são em geral de verificação bastante mais difícil no caso das empresas societárias do que no caso das entidades empresariais de direito público. A razão desta dificuldade acrescida prende-se com a circunstância de existir nas empresas municipais societárias uma assembleia geral, dificultando muitas vezes que se possa falar de uma influência do município sobre as suas empresas em termos semelhantes àquela que possuem sobre os seus serviços. Deste modo verifica-se que o conceito de «controlo análogo» inerente à contratação *in house* é substancialmente diferente, e tendencialmente mais exigente, do que o conceito de «influência dominante», a que se referem os artigos 3.º da Lei n.º 53-F/2006 e 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99.

Mas para além disso cabe ainda aqui referir a questão do sector da energia. Como todos sabemos, constitui atribuição dos municípios a distribuição de electricidade em baixa tensão. Actualmente, esta actividade

está concessionada a uma única empresa, a EDP Distribuição, por razões históricas facilmente compreensíveis. Mas a lei (neste caso o Decreto-Lei n.º 29/2006 e o Decreto-Lei n.º 172/2006) prevê, como não poderia deixar de ser, a atribuição das concessões municipais de distribuição de electricidade em baixa tensão através de concurso público, quando terminar o actual prazo de concessão, o que aliás não se coloca num horizonte temporal muito distante (cerca de 10 anos). A questão que se coloca é a de saber se será viável a atribuição de concessões município a município ou, pelo contrário, admitindo a agregação de vários municípios para efeitos de atribuição de uma concessão, se será possível continuar a conceber a actividade empresarial dos municípios em termos estritamente territoriais.

6. Pressupostos da actividade empresarial dos municípios: a prossecução do interesse público. Cabe-nos agora aprofundar os pressupostos da actividade empresarial dos municípios. Entre estes pressupostos avulta a exigência de essa actividade ser orientada à prossecução de uma particular exigência do interesse público, a qual se deve ter por verificada com a inclusão da actividade em causa no âmbito das atribuições dos municípios, tal como definidas pelo legislador, e a sua recondução a um dos tipos de objecto definidos no artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 53-F/2006, isto é, a exploração de actividades de interesse geral, a promoção do desenvolvimento local e regional e a gestão de concessões. Por outro lado, a actividade em causa deve corresponder a uma actividade económica, isto é, susceptível de ser desenvolvida em regime de mercado, não podendo consistir numa actividade de natureza exclusivamente administrativa⁴⁹, mas não pode ter um intuito predominantemente mercantil.

⁴⁹ Cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pp. 137-139.

Cabe, assim, perguntar em que medida pode uma empresa municipal visar o lucro. A questão apresenta-se complexa, mas também premente, em virtude do número crescente de vozes que sustenta dever ter-se por verificado um interesse público através da simples obtenção de receitas capazes de desonerar o erário municipal. O problema deste entendimento é que, levado às suas últimas consequências, deixaria de ser possível com base no mesmo estabelecer limites, de um ponto de vista substancial, à actividade económica dos municípios. Deixaria de ser necessário encontrar qualquer justificação para tal actividade e os municípios passariam a actuar como privados⁵⁰.

O ponto essencial parece ser o de que o interesse público que justifica a criação da empresa municipal e o objectivo do lucro não se situam no mesmo plano. Neste sentido, o propósito do lucro só pode ser admitido em segunda linha e desde que não prejudique o interesse público directamente visado com a criação da empresa municipal⁵¹. Mas, a partir deste princípio, é possível avançar um pouco na concretização dos casos em que é admissível, ou não, visar um lucro.

Assim, parece claro, em primeiro lugar, que esse objectivo deve ser admitido, em princípio, em todos aqueles casos em que é exercida uma actividade económico-social, justificada por um motivo de interesse público. Simplesmente, visar obter um lucro no exercício de uma actividade justificada por um motivo de interesse público não equivale a exercer essa mesma actividade com um exclusivo propósito lucrativo. Neste contexto, e com a ressalva que acaba de ser feita, será mesmo possível afirmar que o propósito do lucro não apenas é admitido como até imposto por lei. Todavia, a razão de ser da empresa municipal não pode

⁵⁰ Cfr. Dirk Ehlers, “Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft”, *DVBl.*, 1998, 10, pp. 499-500.

⁵¹ Cfr. Dirk Ehlers, “Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft”, *cit.*, p. 500; Hans Jarass, “Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr”, *DVBl.*, 2006, 1, p. 5; no mesmo sentido, cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, *cit.*, p. 77.

limitar-se a esse propósito e é nesse sentido que se deve ter por excluído um puro objectivo lucrativo na actividade das empresas municipais.

Em segundo lugar, será também de admitir uma actividade lucrativa quando esta sirva de apoio a uma actividade não económica, como por exemplo sucederá com a exploração de um quiosque ou de um café numa casa de saúde municipal.

Em terceiro lugar, e pela mesma razão de conexão com uma outra actividade que acabámos de verificar, é de admitir um lucro a propósito do aproveitamento de recursos económicos que permaneceriam, de outro modo, improdutivos. Assim sucederá, por exemplo, com o aluguer de painéis publicitários junto da via pública, com o aluguer de instalações desportivas para a realização de eventos ou com o licenciamento de software desenvolvido especificamente para um município⁵². O mesmo se passará, com um significado económico mais expressivo, com o aproveitamento das vias municipais para a instalação de condutas de gás e electricidade.

7. Continuação: o princípio da subsidiariedade. A actividade económica municipal ao mesmo tempo que beneficia da ideia de subsidiariedade, nas relações entre o Estado e o poder local, a que se refere o artigo 6.º, n.º 1 da Constituição, está também vinculada por essa mesma ideia, agora entendida em termos das relações entre poder público (abrangendo igualmente Estado e autarquias) e sociedade. Segundo afirma Paulo Otero, «se em matéria organizativa e funcional ao nível das suas relações com outras entidades públicas o Estado deve respeitar o princípio da subsidiariedade, por identidade de razão, senão mesmo por maioria de razão, o Estado deve nas suas relações com a sociedade civil, designadamente em termos

⁵² Cfr. Dirk Ehlers, “Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft”, *cit.*, p. 500.

económicos, pautar-se por um princípio de subsidiariedade de intervenção»⁵³. Os mesmos argumentos de identidade ou maioria de razão levam também a admitir um princípio de subsidiariedade de intervenção do poder público local na economia.

O princípio da subsidiariedade significa, no âmbito em que o estamos a considerar, fazer depender a iniciativa económica municipal da circunstância de o objectivo subjacente à criação de uma empresa municipal não poder ser melhor e mais eficientemente prosseguido através da iniciativa privada. Nesta formulação, o princípio é muitas vezes criticado. Por um lado, afirma-se que o princípio será simplesmente inaplicável no caso das empresas participadas, uma vez que aí se torna impossível estabelecer o termo de comparação subjacente ao mesmo, já que o interesse público é de facto também perseguido por privados. Por outro lado, sustenta-se também que não existe um critério seguro à luz do qual se possa com segurança afirmar que um interesse público é melhor e mais eficientemente perseguido por uma empresa privada do que por uma empresa municipal. Na verdade, ao contrário do que sucede com a comparação entre propostas num concurso à luz de critérios específicos, estão em causa empresas no seu conjunto. O critério da melhor e mais eficiente prossecução do interesse público depende de um conjunto de factores e prognoses muito dificilmente sindicáveis por um tribunal⁵⁴. Aceitar, todavia, uma prerrogativa de avaliação dos municípios no que toca à verificação dos pressupostos de facto do princípio da subsidiariedade⁵⁵, não equivale a excluir por completo a sua relevância.

⁵³ Cfr. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, cit., p. 37.

⁵⁴ Cfr. Martin Leder, “Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerbsrechtlichen Umfeld”, cit., p. 176.

⁵⁵ Cfr. Dirk Ehlers, “Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft”, cit., p. 502.

8. Continuação: o princípio da territorialidade. O princípio segundo o qual a actividade económica dos municípios se deve circunscrever aos limites do respectivo território municipal tem o seu fundamento na própria garantia constitucional da autonomia local. Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 235.º, n.º 2, da Constituição, municípios «visam a prossecução dos interesses próprios das populações respectivas». Esta norma constitucional estabelece assim o fundamento da competência do legislador em matéria de sector empresarial local, mas não exclui, à partida, que o mesmo legislador possa autorizar os municípios a exercerem actividades económicas fora dos limites dos respectivos territórios. Acontece, porém, que em tal caso a actuação de um município fora do seu território implicaria uma intervenção no âmbito de actuação de um outro município. É necessário ter consciência de que a tutela constitucional da autonomia local não protege apenas as autarquias em face do Estado, mas também protege cada uma das autarquias em face das demais. Ao mesmo tempo, esta precisão torna claro que não é a circunstância de uma lei autorizar um município a exercer actividade económica fora dos seus limites territoriais que viola a tutela constitucional da autonomia local, mas a circunstância de se impedir ou restringir que outros municípios exerçam o seu direito de autonomia local. Ora, desde logo, tal violação não existirá na medida que a ingerência da actividade económica de um município no território de outro se faça com o consentimento deste último⁵⁶. Não são, de facto, difíceis de imaginar situações em que esse consentimento poderia ser obtido, no caso, por exemplo, de municípios limítrofes mas grandes desníveis de desenvolvimento económico ou até dimensão geográfica e demográfica.

Visando uma actividade económica satisfazer os interesses próprios da população de uma autarquia, podemos dizer que o princípio da

⁵⁶ Cfr. Hans Jarass, “Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr”, *cit.*, p. 4.

territorialidade é satisfeito quando estejam em causa bens e serviços produzidos e prestados nos limites do território da autarquia em causa. Mas se isto é assim em relação à actividade principal de uma empresa municipal, directamente justificada pelo interesse público, já o mesmo não sucederá com actividades conexas. Assim, não existirão obstáculos a que um programa informático desenvolvido para a administração municipal seja depois comercializado junto de outros municípios, de privados residentes em outros municípios ou até junto de interessados estrangeiros, pelo menos quando não seja necessário desenvolver novas capacidades do programa tendo em vista essa comercialização.

Problemas complexos podem colocar-se com as empresas locais participadas. Estas empresas, atendendo à titularidade de partes do respectivo capital social por privados, não se encontram sujeitas ao princípio da territorialidade. Apenas será possível sustentar que os municípios não estão autorizados, em razão de tal princípio, a adquirir partes do capital social de uma sociedade que exerça a sua actividade predominantemente fora dos limites do território da autarquia. Em termos mais amplos, pode até afirmar-se que os municípios devem apenas manter as respectivas participações em tais empresas na medida em que essa situação seja compatível com as disposições de competência que lhes sejam aplicáveis⁵⁷. Ao mesmo tempo, esta limitação mostra-se na prática inoperante: são significativos os casos de empresas participadas, em que a maioria do capital social é detida por um município, com actuação não apenas em outros pontos do território nacional, mas até em outros países e continentes⁵⁸.

Lisboa, 5 de Julho de 2010

⁵⁷ Cfr. Dirk Ehlers, “Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft”, *cit.*, p. 505.

⁵⁸ Cfr. Dirk Ehlers, “Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft”, *cit.*, p. 504.

